

JOSE LUIS BOLZAN DE MORAIS

Organizador

CONEXÕES

Estado, Direito
e Tecnologia

CONEXÕES

ESTADO, DIREITO E TECNOLOGIA

JOSE LUIS BOLZAN DE MORAIS

(Organizador)

CONEXÕES

ESTADO, DIREITO E TECNOLOGIA



2020

Organizador

Jose Luis Bolzan de Morais
Direitos reservados FDV Publicações



Editora-chefe

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer

Comissão Executiva

Ana Paula Galdino de Deus

Projeto gráfico e Diagramação

Studio S • Diagramação & Arte Visual

Conselho Editorial

Alexandre de Castro Coura
André Filipe Pereira Reid dos Santos
Camila Vasconcelos de Oliveira
Cassius Guimarães Chai
Darlene Gaudio A. Tronquoy
Daury Cesar Fabrizz
Douglas Salomão
Elda Coelho de Azevedo Bussinguer
Gilsilene Passon Picoretti Francichetto
Iana Soares de Oliveira Penna
Maria Celeste Lima de Barros Faria
Paula Castello Miguel
Renata Conde Vescovi
Ricardo Goretti Santos
Ruth Ferreira Bastos

Dados internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

C747 Conexões : estado, direito e tecnologia / Organizador Jose Luis Bolzan de Morais. -- Vitória: FDV Publicações, 2020.

Bibliografia.

ISBN 978-65-88555-05-7 (e-book)

1. Direito e tecnologia. 2. Estado de direito. I. Morais, Jose Luis Bolzan de.

CDU-34:004

Ficha catalográfica elaborada por Ana Paula Galdino de Deus CRB 6/798

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Jose Luis Bolzan de Moraes.....7

O ESTADO CONSTITUCIONAL DESFIGURADO

Bruno José Calmon du Pin Tristão Guzansky..... 9

SUBORDINAÇÃO TRABALHISTA E TECNOLOGIA: QUEM CONTROLA OS CONTROLADORES?

Marcela de Azevedo Bussinguer Conti.....37

ESTADO CONSTITUCIONAL TRANSFORMADO PELA GOVERNANÇA POR STANDARDS E INDICADORES: ESTUDO DE CASO NO DIREITO BRASILEIRO À LUZ DA DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADPF Nº 669-DF

Horácio Augusto Mendes de Sousa.....63

ESTADO FISCAL FALIDO, TECONOLIBERALISMO E REFORMA TIKTOK

Gustavo Sipolatti.....103

“ADMIRÁVEL MUNDO NOVO”: CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA E RISCO À DEMOCRACIA

Rafael Fracalossi Menezes 141

MOVIMENTOS SOCIAIS EM REDE: POR UMA SOCIEDADE MAIS DEMOCRÁTICA

Rodrigo Santos Neves 173

O ESTADO DE DIREITO CONTAMINADO: COMO A PANDEMIA DA COVID-19 ENTERROU DE VEZ A TRANSITORIEDADE DAS REGRAS DE EXCEÇÃO

Leonardo Gustavo Pastore Dyna 197

O DIREITO À PRIVACIDADE E AS MEDIDAS EMERGENCIAIS ADOTADAS PARA CONTER A DISSEMINAÇÃO DA COVID-19

Daniela Brandão de Souza Alves Salviato.....219

APRESENTAÇÃO

O ano de 2020 se inaugurou e está findando sob o prisma da exceção, em especial por conta dos impactos produzidos pela pandemia COVID-19 que transformou não só as relações sociais, como também produziu transformações profundas em como se vê e entende o papel dos Estados, a revisão dos projetos neoliberais – para o bem e para o mal –, além de por a nú posturas as mais inesperadas, pode-se dizer, depois de 500 anos de modernidade, racionalismo e um “pretensão” iluminismo: o negacionismo, o terraplanismo etc.

Para além disso, a mesma pandemia, ao que parece, também fez com que muitas das questões que estavam ocorrendo, aparentemente nos subterrâneos da revolução tecnológica, fossem visibilizadas e, também, exponencializadas, como se observou no que concerne ao uso de tecnologias de ensino à distância, nas práticas jurídico-judiciárias, no trabalho em *home-office*, assim como tornou evidentes seus pontos nevrálgicos, sobretudo no que concerne a utilização como mecanismos de controle e desinformação social.

Por tudo isso, o estudo crítico da revolução tecnológica atual se mostra ainda mais fundamental, em especial para aqueles que atuam no campo do Direito e dos Sistemas de Justiça. Para estes, o impacto das novas tecnologias põe a responsabilidade de, por um lado, promover a salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais, do próprio Estado de Direito, como conquistas históricas e, por outro, desenvolver conhecimentos novos capazes não só de compreender o fenômeno em si, mas construir novos entendimentos e novos instrumentos de e para a regulação e gestão daquilo que se inaugura.

Assim, no âmbito do projeto de pesquisa em produtividade CNPQ do signatário (ESTADO E CONSTITUIÇÃO. O “fim do Estado de Direito”: novas tecnologias vs. garantias constitucionais), e da disciplina Transformações do Estado Constitucional, sob a responsabilidade do mesmo, produziu-se um conjunto de reflexões que vêm agora reunidas neste volume—Conexões. Estado, Direito, Tecnologia.

Para ele contribuíram alunos e pesquisadores do Programa de Pós-Graduação em Direito da FDV que produziram autonomamente reflexões que abrem espaço para novas compreensões da temática aqui sugerida.

Por óbvio que se trata de construções iniciais, mas, ao mesmo tempo repercutem a contemporaneidade daquilo que se produza aqui.
Boa leitura.

Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Morais
Pesquisador Produtividade CNPQ I-D
Procurador do Estado do RS junto aos Tribunais Superiores

O ESTADO CONSTITUCIONAL DESFIGURADO

THE DISFIGURED CONSTITUCIONAL STATE

Bruno José Calmon du Pin Tristão Guzansky¹

SUMÁRIO: 1. Contextualização – 2. A revolução da internet e o poder aleteico – 3. Garantias e social media: o problema da privacidade – 4. Garantias e surveillance: o problema da igualdade

RESUMO: A racionalidade neoliberal aclarou o hiato entre vontade política, promessas legislativas e inaptidão econômica para efetivá-las, ao passo em que a influência das novas tecnologias na sociedade contemporânea, além de meramente nortear o comportamento social, acabou por impor um modelo de governança tecnocrático, pautado na eficiência, mas cada vez mais dissociado dos valores constitucionais. O artigo analisa esse fenômeno a partir de doutrinas especializadas, da legislação e de reportagens nacionais e internacionais.

Palavras-chave: Estado Constitucional. Governança tecnocrática. Racionalidade neoliberal. Novas tecnologias. Algoritmos. Inteligência artificial. Privacidade. Igualdade.

¹ O autor é doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Mestre em Relações Privadas e Constituição pelo Centro Universitário Fluminense (UNIFLU). Professor convidado da Escola Superior da Advocacia (ESA), OAB/ES. Secretário-Geral da Comissão de Combate à Corrupção da OAB/ES (2020). Presidente da 6ª Turma Julgadora (2019-2021) e membro do Órgão Especial (2020), ambos do Tribunal de Ética e Disciplina (TED), OAB/ES. Advogado.

ABSTRACT: Neoliberal rationality brightened the gap between political will, legislative promises and economic ineptitude to make them effective, while the influence of new technologies in contemporary society, in addition to merely guiding social behavior, ended up imposing a model of technocratic governance, based on efficiency, but increasingly dissociated from constitutional values. The article analyzes this phenomenon based on specialized doctrines, legislation and national and international reports.

Keywords: Constitutional State. Technocratic governance. Neoliberal rationality. New technologies. Algorithms. Artificial intelligence. Privacy. Equality.

CONTEXTUALIZAÇÃO

Na sociedade pós-moderna parcela significativa do elemento poder, outrora contida no interior das fronteiras do Estado-Nação (o modelo pós-Vestefália²), acabou transferida para zonas externas, incontroláveis pela política, descomprometida com os valores e interesses democráticos, enquanto a política continuou territorialmente fixada e restringida, além de duplamente pressionada, de um lado, pelos eleitores, e, de outro, por forças e humores globais³.

Tendo abandonado o papel de protagonista para assumir o de simples gestor de governança, responsável pela gerência da administração de rotina – porque incapaz de assumir e resolver os problemas que o poder global impõe –, o Estado contemporâneo terminou manietado, incapacitado de fazer escolhas apropriadas, tristemente paralisado ante aos anseios viscerais da sociedade, manifestados como vontade política na carta constitucional, esta compreendida

² Registra-se, contudo, a crítica de Luiz Magno Pinto Bastos Junior, no sentido de que “A expressão ‘ordem vestfaliana’ e tudo o que ela representa se construiu muito depois de Vestfália e em (quase) nada se identifica com a natureza dos Acordos de Paz de 1648 e com o arranjo legal-institucional por eles forjados. Apesar disso, a expressão não perde sua função, já que se configura como um autêntico dogma, um sistema de crença sobre a origem das relações internacionais modernas”. BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto. **Rever ou romper com Vestfália? Por uma releitura da efetiva contribuição dos Acordos de Paz de 1648 à construção do modelo vestfaliano de Estados**. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 14. n. 1, 2017. p. 357-376. DOI: 10.5102/rdi.v14n1.4397. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4397/pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

³ BAUMAN, Zygmunt. **Estado de crise**. 1. ed. Zahar, 2016. Edição Kindle.

como acordo de vontades que não apenas retrata a consolidação histórica das pretensões sociais de um povo, como instrumentaliza condições para a prática futura dos conteúdos nela expressos⁴.

Na realidade brasileira, a vigente Carta Constitucional (1988), de matiz democrática, prima pela dignidade da pessoa e pelo bem-estar social, sendo esses dois os seus principais vetores axiomáticos. No momento em que deixou de atender ao propósito precípua de seu documento fundamental e, em substituição, passou a ceder às pressões de novos fatores de poder – a mão oculta e os interesses escusos do mercado⁵ –, o Estado Constitucional acabou desfigurado.

Em termos práticos, o Estado se viu forçado a compartilhar a sua soberania para não acabar à margem da economia globalizada. Para se ajustar, teve de rever políticas legislativas, de reajustar a estrutura do direito positivo e de equacionar “a jurisdição de suas instituições judiciais mediante amplas e ambiciosas estratégias de desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização, implementadas paralelamente à promoção da ruptura dos monopólios públicos”⁶.

A mudança no eixo do poder – do Estado para o mercado, os grupos financeiros, as forças supranacionais etc. – também significou a alteração da própria natureza da política, redundando num movimento social de “antipolítica”, caracterizada pela descrença generalizada em sua capacidade de intervenção verdadeiramente eficaz e funcional. Uma vez enfraquecido o laço entre Estado e cidadão, a sociedade perdeu coesão e se tornou “líquida”⁷, ou seja, sem consciência de sua autonomia individual, isolada, frágil, porque desprovida de adequada representatividade.

⁴ BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2011. p.91/92.

⁵ Ao entender de Luigi Ferrajoli, “não temos mais governo público e político da economia, mas o governo privado e econômico da política. (in **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2015. p.149).

⁶ MORAIS, op.cit., p. 106/107.

⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Estado de crise**. 1. ed. Zahar, 2016. Edição Kindle.

Nesse contexto de concorrência de poderes, desterritorialização e fragmentação, ocorreu a flexibilização do constitucionalismo, fragilizando-se, fatalmente, as conquistas sociais, obtidas ao longo de séculos de luta cidadã.

A transição inoficiosa do Estado qualificado de democrático para o de mercado redundou, como já pontuado, na desfiguração da ordem constitucional, cujos valores, garantias e propostas futuras – as reais declarações de vontade políticas –, ficaram fundamentalmente comprometidos⁸.

A racionalidade neoliberal impôs nova agenda ao Estado, dissociada da pauta constitucional: aclarou o descompasso entre vontade política (emanada do povo), promessas legislativas (formalizada pelas autoridades constituídas) e inaptidão econômica para a sua realização.

O próprio sistema democrático se tornou viciado: num *looping* perverso, a elaboração das pautas públicas (noutro falar, a genuína vontade política) – que, na realidade brasileira, são de competência do legislativo – acaba por ter importância diminuída, acessória, já que relegada aos objetivos difusos dos poderes selvagens, que, hoje, detêm efetivamente o poder, inclusive de minar a autodeterminação cognitiva da sociedade para eleger quem melhor atenda a seus interesses, os quais, de outra face, também se tornaram “líquidos”, reforçando o ciclo que deteriora, intrínseca e extrinsecamente, o Estado Constitucional.

Dentre as crises do Estado contemporâneo estão, portanto, as de ordem conceitual, estrutural, constitucional, funcional e política, pois: a) já não figura como “centro único e autônomo de poder, sujeito exclusivo da política, único protagonista na arena internacional e ator supremo no âmbito do espaço territorial de um determinado

⁸ Segundo Ricardo Valim, “à impotência da política perante a economia deve corresponder um aumento de sua potência em relação à sociedade”. E prossegue: “[...] o mercado ‘precisa, evidentemente, de um Estado fraco como instância de decisão e formulação de política, mas forte como organismo gestor de população e dispositivo de controle social”. In **Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017. p. 31

ente estatal nacional”; b) em razão de limitações financeiras, ideológicas e filosóficas, está impossibilitado de garantir bem-estar social; c) as garantias e promessas constitucionais passaram a ser avaliadas não pelo padrão objetivo do justo, mas pela lógica mercantil, de custo vs. benefício; d) considerada a sua impossibilidade de a todos atender, experimenta expressiva judicialização da política e politização da jurisdição; e e) amarga a falência de um sistema democrático representativo essencialmente viciado⁹.

De todas, a crise constitucional é a mais flagrante e, de longe, uma das mais perniciosas.

A REVOLUÇÃO DA INTERNET E O PODER ALETEICO

Dentre vários, dois eventos ajudaram no achatamento do mundo: a abertura, na bolsa de valores norte americana, do capital da Netscape (*browser*) e o lançamento do Windows 95, que, pela compatibilidade de *hardware* e facilidade uso, praticamente dominou o mercado dos sistemas operacionais. Foi a partir de 1995, ano de ambos os acontecimentos, que a sociedade despertou para os reais potenciais da internet. Abandonou-se, desde então, o modelo de plataforma baseada em PC, físico, para outra baseada na rede, primeiro com fio (fibra), depois sem (*wireless*), o que significou a transposição de um modelo fundamentalmente físico por outro virtual.

Em pouco tempo governos, empresas e cidadãos acabariam interconectados, dando início à “era do acesso” e, depois, a “era da quantificação”, caracterizada pelo fornecimento e pelo consumo de serviços baseados em plataforma (um novo tipo de capitalismo); pela exponencialização do volume de dados produzidos e disponibilizados; pela sofisticação das técnicas de estocagem e capacidade de tratamento desses mesmos dados, gerando dados sobre dados (metadados), tudo isso transformado e quantificado (*big data*), pro-

⁹ BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 28.

duzindo insumo fértil para a consolidação de uma base de conhecimento algorítmico funcional-utilitarista¹⁰.

Esta nova arquitetura social, explica Jose Luis Bolzan de Moraes¹¹, pautada numa racionalidade algorítmica – que, de acordo com Fernanda Bruno, abandonou o “modelo iluminista de razão fundamentado na reflexividade crítica para um modelo de racionalidade baseado em regras algorítmicas”¹² – permitiu que se desenvolvessem atividades orientadas ao futuro, com o que se veicula a possibilidade de predição de condutas e, com isso, de perfis de sujeitos sociais, com um distanciamento espacial e temporal antecipadora.

O desenvolvimento da inteligência artificial (IA), com a utilização dos metadados que viabilizam este *big data*, viabilizou três frentes de ação: a possibilidades de incitamento de condutas; a prescrição de “desejos”; e a coerção, tudo com seguros graus de probabilidade.

É dizer: o uso de algoritmos automatizados (“sequência finita e não ambígua de instruções computáveis para solucionar um problema”¹³) passou a governar um amplo espectro de ação individual e a ser fortemente usada para várias funções. Afinal, eles co-governam ou co-determinam o que pode ser encontrado na rede (aplicativos de pesquisa), o que pode ser visto e encontrado (aplicativos de pesquisa, filtragem e agregação), o que pode ser produzidos (conteúdo aplicativos de produção), o que pode ser considerado relevante (aplicativos de pesquisa e pontuação; classificação), o que pode ser antecipado (aplicativos de prognóstico / previsão) o que pode ser escolhido ou consumido (aplicativos de recomendação, pontuação

¹⁰ MORAIS, José Luís Bolzan de. **O estado de direito “confrontado” pela “revolução da internet”!**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS, v. 13, n. 3, p. 876-903, dez. 2018. ISSN 1981-3694. Disponível em: < <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/33021> >. Acesso em: 28 abr. 2020. doi: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369433021> .

¹¹ Id.

¹² UNISINOS, Instituto Humanitas. **Tecnopolítica, racionalidade algorítmica e mundo como laboratório: entrevista com Fernanda Bruno**. 2019. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/594012-tecnopolitica-racionalidade-algoritmica-e-mundo-como-laboratorio-entrevista-com-fernanda-bruno>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

¹³ CONTRIBUIDORES DA WIKILIVROS. **“Algoritmos e Estruturas de Dados/O que é um Algoritmo?”**. Disponível em: <https://pt.wikibooks.org/wiki/Algoritmos_e_Estruturas_de_Dados/O_que_é_um_Algoritmo%3F>. Acesso em 28 abr. 2020.

e alocação; tanto para escolhas econômicas quanto sociais – desde mercadorias comerciais a amigos e parceiros)¹⁴.

Em conjunto, a seleção algorítmica essencialmente co-direciona a evolução e o uso da internet, influenciando o comportamento de produtores e usuários individuais, moldando a formação de preferências e decisões na produção e consumo de bens e serviços na rede e além. Dito de outra maneira: a seleção algorítmica contribui ativa (fornecendo) ou passivamente (suprimindo), no campo da rede informacional, para a construção da realidade. Isto porque, numa sociedade baseada em dados, esses, depois de monitorados, arquivados e classificados podem ser monetizados e utilizados para os mais variados fins e pretextos.

É bom atentar ao fato de que, se já não o fazem, em pouco tempo, “Os algoritmos vão dizer a sua dieta, horas de sol, exercício, meditação”, como declarou Joe Barkai, Vice-Presidente em Inteligência Artificial da IDC em entrevista ao Instituto Humanitas Unisinos – IHU¹⁵. Os algoritmos já influenciam a forma como se conduz a vida privada: como se vestir – ou melhor, o que não vestir¹⁶, considerada nossa aparência e biótipo; qual o melhor shampoo a ser utilizado¹⁷; qual o caminho mais rápido a ser percorrido no deslocamento diário¹⁸; quais os melhores parâmetros de produtividade e qualidade do serviço, como podem assegurar os trabalhadores da Amazon, que,

¹⁴ JUST, Natascha; LATZER, Michael. **Governance by algorithms: reality construction by algorithmic selection on the Internet**. Media, Culture & Society, 39(2), 238–258. Disponível em: <<https://doi.org/10.1177/0163443716643157>>. Acesso em 28 abr. 2020.

¹⁵ UNISINOS, Instituto Humanitas. **Os algoritmos vão dizer a sua dieta, horas de sol, exercício, meditação: entrevista com Joe Barkai**. 2020. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/598171-os-algoritmos-va-o-dizer-a-sua-dieta-horas-de-sol-exercicio-meditacao-entrevista-com-joe-barkai>>. Acesso em 28 abr. 2020.

¹⁶ FORBES. **What Not To Wear: How Algorithms Are Taking Uncertainty Out Of Fashion**. Disponível em: <<https://www.forbes.com/sites/insights-intelai/2018/07/17/what-not-to-wear-how-algorithms-are-taking-uncertainty-out-of-fashion/#5440ad2d186a>>. Acesso em 28 abr. 2020.

¹⁷ DINO. **Startup Brasileira cria Shampoo personalizado por inteligência artificial**. Disponível em: <<https://www.mundodomarketing.com.br/noticias-corporativas/conteudo/200264/startup-brasileira-cria-shampoo-personalizado-por-inteligencia-artificial>>. Acesso em 28 abr. 2020.

¹⁸ KIM, Yoon Mi. **Dijkstra Algorithm: Key to Finding the Shortest Path, Google Map to Waze**. Disponível em: <<https://medium.com/@yk392/dijkstra-algorithm-key-to-finding-the-shortest-path-google-map-to-waze-56ff3d9f92fo?>>. Acesso em 28 abr. 2020.

fiscalizados por máquinas¹⁹, reclamam de desumanização²⁰, o que também ocorre com os prestadores de serviço em plataforma, que sofrem a chamada gerência algorítmica²¹, que acabou por substituir o antigo feitor humano pelo eletrônico.

Interessante observar, com relação ao último caso, que a proposta neoliberal, aplicada à gestão algorítmica, o famoso “empresário de si”, vem erodindo ante a realidade: o *motto* foi criar novas oportunidades de emprego, serviços ao consumidor, melhores e mais baratos, transparência e justiça em partes do mercado de trabalho caracterizadas por ineficiência, opacidade e chefes humanos caprichosos. Para isso, instruem, rastreiam e avaliam, muitas vezes com critérios opacos, milhares de trabalhadores que o sistema não formalmente emprega, mas claramente intermedia e lucra com a contratação. O trabalhador pode ser livre para escolher para quem trabalha, mas, além de não poder opinar nas condições de trabalho e na política de preço, é cada vez mais explorado, física e psicologicamente, sob a chibata eletrônica dos feitores informatizados, que apenas focam otimização e produtividade, para quem apenas as métricas importam.

Dado ao seu papel de construtores e influenciadores da ordem social, os algoritmos também têm sido fortemente empregados na gestão da coisa pública²². Nos Estados Unidos da América, em Utah, fiscalizam-se em tempo real, por meio da inteligência artificial, câmeras de tráfego, de segurança (públicas e privadas), sistemas telefônicos emergenciais da polícia e bombeiros, sistemas de geo-

¹⁹ LECHER, Colin. “How Amazon automatically tracks and fires warehouse workers for ‘productivity’”. Disponível em: <<https://www.theverge.com/2019/4/25/18516004/amazon-warehouse-fulfillment-centers-productivity-firing-terminations>>. Acesso: 28 abr. 2020.

²⁰ BURIN, Margaret. “They resent the fact I’m not a robot”. Disponível em: <<https://www.abc.net.au/news/2019-02-27/amazon-australia-warehouse-working-conditions/10807308?nw=0>>. Acesso em 28 abr. 2020.

²¹ O’CONNOR, Sarah. “When your boss is an algorithm”. Disponível em: <<https://www.ft.com/content/88fdc58e-754f-11e6-b60a-de4532d5ea35>>. Acesso em 28 abr. 2020.

²² JUST, Natascha; LATZER, Michael. **Governance by algorithms: reality construction by algorithmic selection on the Internet**. *Media, Culture & Society*, 39(2), 238–258. Disponível em: <<https://doi.org/10.1177/0163443716643157>>. Acesso em 28 abr. 2020.

localização de veículos públicos e privados, além de outros dados sensíveis)²³ etc. No mesmo país, ditam as demissões, por falta de produtividade ou por avaliações negativas de professores²⁴; fixam as fianças, em caso de prisão²⁵; estabelecem critérios ditos “objetivos” de possibilidade de reincidência²⁶ em questões criminais, o que fere não apenas a privacidade, mas também a igualdade, ambas caras ao ordenamento jurídico, com peso constitucional.

GARANTIAS E SOCIAL MEDIA: O PROBLEMA DA PRIVACIDADE

O “direito à privacidade”, tal qual cunhado por Samuel Warren e Louis Brandeis, no artigo intitulado “Right to Privacy”, publicado na Harvard Law Review no ano de 1890, sustentava a privacidade como o “direito a ser deixado em paz” (“right to be let alone”)²⁷, que, não obstante, cessava com a publicação dos fatos pelo indivíduo, ou com o seu consentimento. De lá para cá, ao longo dos aproximadamente cento e trinta anos que distam o ontem do hoje, muito mudou: a internet, a globalização, como já foi dito por Thomas Friedman²⁸, tornaram o mundo plano.

Quadra lembrar que na década de 1990-2000, para preservar a própria privacidade, bastava que o interessado optasse por “desplugar” o modem e não conectar o seu computador à internet,

²³ KOEBLER, Jason; MAIBERG, Emanuel; COX, Joseph. “**This Small Company Is Turning Utah Into a Surveillance Panopticon**”. Disponível em: <https://www.vice.com/en_us/article/k7exem/banjo-ai-company-utah-surveillance-panopticon>. Acesso em 28 abr. 2020.

²⁴ MCGUIRE, Pat. “**Death by Algorithm**”. Disponível em: <https://www.huffpost.com/entry/teacher-evaluations_b_1328456>. Acesso em 28 abr. 2020.

²⁵ SIMONITE, Tom. “**Algorithms Were Supposed to Fix the Bail System. They Haven’t**”. Disponível em: <<https://www.wired.com/story/algorithms-supposed-fix-bail-system-they-havent/>>. Acesso em 28 abr. 2020.

²⁶ LEMPINEN, Edward. “**Algorithms are better than people in predicting recidivism, study says**”. Disponível em: <<https://news.berkeley.edu/2020/02/14/algorithms-are-better-than-people-in-predicting-recidivism-study-says/>>. Acesso em 28 abr. 2020.

²⁷ WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. “**The Right to Privacy**.” *Harvard Law Review*, vol. 4, no. 5, 1890, pp. 193–220. JSTOR, www.jstor.org/stable/1321160. Accessed 22 June 2020. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/j256795>>. Acesso: 28 abr. 2020.

²⁸ FRIEDMAN, Thomas. **O mundo É Plano: Uma breve história do século XXI**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

ou que filtrasse as informações pessoais compartilhadas com o público. Poucos anos depois, tendo o mundo globalizado amargado o trágico episódio do “onze de setembro”, já não era possível pensar “privacidade” por ato próprio, deliberado, volitivo, ou associá-la ao fluxo de informações adstrito a modems e a computadores. Telefones celulares (cada vez menores e mais baratos), câmeras de videomonitoramento (cada vez mais eficientes), a integração dos bancos de dados públicos e privados (condomínios, videolocadoras, farmácias, estacionamentos), que a princípio eram justificados na gestão da coisa pública, já tinham a finalidade escancarada de, em prol da segurança coletiva, tornar a vida “privada” essencialmente “pública”. Daí a ter tomado corpo um segundo estágio da privacidade: o direito à autodeterminação informativa, o controle pessoal da informação — saber o quê, quem, e para quê falam a seu respeito.

No mundo contemporâneo, “pós-moderno”, onde as pessoas voluntariamente abrem mão da própria privacidade (o que se verifica, p.ex., em redes sociais e em blogs pessoais), esta, uma vez comprometida, já não pode ser recuperada, pouco importando o remédio legal a isso conferido. Ao instalarem aplicativos gratuitos ou pagos (testes de personalidade, horóscopo, previsões de envelhecimento), os usuários, sem sequer questionar as políticas e permissões de uso, concordavam em dar acesso a seus dados pessoais, constantes de seu perfil público, alimentando, assim, um amplíssimo banco de dados. A partir dessas informações (que poderiam ser revendidas para terceiros de forma bruta ou refinada, já catalogada), podem ser elaborados “dark ads” (“anúncios sombrios”), para divulgar campanhas políticas para explorar determinados nichos da sociedade²⁹. Na prática, apenas alguns grupos pré-definidos “enxergam” ou têm acesso a tais mensagens. Possível, ainda, personalizar ou criar produtos ou serviços específicos voltados ou para atender a um determinado

²⁹ MELLO, Patrícia Campos. “**Em livro, delatora esmiúça uso de rede social para manipular opinião pública**”. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/04/em-livro-delatora-esmiuca-uso-de-rede-social-para-manipular-opiniao-publica.shtml>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

perfil de consumidor, que, conscientemente, sequer deseja (ainda) ou sabe que deseja (ainda) esse determinado produto ou serviço.

Isso implica que grandes corporações tornam-se proprietárias de dados sensíveis de uma parcela significativa da população e esses dados, considerados em sua totalidade, expressam não apenas poder *econômico* pela “personalização” do mercado e do comércio, mas, e principalmente, poder *político*, pelo potencial que detém para capturar grupos em câmaras reprodutoras de um mesmo pensamento ideológico reforçador dos interesses corporativos, do que é um bom exemplo prático o viés de confirmação³⁰.

Em meio a isso, o Estado se omite de regulamentar o uso desses dados e é leniente quanto ao controle e auditamento dos algoritmos que, direta ou indiretamente, passam a governar as massas. Isso talvez se dê porque o modelo democrático, adotado pela maioria das nações, empregue uma forma de governo desenhada em e para um período em que a *propaganda política* e, portanto, as estratégias de eleição dos representantes do povo, o próprio processo eleitoral, eram realizadas de forma humana, pessoal, em contraposição ao modelo atual, impessoal e telemático.

Em certa medida a passividade estatal pode se justificar diante da constatação de que ele mesmo não detém poder para disciplinar e solucionar o problema, ou – o que considero ainda mais gravoso –, que ele próprio se utilize da estratégia de raptar direitos individuais em troca de serviços comuns. É o caso, por exemplo, da segurança pública: sob o pretexto de promover o serviço social básico, o Estado

³⁰ Também chamado de viés confirmatório ou de tendência de confirmação, é, fundamentalmente, a tendência de se lembrar, interpretar ou pesquisar por informações de maneira a confirmar crenças ou hipóteses iniciais. É um tipo de viés cognitivo e um erro de raciocínio indutivo. Na prática, o viés confirmatório “nos cega para a informação ou data que poderia contradizer nossos pensamentos e crenças prévias, levando-nos a pesquisar apenas por aquelas informações que as poderiam corroborar” (livre tradução). In CUNHA FILHO, Marcio. Post-Truth and Authoritarianism: Reflections about the Antecedents and Consequences of Political Regimes Based on Alternative Facts. **Bras. Political Sci. Rev.**, São Paulo, v. 13, n. 2, e0010, 2019. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1981-38212019000200601&lng=en&nrm=iso>. Acesso: 28 jul. 2020. Epub Dec 09, 2019. <https://doi.org/10.1590/1981-3821201900020007>.

estimula as pessoas a abdicar de suas reservas individuais em prol da coletividade.

Ano após ano o Estado vem se empenhando em criar sistemas de controle social cada vez mais sofisticados, lastreados em legislação invasiva, desenhadas para situações de exceção, como é o caso, nos EUA, do “Patriot Act”, editado no contexto do pós 9/11, ainda no ano de 2001, para coletar dados pessoais sob os mais variados pretextos, com elevada carga subjetiva, que depois são processados e reprocessados para os mais obscuros fins.

No Brasil, tenta-se a todo custo implementar³¹ um cadastro nacional de banco de dados, sem definições claras a respeito de captação, cruzamento de informações, segurança de armazenamento, ingerência de acesso e possibilidade de alteração de informações inexatas. A pretexto de implementar melhorias de governança (dinamismo na gestão pública, através da unificação das plataformas de serviço), o Estado passará a armazenar, numa só base, não apenas informações pessoais de natureza cadastral (CPF, RG, filiação, dados laborais etc.) como biométricos (características biológicas, como características das palma das mãos, digitais, retina, íris, voz, traços do rosto etc.) e comportamentais (como maneira de andar, falar etc.)³².

Recentemente, no Estado de São Paulo, permitiu-se – à míngua de estudos prévios de avaliação de impacto da implementação da tecnologia, nem dos riscos de usá-la no sistema de transporte coletivo –, sem se especificar exatamente para quê, a implementação, pelo custo de cinquenta e oito milhões de reais, de sistema de identificação facial em metrô³³.

As pessoas não costumam atentar ao fato de que dados pessoais são como matéria radioativa: enquanto espalhados na nature-

³¹ Através dos Decretos n.ºs 10.046 e 10.047, ambos de 2019.

³² AURELI, Sofia. “**‘Super cadastro’ do governo vai conter até a sua maneira de andar e falar**”. Disponível em: <<https://olhardigital.com.br/noticia/-super-cadastro-do-governo-vai-conter-ate-a-sua-maneira-de-andar-e-falar/91785>>. Acesso em 28 abr. 2020.

³³ FEITOSA JUNIOR, Alessandro. “**Metrô de São Paulo fecha licitação de R\$ 58 milhões por reconhecimento facial, mas há questões em aberto**”. Disponível em: <<https://gizmodo.uol.com.br/metro-licitacao-reconhecimento-facial-questoes/>>. Acesso em 28 abr. 2020.

za, são inócuos; quando concentrados em escala industrial, podem provocar reações em cadeia, capazes de produzir muita sinergia ou destruição em volta, como bem pontuou Pedro Rezende, matemático, em entrevista à Revista do Instituto Humanitas Unisinos³⁴. Costumam ignorar que, na contramão do que aprenderam desde os primórdios da internet (quando os serviços eram apresentados como genuinamente “gratuitos”, de modo a atrair o público), o cidadão, na verdade, tem o direito de receber pela utilização de seus dados pessoais (não os *sensíveis*, mas os *elementares*), como bem disse, recentemente, Brittany Kaiser, ex-funcionária da Cambridge Analytica, em entrevista concedida ao Estadão³⁵. Percebam: ex-preposta da empresa que protagonizou um dos maiores escândalos cibernéticos da atualidade.

O fato é que, pelo que se percebe, aparentemente se tenta sacrificar a privacidade, a vida privada, no altar dos obscuros interesses estatais e comerciais, nacionais e supranacionais.

GARANTIAS E SURVEILLANCE: O PROBLEMA DA IGUALDADE

É consabido que ao longo do tempo, diferentes governos, em maior ou menor escala, estiveram preocupados em monitorar os seus cidadãos sob as mais variadas justificativas e pretextos. Na antiguidade, o censor romano, dentre outras atribuições, contava os homens para fins de taxaço e obrigaçoes militares. A partir dos séculos 17 e 18 surgiu na Europa, mais precisamente na Alemanha, o termo “estatística”. Desse momento em diante estreita-se a aliança entre vigilância, censura, cálculo e conhecimento, para efeito de co-

³⁴ UNISINOS, Instituto Humanitas. “**O emergente Hegemon. A guerra de ‘4a. geração’ e a implantação do regime dominante de vigilantismo global:**” entrevista especial com Pedro Rezende. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/555773-o-emergente-hegemon-a-guerra-de-q4a-geracaoq-e-a-implantacao-do-regime-dominante-de-vigilantismo-global-entrevista-especial-com-pedro-rezende>>. Acesso: 28 abr. 2020.

³⁵ ROMANI, Bruno. “**As pessoas foram enganadas para dar algo valioso: seus dados**”, diz Brittany Kaiser”. Disponível em: <<https://link.estadao.com.br/noticias/cultura-digital,as-pessoas-foram-enganadas-para-dar-algo-valioso-seus-dados-diz-brittany-kaiser,70003275070>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

leta e tabulação sistemática de dados sobre cidadãos e fatos. Desse amálgama, fundou-se a “física social”, definiram-se as balizas do “homem médio” e deu-se início à “era das massas”.

Já no final do século 19 as sociedades liberais ditas “democráticas”, a pretexto de defender a bandeira de controle dos gastos e do bem-estar coletivo, vêm sustentando o controle cada vez maior de dados e informações. Aliás, o nascimento dos primeiros bancos de dados data ao pós Segunda Guerra Mundial, momento em que as informações, ainda organizadas em “arquivos empoeirados e *dossiers* de grandes dimensões, passaram a ser dominados por computadores com excelentes resultados, impossíveis até então de serem obtidos pelo trabalho humano, o que representava uma verdadeira revolução”³⁶.

Para legitimar sua ação, o Estado se empenha em fazer com que as pessoas acreditem que estão mais seguras ao estarem mais vigiadas. Na prática, tem-se explorado situações atípicas, que instilam terror e medo, para vender a ilusão de que pode cuidar e proteger a todos contra o mal caso aceitem a ampliação e a intensificação de ações repressivas e excludentes. O vigilantismo assim implantado visa à coleta massiva de dados de todo tipo, não só para monitoramento, mas principalmente, em última instância, para instrumentar com eles o controle de valores, motivações e vontades abrigados ou desenvolvidos por indivíduos, através da manipulação ativa de nossa percepção da realidade.

Com a disseminação de dispositivos móveis conectáveis alcançando personalização inédita, com a popularização do uso de smartphones e da “internet das coisas”, as possibilidades para um tal regime intervir remotamente com programações individualmente calibradas, dissimuladas ou imperceptíveis como manipuladoras ou não, alcança patamares antes só imaginados em ficções científicas. Prova disso são os anúncios personalizados que ferem a capa-

³⁶ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 04-5.

cidade de autodeterminação consumerista e também a manipulação da opinião pública através das “fake news” – das campanhas e estratégias de franca desinformação –, além de outros fenômenos modernos, como os filtros-bolha e as câmaras de eco, que têm dado novos contornos e cores ao viés de assimilação³⁷ e ao já mencionado viés de confirmação.

Em última análise, os algoritmos ditam a política, pois são empregados para o fim de minar a própria autodeterminação democrática, de forma a emplacar e conseqüentemente eleger quem melhor atenda aos interesses da mão oculta do mercado³⁸, perenizando, assim, o problema.

Se assim o é, “O soberano na contemporaneidade é o mercado”, explica, com sagacidade, Ricardo Valim³⁹. Ou, como arremata, com propriedade, Luigi Ferrajoli, “somos governados, de fato, por sujeitos que não nos representam, enquanto os sujeitos que nos representam são àqueles subalternos e impotentes diante deles”⁴⁰.

Se por um lado, em prol da boa gestão pública, o Estado passa a governar por standards e indicadores (como bem sustentou Benoit Frydman⁴¹) – discurso que, a princípio, legitimaria o emprego de técnicas de monitoramento, catálogo e classificação de dados para melhor atender aos anseios sociais –, é comum observar que, em situa-

³⁷ “Significa que nossas crenças e suposições anteriores filtram a maneira como interpretamos novas informações. Isso faz com que nossas suposições anteriores sejam quase imutáveis, porque tendemos a inclinar novas evidências para se ajustarem aos pontos de vista mantidos anteriormente, criando uma coerência ideológica que se sente confortável, não importa o quão errado ela possa ser” (livre tradução). In CUNHA FILHO, Marcio. Post-Truth and Authoritarianism: Reflections about the Antecedents and Consequences of Political Regimes Based on Alternative Facts. **Bras. Political Sci. Rev.**, São Paulo, v. 13, n. 2, e0010, 2019. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1981-38212019000200601&lng=en&nrm=iso>. Acesso: 28 jul. 2020. Epub Dec 09, 2019. <https://doi.org/10.1590/1981-3821201900020007>

³⁸ No mesmo sentido, Ricardo Valim: “não são mais os governos democraticamente eleitos que gerem a vida econômica e social, em vista de interesses públicos, senão que as potências ocultas e politicamente irresponsáveis do capital financeiro”. In **Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017. p.29.

³⁹ *Ibid.*, p. 33.

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.149.

⁴¹ BENÔIT, Frydman. **O fim do estado de direito: governar por standards e indicadores**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

ções atípicas, como ocorreu com a queda das Torres Gêmeas e agora se repete no contexto de pandemia de Covid-19, é criado um terreno fértil para se prorrogar no tempo, indefinidamente, inclusive avaliado pela opinião pública, os efeitos de legislações que, repitam-se, foram criadas para tempo e contexto muito bem delineados.

É interessante como o evento epidemia, em substituição ao fator terror (leia-se, o terrorismo), tem se revelado o pretexto ideal para, alicerçado no elemento medo, ampliar a adoção de medidas adjetivadas “de exceção”. Há aí, segundo Giorgio Agamben⁴², os dois elementos aptos a legitimar o fenômeno: a) a crescente tendência de utilização do estado de exceção como técnica de governo; b) a difusão de um “estado de medo” a justificar medidas restritivas de direitos em prol de uma maior segurança ao cidadão.

É curioso observar, contudo, que é o mercado quem define os inimigos e o Estado os combate⁴³, ou seja, a esta altura, quem decide sobre a exceção é o mercado, em nome de uma massa invisível e ilocalizável, tendo como arautos⁴⁴ as grandes corporações de mídia⁴⁵.

O problema da *surveillance* reside em duas questões: quando a situação de anormalidade se torna regra (pois “a fim de preservar o estado de coisas vigente, o Estado empreende uma guerra incessante contra um inimigo virtual, constantemente redefinido”⁴⁶), e quando sobrevém abuso à legislação, tanto infra como constitucional. Trazendo à baila um exemplo recente e local, tem-se o caso da Medida Provisória (MP) 954⁴⁷, de 17 de abril de 2020. Por determinação

⁴² AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. 2. ed. São Paulo : Boitempo, 2004.

⁴³ *Ibid.*, p.35.

⁴⁴ Citando Luiz Gonzaga Belluzzo e Gabriel Galípulo, pondera Ricardo Valim (**Op. cit.**, p.35) que “Na mídia impressa e na eletrônica, as matérias de negócios e economia disseminam os fetiches dos mercados financeiros embaçados na linguagem do saber técnico e esotérico. Qual bonecos de ventríloquo, os comunicadores ‘falam’ a língua articulada conforme as regras gramaticais dos mercados. Assim, o capitalismo investido em sua roupagem financeira cumpre a missão de ‘administrar’ a constelação de significantes à procura de significados, submetendo os cidadãos-espectadores aos infortúnios da domesticação e da homogeneização, decretados pelo ‘coletivismo de mercado’”. (*in* **Manda quem pode, obedece quem tem prejuízo**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, p. 81).

⁴⁵ *Ibid.*, p. 33-34.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ BRASIL. **Medida Provisória nº 954, de 17 de abril de 2020**. Dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de

da Presidência da República, as prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal deveriam disponibilizar ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em meio eletrônico (matéria bruta altamente processável e reclassificável, além de altamente vulnerável à interceptação, vazamento e ao mal uso), a “relação dos nomes, dos números de telefone e dos endereços de seus consumidores, pessoas físicas ou jurídicas”⁴⁸, dados não anonimizados que haveriam de ser utilizados (laconicamente) na “produção de estatística oficial, com o objetivo de realizar entrevistas em caráter não presencial no âmbito de pesquisas domiciliares”⁴⁹.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogado do Brasil (CFOAB) impetrou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 6387⁵⁰), sustentando a ilegalidade da antecitada legislação, que reputava contrária a valores verdadeiramente caros à ordem constitucional, como a dignidade da pessoa humana; a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas; o sigilo dos dados; o direito à autodeterminação informativa; o princípio da proporcionalidade. Fundamentalmente, sustentou o CFOAB que a MP determinava a violação de dados sigilosos, inclusive telefônico, indistintamente, de todos os brasileiros; informava o genérico e impreciso escopo de produzir estatística oficial, realizando entrevistas em caráter não presencial no âmbito de pesquisas domiciliares; determinava a guarda dos dados no âmbito da Fundação IBGE, sem o controle por parte do Judiciário, do Ministério Público ou de órgãos da sociedade civil; não apresentou, com precisão, qual a finalidade de utilização dos dados, quais e que tipos de pesquisas seriam realizadas, com qual frequência ou para qual objetivos; não apresen-

Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv954.htm>. Acesso em 28 abr. 2020.

⁴⁸ Art. 2º.

⁴⁹ Art. 2, §1.

⁵⁰ STF, numeração única 0090566-08.2020.1.00.0000

tou as razões de urgência e relevância da medida; não apresentou a necessidade da pesquisa e, por conseguinte, a justificativa para o compartilhamento de dados; não apresentou o mecanismo de segurança para minimizar o risco de acesso e o uso indevido dos dados; previu relatório de impacto em momento posterior ao uso dos dados, e não anterior ao compartilhamento, de modo a impedir a avaliação efetiva dos riscos; não informa o motivo pelo qual os dados seriam indispensáveis à realização da pesquisa estatística.

A Relatora, Ministra Rosa Weber, deferiu medida cautelar de urgência, não sem antes estabelecer premissas que são de grande relevância ao presente debate: a) a manipulação de dados pessoais digitalizados, por agentes públicos ou privados, consiste em um dos maiores desafios contemporâneos do direito à privacidade; b) o direito à privacidade e os seus consectários direitos à intimidade, à honra e à imagem emanam do reconhecimento de que a personalidade individual merece ser protegida em todas as suas manifestações; e c) a invasão injustificada da privacidade individual deve ser repreendida e, tanto quanto possível, prevenida.

Felizmente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal referendou, por maioria de votos, a medida cautelar deferida por Sua Excelência, de modo a suspender a eficácia da MP.

Foi em bom tempo e tom, portanto, que Giorgio Agamben, em artigo recente, analisou o contexto de medidas de emergência adotadas no combate ao novo coronavírus na Itália. Disse ser possível inferir que os seres humanos se habituaram a viver em condições de crise perene e não percebem que suas vidas foram reduzidas a uma condição exclusivamente biológica, alijada das dimensões sociais, políticas, humanas e emocionais⁵¹.

É extremamente fácil concordar com tal percepção.

⁵¹ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Da exceção agambeniana à Constituição Planetária de Ferrajoli: desafios impostos pela pandemia do novo coronavírus às categorias jurídico-políticas tradicionais. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 15, n. 1, p. e43057, abr. 2020. ISSN 1981-3694. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revista-direito/article/view/43057>>. Acesso em: 28 abr. 2020. doi: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369443057>.

O Estado não possui capacidade de impor soluções aos problemas socioeconômicos atuais, seja de forma autoritária, seja de forma negociada com os principais atores sociopolíticos, o que permite falar no surgimento de uma espécie de “neo feudalismo”, onde os senhores são as grandes corporações, que não devem satisfação ou estão subordinadas a autoridades internacionais, apenas aos capital e aos acionistas.

Estudos⁵² robustos demonstraram que a tecnologia, embora neutra, é essencialmente falha, por encerrar código enviesado, que dificilmente poderá ser auditado sem uma *accountability* robusta, independente, se possível com padrões de neutralidade e referência supranacional.

Apesar de o emprego das novas tecnologias ser um fenômeno irrefreável, várias são as provas⁵³ de preconceito e limitações sistêmicas que ainda não podem ser devidamente explicadas, como é o caso de expressiva discriminação na economia de compartilhamento – voltadas à produção de bens, espaços e instrumentos de uso comum –, que tem prejudicado usuários de religião muçulmana;⁵⁴ da discriminação nas relações de microempréstimos, que prestigiam caucasianos em detrimento de latinos e afrodescendentes;⁵⁵ o recrutamento de desenvolvedores da Amazon, que desprestigia o gênero feminino;⁵⁶ o concurso de beleza, avaliado por algorítmicos, que fo-

⁵² NETO, Elias Jacob de Menezes; MORAIS, José Luis Bolzan de; ALVES, Fabrício Germano; GOMES, Igor da Silva. **Accountability, transparência e assimetria das relações de visibilidade virtuais: análise dos aspectos antidemocráticos das novas tecnologias da informação e comunicação a partir da ideia de filtro bolha**. Disponível em: <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/art%203%20direito%2053.pdf>>. Acesso em 28 abr. 2020.

⁵³ TAURION, Cezar. **“Inteligência artificial: até os algoritmos têm “preconceito”**. Disponível em: <<https://neofeed.com.br/blog/home/inteligencia-artificial-ate-os-algoritmos-tem-preconceito/>>. Acesso em 28 abr. 2020.

⁵⁴ EDELMAN, Benjamin; LUCA, Michael; SVIRSKY, Dan. **Racial Discrimination in the Sharing Economy: Evidence from a Field Experiment**. Disponível em: <<https://pubs.aeaweb.org/doi/pdfplus/10.1257/app.20160213>>. Acesso: 28 abr. 2020.

⁵⁵ BARTLET, Robert; MORSE, Adair; STANTON, Richard; WALLACE, Nancy. **Consumer-Lending Discrimination in the fintech era**. Disponível em: <<https://www.nber.org/papers/w25943.pdf>>. Acesso em 28 abr. 2020.

⁵⁶ DASTIN, Jeffrey. **“Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women”**. Disponível em: <<https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight/amazon->

ram “treinados” para julgar a partir de uma base objetiva predominantemente branca⁵⁷.

É bom lembrar que, para atender a garantia constitucional à igualdade, todas as pessoas têm de ter direito de participação igual na esfera digital, devendo ser protegidas, por conseguinte, contra atos discriminatórios. Nas palavras de Canotilho⁵⁸, esse é um direito digital social.

No caso da igualdade, é curial identificar e evitar, preventivamente, as nominadas decisões de triagem⁵⁹, através do emprego de linguagem algorítmica transparente e específica, para que se possam adotar, se necessário, medidas de escrutínio, a fim de responder como e por que determinada escolha foi feita numa situação concreta, para, a partir daí, “treinar” a inteligência artificial, seja modificando o código base, em sistemas estanques, ou, em se empregado o modelo de *deep learning*, alimentando-a com dados e valores justos, imparciais, bem delineados.

Também é oportuno lembrar que, em deferência à igualdade, vedam-se os *tratamentos* díspares, estimulando-se o respeito à neutralidade. Proíbem, ainda, os *impactos* díspares, para que, uma vez explicitado que determinado requisito ou prática algorítmica implique efeitos adversos ou desproporcionais sobre um certo público alvo (minorias, negros, mulheres, idosos, muçulmanos etc.), o gestor precise explicar a razão do requisito ou prática ser, no caso, justificada⁶⁰.

-scraps-secret-ai-recruiting-tool-that-showed-bias-against-women-idUSKCN1MK08G>. Acesso em 28 abr. 2020.

⁵⁷ LEVIN, Sam. “**A beauty contest was judged by AI and the robots didn’t like dark skin**”. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/technology/2016/sep/08/artificial-intelligence-beauty-contest-doesnt-like-black-people>>. Acesso em 28 abr. 2020.

⁵⁸ CANOTILHO, J. J. G. Sobre a indispensabilidade de uma Carta de Direitos Fundamentais Digitais da União Europeia. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, v. 31, n. 1, p. 69-75, 27 mar. 2019. Disponível em: <<http://revista.trf1.jus.br/trf1/article/view/17/17>>. Acesso em 28 abr. 2020.

⁵⁹ KLEINBERG, Jon; LUDWIG, Jens; MULLAINATHAN, Sendhil; SUNSTEINS, Cass R. **Discrimination in the Age of Algorithms**. *Journal of Legal Analysis*, Volume 10, 2018, Pages 113–174, <https://doi.org/10.1093/jla/laz001>. Disponível em: <<https://academic.oup.com/jla/article-pdf/doi/10.1093/jla/laz001/30132964/laz001.pdf>>. Acesso em 28 abr. 2020.

⁶⁰ KLEINBERG, Jon; LUDWIG, Jens; MULLAINATHAN, Sendhil; SUNSTEINS, Cass R. Op. cit.

É necessário que empreguemos freio de arrumação para definir o que é lícito, o que é legítimo, o que queremos para o futuro, de modo a aliar inovação tecnológica e segurança ao respeito à dignidade da pessoa. Essa visão encontra guarida, por exemplo, na obra “Os quatro ventos do Mundo”, de Mireille Delmas-Marty, para quem o ponto de equilíbrio entre os “ventos” mundiais reside em preservar quatro premissas: 1) segurança e a liberdade sendo guiadas pelo princípio de igual dignidade a todos os seres humanos; 2) a competição e cooperação sobre o princípio da solidariedade planetária; 3) a inovação e a conservação sobre o princípio da precaução-antecipação e 4) a exclusão e integração sobre o princípio do pluralismo ordenado⁶¹.

Caso essas premissas não sejam prestigiadas, é bem possível que, para além do óbito da privacidade e da igualdade, tome corpo a trágica predição de Edward Snowden⁶², no sentido de que, tal como ocorreu com o “Patriot Act”, as medidas de exceção, atípicas, sobrevivam ao contexto de pandemia, limitando direitos individuais e coletivos em prol de um fantasma já superado, não mais para fins de boa gestão da *res publica*, mas para fins de controle e manipulação social pelo Estado, ou para viabilizar a acumulação de capital pelas grandes corporações, cujo principal insumo, hoje, são os dados pessoais.

⁶¹ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Da exceção ágambeniana à Constituição Planetária de Ferrajoli: desafios impostos pela pandemia do novo coronavírus às categorias jurídico-políticas tradicionais. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 15, n. 1, p. e43057, abr. 2020. ISSN 1981-3694. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revista-direito/article/view/43057>>. Acesso em: 28 abr. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.5902/1981369443057>.

⁶² AARO, David. “**Edward Snowden warns that governments may use coronavirus to limit freedoms**”. Disponível em: <<https://www.foxnews.com/health/edward-snowden-warns-governments-may-use-coronavirus-remove-freedoms>>. Acesso em 28 abr. 2020.

REFERÊNCIAS

AARO, David. “**Edward Snowden warns that governments may use coronavirus to limit freedoms**”. Disponível em: <<https://www.foxnews.com/health/edward-snowden-warns-governments-may-use-coronavirus-remove-freedoms>>. Acesso em 28 abr. 2020.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. 2. ed. São Paulo : Boitempo, 2004.

AURELI, Sofia. “**‘Super cadastro’ do governo vai conter até a sua maneira de andar e falar**”. Disponível em: <<https://olhardigital.com.br/noticia/-super-cadastro-do-governo-vai-conter-ate-a-sua-maneira-de-andar-e-falar/91785>>. Acesso em 28 abr. 2020.

BARTLET, Robert; MORSE, Adair; STANTON, Richard; WALLACE, Nancy. **Consumer-Lending Discrimination in the fintech era**. Disponível em: <<https://www.nber.org/papers/w25943.pdf>>. Acesso em 28 abr. 2020.

BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto. **Rever ou romper com Vestfália? Por uma releitura da efetiva contribuição dos Acordos de Paz de 1648 à construção do modelo vestfaliano de Estados**. Revista de Direito Internacional, Brasília, V. 14. N 1, 2017. P. 357-376. DOI: 10.5102/rdi.v14i1.4397. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4397/pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

BAUMAN, Zygmunt. **Estado de crise**. 1. ed. Zahar, 2016. Edição Kindle.

BENÔIT, Frydman. **O fim do estado de direito : governar por standards e indicadores**. 2. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2018.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado. p.91/92.

_____. **O estado de direito “confrontado” pela “revolução da internet”!**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria,

RS, v. 13, n. 3, p. 876-903, dez. 2018. ISSN 1981-3694. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/33021>>. Acesso em: 28 abr. 2020. doi: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369433021>.

BRASIL. **Medida Provisória nº 954, de 17 de abril de 2020**. Dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv954.htm>. Acesso em 28 abr. 2020.

BURIN, Margaret. “**They resent the fact I’m not a robot**”. Disponível em: <<https://www.abc.net.au/news/2019-02-27/amazon-australia-warehouse-working-conditions/10807308?nw=0>>. Acesso em 28 abr. 2020.

CANOTILHO, J. J. G. Sobre a indispensabilidade de uma Carta de Direitos Fundamentais Digitais da União Europeia. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v. 31, n. 1, p. 69-75, 27 mar. 2019. Disponível em: <<http://revista.trf1.jus.br/trf1/article/view/17/17>>. Acesso em 28 abr. 2020.

CONTRIBUIDORES DA WIKILIVROS. “**Algoritmos e Estruturas de Dados/O que é um Algoritmo?**”. Disponível em: <https://pt.wikibooks.org/wiki/Algoritmos_e_Estruturas_de_Dados/O_que_é_um_Algoritmo%3F>. Acesso em 28 abr. 2020.

CUNHA FILHO, Marcio. Post-Truth and Authoritarianism: Reflections about the Antecedents and Consequences of Political Regimes Based on Alternative Facts. **Bras. Political Sci. Rev.**, São Paulo, v. 13, n. 2, e0010, 2019. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1981-38212019000200601&lng=en&nrm=iso>.

Acesso: 28 jul. 2020. Epub Dec 09, 2019. <https://doi.org/10.1590/1981-3821201900020007>.

DASTIN, Jeffrey. **“Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women”**. Disponível em: <<https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight/amazon-s-craps-secret-ai-recruiting-tool-that-showed-bias-against-women-idUSKCN1MKo8G>>. Acesso em 28 abr. 2020.

DINO. **“Startup Brasileira cria Shampoo personalizado por inteligência artificial”**. Disponível em: <<https://www.mundodomarketing.com.br/noticias-corporativas/conteudo/200264/startup-brasileira-cria-shampoo-personalizado-por-inteligencia-artificial>>. Acesso em 28 abr. 2020.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

EDELMAN, Benjamin; LUCA, Michael; SVIRSKY, Dan. **Racial Discrimination in the Sharing Economy: Evidence from a Field Experiment**. Disponível em: <<https://pubs.aeaweb.org/doi/pdfplus/10.1257/app.20160213>>. Acesso: 28 abr. 2020.

FEITOSA JUNIOR, Alessandro. **“Metrô de São Paulo fecha licitação de R\$ 58 milhões por reconhecimento facial, mas há questões em aberto”**. Disponível em: <<https://gizmodo.uol.com.br/metro-licitacao-reconhecimento-facial-questoes/>>. Acesso em 28 abr. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2015. P.149

FORBES. **“What Not To Wear: How Algorithms Are Taking Uncertainty Out Of Fashion”**. Disponível em: <<https://www.forbes.com/sites/insights-intelai/2018/07/17/what-not-to-wear-how-algorithms-are-taking-uncertainty-out-of-fashion/#5440ad2d186a>>. Acesso em 28 abr. 2020.

FRIEDMAN, Thomas. **O mundo É Plano: Uma breve história do século XXI**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

JUST, Natascha; LATZER, Michael. **Governance by algorithms: reality construction by algorithmic selection on the Internet**. *Media, Culture & Society*, 39(2), 238–258. Disponível em: <<https://doi.org/10.1177/0163443716643157>>. Acesso em 28 abr. 2020.

KIM, Yoon Mi. **“Dijkstra Algorithm: Key to Finding the Shortest Path, Google Map to Waze”**. Disponível em: <<https://medium.com/@yk392/dijkstra-algorithm-key-to-finding-the-shortest-path-google-map-to-waze-56ff3d9f92fo?>>. Acesso em 28 abr. 2020.

KLEINBERG, Jon; LUDWIG, Jens; MULLAINATHAN, Sendhil; SUNSTEINS, Cass R. **Discrimination in the Age of Algorithms**. *Journal of Legal Analysis*, Volume 10, 2018, Pages 113–174, <https://doi.org/10.1093/jla/laz001>. Disponível em: <<https://academic.oup.com/jla/article-pdf/doi/10.1093/jla/laz001/30132964/laz001.pdf>>. Acesso em 28 abr. 2020.

KOEBLER, Jason; MAIBERG, Emanuel; COX, Joseph. **“This Small Company Is Turning Utah Into a Surveillance Panopticon”**. Disponível em: <https://www.vice.com/en_us/article/k7exem/banjo-ai-company-utah-surveillance-panopticon>. Acesso em 28 abr. 2020.

LECHER, Colin. **“How Amazon automatically tracks and fires warehouse workers for ‘productivity’”**. Disponível em: <<https://www.theverge.com/2019/4/25/18516004/amazon-warehouse-fulfillment-centers-productivity-firing-terminations>>. Acesso: 28 abr. 2020.

LEMPINEN, Edward. **“Algorithms are better than people in predicting recidivism, study says”**. Disponível em: <<https://news.berkeley.edu/2020/02/14/algorithms-are-better-than-people-in-predicting-recidivism-study-says/>>. Acesso em 28 abr. 2020.

LEVIN, Sam. **“A beauty contest was judged by AI and the robots didn’t like dark skin”**. Disponível em: <<https://www.theguardian.com>>.

com/technology/2016/sep/08/artificial-intelligence-beauty-contest-doesnt-like-black-people>. Acesso em 28 abr. 2020.

MCGUIRE, Pat. “**Death by Algorithm**”. Disponível em: <https://www.huffpost.com/entry/teacher-evaluations_b_1328456>. Acesso em 28 abr. 2020.

MELLO, Patrícia Campos. “**Em livro, delatora esmiúça uso de rede social para manipular opinião pública**”. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/04/em-livro-delatora-esmiuca-uso-de-rede-social-para-manipular-opinio-publica.shtml>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

NETO, Elias Jacob de Menezes; BOLZAN DE MORAIS, José Luis; ALVES, Fabrício Germano; GOMES, Igor da Silva. **Accountability, transparência e assimetria das relações de visibilidade virtuais: análise dos aspectos antidemocráticos das novas tecnologias da informação e comunicação a partir da ideia de filtro bolha**. Disponível em: <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/art%203%20direito%2053.pdf>>. Acesso em 28 abr. 2020.

O’CONNOR, Sarah. “**When your boss is an algorithm**”. Disponível em: <<https://www.ft.com/content/88fdc58e-754f-11e6-b60a-de4532d5ea35>>. Acesso em 28 abr. 2020.

ROMANI, Bruno. “**As pessoas foram enganadas para dar algo valioso: seus dados**”, diz Brittany Kaiser”. Disponível em: <<https://link.estadao.com.br/noticias/cultura-digital,as-pessoas-foram-enganadas-para-dar-algo-valioso-seus-dados-diz-brittany-kaiser,70003275070>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

SIMONITE, Tom. “**Algorithms Were Supposed to Fix the Bail System. They Haven’t**”. Disponível em: <<https://www.wired.com/story/algorithms-supposed-fix-bail-system-they-havent/>>. Acesso em 28 abr. 2020.

TAURION, Cezar. **“Inteligência artificial: até os algoritmos têm “preconceito”**. Disponível em: <<https://neofeed.com.br/blog/home/inteligencia-artificial-ate-os-algoritmos-tem-preconceito/>>. Acesso em 28 abr. 2020.

UNISINOS, Instituto Humanitas. **Tecnopolítica, racionalidade algorítmica e mundo como laboratório:” entrevista com Fernanda Bruno**. 2019. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/594012-tecnopolitica-racionalidade-algoritmica-e-mundo-como-laboratorio-entrevista-com-fernanda-bruno>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

_____. **Os algoritmos vão dizer a sua dieta, horas de sol, exercício, meditação:” entrevista com Joe Barkai**. 2020. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/598171-os-algoritmos-vaodizer-a-sua-dieta-horas-de-sol-exercicio-meditacao-entrevista-com-joe-barkai>>. Acesso em 28 abr. 2020.

_____. **“O emergente Hegemon. A guerra de ‘4a. geração’ e a implantação do regime dominante de vigilantismo global:” entrevista especial com Pedro Rezende**. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/555773-o-emergente-hegemon-a-guerra-de-q4a-geracao-e-a-implantacao-do-regime-dominante-de-vigilantismo-global-entrevista-especial-com-pedro-rezende>>. Acesso: 28 abr. 2020.

VALIM, Ricardo. **Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo**. São Paulo : Editora Contracorrente, 2017.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. **“The Right to Privacy.”** *Harvard Law Review*, vol. 4, no. 5, 1890, pp. 193–220. JSTOR, www.jstor.org/stable/1321160. Accessed 22 June 2020. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/i256795>>. Acesso: 28 abr. 2020.

WERMUTH, Miquel Ângelo Dezordi; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Da exceção ágambeniana à Constituição Planetária de Ferrajoli: desafios impostos pela pandemia do novo coronavírus às ca-

tegorias jurídico-políticas tradicionais. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 15, n. 1, p. e43057, abr. 2020. ISSN 1981-3694. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revista-direito/article/view/43057>>. Acesso em: 28 abr. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.5902/1981369443057>.

SUBORDINAÇÃO TRABALHISTA E TECNOLOGIA: QUEM CONTROLA OS CONTROLADORES?

Marcela de Azevedo Bussinguer Conti¹

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Subordinação: surgimento e evolução – 3. Novos instrumentos tecnológicos de controle e seus impactos nos direitos da personalidade do trabalhador – 4. Considerações finais.

RESUMO: O presente artigo, por meio do método histórico-dialético, visa analisar o modo como a tecnologia intensifica a subordinação trabalhista e o controle empresarial na perspectiva do meio ambiente do trabalho, lançando um olhar sobre a fiscalização exercida quanto aos aspectos não diretamente ligados à execução do serviço, violando direitos da personalidade do trabalhador. Busca compreender a influência da pandemia do Coronavírus nessas relações, como autorização implícita para ampliação do uso da tecnologia para a vigilância. Conclui pelas necessárias limitações às amplas possibilidades tecnológicas em razão das barreiras protetivas ao indivíduo estabelecidas pelos direitos fundamentais.

Palavras Chave: Subordinação. Tecnologia. Meio ambiente de trabalho. Direitos da Personalidade. Coronavírus.

ABSTRACT: This article, through the historical-dialectical method, aims to analyze the how technology intensifies labor subordination and control from the perspective of the work environment, taking a look at the inspection carried out on aspects not directly

¹ Doutoranda em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Mestre em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas).. Advogada.

linked to the execution of the service, violating the worker's personality rights. Seeks to understand the influence of the Coronavirus pandemic in these relationships, as an implicit authorization to expand the use of technology for surveillance. Concludes by the necessary limitations to the broad technological possibilities due to the protective barriers

established by fundamental rights.

Keywords: Subordination. Technology. Working environment. Personality Rights. Coronavirus.

INTRODUÇÃO

Não há dúvidas acerca da presença e da necessidade da subordinação no bojo da relação de emprego. Mais do que presença, a subordinação revela-se como marca característica, elemento fundamental, capaz de distinguir a relação de emprego de outras relações nas quais a prestação de trabalho em favor de terceiros não enseja a proteção diferenciada do Direito do Trabalho.

Tendo o direito de propriedade como origem e justificativa, a subordinação coloca sob a ordem do empregador a realização do trabalho, de maneira a tornar racional a realização de tarefas por múltiplas mãos.

Tradicionalmente exercida de modo presencial, quase físico, a subordinação tem se transformado, sem, contudo, perder as intensas possibilidades de controle. Ocultados pelo distanciamento ou mesmo desaparecimento dos capatazes, as ordens e o acompanhamento do serviço se difundem, dando a impressão, ao olhar desatento, de que não estão presentes.

A tecnologia desempenha papel fundamental neste processo, permitindo que olhos humanos sejam substituídos por “olhos virtuais”, quer na forma de câmeras, quer na forma de coleta de dados, de instrumentos de geolocalização, de relatórios e de sistemas de trabalho, até mesmo de controle digital da forma como o trabalho é executado.

É possível que o trabalhador nunca tenha estado tão monitorado, conquanto tenha a impressão de que trabalha livremente. De modo curioso, embora seja aparentemente livre para decidir se adere ou não a determinada oferta de trabalho – sem ingressarmos nas questões mais filosóficas dessa real liberdade diante das constrangedoras necessidades cotidianamente impostas como a fome, a doença, o infortúnio ou, simplesmente, necessidades transformadas em consumo –, a liberdade se restringe, exatamente, por tratar-se o emprego de labor prestado com alteridade, em benefício de e sob o comando de terceiros.

Diante desses constrangimentos típicos do modo de trabalho assalariado, e diante das possíveis e concretas ampliações ofensivas de constrangimentos violadores é que se coloca a questão que se pretende explorar neste artigo: **a tecnologia intensifica os aspectos de controle empresarial sobre a vida do trabalhador, em violação aos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana? De que modo a regulação da utilização tecnológica no âmbito empresarial pode contribuir para a promoção de direitos fundamentais do trabalhador?**

Para tanto, pretende-se apresentar a evolução conceitual da subordinação, analisando o tratamento conferido pela doutrina brasileira ao poder diretivo, apresentar algumas das diferentes modalidades e instrumentos tecnológicos de controle utilizados na relação de emprego, analisando de que modo afetam os direitos da personalidade do trabalhador e sua dignidade.

Embora muitos caminhos possam conduzir aos fins que pretendidos há sempre aquele que se compatibiliza de modo mais adequado ao tema e ao pesquisador.

Pensar a relação de emprego em suas mais variadas matizes não pode descurar do conflito que lhe é inerente, procurando articular capital e trabalho em busca, nunca acabada, e talvez impossível, de pacificação social.

Sabe-se que o método histórico-dialético, embora desenvolvido a partir da questão central do trabalho, pode ser utilizado como modo de pensar diversas relações. Especificamente neste tema, promove, com peculiar propriedade, o exercício imprescindível de olhar o problema com lentes atentas ao mundo circundante, às questões que lhe são típicas, tendo em mente a ideia de totalidade.

Assim, parte-se do real, enquanto historicidade, em busca das contradições ali presentes, procurando encontrar uma totalidade possível. Não é demais lembrar que a totalidade pensada dialeticamente não é algo totalizante, que caminha para o unívoco. Ao contrário disso, a totalidade dialética é justamente a possibilidade de perceber o diverso, e o modo como a diversidade se articula formando o real, dando-lhe significado.

Compreender subordinação enquanto manifestação do poder diretivo ao lado do trabalhador que se subordina é caminhar nessa busca, da totalidade que engloba a divergência, procurando harmonizá-las de maneira significativa.

SUBORDINAÇÃO: SURGIMENTO E EVOLUÇÃO

Embora os modos de labor servil e escravocrata tenham, há muito, deixado de existir, a ideia de sujeição pessoal presente nestes tipos de trabalho ainda habita algumas relações de emprego, a despeito da compreensão teórica de que esse modo de operar é inaceitável.

A liberdade da mão de obra e a intensificação da produção fabril fizeram nascer forma inédita de relacionamento entre tomadores e prestadores, forjando a subordinação. Pensar e repensar o trabalho subordinado, seus contornos e seus limites, é também relembrar maneiras inaceitáveis de condução do labor, para que não teimem em retornar.

Tradicionalmente, Délio Maranhão² ensina que “a subordinação do empregado é *jurídica*, porque resulta de um *contrato*: nele encontra seu fundamento e seus *limites*”. Nesse sentido, questões pessoais, posição social ou aspectos financeiros devem ser irrelevantes para o fim de justificá-la.

Seu fundamento de validade não é outro, senão o pacto de vontades – com as especificidades de uma sociedade desigual onde este pacto é ‘induzido’ – de ofertar e tomar trabalho, nos moldes empregatícios. Porque jurídica, a subordinação não pode assumir contornos antijurídicos, não pode ser exercida de maneira violadora de direitos fundamentais. Nas hipóteses em que abandone sua conformidade com o Direito, ensejará reparação.

Aquele que dirige a prestação do serviço e organiza os meios de produção para atingir seu objeto social, direciona trabalhadores na consecução de suas tarefas teleologicamente, no exercício de seu direito de propriedade.

Todavia, o exercício do direito fundamental à propriedade recebe condicionantes, como a função social, a horizontalidade dos direitos fundamentais e o dever de atuar de maneira constitucionalmente compatível e harmônica.

Pensar a relação de poder exercida no âmbito laboral não pode descuidar da tentativa constitucional de compatibilização do aparentemente incompatível, de colocar lado a lado pessoas e interesses antagônicos, objetivando preservar o pluralismo e promover a redução das desigualdades sociais, ao mesmo tempo em que valoriza a livre iniciativa, a liberdade econômica e a dignidade da pessoa humana.

Na perspectiva constitucional, o trabalho é um valor social, cuja relevância se equipara à da livre iniciativa, sendo importante que se promovam mutuamente no intuito de alcançar os projetos coletivos elencados como fundamentos e objetivos da república (art. 1º e art. 3º da CF).

² SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 22a ed. v. 1. São Paulo: LTr, 2005. p. 246.

Nesse sentido, deve-se buscar a democratização do poder nas relações de trabalho, por meio do ser coletivo obreiro, dos limites legais ao exercício da vontade empresarial – como, por exemplo, restrição temporal quanto aos prazos de suspensão disciplinar, art. 474 da CLT – da possibilidade de participação dos empregados na gestão empresarial (art. 7º, XI da CF), da possibilidade de eleição de representantes de empregados para entendimento com a empresa (art. 11 da CF), e do fortalecimento das comissões internas de fiscalização da saúde e segurança por meio da estabilidade de seus agentes (art. 10, II, 'a' do ADCT CF/1988).

Isso porque, intrinsecamente ligado ao poder empregatício, encontra-se o direito de resistência obreiro, caracterizado pelo direito de obstar o exercício abusivo das ordens empresariais.

Conquanto receba nome específico no ramo trabalhista, o direito de resistência nada mais é do que a reafirmação da dignidade, vedando atuações detrimenrosas, causadoras de dano ou prejuízo ao trabalhador, contrárias ao ordenamento.

Sabe-se que quanto maior a liberdade empresarial no que tange à rotatividade da mão de obra, e quanto mais precárias as condições de trabalho, maiores as dificuldades para exercício do direito de resistência. Exigir melhores condições de trabalho sob a ameaça do desemprego torna-se ato de coragem, que a maioria dos trabalhadores não pode exercer.

Desde a implementação do regime fundiário, que permite a denúncia vazia do contrato, o Direito Brasileiro acompanha as limitações à eficácia social do direito de resistência. A Reforma Trabalhista de 2017 exacerba as dificuldades de objeção, intensificando o poder empresarial.

Por meio da Lei 13.467/2017, criou-se a figura do trabalho intermitente, do autônomo exclusivo e permanente, promoveu-se a dissociação da clássica correlação entre tempo a disposição e remuneração, afastou-se a natureza salarial de verbas tradicionalmente pagas ao trabalhador, permitiu-se a existência de contratos com

remuneração zero, ampliou-se a possibilidade de terceirização, até mesmo em atividade-fim, impôs-se excessivo ônus sobre o trabalhador para o acesso à justiça, todas medidas que enfraquecem o liame entre o trabalhador e a empresa, bem como reduzem o âmbito protetivo incidente sobre a principal contraprestação, o salário.

Nota-se que o movimento de contenção do poder proporcionado pela Constituição de 1988 sofreu o contra-movimento intensificado pela Reforma Trabalhista, desequilibrando a harmonização dialética pretendida pela Carta. A nova legislação tem notável efeito prático, seguida de intangível efeito simbólico, que promove significativo recrudescimento do exercício do poder empresarial.

Ademais, os avanços tecnológicos colocam-se como realidade cada vez mais intensa na vida das empresas, acompanhando as atividades de cada trabalhador de maneira corriqueiramente ofensiva.

Se a obtenção de dados de usuários preocupa diante das motivações duvidosas, gera ainda mais controvérsia a captura de dados de trabalhadores que, historicamente inseridos na relação de trabalho em condição de hipossuficiência, hoje estão mais expostos: pouco conhecem da empresa, que, de modo diverso, tudo sabe, em obtenção progressiva de informações, que lhe permite controle e condicionamento.

A captura constante de dados sobre o trabalhador e muitas vezes sua conexão com o trabalho por meios virtuais – vide trabalho por plataformas, teletrabalho, trabalho logado no sistema – acaba por criar uma realidade virtual da relação de labor, que invade os espaços e tempos que não deveriam estar disponíveis ao empregador. Compromete-se o lazer, compromete-se o ambiente residencial, comprometem-se as informações que não seriam naturalmente compartilháveis com o empregador.

O ‘tempo intermediário’, definido por Byung-Chul Han³ como tempo sem trabalho, dotado de caráter lúdico, é cada vez mais invadido e reduzido, comprometendo seu papel essencial de cura e

³ HAN, Byung-Chul. **Sociedade do Cansaço**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2017. p. 77.

recuperação imprescindível para o equilíbrio físico e mental, do indivíduo e da própria sociedade, produzindo-se por consequência a ‘sociedade do cansaço’.

Essa realidade virtual, naturalmente fluida, constantemente afronta a legislação organizada para a contenção do poder manifestado na relação de emprego. Considerando a necessidade de manutenção do caráter tuitivo do Direito do Trabalho, importa lembrar a relevância de identificar na realidade concreta os contornos para a elaboração e compreensão do contrato de trabalho, para além das delimitações contratuais e práticas violadoras, propagadas como avanços, pelo singelo fato de serem marcadas pela tecnologia.

José Eduardo de Resende Chaves Júnior⁴ destaca que:

Se o contrato-realidade foi um construto jurídico para ressaltar os limites do contratualismo puro e duro na esfera tuitiva do Direito do Trabalho, a ideia de **contrato hiper-realidade** pretende também desvelar a realidade potencializada na direção algorítmica e atualizada no trabalho concreto, configurando, assim, uma perspectiva, não propriamente anti-contratualista, senão pós-contratualista da relação de emprego sob o impacto das novas tecnologias.

A compreensão do trabalhador e do contrato de trabalho deve levar em conta a maneira como novas tecnologias promovem a interação entre o mundo palpável e o intangível, criando novas formas de relacionamento capital-trabalho que demandam novos modos de intervenção jurídica.

A possibilidade de estrito controle das atividades, imagens, localização e movimentação do trabalhador, chegando ao extremo no qual empresas implantam microchips em seus empregados⁵, deve

⁴ CHAVES JUNIOR, José Eduardo de Resende. Contrato Hiper-realidade e Direito do Trabalho 4.o. **Os trabalhistas**. Publicado em 27/03/2019. Disponível em: <http://ostrabalhistas.com.br/contrato-hiper-realidade-e-direito-do-trabalho-4-o/>. Acesso em: 25/10/2019.

⁵ GILLIES, Trent. Why most of Three Square Market's employees jumped at the chance to wear a microchip. **CNBC**. 13/08/2017. Disponível em: <https://www.cnbc.com/2017/08/11/three-square-market-ceo-explains-its-employee-microchip-implant.html>. Acesso em: 20/11/2019.

ser confrontada pela preservação de seus direitos fundamentais, lembrando sempre sua característica atávica: indissociabilidade de seu titular.

Em todos os espaços pelos quais transitamos, quer físicos, quer virtuais, estamos imbuídos dos direitos fundamentais, de maneira que cada relação que travamos deve ter como pressuposto a dignidade da pessoa humana.

Não poderia ser diferente nos espaços da empresa, ainda que a empresa possa existir sem estabelecimento empresarial, constituindo-se apenas em uma ideia organizada em plataformas.

Como nos lembra Bernard Edelman⁶:

[...] o direito do trabalho é necessário contra a propriedade privada; o direito do trabalho se tornará esse conjunto de regras que permitiria aos trabalhadores tornarem-se 'homens' em seu trabalho. [...] é fazer respeitar no trabalhador os direitos do homem, que se apresentariam assim, como um limite aos direitos e propriedade.

Imprescindível, portanto, que sejamos capazes de identificar os danos concretos e em potencial advindos da intensificação do controle proporcionados pelo aprimoramento da tecnologia, e que o ordenamento jurídico seja capaz de dar as respostas aptas a adequar a realidade ao quê de idealidade presente no Direito enquanto dever ser.

⁶ EDELMAN, Bernard. **A legalização da classe operária**. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 69.

NOVOS INSTRUMENTOS TECNOLÓGICOS DE CONTROLE E SEUS IMPACTOS NOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO TRABALHADOR

A tecnologia tem suscitado intensas discussões no que tange a subordinação. Repensa-se sua presença ou ausência diante do trabalho em plataformas, bem como sua delimitação conceitual enquanto elemento fático-jurídico da relação de emprego. Para tanto, a doutrina tem retomado os conceitos da subordinação objetiva⁷, da subordinação estrutural⁸ e da subordinação integrativa⁹, todos eles visando superar a identificação inadequada que se faz, ainda hoje, com a subordinação direta, hierarquizada, típica dos primórdios da relação de emprego.

Alguns autores, como Chaves Júnior; Mendes; Oliveira¹⁰ ressaltam a importância do conceito de dependência, notadamente a dependência econômica, relembrando a ideia de alienidade para a compreensão do fenômeno. Destacam o duplo aspecto da alienidade que se “dá tanto no resultado, como na própria atividade”, e prosseguem, afirmando que:

O trabalho, desconectado da propriedade no mundo capitalista reduz o sujeito trabalhador a apenas força de trabalho, ou seja, algo a ser vendido como mercadoria em troca de salário. Infere-se aí que o viver do salário é a consequência do ser despossuído e não da própria condição de dependente.

⁷ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego: estrutura legal e supostos**. 2.ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 474.

⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, LTr, a. 70, n. 6, p.657-667, jun. 2006. p. 667.

⁹ PORTO, Lorena Vasconcelos. **A subordinação no contrato de trabalho**: uma releitura necessária. São Paulo: LTr, 2009. p. 253.

¹⁰ CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende; MENDES, Marcos Menezes Barberino; OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. Subordinação, dependência e alienidade no trânsito para o capitalismo tecnológico. In: LEME, Ana Carolina Paes; RODRIGUES, Bruno Alvez; CHAVES JUNIOR, José Eduardo de Resende (coords.). **Tecnologias Disruptivas e a exploração do trabalho humano**: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais. São Paulo: LTr, 2017. p. 177.

A luta conceitual pelo termo subordinação não constitui mera disputa semântica, mas encontra relevância central para a compreensão do fenômeno ‘trabalho protegido’, no Brasil identificado com o emprego.

Contudo, reconhecido o importante caminho trilhado, cumpre delimitar a preocupação central deste artigo, focado no exercício do controle, não propriamente para fins conceituais – permitindo a inclusão ou afastamento de determinadas categorias da incidência das normas trabalhistas –, mas para a finalidade de avaliar a existência de um meio ambiente de trabalho saudável, respeitoso e compatível com os direitos da personalidade do trabalhador.

Subordinar trabalho alheio relaciona-se ao poder que decorre da concentração dos meios de produção, autorizando a gestão dos modos de realização do serviço. Extrapolando esta finalidade, entretanto, a tecnologia permitiu o microgerenciamento de atividades, comportamentos e decisões tomadas pelo empregado não necessariamente relacionadas ao trabalho ou, embora relacionadas, sensíveis e pessoais.

Embora venda sua força de trabalho e esteja à disposição do empregador em razão do contrato, o vínculo não autoriza a gestão constrangedora da existência. Afinal, controlar a prestação de serviço difere fundamentalmente da fiscalização do cotidiano do trabalho e do ambiente de trabalho.

Alguns exemplos podem ser levantados nesse artigo, apenas como ensaio reflexivo:

a) Medição de temperatura e distância entre empregados

As câmeras de vigilância passaram a integrar o cotidiano da via laboral há alguns anos. Conquanto não se tenha legislação específica tratando do tema, as discussões parecem relativamente assentadas na doutrina e na jurisprudência, considerando-se alguns parâmetros basilares para afastar violações:

- vedação à instalação em áreas de convivência e áreas privativas como banheiros e vestiários;
- prévia comunicação aos empregados da existência do sistema e da localização das câmeras;
- filmagem ambiente não diretamente focada em um trabalhador.

Quanto à instalação em banheiros e vestiários, considera-se a existência de dano *in re ipsa*, tornando despicienda a comprovação do dano, que decorre da mera instalação, configurando exercício abusivo do poder diretivo (TST, RR-24457-06.2017.5.24.0003, 2ª Turma, Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta, DEJT 25/10/2019 e TST AIRR-1137-63.2015.5.17.0011, Relatora Ministra DELAÍDE MIRANDA ARANTES, DEJT 29/05/2020).

O argumento central utilizado para justificar a medida refere-se à proteção patrimonial do empregador e à segurança. O direito à propriedade (art. 5º, XXII da CF) asseguraria a adoção de diligências preventivas, capazes de inibir violações. Sabe-se que em determinados ramos profissionais, como o bancário e farmacêutico, as medidas assumem caráter protetivo não apenas ao patrimônio, mas, também, à segurança dos trabalhadores e/ou terceiros que frequentam o estabelecimento.

O debate, todavia, assume nova relevância diante da possibilidade da inserção de outros elementos de controle por meio das câmeras, antes restritas a imagens e, atualmente, com potência para capturar e catalogar dados anteriormente não previstos, como medição de temperatura e distância entre pessoas. Conforme reportagem de A Gazeta, diversas empresas localizadas no Estado do Espírito Santo já investem em câmeras térmicas, capazes de registrar variações de temperatura de seus empregados, utilizando-as também para registrar o distanciamento entre eles¹¹.

¹¹ AGÊNCIA ESTADO. Tecnologias sem toque vão dar o tom no mundo pós-coronavírus: Grandes empresas como Vale e Petrobrás já estão investindo em tecnologias que reduzem o risco de con-

As medidas justificar-se-iam pela pandemia do coronavírus, doença respiratória que pode ensejar, dentre outros sintomas, febre e possui como eficaz estratégia de contenção o distanciamento social, que evite o toque em superfícies contaminadas e a respiração de ar com gotículas do vírus.

A reportagem segue informando a existência de duas empresas com sede em São Paulo, NEC e Segur Pro, que já utilizam o sistema de reconhecimento facial para acesso ao seu estabelecimento, sistema louvado pela propriedade de ser 'low touch', evitando contaminações cruzadas, e afastando a necessidade do crachá.

Diante da maior crise sanitária registrada na história da humanidade, todas as limitações parecem justificáveis. É em nome da saúde, da vida e do sistema que são feitas, de maneira que somos constrangidos a aceitar potenciais danos individuais para afastar riscos da disseminação e alastramento da doença.

Entretanto, é preciso pensar para além deste momento atípico, sob pena de que a exceção torne-se a permanência justificadora das restrições. Agamben¹², de modo radical chama atenção para um possível modo estratégico de gestão que manifesta “mais uma vez a crescente tendência de usar o estado de exceção como paradigma normal de governo.”

O autor¹³ prossegue,

O outro fator, não menos preocupante, é o estado de medo que nos últimos anos foi evidentemente se difundindo nas consciências dos indivíduos e que se traduz em uma verdadeira necessidade de estados de pânico coletivo, para o qual a epidemia mais uma vez oferece o pretexto ideal. Assim, em um perverso círculo vicioso, a limitação da liberdade imposta pelos governos é aceita em nome de um desejo de

tágio entre os trabalhadores. **A GAZETA**. Economia. Vitória, 10 mai. 2020. Disponível em: <https://www.agazeta.com.br/economia/tecnologias-sem-toque-vaio-dar-o-tom-no-mundo-pos-coronavirus-0520>. Acesso em 02/07/2020.

¹² Ibid., p. 8. **Reflexões sobre a peste**: ensaios em tempo de pandemia. São Paulo: Boitempo, 2020. p. 7.

¹³ AGAMBEN, Giorgio. **Reflexões sobre a peste**: ensaios em tempo de pandemia. São Paulo: Boitempo, 2020. p. 8.

segurança que foi induzido pelos próprios governos que agora inter-vêm para satisfazê-lo.

Não se descarta que Agamben fala da atuação governamental, mas sabemos, também, que o exercício do poder diretivo se realiza a partir de contornos aceitos ou rejeitados em determinados contextos políticos e históricos, relacionados diretamente com orientações e projetos governamentais.

A calamidade de saúde pode ser a oportunidade para avançar solenemente sobre os vulneráveis, nesse momento ainda mais propensos à aceitação de tudo aquilo que lhes permita a manutenção do emprego. A ausência de políticas de amparo, a degeneração dos direitos trabalhistas e a progressiva transformação nominal de subordinados em autônomos contribui para o medo enquanto regente do imaginário coletivo, especialmente de quem oferta força de trabalho no mercado.

O mote de referidas medidas de vigilância é a preocupação com os trabalhadores, mas, de fato, sob essa superfície, encontra-se o medo do fechamento e da paralização das atividades que um surto em determinada unidade poderia ensejar.

Afinal, força de trabalho é um elemento da produção que precisa ser protegido a fim de que a máquina permaneça em funcionamento. Destaca-se que coisificar a mão de obra – como na frase antecedente – afasta-se do projeto civilizatório iniciado pelas manifestações operárias que se opunham às imposições da Primeira Revolução Industrial. Todavia, parece ser o movimento adotado por governos autoritários, dentre os quais o brasileiro, e pelo empresariado, que optam por investir em tecnologias que “permitam” a manutenção das atividades a despeito das recomendações de paralização, ao invés de despendere valores semelhantes para manter trabalhadores em casa pelo período de distanciamento social recomendado.

b) Implantação de chips em trabalhadores

De modo semelhante, exsurge a discussão relativa à implantação de chips em trabalhadores, essa ainda sem diretriz organizada na doutrina e na jurisprudência brasileira, talvez pela crença de que sua implementação seja mero exercício de longínqua futurologia.

Noticiada em 2017 para trabalhadores americanos, suíços e belgas, o tema foi objeto de estudo direcionado ao *Committee on Employment and Socyal Affairs of European Parliament*¹⁴. O sistema é composto por um RFID *tag* (o microchip implantado sob a pele, entre o polegar e o indicador), um RFID *reader*, uma rede, e um computador/controlador. RFID é a sigla em inglês designativa de Radio-Frequency IDentification, ou seja, identificação por radiofrequência.

O microchip possui memória para receber determinada quantidade de dados, que serão lidos e transmitidos ao sistema, possibilitando algumas tarefas apenas pela proximidade, como por exemplo, abrir portas, efetuar pagamentos, logar ao sistema da empresa, dentre outras.

Curioso observar que algumas empresas como Three Square Market e Biohax International, podem ser identificadas como **produtores** do microchip e, ao mesmo tempo, **usuários**¹⁵, tendo em vista que sua força de trabalho tem sido estimulada ao uso do produto. A relação revela-se um tanto quanto promíscua, diante dos interesses subjacentes. Ao ser usuária do chip por ela mesma produzido, a empresa assegura um número mínimo de implantes, cuja adesão do titular ao sistema é questionável, mas que pode ser utilizada como estratégia publicitária, como método de testagem e aprimoramento do sistema, sem os custos naturalmente envolvidos no desenvolvimento da tecnologia, tudo isso em benefício da própria empresa.

¹⁴ GRAVELING, Richard; WINSKI, Thomas; DIXON, Ken. Op. Cit. p. 16. **The use of chip implants for workers**. Study for de EMPL Committee. Jan. 2018.

¹⁵ GRAVELING, Richard; WINSKI, Thomas; DIXON, Ken. **The use of chip implants for workers**. Study for de EMPL Committee. Jan. 2018. p. 16.

A propagada vantagem de facilitar o acesso ao estabelecimento empresarial para abertura e fechamento de portas pela simples proximidade, bem como a aquisição de produtos em máquinas automatizadas de alimentos, podem facilmente ser acrescidas de outras formas de controle, bastando a inserção de um maior número de leitores distribuídos na empresa, sendo possível então conhecer em quais locais os empregados se encontram ao longo da jornada, quantas vezes vão ao banheiro ou ao refeitório, quanto tempo permanecem, a que salas frequentam, que empregados permanecem próximos uns dos outros, que produtos são consumidos nas máquinas automatizadas, quais seus valores.

A partir dessas informações, cruzadas com as informações pessoais de cada empregado, como gênero, idade, função, e outras, aparentemente irrelevantes, a potência para elaboração de padrões e análises preditivas é vastíssima e, considerando as atuais técnicas de cruzamentos de dados, quicá infundável. Soma-se a isso, as possibilidades de ampliação de funcionalidades como inserção de GPS, o que expandiria a coleta de dados para ambientes que extrapolam os limites da empresa.

Sabe-se que o processo de *data mining* e o seu uso mercantil geram valor, habilitando os detentores das informações não apenas conhecer o que se passou, mas promover análises preditivas, capazes, até mesmo, de condicionar o comportamento humano. Seria possível ao empregador elaborar previsões sobre empregados mais propensos a doenças crônicas ao conhecer seus hábitos alimentares, aqueles inclinados a associações sindicais em razão de seus contatos profissionais mais frequentes, bem como os tendenciosos para o cometimento de faltas funcionais, dentre outros.

De que maneira o empregador lidará com essas informações, como as protegerá e se se comprometerá apenas ao uso declarado para sua coleta são questões de discussão urgente no cenário jurídico brasileiro.

Neste ponto, as emergências colocadas pela pandemia do Covid-19 podem, mais uma vez, ser o mote justificador das intervenções, em nome de uma segurança sanitária. Os chips podem ser programados, por exemplo, para a verificação da lavagem das mãos, avaliada pela proximidade a leitores instalados nas pias, sua frequência e tempo da lavagem, tanto para profissionais da saúde, como outras profissões de cuidado – de idosos ou crianças – e, até mesmo, de trabalhadores em geral.

A aparente vantagem nos coloca em dúvidas sobre o modo como essa tecnologia seria utilizada para fins prejudiciais ao trabalhador. Os dados poderiam ser utilizados para avaliar o tempo de permanência do trabalhador em banheiros? Para fins de justa causa na modalidade desídia pela lavagem inferior a determinados parâmetros ou mesmo para a culpabilização de determinados empregados por problemas decorrentes de surtos ou infecções em certos ambientes profissionais?

O excesso do controle pode se revelar como modo de afastar a álea que recai sobre o empregador, transferindo o risco inerente a atividade para pequenas falhas individuais. Parece mais fácil controlar a falta atribuindo-a ao empregado do que trabalhar para a construção de uma cultura profissional condizente com as recomendações científicas.

Quando passar a pandemia, o que ainda consideraremos aceitável? A que ponto seremos afetados pelo discurso de que a vigilância é a aliada redentora da liberdade e da segurança, em contraposição ao fomento da autonomia?

A pandemia parece vaticinar sobre a inexorabilidade de uma nova natureza, agora virtualizada, e sobre a qual pouco ou nada podemos intervir, diante da qual devemos apenas aquiescer.

Importa lembrar, contudo, que na perspectiva marxista, o trabalho é justamente a categoria central que nos permite, em distanciamento do objeto, olhar com a potência da transformação,

tornando-nos capazes de influir no mundo oferecendo-lhe contornos humanizadores.

A natureza, este objeto a transformar, não é mais apenas a biologia que outrora modificávamos para proteção contra as intempéries. Na atualidade, revela-se como simbiose entre o biológico e um mundo cada vez mais abstrato e intangível. Embora diversa daquela que nos conclamou a iniciar o processo modificativo no mundo, sua virtualidade não retira nosso impulso de atuação transformadora.

Leandro Konder¹⁶ descreve o caminhar humano no processo dialético da história, em que nossas sínteses trabalham a alternância da mudança e da permanência:

Exatamente porque o movimento da história é marcado por superações dialéticas, em todas as grandes mudanças há uma negação mas, ao mesmo tempo, uma preservação (e uma elevação em nível superior) daquilo que tinha sido estabelecido antes. Mudança e permanência são categorias reflexivas, isto é, uma não pode ser pensada sem a outra.

No processo de acolhimento e rejeição do que nos é apresentado como possibilidade para uma nova natureza, cumpre-nos a análise de alguns pontos para pensarmos o tema do uso de microchips em trabalhadores, avaliando entre premissas fáticas e premissas jurídicas, construções humanizadoras.

Em primeiro lugar, o princípio da proporcionalidade¹⁷ e seus subprincípios revelam-se como interessante baliza para a avaliação da constitucionalidade em uma possível aplicação de microchips em trabalhadores. Cumpre inicialmente avaliar o fim declarado pela empresa para tanto. Considerando os usos já disponíveis no mercado – acesso e vedação de acesso a determinadas áreas, meio de pagamento para máquinas de alimentos na empresa e *log in* ao sistema – a despeito de o meio ser adequado à consecução do fim pretendido,

¹⁶ KONDER, Leandro. **O que é dialética**. Coleção Primeiros Passos. São Paulo: Brasiliense, 2008. p. 52.

¹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

satisfazendo ao subprincípio da adequação, encontra barreiras no segundo subprincípio, o da necessidade. Isso porque, dentre os diversos meios existentes para acesso de pessoas a estabelecimentos, existem muitas formas que independem da implantação de um corpo estranho no trabalhador, tais como apresentação de documento de identidade, crachás e, até mesmo, para manter a onda tecnológica, o fornecimento pela empresa de microchips em “wearables”, como anéis, pulseiras, relógios e cordões.

Embora microchips utilizados em dispositivos vestíveis possuam a mesma finalidade daqueles implantados e, também atuem coletando dados, o fato de poderem ser destacados do trabalhador em determinados momentos, apresentam intensidade de controle diferenciada. Seu uso e autorização para uso não dispensam o debate, sendo possível afirmar que existem modos menos violadores à privacidade, bem como que atuam com coleta de dados menos extensa do usuário.

A lógica de aplicação do princípio da proporcionalidade dispensa a análise do último subprincípio, proporcionalidade em sentido estrito, quando não satisfeitas as exigências prescritas pelo subprincípio antecedente. Todavia, em exercício argumentativo, cumpre lembrar que não parece estar presente uma justa proporção entre meios e fins, benefícios e violações. Isso porque as possíveis vantagens apresentadas pelo implante de microchips são acompanhadas de intensa interferência na privacidade e intimidade do trabalhador.

Outrossim, não é demasiado ressaltar que os benefícios recaem sobre apenas uma das partes da relação, já beneficiada por elementos que a colocam como concentradora dos meios de produção. Os malefícios da medida, por sua vez, recaem exclusivamente sobre o hipossuficiente, em agravamento a sua posição de vulnerabilidade.

Em segundo lugar, a impossibilidade de retirar o chip – exceto por procedimento médico – como se dá com outros dispositivos de leitura por RFID, suscita a preocupação quanto a inafastabilidade da vigilância, sendo impossível ao trabalhador escolher espaços e tem-

pos nos quais pudesse se desvincular do olhar ou da produção de informações pessoais fornecidas.

Em terceiro lugar, quanto a propriedade do chip, estamos diante de instrumento de trabalho peculiar que, embora fornecido pela empresa para facilitação do serviço, não pode ser exigido de volta no encerramento contratual, por sua incorporação à biologia do trabalhador – e neste sentido incorporação é utilizada com referência ao radical formador da palavra, tornar-se corpo.

Na hipótese de desligamento da empresa, a propriedade do chip e dos dados ali armazenados deve ser atribuída ao trabalhador, reconfigurando-se apenas as informações que permitam o acesso ao estabelecimento empresarial. Destaque-se a previsão da Lei Geral de Proteção de Dados em seu art. 18 quanto ao direito do titular dos dados de gerir as informações que lhe concernem, podendo não apenas ter acesso aos mesmos (I), como, também, solicitar sua correção quando incompletos, inexatos ou desatualizados (II); anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei (IV); a portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto (V) e, porque não vislumbrar a possibilidade de portabilidade para outro empregador; a eliminação dos dados pessoais tratados, mesmo que com o consentimento do titular (VI).

A decisão sobre a retirada ou não, e a utilização para outros fins, deve recair exclusivamente sobre o trabalhador, cujo interesse na manutenção do dispositivo competiria a sua discricionariedade, estando relacionada à possibilidade de armazenamento de dados que lhe fossem convenientes, bem como à ampliação progressiva de serviços ofertados no mercado com referida tecnologia, com uso, agora, na qualidade de consumidor, tornando-se responsável pela manutenção do equipamento e pelos danos que dele eventualmente decorram.

Seria possível falar em uma ‘portabilidade do chip’, tendo em vista sua funcionalidade extrapolar usos exclusivamente relaciona-

dos ao trabalho. A tecnologia de RFID já se encontra disponível em celulares, cartões de crédito, dentre outros, podendo, também, realizar referidas funções por meio dos microchips.

Uma quarta discussão deve nos ocupar no que tange aos usos do microchip fora da empresa e a captura de dados por diferentes redes não pertencentes ao empregador. Como instrumento de trabalho incorporado ao trabalhador, a empresa poderia limitar sua utilização por outras redes? Poderia limitar os dados a serem inseridos? Poderia acessar dados inseridos por terceiros para uso de outras funcionalidades? Como controlar os fluxos de todas essas informações?

A Lei Geral de Proteção de Dados, como prescrito pelo citado artigo 18, pretende colocar sob o titular o controle das informações, o que parece profundamente distante do cotidiano trabalhista, no qual o empregado encontra-se completamente alheio às informações que lhe se são inerentes. Exemplificativamente, cita-se o funcionamento do banco de horas, diante do qual os trabalhadores sequer possuem noção de seus créditos e débitos, inserção ou compensação, sem fornecimento de extratos regulares ou possibilidade de acessos individuais livres.

Em quinto lugar, importante destacar a necessidade de adequação do empregador às exigências da Lei Geral de Proteção de Dados, que, embora com previsão de entrada em vigor apenas para maio de 2021, e sem regulamentações especificamente direcionadas à relação laboral, já deve orientar as ações empresariais.

Segundo prescreve a legislação (Lei 13.709/2018), deve haver transparência no tratamento dos dados obtidos do trabalhador, exigindo-se:

- consentimento do titular dos dados (art. 7º, I), o qual deverá ser “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada;” (art. Art. 5º, XII);

- informação da finalidade – “propósitos legítimos, específicos, explícitos” – para a qual os dados estão sendo coletados e vedação à utilização para finalidade diversa ou incompatível à declarada (6º, I c/c 8º, §4º);
- acesso às informações sobre o tratamento dos dados pelo titular (art. 9º).

Observa-se a preocupação destacada da legislação com a máxima transparência quanto a finalidade capaz de justificar a coleta dos dados, permitindo que o titular tenha não apenas conhecimento da coleta, como, também, dos motivos para os quais são coletados, com possibilidade de acesso e modificação dos mesmos, vedando-se o controle oculto.

Sabe-se que a relação de emprego é aquela na qual o empregado vende sua força de trabalho como tempo à disposição do empregador. Os crescentes dispositivos e formas de controle tecnológicos utilizados empregador, todavia, têm ensejado a criação de mais um elemento apropriável, para além do tempo e da intensificação da mais valia – os dados.

Segundo a descrição de Nick Srnicek¹⁸:

[...] os dados são a matéria prima que deve ser extraída, e as atividades dos usuários, a fonte natural desta matéria prima. De modo semelhante ao petróleo, os dados são um material que se extrai, se refina e se usa de distintas maneiras. Quanto mais dados alguém tem, mais usos lhes pode conferir.

A grande questão, portanto, é que câmeras de vigilância e microchips transformam-se não apenas em instrumentos de exercício do poder empregatício para controle dos empregados e proteção da propriedade empresarial, mas, concomitantemente, em ferramentas geradoras de uma nova ‘propriedade’, adquirida, tantas ve-

¹⁸ SRNICEK, Nick. **Capitalismo de plataformas**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Caja Negra, 2018. p. 40-41.

zes, sem comunicação, aceite ou controle de seus titulares, em seu próprio prejuízo.

Se nas relações de consumo a coleta de dados se faz com o objetivo informado de melhorar a qualidade e a personalização dos serviços prestados, nas relações de trabalho a ‘personalização’ produz, exclusivamente, a ampliação do domínio empresarial sobre saúde, relações pessoais, escolhas e preferências, todas informações privadas e, até mesmo, desnecessárias ao empregador.

A lógica por meio da qual opera o *datamining* não considera, propriamente, a ‘necessidade’ de um dado para a sua coleta. Isso porque a vantagem não se encontra na importância de uma informação individualmente considerada, mas no armazenamento de ampla quantidade de dados que possibilite sua combinação e recombinação infinita para propósitos cuja relevância ainda se revelará no futuro.

Assim, conquanto a Lei Geral de Proteção de Dados traga importantes conceitos e balizas para as múltiplas relações travadas ao longo de nossas vidas, considera-se importante a criação de dispositivos específicos que tratem de questões típicas da relação de emprego, como, por exemplo, (i) os limites da portabilidade de dados para outro empregador de maneira a conciliar com as restrições a anotações desabonadoras nos registros funcionais, (ii) a comunicabilidade de dados que possam afetar o direito de associação sindical, (iii) a criação de mecanismos de consulta pelo empregado dos dados gerados e manipulados que envolvam sua pessoa, até mesmo, para o fim de produção de provas judiciais, e (iv) a possibilidade ou não de utilização dos dados coletados para fins de justa causa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A inevitabilidade dos avanços tecnológicos, consideradas as facilidades que promovem em nossa vida cotidiana não podem ser negadas. Todavia, o Direito, para além da corriqueira atitude que acompanha com assombro as mudanças sem ser capaz de nelas interferir, deve assumir seu papel fundamental de conformação da realidade segundo os projetos coletivos estabelecidos.

Nesse sentido, o primeiro constrangimento que se coloca imperiosamente nas relações humanas, nas mais diversas configurações, é a aplicabilidade dos direitos fundamentais, bem como os acordos constitucionalmente fixados. Discutir o que a tecnologia pode fazer não se limita a pensar suas possibilidades fáticas, mas deve estar sempre mediado pela contraposição entre o faticamente possível, o eticamente desejável e o constitucionalmente adequado.

O Direito é uma construção social fruto da cultura, que de modo semelhante à ética, não pode permitir a transformação humana em objeto manipulável. Marilena Chauí (1999, 337) registra que “Do ponto de vista ético, somos **pessoas** e não podemos ser tratados como coisas. Os valores éticos se oferecem, portanto, como expressão da garantia de nossa condição de sujeitos, proibindo moralmente o que nos transforme em coisas usada e manipulada por outros.”

Se o eticamente desejável se limita à moralidade, não coercitiva, o constitucionalmente adequado é preocupação fundamental que não pode escapar ao jurista comprometido com o ordenamento jurídico no qual opera. O avanço progressivo da tecnologia a mediar a vida revela a urgente justificativa de um Direito capaz de dar conta dos novos problemas que se apresentam, sem descurar da pessoa humana, enquanto vértice atribuidor de sentido à regulação e à própria utilização da técnica e da tecnologia a serviço do homem.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Reflexões sobre a peste**: ensaios em tempo de pandemia. São Paulo: Boitempo, 2020.

AGÊNCIA ESTADO. Tecnologias sem toque vão dar o tom no mundo pós-coronavírus: Grandes empresas como Vale e Petrobrás já estão investindo em tecnologias que reduzem o risco de contágio entre os trabalhadores. **A GAZETA**. Economia. Vitória, 10 mai. 2020. Disponível em: <https://www.agazeta.com.br/economia/tecnologias-sem-toque-vaao-dar-o-tom-no-mundo-pos-coronavirus-0520> . Acesso em 02/07/2020.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. São Paulo: Ática, 1999.

CHAVES JUNIOR, José Eduardo de Resende. Contrato Hiper-realidade e Direito do Trabalho 4.0. **Os trabalhistas**. Publicado em 27/03/2019. Disponível em: <http://ostrabalhistas.com.br/contrato-hiper-realidade-e-direito-do-trabalho-4-0/> . Acesso em: 25/10/2019.

CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende; MENDES, Marcos Menezes Barberino; OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. Subordinação, dependência e alienidade no trânsito para o capitalismo tecnológico. In: LEME, Ana Carolina Paes; RODRIGUES, Bruno Alvez; CHAVES JUNIOR, José Eduardo de Resende (coords.). **Tecnologias Disruptivas e a exploração do trabalho humano**: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais. São Paulo: LTr, 2017.

EDELMAN, Bernard. **A legalização da classe operária**. São Paulo. Boitempo, 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, LTr, a. 70, n. 6, p.657-667, jun. 2006.

GILLIES, Trent. Why most of Three Square Market's employees jumped at the chance to wear a microchip. **CNBC**. 13/08/2017. Disponível em: <https://www.cnbc.com/2017/08/11/three-square-market-ceo-explains-its-employee-microchip-implant.html> . Acesso em: 20/11/2019.

GRAVELING, Richard; WINSKI, Thomas; DIXON, Ken. **The use of chip implants for workers**. Study for de EMPL Committee. Jan. 2018.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade do Cansaço**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2017.

KONDER, Leandro. **O que é dialética**. Coleção Primeiros Passos. São Paulo: Brasiliense, 2008.

PORTO, Lorena Vasconcelos. **A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária**. São Paulo: LTr, 2009.

SRNICEK, Nick. Capitalismo de plataformas. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Caja Negra, 2018.

SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 22a ed. v. 1. São Paulo: LTr, 2005.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego: estrutura legal e supostos**. 2.ed. São Paulo: LTr, 1999.

ESTADO CONSTITUCIONAL TRANSFORMADO PELA GOVERNANÇA POR STANDARDS E INDICADORES: ESTUDO DE CASO NO DIREITO BRASILEIRO À LUZ DA DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADPF N° 669-DF

Horácio Augusto Mendes de Sousa¹

RESUMO: O presente trabalho pretende demonstrar que embora a teoria neoliberal incorpore o modelo de governança por *standards* e indicadores, com a tentativa de implementação de um modelo de Estado tecnocrático, na visão crítica de António José Avelãs Nunes, não se deve rejeitar por completo esse modelo governativo, pois, com certas cautelas jurídicas, inerentes ao paradigma do Estado Democrático de Direito, o mesmo pode ser utilizado no Direito brasileiro. Essa circunstância jurídica reforça a importância do estudo, no âmbito da Teoria do Direito, acerca da relação entre normatividade técnica e regramento jurídico, de modo que a complementa-

¹ Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Candido Mendes (UCAM). Especialista em Economia e Direito do Consumidor pela *Universidad Castilla La Mancha* – Espanha. Membro do Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo (GDAC/UFF/PPGDC). Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (IDARJ). Coordenador do Projeto de Pesquisa para o “Aperfeiçoamento do marco jurídico do fomento público à ciência, à tecnologia e à inovação no Estado do Espírito Santo”, no âmbito da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo (ESPGE). Professor de Direito Administrativo e Econômico da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo (ESPGE) e da Escola de Serviço Público do Estado do Espírito Santo (ESESP). Professor convidado da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Procurador do Estado do Espírito Santo.

ção das regras jurídicas, por meio de normas técnicas e de gestão, deverá respeitar o paradigma do Estado Democrático de Direito, na forma do art. 1º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Neste contexto, o Supremo Tribunal Federal, no precedente examinado, entendeu que seria possível a aplicação desses *standards* científicos e indicadores técnicos, internacionais e nacionais, para resguardar a vida, a saúde e a necessidade de informação adequada aos brasileiros, para o combate ao Coronavírus, não havendo inconstitucionalidade na adoção desses parâmetros de normalização técnica, para fins de aplicação concreta das regras jurídicas constitucionais. Assim, cabe empreender análise crítica do julgado mencionado, na ótica de Benoit Frydman, a fim de verificar como a Suprema Corte fez a ponte relacional-sistêmica entre a normalização técnico-científica e o regramento jurídico-constitucional brasileiro, de modo a viabilizar maior proteção aos direitos fundamentais envolvidos.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Estado de Direito; Gestão Pública; *Standards* técnicos; Indicadores.

ABSTRACT: The present work intends to show that although the neoliberal theory incorporates the governance model by standards and indicators, due to implement a technocratic State model, this model should not be completely rejected, and, as long as used with certain legal precautions, inherent to the Democratic Rule of Law paradigm, it can be used in brazilian law. In this context, the Supreme Court, on the examined precedent, understood that it would be possible to apply these nacional and international scientific standards and technical indicators, to safeguard life, health and the need for adequate information, in order to allow brazilian people to fight against Coronavirus. On the other hand, it is necessary to undertake a critical analysis of the aforementioned judgment, in order to verify how the Supreme Court made the relational-systemic bridge between technical-scientific normalization and the brazilian legal-constitutional rule, in order to enable greater protection to the fundamental rights involved.

Keywords: Fundamental rights; Rule of Law; Public Management; Technical standards; Indicators.

INTRODUÇÃO

O Estado Constitucional, enquanto organização político-jurídica da modernidade, consoante nos ensina Jose Luis Bolzan de Moraes, tem passado por constantes crises e transformações², sobretudo em decorrência da evolução e complexidade das relações sociais, econômicas e políticas travadas no seio de uma sociedade plural, fragmentada e crescentemente tecnológica. Essas transformações ensejam a necessidade de se revisitar os seus elementos estruturantes, de modo a que o Estado contemporâneo possa ser instrumento legítimo e efetivo propulsor da realização de suas promessas constitucionais em realidades densificadoras concretas da dignidade da pessoa humana.

Como assevera Jose Luis Bolzan de Moraes, o Estado Constitucional é informado por uma narrativa lastreada, por um lado, no controle e contenção do poder e, por outro, nos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, em um contexto em que o paradigma estatal Democrático de Direito contemporâneo tem sido confrontado por uma realidade evidenciadora de uma permanente tensão entre as promessas estatais e suas realizações, notadamente diante de novas condicionantes que informam a modernidade, constantemente confrontada com os novos modelos organizativos e as transformações tecnológicas, especialmente as disruptivas³.

Neste contexto, o presente estudo pretende investigar o tema do Estado Constitucional transformado pela governança por *standards* e indicadores, notadamente diante do neoliberalismo, na perspectiva do projeto, em permanente construção, do Estado Democrático de Direito adotado no Brasil, na forma do art. 1º da Carta Política brasileira de 1988. O problema da presente pesquisa consiste em investigar se é possível a adoção, pelo Estado Constitucional trans-

² BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos Direitos Humanos**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

³ Idem. Aula proferida no dia 14 de fevereiro de 2020, no Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais, da Faculdade de Direito de Vitória, na disciplina Transformações do Estado Constitucional.

formado, do modelo de governança por *standards* e indicadores, com vistas a que o mencionado projeto de Estado Democrático de Direito brasileiro, consagrado na matriz constitucional, possa realizar seus objetivos constitucionais relacionados ao desenvolvimento socioeconômico sustentável do País, com a construção efetiva de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza, da marginalização, com a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem discriminações, consoante os objetivos constitucionais fundamentais previstos no art. 3º da Carta Política brasileira de 1988.

Destarte, analisa-se a decisão proferida, em sede cautelar, nos autos do processo pertinente à Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 699-DF, Rel. Min. Luis Roberto Barroso, em 31 de março de 2020⁴. Na decisão mencionada, a Suprema Corte brasileira proibiu que a União Federal, por meio da respectiva Chefia do Poder Executivo, venha a veicular qualquer propaganda ou publicidade institucional direcionada a induzir ou instigar a população brasileira ao retorno normal às suas atividades sociais e econômicas, paralisadas em razão da crise pandêmica mundial, com reflexos no Brasil, decorrente da proliferação do Coronavírus, sob a argumentação central no sentido de que essa iniciativa governamental criaria riscos aos direitos fundamentais à saúde, à vida e à informação inerentes aos cidadãos brasileiros. Esses riscos foram vislumbrados pela Suprema Corte brasileira a partir de parâmetros científicos definidos no âmbito de entidades técnicas internacionais, como a Organização Mundial da Saúde – OMS, e nacionais, como a Associação Médica do Brasil – AMB e o Conselho Federal de Medicina – CFM⁵.

Assim, cabe investigar se é juridicamente possível que o Supremo Tribunal Federal, cujos membros não foram investidos pelo sufrágio universal, obstar uma iniciativa publicitária do governo de-

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 669-DF**. Relator Ministro Luis Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF669cautelar.pdf>>. Acesso em 15 mai. 2020.

⁵ Ibid.

mocraticamente eleito pelo voto, com apoio de parte da população brasileira⁶, em face de argumentação direcionada à proteção dos direitos fundamentais de significativa parcela dessa mesma população, lastreada em *standards* e indicadores técnicos da comunidade científica internacional e nacional. Como hipótese da presente pesquisa, admite-se a premissa no sentido de que o Estado Constitucional transformado, com as cautelas jurídicas necessárias, pode se utilizar do modelo de governança por *standards* e indicadores, desde que essa modelagem governativa seja direcionada à concretização do projeto de Estado Democrático de Direito adotado no Brasil, com o especial objetivo de realização prática dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Para tanto, o presente trabalho será dividido em três partes essenciais. Na primeira parte, investiga-se o Estado Constitucional transformado no contexto do neoliberalismo, de modo a verificar como a concepção neoliberal, com seus aspectos característicos centrais, incorpora o modelo de governança por *standards* e indicadores, partindo-se do diálogo com o marco teórico constante da obra “O Estado Capitalista e as suas máscaras”, de António José Avelãs Nunes⁷.

Na segunda parte, partindo-se dos diálogos e reflexões empreendidos a partir da obra referencial citada de António José Avelãs Nunes, pretende-se examinar o cabimento da utilização do modelo de governança por *standards* e indicadores no âmbito do Estado Constitucional confrontado pelo neoliberalismo, dialogando-se, nessa perspectiva, com o marco teórico constante da obra referencial intitulada “O Fim do Estado de Direito: governar por *standards* e indicadores”, de Benoit Frydman⁸, de modo a verificar os impactos

⁶ Em pesquisa realizada no mês de abril do presente ano, pelo Instituto de Pesquisa Datafolha, constatou-se que o apoio popular ao isolamento social, de todas as pessoas, caiu de 60% (sessenta por cento) para 52% (cinquenta e dois por cento). Disponível em: <<http://media.folha.uol.com.br/data-folha/2020/04/29/53099dbbcd7b05b8a943e4b6ed8a9802pand4.pdf>> Acesso em 15 Mai 2020.

⁷ AVELÃS NUNES, António José. **O Estado capitalista e as suas máscaras**. 2 ed. Edições Avante: Lisboa, 2013.

⁸ FRYDMAN, Benoit. **O Fim do Estado de Direito: governar por *standards* e indicadores**. Tradução de Mara Beatriz Krug. 2 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

desse modelo governativo no projeto de Estado Democrático de Direito no Brasil.

Na terceira parte, e sob as luzes e reflexões empreendidas nas partes precedentes, a partir do diálogo estabelecido com os marcos teóricos constantes das obras acima mencionadas, pretende-se examinar criticamente a aplicabilidade dessas concepções teóricas e doutrinárias no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, especialmente do precedente já citado, de modo a verificar, no julgado citado, como se deu a utilização de *standards* e indicadores científicos, nacionais e internacionais, para a concretização dos direitos fundamentais envolvidos. Ao final, ofertam-se algumas proposições conclusivas.

ESTADO CONSTITUCIONAL TRANSFORMADO NO CONTEXTO DO NEOLIBERALISMO

No presente capítulo, investiga-se o Estado Constitucional transformado no contexto do neoliberalismo, de modo a verificar como a teoria neoliberal incorpora o modelo de governança por *standards* e indicadores, partindo-se do diálogo com o marco teórico constante da obra “O Estado Capitalista e as suas máscaras”, de António José Avelãs Nunes⁹. Nada obstante, parece importante fixar a compreensão, desde logo, consoante o magistério de Jose Luis Bolzan de Moraes, no sentido de que o Estado Constitucional contemporâneo, em constantes transformações, é um Estado em crises¹⁰.

Neste contexto, é possível estudar as crises do Estado a partir de alguns aspectos críticos específicos sistematizados pelo autor, de modo a se falar em crises de natureza conceitual, estrutural, constitucional, funcional e política¹¹. Sob o ponto de vista conceitual, em síntese, se faz necessário revisitar o conceito de soberania, sobretudo

⁹ AVELÃS NUNES, op.cit.

¹⁰ BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos Direitos Humanos**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

¹¹ Ibid., p. 25-74.

em razão dos relacionamentos e influências políticas, econômicas e técnicas que as entidades de Direito Privado ou de Direito Público internacional vêm exercendo sobre os Estados soberanos, como no caso da Organização Mundial de Saúde, com importância superlativa para o presente estudo, como será visto adiante. Daí, pois, o autor sustentar a necessidade de se pensar em uma soberania de natureza pós-moderna, no contexto dos Estados do século XXI, com a possibilidade de arquiteturas estruturais estatais supranacionais¹².

Assim, é possível se falar em uma crise do Estado de Bem-Estar Social, com desdobramentos nos seus aspectos fiscais, ideológicos e filosóficos, de modo que a pergunta central que se apresenta, diante dessa específica crise, consiste em saber como se manter as conquistas civilizatórias decorrentes do paradigma do Estado de Bem-Estar Social diante de movimentos neoliberalizantes, adotados em escala mundial e no Brasil, sem que isso signifique e se traduza em perdas e retrocessos nas conquistas sociais decorrentes do aludido paradigma estatal¹³.

Na perspectiva da crise Constitucional ou institucional, destaca o autor a fragilização da Constituição, enquanto técnica instrumental de organização e racionalização do poder político, assecuratória das liberdades e direitos fundamentais dos cidadãos, na complexa relação que se estabelece entre Estado e a sociedade civil. Sob essa ótica, reconhece a existência de tensões entre o constitucionalismo e a democracia, nada obstante, esse tensionamento não pode transformar a Constituição em simples programa de governo, pois o seu papel e importância vão muito além dessa dimensão, eis que ela se constitui em verdadeiro paradigma ético-jurídico das relações sociais e de poder¹⁴.

Ainda no contexto da crise Constitucional do Estado, como aspectos críticos, a desterritorialização do poder e a perda do lugar re-

¹² BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos Direitos Humanos**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 25-35.

¹³ *Ibid.*, p. 42-47.

¹⁴ *Ibid.*, p. 51-56.

ferencial da Constituição; a colonização econômica, com a submissão dos objetivos constitucionais ao prévio atendimento de indicadores positivos da balança econômica e a superação de limites impeditivos à atuação dos agentes econômicos hegemônicos; a desestabilização das funções estatais e dos direitos fundamentais, enquanto bases do constitucionalismo moderno e a visão da Constituição como entrave inconveniente ao mercado, freio à competitividade e obstáculo ao desenvolvimento das atividades econômicas¹⁵.

Em especial para o presente exame, cuida-se de verdadeira desconstitucionalização proporcionada pelo neoliberalismo, ensejando um desencontro entre as promessas constitucionais, a vontade política e as condições econômicas para a realização das citadas promessas constitucionais, em razão da manifesta influência do capitalismo financeiro globalizado e sua lógica de mercado¹⁶. Como será visto adiante, essas condições críticas contemporâneas do Estado Constitucional e da crise da Constituição se relacionam diretamente com os aportes teóricos críticos de António José Avelãs Nunes e Benoit Frydman, nas obras referenciais acima citadas, cujos substratos doutrinários serão relevantes para o adequado exame do precedente constante da última parte do presente estudo.

Adiante nas considerações, o autor destaca a crise funcional do Estado, caracterizada, em síntese, pela perda de centralidade e exclusividade do poder estatal, notadamente em vista da multiplicidade dos centros de poderes locais, regionais, nacionais, internacionais e supranacionais; a crise da separação das funções estatais, a especialização das funções e a substituição de funções estatais nos espaços de exercício do poder, com destaque para a ascensão da função jurisdicional como função de garantia dos direitos fundamentais sociais, notadamente a justiça constitucional, envolta na judicialização da Política e na politização do Direito¹⁷.

¹⁵ BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos Direitos Humanos**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 51-56.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid., p. 56-68.

Em última análise, realça-se o Poder Judiciário como instância de efetivação de direitos fundamentais sociais, a partir de complexa equação, em que a jurisdição se apresenta como ambiente de disputa e definição da Política na contemporaneidade, considerando-se a Democracia como processo de inclusão e o capitalismo como movimento de exclusão, bem como o debate entre a função de governo e a função de garantia, com uma disputa entre o mínimo existencial e a reserva do possível, tudo no contexto da dignidade da pessoa humana¹⁸. Em especial para o presente exame, destaca-se aquilo que o autor denomina como concorrência decisória, em razão de decisões produzidas por outras agências, não somente as agências reguladoras brasileiras, mas, também, as agências internacionais, enquanto entidades produtoras de decisões supostamente lastreadas em *standards* e indicadores técnicos e científicos¹⁹.

Adiante nas considerações, o autor destaca a crise política da representação, em vista do desgaste e insuficiência da democracia representativa; o descolamento entre representantes e representados; a busca de aprimoramento da democracia participativa; a fragmentação dos interesses sociais; a apatia política dos cidadãos diante das alternativas decisórias e, em especial para o presente exame, a complexidade técnica dos temas objetos das deliberações políticas²⁰, onde, em muitas oportunidades, como será visto adiante, *standards* e indicadores técnicos e científicos são usados para as escolhas estatais nos processos decisórios.

Nada obstante a essas considerações, o Estado Constitucional também se encontra em crise porque confrontado pelas revoluções tecnológicas, que transforma e traz profundas repercussões no paradigma do Estado Democrático de Direito, especialmente no constitucionalismo, com a criação, proteção e promoção, por exemplo, dos direitos fundamentais digitais, como nos lembra José Joaquim

¹⁸ BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos Direitos Humanos**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 56-68.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid., p. 69-74.

Gomes Canotilho²¹, e na própria Democracia, como asseveram Jose Luis Bolzan de Moraes e Edilene Lobo²², com a ampliação dos espaços deliberativos, pelas redes sociais, ao mesmo tempo em que se torna possível a manipulação da *internet* para a difusão das mentiras, dos medos e dos discursos de ódio e discriminação. Em qualquer caso, como assevera Jose Luis Bolzan de Moraes, o desenvolvimento tecnológico deverá promover e, não, vulnerar as conquistas civilizatórias da humanidade na modernidade, especialmente àquelas inerentes ao Estado de Direito, à Democracia e, sobretudo, à proteção, promoção e efetivação dos direitos fundamentais dos cidadãos²³.

Neste passo, vale afirmar, com António José Avelãs Nunes, que essas crises transformadoras do Estado Constitucional contemporâneo também são amplificadas pelo neoliberalismo, consoante se extrai da sua obra citada²⁴. Em perspectiva crítica, o liberalismo, em tese, significa, em síntese, liberdade na economia e na sociedade, a partir da confiança na mão invisível e nas leis naturais do mercado, o que proporcionaria aos cidadãos melhores condições de vida²⁵. Nada obstante, segundo o autor, essa tese não se confirmou na vida real, por variados fatores, em especial, o progresso técnico, o aumento da dimensão das sociedades empresárias, a concentração do capital, o fortalecimento dos movimentos operários, o agravamento das lutas de classes e o surgimento de ideologias negadoras do capitalismo e que propunham alternativas a ele²⁶.

²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Sobre a indispensabilidade de uma Carta de Direitos Fundamentais Digitais da União Europeia. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**. Brasília, DF, v. 31, n. 1, 2019, p. 70-75.

²² BOLZAN DE MORAIS, José Luis; LOBO, Edilene. Las nuevas tecnologías y el actual modelo comunicacional en las elecciones brasileñas de 2018. CAMPUZANO, Alfonso de Julios (Coord.). **Constitucionalismo. Un modelo jurídico para la sociedad global**. Tradução de Alfonso de Julios Campuzano. Editorial Aranzadi: Espanha, 2019, p. 465-497.

²³ BOLZAN DE MORAIS, José Luís. O estado de direito “confrontado” pela “revolução da internet”. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria**, RS, v. 13, n. 3, p. 876-903, dez. 2018. ISSN 1981-3694. Disponível em: < <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/33021> >. Acesso em: 14 fev. 2020.

²⁴ AVELÃS NUNES, António José. **O Estado capitalista e as suas máscaras**. 2 ed., Edições Avante: Lisboa, 2013.

²⁵ *Ibid.*, p. 53.

²⁶ *Ibid.*

Assim, com o insucesso da separação entre Estado, economia e sociedade, o Estado assumiu novas funções, de modo que o surgimento do paradigma do Estado Social ensejou uma diferente representação do próprio Estado e do Direito, ambos com a missão de realizar justiça social, viabilizando vida digna aos cidadãos, operando-se a substituição da mão invisível da economia pela “mão visível do Direito”, com maior autonomia da instância Política e certo domínio da mesma sobre a economia, com vistas a satisfação das necessidades sociais²⁷.

No contexto do Estado Social, segundo o autor, o Direito se apresenta sob uma perspectiva de compromisso necessário entre as forças do capital e do trabalho, diante dos resultados positivos do socialismo, da mobilização dos trabalhadores e da opinião pública contra o capitalismo, forçando uma nova conformação jurídica do capitalismo, até para fugir da derrocada decorrente da Grande Depressão (1929). Desse modo, a economia se transmuda na principal preocupação do Estado, assumindo, juntamente com o Direito, um papel de equilíbrio do sistema social, partindo-se da premissa no sentido de que a economia não se regula, por si só, bem como pela constatação de que a mesma não livra as relações sociais das tensões e desequilíbrios decorrentes da própria economia²⁸.

Até hoje, essa “solução de compromisso” decorrente da ideia de Estado Social funciona como um tipo de “evolução na continuidade”, estabelecida com a finalidade de suavizar as contradições do sistema, anestesiar os contestadores e afastar os riscos das rupturas revolucionárias, o que só poderia ser evitado pelo próprio Estado, de modo que, em razão da impossibilidade de o Estado liberal assumir essa missão, o Estado capitalista teve de assumir a veste de Estado Social²⁹.

²⁷ AVELÃS NUNES, António José. **O Estado capitalista e as suas máscaras**. 2 ed., Edições Avante: Lisboa, 2013. p. 54.

²⁸ *Ibid.*, p. 55-56.

²⁹ *Ibid.*, p. 56.

Neste passo, segundo o autor, a economia passa de uma ordenação natural das coisas para objeto de conformação por meio de políticas públicas, inserindo-se a economia no campo da Política, no paradigma do Estado Social, aproximando o Estado da economia e considerando-a como um problema político fundamental estatal, que teria a missão primordial de viabilizar o funcionamento da economia, desde que alcançado um patamar aceitável de atendimento das necessidades sociais e de justiça social. Em outros termos, para o autor, só com a mitigação dos conflitos de classes sociais seria possível pensar em paz social, garantindo-se a sobrevivência do capitalismo, observando-se os princípios do Estado de Direito³⁰.

Neste contexto, a própria ideia de Democracia passou a integrar o reconhecimento e a garantia de direitos econômicos, sociais e culturais, considerados essenciais para a efetividade dos clássicos direitos, liberdades e garantias. Assim, o Estado Social se coloca com forte papel integrador e disciplinador das disfuncionalidades do sistema e, para além da suas funções estatais de providência e bem-estar, passa a ser empresário, prestador de serviços e redistribuidor de rendas, com destaque para o Poder Executivo e sua função fomentadora³¹.

No entendimento do autor, a economia planificada do Estado Social exige continuidade da orientação política e capacidade técnica incompatível com a anarquia parlamentar e a incompetência dos deputados. Com isso, o “Estado tecnocrático”, cada vez mais liberto do controle popular, com as suas “tecnoestruturas”, começa a ocupar o lugar do Estado Democrático³².

Assim, segundo o autor, são pontos que caracterizam o Estado Social, em especial, o empenho na busca da paz social e na garantia de vida digna a todos os cidadãos, viabilizando condições para que cada um atinja esse objetivo pelo trabalho ou fornecendo os bens

³⁰ AVELÃS NUNES, António José. **O Estado capitalista e as suas máscaras**. 2 ed., Edições Avante: Lisboa, 2013, p. 57.

³¹ *Ibid.*, p. 58.

³² *Ibid.*, p. 59.

e serviços necessários ao alcance desses objetivos; o oferecimento de iguais oportunidades de acesso ao bem-estar, notadamente por meio de políticas de redistribuição de renda em favor dos mais pobres e investimentos públicos que aproveitem em maior extensão os mais pobres e a viabilização, a todos os indivíduos e grupos sociais, da possibilidade de participar do poder social, sobretudo por meio de parcerias entre o Estado e os parceiros sociais³³.

Nada obstante a essas características gerais essenciais do modelo de Estado de Bem-Estar Social, segundo o autor, a social-democracia europeia, especialmente a partir das duas últimas décadas do século XX, adota o ideário neoliberal. Esse período se caracteriza, essencialmente, pela ascensão do conceito de economia social de mercado; a rejeição da presença do Estado na economia; a anulação da capacidade de direção e planejamento estatal da economia; a degradação do conceito de Estado-empresário e Estado prestador de serviços; as privatizações e a abertura de setores ao capital privado; a intensificação de parcerias público-privadas; a sujeição ampla da vida econômica e social ao princípio concorrencial; desregulação e flexibilização de normas; cobrança por serviços públicos tradicionalmente considerados gratuitos; crescimento da ideia de Estado regulador da economia, em substituição do modelo de Estado Keynesiano³⁴.

Destaca-se, ainda, o surgimento das agências reguladoras independentes³⁵. Consoante o autor, cuida-se da adoção do dogma liberal de separação entre atividades políticas e atividades de administração, como fundamento da criação de entidades reguladoras independentes, sob a argumentação no sentido de que a atuação das entidades é técnica e não política, de modo a se subtrair da esfera política, especialmente dos órgãos democraticamente eleitos, a ação controladora dessas entidades, alegando-se que só assim se

³³ AVELÃS NUNES, António José. **O Estado capitalista e as suas máscaras**. 2 ed., Edições Avante: Lisboa, 2013, p. 59.

³⁴ *Ibid.*, p. 221-222 e 235-236.

³⁵ *Ibid.*, p. 227.

consegue a sua neutralidade³⁶. Neste passo, ainda segundo o autor, ocorre a substituição do Estado Democrático pelo denominado modelo de Estado tecnocrático³⁷.

Ademais disso, no contexto neoliberal, segundo o autor, a liberalização da economia ensejou a concentração do capital financeiro e o reforço do seu poder político, com a perda do poder de controle estatal dos mercados financeiros e movimentações de capitais. Neste sentido, na perspectiva global, destaca-se a globalização financeira, com a supremacia do capital financeiro sobre o capital produtivo, a ampla liberdade de circulação do capital e um mercado único global de capitais, ensejando, como uma das suas graves consequências, um capitalismo global de altíssimo risco, em vista do alto grau especulativo das atividades desenvolvidas nas bolsas de valores, um verdadeiro “capitalismo de cassino”³⁸. Daí porque, na dicção do autor, os rótulos do Estado contemporâneo ou neoliberal são máscaras para disfarçar o Estado capitalista, é dizer, um capitalismo sem risco e sem falência, posto que suportado pelo Estado, em síntese, a continuidade da mão invisível do mercado³⁹.

A obra referencial de António José Avelãs Nunes nos desvela problemas e complexidades, da maior gravidade e atualidade, e que não foram equacionados satisfatoriamente pelas concepções neoliberais, especialmente no Brasil, onde nos encontramos muito longe do cumprimento das promessas e objetivos previstos no art. 3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, notadamente a promoção do desenvolvimento socioeconômico sustentável, nada obstante a normatividade, constitucional e infraconstitucional, e medidas administrativas, de vertente neoliberal, adotadas no

³⁶ AVELÃS NUNES, António José. **O Estado capitalista e as suas máscaras**. 2 ed., Edições Avante: Lisboa, 2013, p. 227.

³⁷ *Ibid.*, p. 229-232.

³⁸ *Ibid.*, p. 219-221.

³⁹ *Ibid.*, p. 246-249.

País, a partir da década de 1990, consoante assevera a doutrina que tratou do tema⁴⁰.

Em outros termos, considerando-se as transformações do Estado Constitucional brasileiro, assistimos à transição, incompleta e distorcida, do modelo de Estado de Bem-Estar Social para a tentativa de implementação do modelo de Estado neoliberal sem, todavia, o cumprimento concreto, no plano da realidade brasileira, das promessas do modelo de Estado Social aludido por António José Avelãs Nunes, ao menos no que tange à grande maioria dos cidadãos brasileiros. Daí, pois, a pertinência de parte substancial das críticas formuladas pelo autor.

Sob outro prisma, até o presente momento, a tentativa de implementação, real e prática, do modelo de Estado neoliberal, no Brasil, também não foi bem-sucedida, exatamente pela existência de abismos e déficits, sociais e econômicos, gigantescos no estágio atual da realidade brasileira, obstativos do desenvolvimento socioeconômico sustentável dos cidadãos, de modo a deixar pouco espaço para a plena e irrestrita aplicação da lógica liberal, concorrencial e mercadológica, típicas do neoliberalismo, lastreadas em uma autonomia, pública e privada, dos cidadãos brasileiros, todavia, inexistentes, eis que, em muitos casos, ainda são privados do mínimo existencial⁴¹.

Bem por isso, ainda na perspectiva do Estado Constitucional brasileiro, assiste razão a Jose Luis Bolzan de Moraes e Lenio Luiz Streck, ao asseverarem que o modelo de Estado de Bem-Estar Social jamais chegou a se estabelecer plenamente na América Latina como na Europa Social Democrática, em razão de uma multiplicidade de fatores⁴². Neste contexto, destacam, em especial, o advento de crises

⁴⁰ Sobre o tema, vale conferir: SADDY, André. **Formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na Economia**. 2 ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016; SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo das Parcerias**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005; SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo da Economia**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2003 e SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização, Privatização, Concessões, Terceirizações e Regulação**. 4 ed., Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2001.

⁴¹ TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

⁴² BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 81-90.

econômicas generalizadas; a falta de capacidade para a resolução de problemas relacionados à acumulação e distribuição justa dos benefícios econômicos; a ausência da ampliação da democratização do Estado e a adoção de práticas autoritárias, ditatoriais e patrimonialistas, com um intervencionismo estatal voltado à acumulação do capital e da renda em favor de poucos e em prejuízo de muitos⁴³.

Esse estado de coisas, na dicção dos autores, agrava, nos dias que se seguem, o perverso dilema segundo o qual, na maior medida em que necessitamos de planejamento e execução de políticas públicas erradicadoras das desigualdades sociais, em razão da miséria avassaladora, consoante estabelece o art. 3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mais o Estado se apequena, na contramão do ordenamento constitucional brasileiro, que aponta para um Estado forte, intervencionista e regulador, rumo à concretização efetiva do paradigma do Estado Democrático de Direito⁴⁴.

Além dessas considerações, a obra aludida de António José Avelãs Nunes, em que pese a profundidade crítica e a relevância do seu magistério doutrinário, deve ser revisitada sob a perspectiva capitalismo global de plataforma⁴⁵, consoante nos lembram Jose Luis Bolzan de Moraes e Edilene Lobo, em razão da exponencial ampliação dos efeitos do capitalismo neoliberal proporcionado pelas revoluções tecnológicas em curso, agravando o descumprimento das promessas constitucionais do Estado Democrático de Direito, sobretudo em países em desenvolvimento como o Brasil.

Ademais disso, a obra mencionada também merece releitura em razão dos efeitos, ainda desconhecidos, em profundidade e extensão, decorrentes da crise pandêmica, com consequências devastadoras, no mundo e no Brasil, por conta do Coronavírus, onde as

⁴³ BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 81-90.

⁴⁴ Ibid., p. 81-90.

⁴⁵ BOLZAN DE MORAIS, José Luis; LOBO, Edilene. Las nuevas tecnologías y el actual modelo comunicacional en las elecciones brasileñas de 2018. CAMPUZANO, Alfonso de Julios (Coord.). **Constitucionalismo. Un modelo jurídico para la sociedad global**. Tradução de Alfonso de Julios Campuzano. Editorial Aranzadi: Espanha, 2019, p. 465-497.

medidas neoliberalizantes adotadas no Brasil, em especial, as mais recentes, notadamente a redução da presença interventiva do Estado nas relações econômicas⁴⁶ e sociais, bem como a implementação de um regime de austeridade fiscal⁴⁷, são confrontados pela necessidade de presença interventiva, ampla e forte, do Estado brasileiro, sobretudo nas relações econômicas e sociais, de modo a mitigar os efeitos devastadores da COVID-19⁴⁸, ensejando a necessidade de se repensar as categorias jurídicas e políticas tradicionais da modernidade inerentes ao Estado Democrático de Direito para o combate ao Coronavírus, consoante ensina Jose Luis Bolzan de Moraes⁴⁹.

Nada obstante a esses movimentos neoliberalizantes, em escala global e no Brasil, com efeitos transformadores no Estado Constitucional Democrático de Direito brasileiro, e mesmo diante das crises mencionadas, nem tudo está perdido, pois, como asseveram José Joaquim Gomes Canotilho e Jose Luis Bolzan de Moraes, talvez seja

⁴⁶ Sobre o tema, vale conferir a Lei nº 13.874/2019, fruto da conversão da Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019, que institui a declaração de direitos de liberdade econômica, estabelece garantias de livre mercado, disciplina a análise de impacto regulatório e dá outras providências. BRASIL. **Lei nº 13.874/2019**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm>. Acesso em 25 mai. 2020.

⁴⁷ Sobre o tema, vale conferir, em especial, a Emenda Constitucional nº 95/2016, que pretendeu instituir um regime de austeridade e limitação dos gastos públicos. BRASIL. **Emenda Constitucional nº 95/2016**.< Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc95.htm.> Acesso em: 25 mai. 2020.

⁴⁸ No momento da elaboração do presente trabalho, encontra-se em rediscussão, especialmente no Poder Executivo Federal e no Congresso Nacional, a necessidade de reformas constitucionais tributárias e administrativas, sob o argumento da imperiosa redução do tamanho do Estado brasileiro. No mesmo contexto, foi recentemente promulgada a EC nº 106/2020, que estabelece, em síntese, uma normatividade de flexibilidade no regime de austeridade fiscal do Estado e flexibilização no regime das contratações públicas para o enfrentamento à COVID-19, revelando um cenário de grande complexidade jurídica para reformas constitucionais, principalmente em tempos do Coronavírus. BRASIL. **Emenda Constitucional nº 106/2020**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc106.htm>. Acesso em 25 mai. 2020. Sobre o tema, confira-se: PEDRA, Adriano Sant'Ana. Reformas Constitucionais em Tempos de Pandemia: Sobre a Observância das Limitações Circunstanciais Implícitas. BAHIA, Saulo José Casali (Coord.). **Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de Coronavírus**. 1 ed. São Paulo: Editora IASP, 2020, p. 17-29.

⁴⁹ WERMUTHM, Miquel Ângelo Dezordi; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. Da exceção Agambeniana à constituição planetária de Ferrajoli: desafios impostos pela pandemia do novo coronavírus às categorias jurídico-políticas tradicionais. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 15, n. 1, e43057, jan./abr. 2020. ISSN 1981-3694. DOI: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369443057>. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/43057>. Acesso em: 22 abr. 2020.

possível o cumprimento das promessas constitucionais decorrentes desse paradigma estatal a partir de algumas diretrizes⁵⁰.

Neste contexto, segundo Canotilho, citado por Jose Luis Bolzan de Moraes, merecem destaque, em especial, como diretrizes relevantes, a viabilização de recursos públicos por meio de sistema fiscal eficiente; a realização de despesas públicas voltadas aos serviços sociais e investimentos produtivos; o orçamento equilibrado e a taxa de crescimento do rendimento nacional, de valor médio ou elevado⁵¹. Além disso, consoante ensina Jose Luis Bolzan de Moraes, é indispensável o exercício da capacidade do Estado para decidir e impor suas decisões, bem como é necessário o suporte do acordo entre a liberdade liberal e a igualdade socialista. Esse acordo, na dicção do autor, seria lastreado em uma economia capitalista voltada à produção de bens e consumo, fundada no trabalho como fator relevante de produção e incorporação de amplas parcelas da sociedade à própria economia capitalista, bem como a alguns de seus resultados, de seus novos produtos, tecnologias e novas práticas socioeconômicas.⁵²

Nada obstante, na linha do acordo entre a liberdade liberal e a igualdade socialista acima citado, em que pese a importância da Constituição enquanto norma jurídica fundamental estruturante das relações entre Estado, Política e economia, e dos direitos e garantias fundamentais daí decorrentes, consoante assevera António José Avelãs Nunes, a Constituição, por si só, não garante a efetivação dos direitos fundamentais, mas ostenta notória importância política, jurídica e civilizacional, pois a consagração de direitos fundamentais, na matriz constitucional, significa que o povo soberano quer que aqueles direitos sejam considerados como fundamentais e que os órgãos do poder político e democrático se sintam política e juridicamente vinculados a atuar na sua efetiva concretização. Não se cuida,

⁵⁰ BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos Direitos Humanos**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 42-47.

⁵¹ Ibid.

⁵² Ibid.

na bela síntese do autor, de enganar os homens com promessas ilusórias, mas de ajudá-los a construir um futuro digno de homens⁵³.

Muito embora a teoria neoliberal incorpore o modelo de governança por *standards* e indicadores, com a tentativa de implementação de um modelo de Estado tecnocrático, na visão crítica de António José Avelãs Nunes, não se deve rejeitar, por completo, o modelo de governança aludido, pois, com certas cautelas jurídicas, inerentes ao paradigma do Estado Democrático de Direito, e sempre com vistas aos seus fins constitucionais, o modelo governativo mencionado pode ser bem utilizado, como se pretende demonstrar adiante.

ESTADO CONSTITUCIONAL TRANSFORMADO NO CONTEXTO DA GOVERNANÇA POR STANDARDS E INDICADORES

No presente capítulo, pretende-se examinar o cabimento da utilização do modelo de governança por *standards* e indicadores no âmbito do Estado Constitucional confrontado pelo neoliberalismo e por todas as crises mencionadas no capítulo anterior, dialogando-se, nessa perspectiva, com o marco teórico constante da obra referencial intitulada “O Fim do Estado de Direito: governar por *standards* e indicadores”, de Benoit Frydman⁵⁴, de modo a verificar os impactos desse modelo governativo no projeto de Estado Democrático de Direito no Brasil.

Consoante o autor mencionado, ao lado das fontes convencionais do Direito, advindas, como regra, do Estado, existe uma dimensão da produção normativa decorrente da complexidade das relações sociais, em campos muito específicos em um mundo global, como a *internet*, dando ensejo aos chamados “objetos normativos não identificados – ONNI”, que são normas técnicas e normas

⁵³ AVELÃS NUNES, António José. **O Estado capitalista e as suas máscaras**. 2 ed., Edições Avante: Lisboa, 2013, p. 239-241.

⁵⁴ FRYDMAN, Benoit. **O Fim do Estado de Direito: governar por *standards* e indicadores**. Tradução de Mara Beatriz Krug. 2 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

de gestão produzidas por órgãos públicos e privados, nacionais e não nacionais, com permanência⁵⁵ e extensão aplicativa tão longas quanto as normas jurídicas, confirmando a amplitude do domínio das normas técnicas.⁵⁶

Isto porque, na dicção do autor, o Direito global, em permanente construção, apresenta as seguintes características centrais, em especial, a mudança profunda das normas, as mutações nos processos regulatórios, e a concorrência, cada vez mais ampliada, das regras jurídicas e instituições clássicas com as normas técnicas e de gestão, essas, principalmente, produzidas em nível supranacional ou transnacional.⁵⁷

Neste sentido, o autor assevera que o Direito não ignora essa normatividade técnica e de gestão e, muitas vezes, pode confirmá-las, como forma auxiliar de normatividade, delegada, subordinada e voltada a completar, com uma norma técnica, a regulação jurídica existente⁵⁸. É importante que assim seja porque as normas técnicas se constituem, na visão do autor, em legislação híbrida que perfaz a mediação entre leis científicas e as regras jurídicas, regulamentando tecnicamente o Direito, com base em observações e evidências científicas⁵⁹.

Neste contexto, a distinção entre normas técnicas e regras jurídicas torna-se insustentável quando o que se pretende administrar não são produtos, mas atividades humanas, de modo que a normatividade técnica se transmuda em norma de gestão e ferramenta de administração⁶⁰. Desse modo, diante do processo de proliferação da normatividade técnica (standardização), por ocasião da primeira guerra mundial e da industrialização da economia de guerra, os Es-

⁵⁵ FRYDMAN, Benoit. **O Fim do Estado de Direito: governar por standards e indicadores**. Tradução de Mara Beatriz Krug. 2 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 27-32.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 17-18.

⁵⁷ Cabe esclarecer que o autor usa o termo norma para as normas técnicas e de gestão, e o termo regra, para as fontes jurídicas clássicas. FRYDMAN, *op.cit.*, p. 17-20.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 20-22.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 25.

⁶⁰ *Ibid.*

tados vêm implementando a criação de organismos internacionais públicos de normalização, que funcionam autonomamente, ao lado das políticas internas de normalização desenvolvidas pelos Estados, como instrumento das suas respectivas políticas industriais⁶¹.

A proliferação das normas técnicas se intensifica para atender aos ditames da economia e, após a segunda guerra mundial⁶², a preocupação com o rendimento e a quantidade dos produtos foi substituída pela busca de maior qualidade dos mesmos, incrementando-se o processo de normalização técnica, por meio da proceduralização das normas organizadoras dos processos produtivos, ganhando força a normatividade de desempenho. Daí porque, no entendimento do autor, a normalização técnica se constitui, em resumo, em componente essencial ao funcionamento de nossas sociedades e economias contemporâneas complexas⁶³.

Nesta ordem de ideias, segundo o autor, a normalização contemporânea se dá a partir da fusão de normas técnicas e de gestão, aglutinando-se os objetivos relacionados à eficiência e qualidade dos processos produtivos, no contexto de uma economia que deixa de ser focada em produtos e se transmuda em economia de serviços, onde se almeja a qualidade do processo produtivo em sua globalidade, desde a produção até o pós-venda, de modo a se alcançar o conceito de qualidade total, tudo isso potencializado pelas revoluções tecnológicas e de informação em curso⁶⁴.

Nesta ordem de ideias, na dicção do autor, avulta a importância da normatividade técnica e de gestão⁶⁵, ensejando a concorrência

⁶¹ FRYDMAN, Benoit. **O Fim do Estado de Direito: governar por standards e indicadores**. Tradução de Mara Beatriz Krug. 2 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 39-40.

⁶² Segundo Jose Luis Bolzan de Moraes, na apresentação da obra em referência, essas normas técnicas e de gestão nascem em espaços limitados, a partir da Segunda Guerra e se institucionalizam em nível internacional (Ex: ISO), fomentando a criação de instituições de normalização integradas para favorecer o desenvolvimento da economia e dos mercados. FRYDMAN, op.cit., p. 12-13.

⁶³ Ibid., p. 40-43.

⁶⁴ Ibid., p. 47-48.

⁶⁵ Segundo José Luis Bolzan de Moraes, ao lado das normas técnicas, tem-se as normas de gestão, que produzem instrumentos e dispositivos que gerenciam, organizam e dirigem a conduta dos seres humanos e populações, com vistas a conjugar qualidade e quantidade no trabalho das organizações, medidas por pontos de controle e indicadores, cenário em que as tecnologias de informação e

dessa normatividade com as regras jurídicas e instituições políticas da modernidade. Na visão do autor, há um infradireito, formado por um volume considerável de normas técnicas, que o Direito seria chamado a organizar⁶⁶. Neste passo, assevera Benoit Frydman que, a partir do começo do século XIX, passa a ocorrer um debate de natureza filosófica e política, a respeito da substitutividade de um governo político-jurídico pela modelagem organizativa e diretiva industriais da sociedade, qual seja, a possibilidade de substituição do governo dos homens pela administração das coisas, em razão da decadência política inexorável do poder político do Estado⁶⁷.

Daí, pois, o autor falar em organização científica da sociedade, conduzida como uma grande fábrica, voltando-se as costas para a Democracia, para os direitos humanos e para as liberdades fundamentais, em última análise, a substituição do modelo político-jurídico tradicional por uma tecnocracia científica organizada em vista de objetivos de utilidade comuns⁶⁸. No ponto, o pensamento de Benoit Frydman se aproxima da concepção crítica, na obra acima referenciada, de António José Avelãs Nunes, acerca do surgimento do Estado tecnocrático, em substituição ao Estado Democrático⁶⁹, especialmente ao modelo de Estado de Bem-Estar Social.

Ao mencionar a luta das normatividades técnicas e jurídicas, com caráter mais aberto, em razão da globalização, o autor identifica duas tendências. De um lado, a defesa da extensão das normas técnicas⁷⁰, para muito além do circuito da produção de matérias que eram feitas pela regulamentação política e jurídica até então e, por outro lado, a aplicação dos dispositivos da nova administração para

comunicação assumem um papel central. FRYDMAN, Benoit. **O Fim do Estado de Direito: governar por standards e indicadores**. Tradução de Mara Beatriz Krug. 2 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 13.

⁶⁶ Ibid., p. 51-53.

⁶⁷ Ibid., p. 54-55.

⁶⁸ Ibid., p. 54-55.

⁶⁹ AVELÃS NUNES, António José. **O Estado capitalista e as suas máscaras**. 2 ed., Edições Avante: Lisboa, 2013, p. 229-232.

⁷⁰ FRYDMAN, Benoit. **O Fim do Estado de Direito: governar por standards e indicadores**. Tradução de Mara Beatriz Krug. 2 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 64.

além das fronteiras dos serviços públicos e à pilotagem dos Estados, em nome da governança europeia e global⁷¹.

Por tais razões, afirma o autor, a liberalização das trocas, com a globalização, viabilizou a transposição de competências das regras jurídicas para as normas técnicas globais, momento a partir do qual, essas normas técnicas, e não mais o Direito interno do Estados soberanos, ou mesmo comunitários, passaram a disciplinar as prescrições em matérias sensíveis, como saúde, segurança e meio ambiente⁷².

Diante dessa dinâmica, as normas técnicas não são obrigatórias, mas o seu acatamento traz uma presunção de conformidade com as regras jurídicas nas matérias sensíveis aludidas, sendo certo que essas normas técnicas não são elaboradas nas instâncias políticas tradicionais, mas no seio de organismos internacionais setorializados⁷³.

Segundo Jose Luis Bolzan de Moraes, a normatividade técnica e de gestão produz relativo ofuscamento no papel da lei no mundo moderno, de modo que a concorrência entre as normatividades técnicas e de gestão e as regras jurídicas, no contexto da globalização, da crescente internacionalização do Direito e da necessidade de harmonização jurídica entre os planos nacional, regional, supranacional e internacional nos faz refletir a respeito da internormatividade⁷⁴, caracterizada pela relação complexa que se estabelece entre

⁷¹ Ibid., p. 56.

⁷² Na dicção do autor, observa-se: (i) a passagem do domínio da normalização da ONU para outros organismos internacionais, como a ISO; (ii) mas a ISO não funciona segundo as regras de Direito Internacional Público nem como uma organização interestatal; (iii) não é somente a normalização que escapa às instâncias clássicas do Direito, mas o conjunto da cadeia de execução e controle; (iv) a ISO é importante mas não tem monopólio sobre os processos de normalização global; (v) esse processo de normalização do ISO ocorre no âmbito de instituições puramente privadas; (vi) no âmbito da UE, percebe-se uma delegação, sem precedentes, do poder normativo a uma instância puramente privada, constituindo uma verdadeira estratégia da UE (Ex: Caso normas contábeis IASB) e (vii) verifica-se uma paralisia das estruturas políticas de governança, tanto regional como global, com a transferência de poder normativo para as instâncias privadas especializadas, marcando a passagem da regulamentação para a normalização. FRYDMAN, op.cit., p. 64-68.

⁷³ Ibid., p. 57-61.

⁷⁴ FRYDMAN, Benoit. **O Fim do Estado de Direito: governar por standards e indicadores**. Tradução de Mara Beatriz Krug. 2 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 90-94.

o sistema de normas técnicas e de gestão, de um lado, e as regras jurídicas, por outro⁷⁵.

Essa dinâmica relacional, consoante o ensinamento de Jose Luis Bolzan de Moraes, vai demandar uma complementação da teoria do Direito por uma teoria das normas que considere não apenas os modos de elaboração, de aplicação, as instituições envolvidas, as dinâmicas e os conflitos que envolvem os fecundos processos de interação normativa, bem como chamar a atenção dos juristas para o diálogo com outros domínios do conhecimento humano, cuja expertise invade o mundo do Direito e produz impactos sobre o Estado de Direito⁷⁶.

No ponto, vale destacar o ensinamento de Wálber Araujo Carneiro, em palestra *on line* proferida na XIV Reunião da Rede Pesquisa Estado & Constituição – RPE&C – Crise Sanitária e Exceção, em 22 de maio de 2020, onde asseverou que, ao se analisar a sociedade moderna, diante da sua complexidade, agravada pelo Coronavírus, se observa, nessa sociedade, diferenças funcionais. Todavia, há uma “cegueira recíproca” pela não comunicação dos sistemas, devendo-se buscar meios para que os sistemas se comuniquem e atuem de maneira que ocorra uma autorreferência, especialmente entre o Direito, a Política e a Economia. Na visão do palestrante, o paradoxo reside no reconhecimento dos sistemas como exclusivos, de modo que os sistemas devam dialogar e, não, serem exclusivos e fechados⁷⁷.

No contexto da COVID-19, na dicção de Wálber Araujo Carneiro, se verifica uma verdadeira colisão no sistema jurídico entre economia e saúde, de modo que o Direito deve ser capaz de interferir, até para que se possa concretizar o direito fundamental à saúde como uma forma específica do direito fundamental à isonomia. E, nesta ordem de ideias, as intervenções públicas precisam ter uma “velocidade cibernética” para a resolução dos problemas da sociedade

⁷⁵ *Ibid.*, p. 13-14.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 13-15.

⁷⁷ Palestra *on line* proferida na XIV Reunião da Rede Pesquisa Estado & Constituição – REPE&C – Crise Sanitária e Exceção, no 22 de maio de 2020.

complexa⁷⁸. Sob outra perspectiva, a política econômica tem que produzir instrumentos para proteger a sustentabilidade da vida e a Organização Mundial da Saúde deve ser pensada como uma organização de “acoplamento sistêmico”, em outros termos, como uma instituição responsável por um grande acoplamento do sistema de saúde com outros sistemas jurídicos globais⁷⁹.

Essas lições dialogam com a obra, aqui examinada, de Benoit Frydman, pois esse autor destaca que o Direito deve preservar a sua “função intersistêmica”, de modo a traduzir, para o campo técnico, as aspirações políticas, bem como as exigências dos demais subsistemas, permanecendo o Direito, assim, como o grande integrador e mecanismo de garantia possível de coesão social⁸⁰. Daí porque Benoit Frydman assevera que é necessário repensar a validade e legitimidade das normas técnicas e de gestão⁸¹, bem como as relações que elas mantêm com o Direito, principalmente pela expansividade das mesmas, para além das operações transnacionais ou mundiais, avançando para as relações sociais, nacionais, locais e setoriais, invadindo todos os aspectos da vida pública e, inclusive, no campo da intimidade⁸².

A utilização do modelo de governança por *standards* e indicadores⁸³, diante do paradigma do Estado Democrático de Direito, consoante adverte André Ramos Tavares, não dispensa os burocratas, tecnocratas e ideólogos do debate democrático, deliberativo e dialógico⁸⁴, com os segmentos sociais afetados pelas decisões estatais que serão adotadas e repercutirão na vida da sociedade e

⁷⁸ Palestra *on line* proferida na XIV Reunião da Rede Pesquisa Estado & Constituição – REPE&C – Crise Sanitária e Exceção, no 22 de maio de 2020.

⁷⁹ Palestra *on line* proferida na XIV Reunião da Rede Pesquisa Estado & Constituição – REPE&C – Crise Sanitária e Exceção, no 22 de maio de 2020.

⁸⁰ FRYDMAN, Benoit. **O Fim do Estado de Direito**: governar por *standards* e indicadores. Tradução de Mara Beatriz Krug. 2 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 88-90.

⁸¹ *Ibid.*, p. 82-86.

⁸² *Ibid.*, p. 81.

⁸³ *Ibid.*, p. 69-77.

⁸⁴ TAVARES, André Ramos. Democracia deliberativa: elementos, aplicações e implicações. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 1, n.1, p. 79-103, jan./mar. 2007.

dos cidadãos. Ainda segundo o autor, no contexto da democracia deliberativa, é importante discutir o quanto é necessário e desejável promover um amplo debate popular sobre questões morais delicadas, em detrimento de uma aproximação técnica, da experiência acumulada ou até da estabilidade política⁸⁵, destacando-se, aqui, a preocupação pertinente aos debates democráticos envolvendo as questões técnicas, campo próprio e específico da utilização de *standards* e indicadores.

Nesta ordem de ideias, pode-se dizer que esses aportes teóricos, a respeito do modelo de governança por *standards* e indicadores, com o destaque para a normatividade técnica e de gestão, e seu relacionamento com as regras jurídicas, para utilizarmos a terminologia adotada por Benoit Frydman, podem ser aplicados no Direito brasileiro, consoante se passa demonstrar. Com efeito, é o que se extrai da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por exemplo, ao se aludir ao princípio constitucional da eficiência administrativa, introduzido expressamente na matriz constitucional pela Emenda Constitucional nº 19/1998⁸⁶, enquanto parâmetro principiológico essencial de atuação da administração pública brasileira, cuja origem, consoante nos lembra Diogo de Figueiredo Moreira Neto, se deu fora da Ciência do Direito, por ocasião da Revolução industrial ocorrida nos séculos XVIII e XIX e se desenvolveu no contexto da administração pública gerencial e de resultados⁸⁷.

No Direito infraconstitucional brasileiro, merece destaque a já acima citada Lei nº 13.874/2019, conhecida como “Declaração de Direitos de Liberdade Econômica”, com forte conteúdo neoliberalizante, que estabelece, em seu art. 3º, VI, o direito subjetivo de toda

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 37, *caput*.< Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc95.htm.> Acesso em: 25 mai. 2020.

⁸⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 115-116. Sobre a administração pública de resultados, confira-se: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

pessoa, natural ou jurídica, de desenvolver atividade econômica lastreada em novos produtos e serviços, nos casos em que as normas infralegais se tornem desatualizadas por força de desenvolvimento tecnológico consolidado internacionalmente⁸⁸, demarcando a significativa influência que a normatividade técnica, inclusive internacional, exerce sobre as regras jurídicas brasileiras.

Ademais disso, a importância e influência dessa normatividade técnica e de gestão é significativamente ampliada por força das revoluções tecnológicas em curso no mundo global, tendencialmente neoliberal, com forte impacto nos governos dos Estados, inclusive o brasileiro, o que reforça a importância do estudo, no âmbito da Teoria do Direito, como nos recomenda Benoit Frydman, acerca da relação entre normatividade técnica e regramento jurídico, inclusive diante do paradigma de Estado Democrático de Direito adotado no Brasil.

Nada obstante essas considerações, a sua utilização encontra seus limites e possibilidades na própria matriz constitucional brasileira e no Direito brasileiro como um todo. Assim, a complementação das regras jurídicas, por meio de normas técnicas e de gestão, deverá, necessariamente, respeitar o paradigma do Estado Democrático de Direito, em especial, os limites fixados pela própria Constituição e pelas regras jurídicas a serem complementadas pela normatividade técnica e de gestão. Como asseveram Nelson Camatta Moreira e Rodrigo Francisco de Paula, é impossível, nos dias que se seguem, desconsiderar as exigências técnicas na formulação e implementação de políticas públicas concretizadoras de direitos fundamentais, mas não se pode afastar a dimensão político-democrática na efetivação dos mesmos⁸⁹.

⁸⁸ BRASIL. **Lei nº 13.874/2019**. Art. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm>. Acesso em 25 mai. 2020. BRASIL. **Decreto nº 10.229/2020**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10229.htm#art9>. Acesso em 25 mai. 2020.

⁸⁹ MOREIRA, Nelson Camatta; DE PAULA, Rodrigo Francisco. Direito e Política entre regras, princípios, indicadores e standards: fim do Estado de Direito? BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Org.). **Estado & Constituição: o "fim" do Estado de Direito**. 1ª ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 75-84.

Dever-se-á observar, portanto, o respeito à premissa de que essa integração técnica e administrativa normativa, do conteúdo da regra jurídica, deverá ser finalisticamente direcionada à promoção dos valores e objetivos constitucionais, direitos fundamentais e àqueles inerentes à democracia, enquanto aspectos essenciais do paradigma do constitucionalismo do Estado Democrático de Direito adotado no Brasil, na forma do art. 1º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Na próxima parte, pretende-se examinar a aplicabilidade dessas concepções teóricas e doutrinárias no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, especialmente do precedente já citado, de modo a demonstrar, a partir da análise crítica do julgado citado, como se deu a utilização de *standards* e indicadores científicos, nacionais e internacionais, para a concretização dos direitos fundamentais envolvidos, bem como as críticas e complexidades que o tema encerra.

ESTUDO DE CASO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: MEDIDA CAUTELAR NA ADPF Nº 669-DF. NORMATIVIDADE TÉCNICA E CIENTÍFICA VERSUS REGRAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DIANTE DO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O presente capítulo pretende examinar a aplicabilidade das concepções teóricas e doutrinárias, acima ressaltadas, a respeito da utilização de *standards* e indicadores científicos, nacionais e internacionais, para a concretização dos direitos fundamentais envolvidos, no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em especial, nos autos do processo pertinente à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 669-DF, Relator Ministro Luis Roberto Barroso, proposta pelo Partido Político Rede Sustentabili-

dade, em face União Federal, com decisão cautelar proferida em 31 de março de 2020⁹⁰.

No caso concreto ora examinado, cuidava-se de ação de descumprimento de preceito fundamental proposta contra a contratação e veiculação de campanha publicitária, pela União Federal, a partir do *slogan* “O Brasil não pode parar”, convocando a população brasileira a retomar as suas atividades sociais e econômicas normais, mesmo diante da atual crise pandêmica, mundial e brasileira, inerente à proliferação do Coronavírus. Neste contexto, a campanha publicitária pretendida tinha por finalidade transmitir a impressão à sociedade brasileira de que a pandemia mundial – COVID-19 – não representa grave ameaça à vida e à saúde dos brasileiros.

Na decisão mencionada, a Suprema Corte brasileira proibiu que a União Federal, por meio da respectiva Chefia do Poder Executivo, venha a veicular qualquer propaganda ou publicidade institucional direcionada a induzir ou instigar a população brasileira ao retorno normal às suas atividades sociais e econômicas, paralisadas parcialmente em razão da crise pandêmica mundial, com reflexos no Brasil, decorrentes da proliferação do Coronavírus. Da mesma maneira, interditou à União Federal a veiculação de qualquer campanha publicitária direcionada a informar à população que a pandemia constitui evento de pouca gravidade para a vida e a saúde da população brasileira, proibindo-se a realização de contratação de campanha publicitária destinada à mesma finalidade⁹¹.

No caso vertente, o Supremo Tribunal Federal se utilizou da argumentação jurídica central no sentido de que essa iniciativa governamental federal colocaria em risco os direitos fundamentais à saúde, à vida e à informação inerentes aos cidadãos brasileiros, aplicando-se, pois, os princípios da prevenção e da precaução, ao estabelecerem que, na dúvida ou incerteza a respeito da adoção de de-

⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 669-DF**. Relator Ministro Luis Roberto Barroso. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF669cautelar.pdf>>. Acesso em 15 mai. 2020.

⁹¹ Ibid.

terminada diretriz científica ou técnica, deve-se adotar aquela que tenha maior potencial de proteção da vida e da saúde dos cidadãos, nos termos do art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁹².

Embora se cuide de decisão cautelar, dotada de provisoriedade, urgência e, portanto, sem o exercício de cognição plena e exauriente, é possível a sua análise crítica sob a ótica do modelo teórico de governança por *standards* e indicadores científicos, estudado a partir da obra de Benoit Frydman, acima indicada.

Destarte, nada obstante a decisão em análise almeje a utilização de parâmetros técnicos e científicos para a densificar os conteúdos dos direitos fundamentais à vida, à saúde e à informação e protegê-los, a mesma é passível de algumas críticas, a partir de pontos não enfrentados na fundamentação do julgado mencionado, ao que tudo indica, diante da urgência da questão e do seu caráter liminar.

⁹² O julgado em análise foi ementado nos seguintes termos: "Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E SANITÁRIO. ARGUIÇÕES DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. SAÚDE PÚBLICA E COVID-19. CAMPANHA PUBLICITÁRIA APTA A GERAR GRAVE RISCO À VIDA E À SAÚDE DOS CIDADÃOS. PRINCÍPIOS DA PRECAUÇÃO E DA PREVENÇÃO. CAUTELAR DEFERIDA. 1. Arguições de descumprimento de preceito fundamental contra a contratação e veiculação de campanha publicitária, pela União, afirmando que "O Brasil Não Pode Parar", conclamando a população a retomar as suas atividades e, por conseguinte, transmitindo-lhe a impressão de que a pandemia mundial (COVID-19) não representa grave ameaça à vida e à saúde de todos os brasileiros. 2. As orientações da Organização Mundial de Saúde, do Ministério da Saúde, do Conselho Federal de Medicina, da Sociedade Brasileira de Infectologia, entre outros, assim como a experiência dos demais países que estão enfrentando o vírus, apontam para a imprescindibilidade de medidas de distanciamento social voltadas a reduzir a velocidade de contágio e a permitir que o sistema de saúde seja capaz de progressivamente absorver o quantitativo de pessoas infectadas. 3. Plausibilidade do direito alegado. Proteção do direito à vida, à saúde e à informação da população (art. 5º, caput, XIV e XXXIII, art. 6º e art. 196, CF). Incidência dos princípios da prevenção e da precaução (art. 225, CF), que determinam, na forma da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, na dúvida quanto à adoção de uma medida sanitária, deve prevalecer a escolha que ofereça proteção mais ampla à saúde. 4. Perigo na demora reconhecido. Disseminação da campanha "O Brasil Não Pode Parar" que já se encontra em curso, ao menos com base em vídeo preliminar. Necessidade urgente de evitar a divulgação de informações que possam comprometer o engajamento da população nas medidas necessárias a conter o contágio do COVID19, bem como importância de evitar dispêndio indevido de recursos públicos escassos em momento de emergência sanitária. 5. Medida cautelar concedida para vedar a produção e circulação, por qualquer meio, de qualquer campanha que pregue que "O Brasil Não Pode Parar" ou que sugira que a população deve retornar às suas atividades plenas, ou, ainda, que expresse que a pandemia constitui evento de diminuta gravidade para a saúde e a vida da população. Determino, ainda, a sustação da contratação de qualquer campanha publicitária destinada ao mesmo fim". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 669-DF**. Relator Ministro Luis Roberto Barroso. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF669cautelar.pdf>>. Acesso em 15 mai. 2020.

Neste contexto, embora concordemos com o sentido da decisão judicial cautelar proferida, eis que buscou proteger os direitos fundamentais à vida, à saúde e à informação dos cidadãos, diante da representação exercida pelo Chefe do Poder Executivo Federal, democraticamente eleito, equacionando, assim, de maneira emergencial, e diante do caso concreto, a tensão entre constitucionalismo e democracia, ainda assim, cabem algumas reflexões críticas à respeito de eventual déficit de legitimidade democrática da mesma.

Isto porque, as normatividades, diretrizes e recomendações técnicas oriundas das entidades técnicas aludidas pela decisão, notadamente a Organização Mundial de Saúde, não foram produzidas sob o crivo do debate democrático, nas instâncias político-jurídicas constitucionalmente competentes, como recomendado por António José Avelãs Nunes, Benoyt Fridman e José Luiz Bolzan de Moraes, como destacado no capítulo anterior.

Em especial, no Brasil, esse debate dialógico-deliberativo-democrático, como também sugerido no capítulo anterior por André Ramos Tavares, deveria ter sido feito no âmbito do Poder Executivo Federal, a quem compete administrar prudentemente os interesses públicos, por meio de audiências públicas e consultas públicas, por exemplo, e, também, no Poder Legislativo Federal, já que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer qualquer coisa senão em virtude de lei, que deve ser fruto do devido processo legal, democrático e legislativo, nos termos do art. 5º, II, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Significa dizer, esses parâmetros técnicos e indicadores científicos, adotados pelas entidades técnicas, nacionais e internacionais citadas no julgado, talvez pudessem ser levados ao debate democrático nas estruturas político-jurídicas tradicionais do Estado de Direito, de modo a conferir maior legitimidade democrática aos mesmos, o que não foi feito, no caso em exame.

Também cabe a reflexão crítica no sentido de se saber até que ponto é juridicamente possível que a normatividade técnica, expe-

dida pelas entidades mencionadas, motivadoras da decisão proferida no julgado em exame, prevaleçam sobre as decisões políticas, no caso, compartilhadas entre Poder Executivo e o Poder Legislativo, na linha das preocupações externadas por Benoit Frydman e José Luiz Bolzan de Moraes, nas obras referenciadas no capítulo anterior. Até porque, como se sabe, o conhecimento científico, inclusive no campo da medicina, é marcado pela inexatidão, pelo circunstancialismo e pela provisoriedade. Em outros termos, significa indagar quem é o legislador e quem é o julgador dessas normatividades técnicas, bem como as suas respectivas legitimidades democráticas, o que também não foi feito no julgado em análise.

Noutra perspectiva, o julgado em análise também não enfrenta, como sugerido por Walber Araújo Carneiro, no capítulo anterior do presente trabalho, como a Organização Mundial da Saúde atuou ou poderia atuar enquanto instituição responsável por fazer o “acoplamento sistêmico” entre as exigências político-democráticas e àquelas de natureza técnica, de modo a tornar as decisões técnicas mais legítimas diante do paradigma do Estado Democrático de Direito. Ou, ainda, na visão de Benoit Frydman, também exposta acima, como o Direito poderia exercer a sua “função intersistêmica”, de modo a traduzir e transpor as aspirações político-democráticas para o campo da normatividade técnica.

Em última análise, deve-se buscar um modelo de governança por *standards* e indicadores que ressignifique a importância da Constituição, dos processos democráticos e dos direitos fundamentais. Assim, se poderia pensar em estruturas político-jurídicas transnacionais democráticas para a discussão e aprovação das normatividades técnicas, como decorrência da própria ressignificação do conceito de soberania no século XXI, como sustentado acima por José Luiz Bolzan de Moraes.

Isto porque, a adoção de um modelo de “Estado tecnocrático”, na perspectiva crítica de António José Avelãs Nunes, impulsionado pelas revoluções tecnológicas em acelerado curso, como destacado

acima por José Luiz Bolzan de Moraes e Edilene Lobo, deve se dar respeitando-se as conquistas civilizatórias decorrentes do paradigma democrático no contexto do Estado de Direito. Em outros termos, a admissibilidade de um “Estado tecnocrático” pressupõe que ele seja, previamente, um Estado Constitucional Democrático de Direito.

Nada obstante essas considerações, diante da abertura normativa dos conteúdos indeterminados dos direitos fundamentais à vida, à saúde e à informação, o Supremo Tribunal Federal integrou, com as ressalvas teóricas e críticas acima mencionadas, os respectivos conteúdos normativos a partir de parâmetros médicos e científicos, da comunidade internacional e nacional. Ao assim proceder, a Suprema Corte brasileira sustentou que a propaganda publicitária pretendida pela Chefia do Poder Executivo Federal, embora formulada pelo Exmo. Sr. Presidente da República, pessoa que ostenta legitimidade democrática originária, eis que eleito democraticamente pelos cidadãos brasileiros, vulnera os direitos fundamentais aludidos.

Assim, sob a ótica da democracia representativa, mesmo que atualmente crise, como destacado acima por José Luiz Bolzan de Moraes, seria possível sustentar que a iniciativa governamental em exame, qual seja, realizar uma propaganda publicitária e institucional de determinada política pública, se coaduna, fora do contexto real e fático subjacente, em tese, com o princípio democrático. Todavia, em concreto, essa afirmação não é verdadeira, pois a representação popular, em uma sociedade democrática e plural, deve ser exercida com vistas, em especial para o caso em exame, à concretização de direitos fundamentais à vida, à saúde e à informação dos cidadãos brasileiros, tanto das majorias quanto das minorias o que não se deu no caso em análise. Ademais disso, no caso concreto, a medida atacada seria revestida de inconstitucionalidade material, posto que violadora os conteúdos substanciais dos direitos fundamentais mencionados, conteúdos esses preenchidos a partir das diretrizes médicas e científicas aludidas.

Assim, na dicção da Suprema Corte, diante abertura semântica dos direitos fundamentais aludidos, e considerando o estado da arte da ciência médica internacional e nacional, até o presente momento, seria possível a aplicação desses *standards* científicos e indicadores técnicos, para resguardar à vida, à saúde e a necessidade de informação adequada, aos brasileiros, para o combate ao Coronavírus.

Em que pesem as críticas formuladas, frise-se, em relação precedente ora examinado, não há nenhuma inconstitucionalidade na adoção desses parâmetros de normalização técnica, na terminologia de Benoit Frydman, para fins de aplicação concreta das regras jurídicas constitucionais.

Em primeiro lugar, porque a administração pública brasileira, como destacado acima, tem a obrigação de ser eficiente, eficaz e buscar alcançar resultados concretos de interesses públicos, por força do princípio constitucional da eficiência, previsto no art. 37, *caput*, da Constituição da República Federativa de 1988.

Em segundo lugar, porque, na ótica do Direito Internacional, o Brasil é membro integrante da Organização Mundial da Saúde e, no exercício da sua independência, baseada na necessária cooperação que deve existir entre os povos, notadamente para a proteção prevalente dos direitos humanos, na forma do art. 4º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, observou, na aplicação do Direito brasileiro, *standards* médicos e científicos, internacionais, utilizados pela imensa maioria dos países democráticos no mundo, no sentido da eficácia comprovada do isolamento social, para o combate à proliferação do Coronavírus. Essas previsões constitucionais, todavia, não têm o condão de afastar o déficit de legitimidade democrática do precedente ora examinado, como destacado acima.

CONCLUSÕES

No presente trabalho, pretendeu-se demonstrar que, embora a teoria neoliberal incorpore o modelo de governança por *standards*

e indicadores, com a tentativa de implementação de um modelo de Estado tecnocrático, na visão crítica de António José de Avelãs Nunes, não se deve rejeitar, por completo, o modelo de governança aludido, pois, com certas cautelas jurídicas, inerentes ao paradigma do Estado Democrático de Direito, e sempre com vistas aos seus fins constitucionais, o modelo governativo mencionado pode ser bem utilizado.

Nesta ordem de ideias, pode-se dizer que esses aportes teóricos, a respeito do modelo de governança por *standards* e indicadores, com o destaque para a normatividade técnica e de gestão, e seu relacionamento com as regras jurídicas, de modo a complementá-las, para utilizarmos a terminologia adotada por Benoit Frydman, encontram respaldo no Direito brasileiro, seja em sede constitucional, especialmente no princípio constitucional da eficiência consagrado no art. 37, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, seja em nível infraconstitucional.

Deste modo, realça-se a importância e influência dessa normatividade técnica e de gestão sobre o Direito, que é significativamente ampliada, por força das revoluções tecnológicas em curso no mundo global, tendencialmente neoliberal, com forte impacto nos governos dos Estados, inclusive o brasileiro, o que reforça a relevância do estudo, no âmbito da Teoria do Direito, como nos recomenda Benoit Frydman, acerca da relação entre normatividade técnica e regramento jurídico.

Nada obstante a essas considerações, também se pretendeu demonstrar que a complementação das regras jurídicas, por meio de normas técnicas e de gestão, deverá, necessariamente, respeitar o paradigma do Estado Democrático de Direito. Assim, em especial, deverão ser respeitados os limites fixados pela própria Constituição e pelas regras jurídicas a serem complementadas pela normatividade técnica e de gestão, notadamente o respeito à premissa de que essa integração técnica e administrativa normativa, do conteúdo da regra jurídica, deverá ser finalisticamente direcionada à promo-

ção dos valores e objetivos constitucionais, direitos fundamentais e àqueles inerentes à democracia, enquanto aspectos essenciais do paradigma do constitucionalismo do Estado Democrático de Direito adotado no Brasil, na forma do art. 1º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Assim, diante abertura semântica dos direitos fundamentais aludidos, e considerando o estado da arte da ciência médica internacional e nacional, até o presente momento, consoante decidiu o Supremo Tribunal Federal, no precedente examinado, seria possível a aplicação desses *standards* científicos e indicadores técnicos, para resguardar à vida, à saúde e a necessidade de informação adequada, aos brasileiros, para o combate ao Coronavírus, não havendo nenhuma inconstitucionalidade na adoção desses parâmetros de normalização técnica, na terminologia de Benoit Frydman, para fins de aplicação concreta das regras jurídicas constitucionais.

Nada obstante, o precedente ora examinado merece críticas, pois, consoante as perspectivas teóricas de Benoit Frydman e Jose Luis Bolzan de Moraes, nas obras referenciadas, o decidido pela Suprema Corte tem relevante déficit de legitimidade democrática, seja em relação à origem da normatividade técnica invocada no julgado, quer em relação à sua aplicabilidade e obrigatoriedade, por não passar pelo debate democrático nas instituições político-jurídicas da modernidade consagradas na mesma Constituição da República de 1988, especialmente os Poderes Executivo e Legislativo.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. 5 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007.

AVELÃS NUNES, António José. **O Estado capitalista e as suas máscaras**. 2 ed., Edições Avante: Lisboa, 2013.

BOLZAN DE MORAIS, José Luís. O estado de direito “confrontado” pela “revolução da internet”. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria**, RS, v. 13, n. 3, p. 876-903, dez. 2018. ISSN 1981-3694. Disponível em: < <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/33021> >. Acesso em: 14 fev. 2020.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; LOBO, Edilene. Las nuevas tecnologías y el actual modelo comunicacional en las elecciones brasileñas de 2018. CAMPUZANO, Alfonso de Julios (Coord.). **Constitucionalismo. Un modelo jurídico para la sociedad global**. Tradução de Alfonso de Julios Campuzano. Editorial Aranzadi: Espanha, 2019, p. 465-497.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos Direitos Humanos**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BOLZAN DE MORAIS, José Luís. O estado de direito “confrontado” pela “revolução da internet”. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria**, RS, v. 13, n. 3, p. 876-903, dez. 2018. ISSN 1981-3694. Disponível em: < <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/33021> >. Acesso em: 14 fev. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 37, *caput*. < Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc95.htm. > Acesso em 25 mai. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.874/2019**. Art. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm>: Acesso em 25 mai. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 10.229/2020**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10229.htm#art9>: Acesso em 25 mai. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 669-DF**. Relator Ministro Luis Roberto Barroso. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticia-NoticiaStf/anexo/ADPF669cautelar.pdf>>. Acesso em 15 mai. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Sobre a indispensabilidade de uma Carta de Direitos Fundamentais Digitais da União Europeia. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**. Brasília, DF, v. 31, n. 1, 2019, p. 70-75.

FRYDMAN, Benoit. **O Fim do Estado de Direito: governar por standards** e indicadores. Tradução de Mara Beatriz Krug. 2 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

MOREIRA, Nelson Camatta; DE PAULA, Rodrigo Francisco. Direito e Política entre regras, princípios, indicadores e standards: fim do Estado de Direito? DE MORAIS, José Luis Bolzan (Org.). **Estado & Constituição: o “fim” do Estado de Direito**. 1 ed.. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 75-84.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16 ed., Rio de Janeiro: Forense.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

PEDRA, Adriano Sant’Ana. Reformas Constitucionais em Tempos de Pandemia: Sobre a Observância das Limitações Circunstanciais Implícitas. BAHIA, Saulo José Casali (Coord.). **Direitos e Deveres**

Fundamentais em Tempos de Coronavírus. 1 ed.. São Paulo: Editora IASP, 2020, p. 17-29.

SADDY, André. **Formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na Economia.** 2 ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo das Parcerias.** Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo da Economia.** Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2003.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização, Privatização, Concessões, Terceirizações e Regulação.** 4 ed., Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2001.

TAVARES, André Ramos. Democracia deliberativa: elementos, aplicações e implicações. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 1, n.1, p. 79-103, jan./mar. 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

WERMUTHM, Maiquel Ângelo Dezordi; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. Da exceção Agambeniana à constituição planetária de Ferrajoli: desafios impostos pela pandemia do novo coronavírus às categorias jurídico-políticas tradicionais. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 15, n. 1, e43057, jan./abr. 2020. ISSN 1981-3694. DOI: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369443057>. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/43057>. Acesso em: 22 abr. 2020.

ESTADO FISCAL FALIDO, TECONOLIBERALISMO E REFORMA TIKTOK

FAILED FISCAL STATE, TECONOLIBERALISM AND TIKTOK REFORM

Gustavo Sipolatti¹

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Metodologia. 3 Evolução do Estado Moderno. 4 Estado Fiscal Corrompido. 6 Tributação digital e os riscos do Estado Falido Tiktok. 7 Conclusão. 8 Referências.

RESUMO: Antenado à conjuntura do direito tributário no Brasil, o desenvolvimento do artigo leva em consideração o plano histórico e a faticidade, dando ênfase ao caráter liberal-racionalizante das propostas de reforma apresentadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, bem como a recentemente formulada pelo Poder Executivo. As modificações sugeridas se caracterizam pelos seguintes traços comuns: mais racionalidade, o fim da extrafiscalidade, a adoção de alíquotas lineares, a neutralidade e a obediência à isonomia formal. A iniciativa do Governo Federal também sugere um novo tributo sobre transações digitais. Nesse contexto, confronta-se o Estado, no seu atual estágio neoliberal, o que reflete nas iniciativas legislativas e na nova espécie tributária, com potencial abertura de portas para uma Nova Era, de propagada maior eficiência, para paralelamente se traçar uma reflexão cética sobre

¹ O autor é doutorando (aluno regular) em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Mestre em Relações Privadas e Constituição pelo Centro Universitário Fluminense (UNIFLU), especialista em direito constitucional pela UFES e em direito tributário pelo IBET/Cândido Mendes, Procurador do Estado do Espírito Santo, Presidente da Comissão de Direito Tributário da OAB-ES, membro da Comissão Nacional de Advocacia Pública e advogado.

a permanência do formalismo estéril, a justiça fiscal e os riscos de industrialização da vida pelo corrompido estado fiscal brasileiro, com a deflagração prematura e impensada do tecnoliberalismo tributário, tudo sempre estimulado por promessas ainda não cumpridas. A reflexão sobre o novo patamar de poder pela virtualização da vida se faz necessária para atendimento aos propósitos civilizatório-constitucionais do Estado Brasileiro e os seus novos rumos em relação a igualdade, a privacidade, a liberdade e a democracia.

Palavras chaves: estado; neoliberalismo; tributário; digital; tecnoliberalismo.

ABSTRACT

In view of the conjuncture of tax law in Brazil, the development of the article takes into account the historical plan and the factuality, emphasizing the liberal-rationalizing character of the reform proposals presented by the Chamber of Deputies and the Federal Senate, as well as the one recently formulated by Executive power. The suggested modifications are characterized by the following common features: more rationality, the end of extrafiscality, the adoption of linear rates, neutrality and obedience to formal isonomy. The Federal Government's initiative also suggests a new tax on digital transactions. In this context, the State is confronted, in its current neoliberal stage, which reflects in the legislative initiatives and in the new tax species, with the potential opening doors to a New Era, of propagated greater efficiency, in parallel to draw a skeptical reflection on the permanence of sterile formalism, fiscal justice and the risks of industrialization of life by the corrupted Brazilian fiscal state, with the premature and unthinkable outbreak of tax technoliberalism, all always stimulated by promises not yet fulfilled. The reflection on the new level of power for the virtualization of life is necessary to meet the civilizational-constitutional purposes of the Brazilian State and its new directions in relation to equality, privacy, freedom and democracy.

Keywords: state; neoliberalism; tributary; digital; technoliberalism.

INTRODUÇÃO

As instituições modernas vêm se dissolvendo desde a globalização, tendo agora uma desnaturação ainda mais acelerada pelos avanços tecnológicos. Nesse processo de mudana e num mundo sem fronteiras, feudos tecnol gicos² foram construídos sem resistências, intangíveis, invisíveis, fluídos, com amplo poder e domínio da informaa o, da técnica, das cadeias de produa o, do consumo e do consumidor.

A incompreensão diante dos novos tempos, o poder supranacional e a nova dimensão manipulativa digital deslocaram o poder político para fora³ do Estado, num espao ainda incompreendido. A política tradicional entrou em falência, por não mais conseguir dar cumprimento ao pacto social, aos seus projetos e as suas promessas constitucionais.

Somam-se fatores outros e externos para o corrompimento do Estado Nacional, o terrorismo, a pandemia e as crises econômicas, além das ameaas tradicionais de guerras e de desastres ambientais, os quais catalisam o sentimento de insegurana e estimulam a delegaa o de direitos para um Leviatã falido, ainda mais faminto pelo controle já perdido. Já diria o jargão popular que “nas guerras a verdade   a primeira que morre”. A percepa o do real   manipulada

² As 10 maiores empresas de tecnologia (Amazon, Microsoft, Apple, Tesla, Tencent, Facebook, Nvidia, Alphabet, Paypal e T-mobile) tiveram um ganho aproximado de 1,5 trilhões de dólares durante a pandemia, estão fora dessa conta a netflix e o aplicativo zoom que tiveram o acesso incrementado de 300 milhões de participantes em suas contas. CAUTI, Carlo. **“Veja as 10 empresas que mais cresceram durante o coronavírus”**. Disponível em: <<https://www.sunoresearch.com.br/noticias/veja-10-empresas-mais-cresceram-coronavirus/>> Acesso em 04 de ago. de 2020.

³ Na guerra travada pela hegemonia entre os Estados Unidos e a China, interessante destacar a proibic o ao aplicativo “tiktok”. Apenas com a interferência da Microsoft, que se coloca como compradora do negócio chinês, jogo comumente feito pela china para embarreirar as empresas estrangeiras no oriente, mas que evidencia, numa acirrada disputa, que a solua o vem de fora do Estado, pelo atendimento dos interesses econômicos desse grande grupo que surge como solua o. Em resumo, o Estado aparentemente não consegue lidar com essa situaa o. **TikTok sale: Trump approves Microsofts plan but says US should get a CUT of any deal**. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/technology/2020/aug/03/tiktok-row-trump-to-take-action-soon-says-pompeo-as-microsoft-purchases-deal>>. Acesso em 04 de ago. de 2020.

e propostas que não correspondem aos interesses da sociedade são aprovadas⁴ para o bem de poucos.

O ser humano, arrebatado pelas incertezas e pela insegurança, a cada dia menos sabe e mais se idiotiza⁵, num ambiente em que a anomia virou a regra, as versões se tornaram a verdade individual, frágil e inconveniente de cada um. A sociedade perdeu os seus meios tradicionais de representação e se tornou presa fácil num mundo desconhecido e de reais ameaças. A título de exemplo atual e estrutural, sob uma visão econômica externa e liberal, as recentes propostas de reformas trabalhista e previdenciária foram aprovadas sem maiores combates e enfrentamentos pela sociedade brasileira, com altíssimo custo social e os resultados prometidos não foram alcançados.

O saudoso Professor Werneck Vianna já alertava para a possibilidade de manipulação, para quem o que vale não é o fato, mas a versão que dele se veicula, sinalizando que a interpretação é optativa, integrada por um elemento subjetivo e cita Gramsci, no qual dá relevância a compreensão das conjunturas, como períodos organicamente organizados e estruturados difere das versões, pura e livre fantasia de um ator sobre si e sua situação⁶.

Assim, diante da incerteza, de não se saber aonde vai chegar, conveniente a apropriação do conceito de interregno⁷. A consciência

⁴ Rememora-se o Ato Patriótico, que consistiu em um pacote legislativo aprovado pelo Congresso americano após os atentados do 11 de setembro de 2001, sem nenhuma consulta à população. A expressão "Patriotic" (*Provide Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism*) consiste numa série de ferramentas de controle necessárias para interceptar e obstruir os atos de terrorismo. Conduta análoga tem se dado por diversos países nessa crise de pandemia, pelas propostas de controle por meio do monitoramento dos celulares, apesar de não haver qualquer estudo científico que comprove os benefícios dessa relativização de direitos.

⁵ Como a paixão humana, a ideologia extremada encobre a percepção do real, age como componente anti civilizatório nos debates acadêmicos e nas instituições públicas, ignora qualquer campo de convergência e acaba por ameaçar à dignidade da pessoa humana pela não percepção do mal comum a qualquer ser.

⁶ VIANNA, 1983, p. 9-11.

⁷ Professor Bolzan citando Antônio Gramsci 'Quaderni del cárcere' e Carlo Bordoni em 'Fine del mondo liquido' sinaliza que a velocidade das transformações nos confronta com o interregno, em que a ordem constituída não consegue produzir regras para evitar as tragédias e desordens, não tendo os mais fracos a tutela do estado em relação ao poder incontrolado da política. BOLZAN DEMONRAIS, José Luís. **O estado de direito "confrontado" pela "revolução da internet"**!. Revista Eletrônica

do vácuo, da anomia e do corrompimento se fazem necessárias para uma tentativa de análise crítica da política que se apresenta.

Em razão da sua histórica complexidade, da elevada carga, da tributação regressiva, da infindável quantidade de obrigações acessórias, etc, e também da notada ineficácia do Estado Fiscal, com o congestionamento do Poder Judiciário, com a enfadonha produção normativa pelo Legislativo e com a sensação de má gestão de recursos públicos pelo Executivo, em meio a maior crise econômica do milênio, se discute o que fazer com o caótico sistema tributário brasileiro.

A solução anunciada é por mais uma nova reforma, a terceira estrutural. Em ambas as casas do Congresso Nacional se discutem Propostas de Emenda Constitucional – PEC, destacando-se a de nº 45/2019 que tramita perante a Câmara e a de nº 110/2019 perante o Senado, sendo ainda anunciado o Projeto de Lei de nº 3.887/2020 pelo Governo Federal. O discurso político entre os diversos atores é por mais racionalidade, fim da extrafiscalidade, adoção de alíquotas lineares, neutralidade, menos burocracia, centralização e manutenção da carga tributária atrelada à desoneração da folha de pagamentos. O aparente propósito comum é de melhorar o ambiente de negócios. Todas as propostas sinalizam a necessidade de aglutinação das espécies tributárias em maior ou menor escala. Com algumas variações e preocupado em se limitar aos tributos de competência da União, o Poder Executivo acrescentou uma novidade, uma espécie de tributo a incidir sobre as transações digitais.

A defesa comum do formalismo estéril, da linearidade e da neutralidade sugere a aplicação da teoria da tributação ótima, com o descumprimento dos objetivos fundamentais da república e o próprio princípio da dignidade da pessoa humana. As raízes neoliberais, erigidas sobre uma matriz tecnocrata, neutra e formalmente

ca do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS, v. 13, n. 3, p. 876-903, dez. 2018. ISSN 1981-3694. Disponível em: < <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/33021> >. Acesso em 24 de janeiro de 2020.

equalizante repetem o mesmo e a perpetuação de um sistema injusto, agora prestes a inaugurar o seu estágio digital e de industrialização da vida⁸.

A consciência do interregno e a compreensão dessa conjuntura, nessa fase dialético construtiva, também ciente do contexto histórico e do plano da faticidade são imprescindíveis para a adequada reflexão sobre os rumos que se anunciam ao falido, corrompido e subvertido Estado Fiscal brasileiro, prestes a inaugurar o tecnoliberalismo tributário.

As propostas devem passar por um filtro ético e atentar aos propósitos constitucionais. Voltado para a percepção do real e com uma visão no futuro que já chegou, o presente artigo se utiliza dos fundamentos teóricos dos Professores Antônio Julios Campuzano, Eric Sádin e José Luiz Bolsan de Moraes, que fazem uma leitura do atual estágio de desintegração do Estado e nos mostram um caminho a seguir.

Com a idéia do direito servir ao homem e não o contrário, a análise crítica denuncia as propostas formuladas pela renovação de votos com o projeto do formalismo liberalizante e esterelizante, bem como se tecem reflexões sobre a novel modalidade de tributação digital, uma espécie de TikTok-federal, com todas as possibilidades positivas da modernidade e implicações negativas do autoritarismo e da virtualização da vida.

Diante desse contexto, se questiona e se analisa a atual conjuntura tributária e o seu processo de mutação, levando em consideração a hipossuficiência do ser e o corrompimento-falência-subversão do Estado-Fisco, para se estimular uma guinada reflexiva atendida aos objetivos fundamentais da República, numa tentativa de romper com o *status quo insanus* numa direção emancipatória e civilizatória.

METODOLOGIA

⁸ SADIN, Éric e ATTIA, Kader: **Artificial Intelligence—Anatomy of a Radical Anti-Humanism**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=beJTviwlnqw>>. Acesso em 21 de mar. de 2020.

A abordagem se preocupa com o plano da vida, extraíndo do próprio ente os seus conceitos e sem forçá-los⁹. Nessa visada fenomenológica, o artigo abre as discussões que se encerram no plano abstrato da racionalidade do discurso, o que tem, por vezes, servido para encobrir a realidade posta, tornando mais aguda a complexidade do sistema tributário, ao não compreender a vida dos sujeitos que lhe são subalternos, bem como as promessas constitucionais e a sua própria falência.

A crise do direito e das instituições políticas tem reflexo na própria crise da noção da verdade e deriva de um formalismo jurídico entendido na concepção do direito como um mundo idealizado por sistemas normativos, em que se sonega a faticidade¹⁰.

A exploração do tema não revela tão somente uma fenomenologia do poder, mas sobretudo uma crítica do papel desempenhado na perseguição e garantia dos direitos fundamentais, razão pela qual o encaminhamento perpassa necessariamente por um viés democrático e ético.

A adoção de uma postura ontológica, voltada para o ser, possibilita controlar e diminuir as manipulações em matéria tributária, em que a tributação pautada na neutralidade e na legalidade tem servido para coibir a realidade e a realização do processo constitucional civilizatório, subvertendo o pacto social.

Os operadores do direito devem levar em conta a contingência do mundo hodierno e a devida sintonia com o mundo da vida, sem a qual pode se perder o próprio fundamento dos direitos consagrados constitucionalmente e a própria humanidade, pois só assim será modificado o estado de coisas aparente.

⁹ Então, o método fenomenológico será exatamente aquele que permitirá que o ente se mostre por si mesmo, assim servindo como uma via de acesso a uma interpretação que ponha o *Dasein* de forma imediata com o compreendido. Diz-se, pois, que a fenomenologia é o uma forma de abordagem, e assim um método, mas não no sentido de um cânone procedimental do agir humano; senão, exatamente o contrário, um deixar acontecer (CUNHA, 2014, p. 113).

¹⁰ CUNHA, 2012, p. 81.

EVOLUÇÃO DO ESTADO MODERNO

O Estado Moderno ao largo do tempo trouxe muitas conquistas civilizatórias: o princípio da legalidade, a representação política, o controle da legislação, os partidos políticos, a quebra da arbitrariedade, a promoção de equidade (inicialmente formal) e a liberdade em relação a todos os indivíduos. Com o fim das monarquias, a revolução industrial e o surgimento da burguesia o direito passou a consolidar a nova ordem capitalista, com a concentração de bens e a desigualdade, em que as suas tradições liberais¹¹ devem sempre ser consideradas na sua dinâmica, durante todo o curso do tempo e de suas transformações.

No plano jurídico, a partir do início do século passado, se nota uma passagem do jusnaturalismo clássico e de raízes históricas para o cientificismo do direito. O positivismo marcou a evolução de princípios e das doutrinas conformados por modelos jurídicos nacionais. Surgiu então um direito desprovido de exigências axiológicas, a autoridade decorria da lei. A igualdade era meramente formal e exalta-se um conhecimento asséptico e neutro. Os códigos atuam como mecanismos de liberdade e expansão do mercado. Leis sistematizadas se pautam na razão. A razão cartesiana e absoluta atravessa a história sem relativismos¹². Com a retirada dos valores e dos fatos do plano de aplicação, metafisicamente se supôs que as normas eram todas cumpridas, idealizando um legalismo extremo e tudo mais para dar uma aparência racional e sistêmica ao direito, para ao final evidenciar como sendo racional a dominação. Os desastres desse poder nacionalista, estéril, fundado na razão e na au-

¹¹ BOLZAN MORAIS, José Luís. **O estado de direito “confrontado” pela “revolução da internet”!**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS, v. 13, n. 3, p. 876-903, dez. 2018. ISSN 1981-3694. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/33021>> Acesso em: 20 de jan. de 2020.

¹² CAMPUZANO, Alfonso de Julios. **Nuevos horizontes de los derechos humanos: la crisis de la modernidad jurídica en La sociedad tecnológica**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, v. 19, n. 3, p. 11-46, set/dez. 2018. Disponível em <file:///C:/Users/Gustavo%2oSipolatti/Desktop/FDV/Bolzan/ARTIGO%20REVISTA%20DIREITOS%20E%20GARANTIAS%20FUNDAMENTAIS.pdf> Acesso em 05 de agosto de 2020.

toridade desencadearam as guerras mundiais. O Nazismo serve de exemplo cientificista-positivista, que resultou num regime indigno, desumano e genocida.

Com a derrocada dos regimes totalitaristas¹³, mais notadamente a partir dos anos 1970, o Estado passa a se preocupar com a integração social e evolui para a tutela das igualdades na sua dimensão material e para a solidariedade, mesmo assim sempre se notou uma tensão permanente entre as conquistas sociais x os fundamentos do liberalismo; política de inclusão x economia de exclusão; interesses do capital x anseio das classes populares; capitalismo de plataformas x solidariedade; promessas constitucionais x possibilidades de sua realização. No curso do tempo, a essência do liberalismo preponderou e passou a ter extensão mundial. Já no final da década de 90 o capitalismo de produção evoluiu-involuiu para o financeiro. Com a integração de mercados, a livre circulação mundial de bens, serviços, tecnologias, informações, matrizes industriais, redes, empregos, etc. Com o globalismo e o neoliberalismo, as funções sociais do Estado passaram a ser submetidas a um cálculo econômico, introduzindo critérios de rentabilidade nos serviços públicos. A complexidade social, política, o avanço científico, a revolução da informática e a insuficiência da estrutura estatal contribuíram para criar um ambiente de crise em torno da modernidade e do sistema jurídico abstrato e universal sobre o qual este se assentou. Se notando uma crescente perda de capacidade decisória pelo Estado Nacional e o poder passa a ser exercido fora da política¹⁴.

Essa percepção se concretiza e ganha cores pela pandemia da COVID-19, em que se mostra notável o processo cíclico de integra-

¹³ Hanna Arendt trata dos regimes totalitários, comunismo e nazismo e da sua pré fase, o fascismo, com a transformação dos indivíduos em massas, onde todos são um-só-homem, os que não são de- vem ser combatidos, como as “raças incapazes” do nazismo e “classes agonizantes” no stalinismo. ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das letras, 2009.

¹⁴ BOLZAN DE MORAIS, José Luís. **O estado de direito “confrontado” pela “revolução da internet”!**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS, v. 13, n. 3, p. 876-903, dez. 2018. ISSN 1981-3694. Disponível em: < <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/33021>> Acesso em: 20 de jan. de 2020.

ção-desintegrada¹⁵, de interdependência global e o de ausência de capacidade de regulamentação extra-fronteiras¹⁶, notadamente se escancaram as configurações geopolíticas, com o poder de controlar os fluxos produtivos, mercantis, monetários e migratórios. Os feudos¹⁷ tecnológicos, oligopólios¹⁸ mundiais, passam a exercer à margem das instituições tradicionais, um controle sobre as vozes dissonantes e possuem condições¹⁹ nunca antes vista de estabelecer padrões de comportamento²⁰, além de interferirem nos mecanismos democráticos²¹, na representação política²² e direcionarem a cadeia produtiva²³ global e sem fronteiras.

O poder disruptivo, técnico, científico, apátrida e global, num ambiente fluído, de informação instantânea, de inteligência artificial e desregulamentado inauguram a sociedade de risco, a explosão da ignorância, ampliam o desconhecimento e minam a crença no direito moderno. A razão teórica e prática como elemento constitutivo do saber entra em crise. A razão instrumental passa a conduzir as relações com a cultura e a natureza, a segurança é rompida e os gru-

¹⁵ Os organismos internacionais, em destaque a Organização Mundial de Saúde foram colocados no meio de um embate político, ocidente x oriente, EUA x China, gerando grande tensão em suas deliberações e posicionamentos.

¹⁶ Ao mesmo tempo que o vírus não respeita fronteiras, os Estados não conseguiram se articular dentro das diretrizes internacionais com o surgimento da pandemia, pública e notória a guerra de narrativas e o mal estar em relação a dificuldade de informações precisas e transparentes pela China.

¹⁷ Twitter, Facebook e Instagram se notabilizaram por definir dentro de suas políticas internas quem pode e quem não pode falar e o que pode e o que não pode ser dito.

¹⁸ Notadamente o Brasil é um país dominado por oligopólios, no mercado financeiro são 5 grandes bancos, existem poucas e gigantescas indústrias extrativistas e os Campeões Nacionais, em maior ou menor variações são estes que exercem grande influência na política interna e nos seus rumos.

¹⁹ **Se Australopitecos guardasse 3mil/mês até hoje, seria mais pobre que Bezos. Publicado em 07 de agosto de 2020.** Disponível em: <https://economia.ig.com.br/2020-08-07/se-australopitecos-guardasse-us-3-milmes-ate-hoje-seria-mais-pobre-que-bezos.html>>. Acesso em 09 de ago. de 2020.

²⁰ ZOLET, Marco. **A influência da tecnologia na mudança do comportamento na compra de bens comuns.** Publicado em 25 de setembro de 2017. Disponível em <[https:// canaltech.com.br/negocios/a-influencia-da-tecnologia-na-mudanca-do-comportamento-na-compra-de-bens-comuns-100958/](https://canaltech.com.br/negocios/a-influencia-da-tecnologia-na-mudanca-do-comportamento-na-compra-de-bens-comuns-100958/)>. Acesso em 06 de agosto de 2020.

²¹ Rememora-se a história de Dominic Cummings, diretor do Brexit. EMPOLI, Giuliano Da. **Os engenheiros do caos**; tradução Arnaldo Bloch. 1 ed. São Paulo: Vestígio, 2019.

²² Cita-se também a empresa de Big Data Cambridge Analytica recrutada por Donald Trump. Ibid.

²³ YUGE, Claudio. **Amazon mudou algoritmo de busca para favorecer seus produtos, diz jornal.** Disponível em: <[https:// canaltech.com.br/e-commerce/amazon-mudou-algoritmo-de-busca-para-favorecer-seus-produtos-diz-jornal-149891/](https://canaltech.com.br/e-commerce/amazon-mudou-algoritmo-de-busca-para-favorecer-seus-produtos-diz-jornal-149891/)>. Acesso em 06 de ago. de 2020.

pos sociais são dizimados dos espaços de poder, que se exerce fora da política e do Estado²⁴.

O Estado neoliberal, que já se mostrou incapaz de cumprir os seus compromissos constitucionais é arrebatado pelos avanços tecnológicos: revolução da internet; a inteligência artificial; a internet das coisas; e a revolução 4.0. Estes impactos são permanentemente renovados, acelerados e impulsionados. A mistura do neoliberalismo + ciência joga o estado num novo estágio, a era do “tecnoliberalismo”. Tudo passa por um processo de quantificação – estímulo – consumo e moldura comportamental. Frente a tais circunstâncias há três grandes reações: netmessiânicos, os quais vêm na “revolução da internet” o melhor dos mundos; netapocalípticos, que, ao contrário, percebem aí o fim de tudo aquilo que marcou o projeto civilizatório e a chegada de um mundo distópico; e, por fim, a dos net-céticos ou críticos que, neste interregno, buscam respostas durante esta viagem desordenada rumo a um futuro incerto²⁵.

Tratando de forma netcética²⁶ da nova era digital, Sadin nota que a vida vem sendo industrializada. O estágio de acesso à informação foi rompido. A ambição agora é coletar gestos, movimentos, hábitos, fluídos fisiológicos, temperatura e dominar as nossas ações por meio da tecnologia, que dialoga com o ser humano, fala o que deve ser feito. Uma autoridade que diz a nossa verdade, entramos num novo estágio, as situações são resolvidas em maneira e tempo muito superior a capacidade humana. A inteligência artificial se torna uma instância superior. Se nota um giro civilizacional, antro-

²⁴ CAMPUZANO, Alfonso de Julios. **Nuevos horizontes de los derechos humanos**: la crisis de la modernidad jurídica en La sociedad tecnológica. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, v. 19, n. 3, p. 11-46, set/dez. 2018. Disponível em <file:///C:/Users/Gustavo%20Sipolatti/Desktop/FDV/Bolzan/ARTIGO%20REVISTA%20DIREITOS%20E%20GARANTIAS%20FUNDAMENTAIS.pdf> Acesso em 05 de maio de 2020.

²⁵ BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **O estado de direito “confrontado” pela “revolução da internet”!**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS, v. 13, n. 3, p. 876-903, dez. 2018. ISSN 1981-3694. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/33021> Acesso em: 20 de jan. de 2020.

²⁶ SADIN, Éric e ATTIA, Kader. **Artificial Intelligence—Anatomy of a Radical Anti-Humanism**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=beJTviwlnqw>. Acesso em 21 de mar. de 2020.

polpóxico, indutivo e interativo da tecnologia pela primeira vez na história da humanidade. Como consequência: a) se mercantilizam todos os aspectos de nossa vida, o denominado Estado Incitativo; b) a vida humana é otimizada, o sistema indica quem é o humano escolhido para o trabalho, para pagar a menor tarifa, para poder trabalhar, local de residência, etc. Os algoritmos decidem tudo, o denominado Estado Imperativo; c) há um fenômeno de introdução de captadores em toda a superfície, chips controlam nossas emoções, propõem soluções terapêuticas, o denominado Estado Prescritivo; d) a capacidade de autodeterminação desaparece, os sistema nos interpretam o tempo todo e que nos ditam o que fazer, reduzindo os seres humanos a robôs de carne e sangue, burlando toda integridade e legitimidade do reconhecimento das pessoas, por modelos de racionalidade que tendem a mercantilizar, automatizar e algoritmizar as nossas existências coletivas. A inteligência artificial tem se traduzido como anatomia de um anti humanismo radical. Uma nova visão de mundo, o denominado Estado Coercitivo.

Por isso o interregno.

ESTADO FISCAL CORROMPIDO

O contexto de apatia, anomia, subversão e corrompimento se escancaram na análise conjuntural do sistema tributário brasileiro, a sua conjuntura é o retrato do interregno.

A carga tributária corresponde a 35,17% de todo o PIB²⁷, sem contar que temos um sistema regressivo e desigual²⁸.

O Brasil por 5 anos seguidos ficou em último lugar no ranking de retorno dos impostos²⁹. O resultado não poderia ser outro, não se

²⁷ CUCOLO, Eduardo. Estudo aponta que carga tributária bateu recorde em 2019. Percentual de 35,17% do PIB supera o pico anterior, de 2008, quando foi a 34,76%; IR de empresas e ICMS puxam alta. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/03/estudo-aponta-que-carga-tributaria-bateu-recorde-em-2019.shtml>> Acesso em 10 de jul. de 2020.

²⁸ GOMES, Marcel. **As distorções de uma carga tributária regressiva**. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&id=3233>. Acesso em: 10 de jul. de 2020.

²⁹ **Pelo 5º ano, Brasil é último em ranking sobre retorno dos impostos**. Disponível em <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/06/pelo-5-ano-brasil-e-ultimo-em-ranking-sobre-retorno-dos-im>

mostra razoável entregar quase meio ano de trabalho e sacrifício a um Estado que oferece pouco, “Os brasileiros tiveram que trabalhar até domingo (2 de junho) só para pagar impostos para os governos federal, estadual e municipal”³⁰.

A própria ânsia reformista compartilhada por todas as fazendas estaduais, pelas duas casas legislativas e pelo poder executivo federal denotam que o Estado Fiscal não consegue atender as necessidades sociais³¹.

Não há conclusão outra a não ser a sua falência e como solução se aposta em mais uma reforma constitucional. Dúvidas surgem sobre a eficiência das modificações legislativas, pois nas últimas décadas a produção só aumentou no Brasil e o Estado não conseguiu evoluir numa direção emancipatória.

Nos últimos 32 anos, desde a promulgação de nossa Constituição Cidadã foram editadas milhares de leis “O estudo do IBPT aponta que em matéria tributária foram editadas 403.322 normas – são mais de 2,14 normas tributárias por hora (dia útil). Em 31 anos, houve 16 emendas constitucionais tributárias”³². O ápice da pirâmide kelseniana sofreu uma reforma a cada dois anos.

Somam-se a essas mutações constitucionais as decisões produzidas pelo Supremo Tribunal Federal desde 1988. Numa busca pela expressão “tributário” se encontram 8.450 acórdãos, 307 com repercussão geral e 47.208 decisões monocráticas³³.

postos.html> Acesso em: 10 de jul. de 2020.

³⁰ **Brasileiro trabalha mais de 5 meses do ano para pagar imposto, diz estudo.** Disponível em <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2019/06/03/dias-trabalhados-ano-para-pagar-imposto.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em 10 de jul. de 2020.

³¹ Interessante notar que os Municípios são quase que excluídos do debate político, como se as suas administrações, fazendas, procuradorias, secretarias fazendárias, etc e o mais importante, o povo, que ali reside, não tivesse voz no processo de reforma.

³² AMARAL, Gilberto Luiz, AMARAL, Letícia Fernandes, OLENIKE, João Eloi, STEINBRUCH, Fernando e YAZBEK, Cristiano Lisboa. **Brasil tem mais de 790 mil normas vigentes; foram mais de 6 mi editadas desde a CF/88.** Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/quentes/313899/brasil-tem-mais-de-790-mil-normas-vigentes-foram-mais-de-6-mi-editadas-desde-a-cf-88>>. Acesso em 15 de jul. de 2020..

³³ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Publicado em 28 de outubro de 2019. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&is_repercussao_geral=true&sinonimo=

tucional que sai do forno possui grande vocação para a manutenção ou piora do já descrito estado de coisas.

Justiça seja feita, elogiável a proposição comum em todas as propostas, em maior ou em menor escala de aglutinação⁴⁰ das espécies tributárias, para simplificar o nosso sistema manicomial⁴¹.

Numa repetição de soluções que já se provaram falhas, as Propostas adotam a teoria ótima da tributação ao sugerirem: a centralização da arrecadação, com a vulneração da autonomia dos entes, ignorando por completo a participação dos Municípios na federação; a unificação das alíquotas, planificando a vida como se todas as cores se resumissem ao cinza, da saúde a indústria extrativista de minérios, do caviar ao feijão, tudo e todos com a mesma base de tributação; a neutralidade⁴²; o aumento da carga para os setores que mais empregam, comércio e serviço; a redução de carga para os setores que menos empregam, indústria e financeiro; a mutilação da extrafiscalidade, ignorando as importantes funções de estímulo de atividades positivas e desestímulo das atividades negativas por meio de tributos, limitando este a sua função fiscal; mutilação dos benefícios

⁴⁰ A PEC 045, tramita na câmara, a competência tributária é federal, com gestão unificada, pretende a aglutinação em um único tributo, o Imposto sobre Bens e Serviços – IBS, de cinco tributos ICMS, ISS, IPI, PIS e COFINS, com alíquota padrão em cada município-estado, tendo por referência a destinação. Não permite a concessão de benefício fiscal. Já a PEC 110, tramita no senado, o tributo será estadual, mas instituído pelo Congresso Nacional, pretende a aglutinação no IBS de nove tributos ICMS, ISS, IPI, IOF, PIS, COFINS, CIDE-combustíveis, CLLS e Salário Educação, com alíquota padrão nacional e cria um imposto seletivo para tratar de serviços e bens por meio de lei complementar. Admite a concessão de benefício fiscal nas operações com alimentos, medicamentos e transporte público, ativo imobilizado, saneamento, ensino e educação. Já a proposta do Governo Federal, Projeto Federal CBS, trazida pelo Projeto de Lei nº 3.887/2020 prevê a aglutinação por uma Contribuição Social sobre Operações com Bens e Serviços do PIS e da COFINS com a alíquota de 12%, para as instituições financeiras será de 5,8%, sem apropriação de crédito, prevê também um imposto seletivo para cigarros, bebidas e veículos em substituição ao IPI, prevê ainda a extinção das deduções com saúde e educação, a tributação sobre dividendos (hoje não são tributados) e a desoneração da Folha de pagamento.

⁴¹ BECKER, 1972.

⁴² “Na perspectiva do liberalismo clássico, um sistema tributário deve ser o mais neutro possível sobre a atividade econômica e deve onerar ao mínimo possível os cidadãos. Deve evitar uma profusão de tributos e de alíquotas. Ademais, não pode ser complexo, deve ser simples, claro e objetivo – não deve tomar muito tempo de indivíduos e empresas no ato do recolhimento/pagamento. Adicionalmente, o sistema tem que permitir a descentralização e o federalismo fiscal”. MACIEL, Vladimir Fernandes. **Liberalismo e Reforma tributária**. Disponível em: <<https://www.mackenzie.br/es/noticias/artigo/n/a/i/liberalismo-e-reforma-tributaria/>> Acesso em 09 de agosto de 2020.

fiscais, esvaziando esse relevante instrumento de condução de política econômica; e a isonomia formal cristalizando o Brasil dentro de uma moldura estéril, como se todos fosse iguais. A ausência de compromisso social é tamanha, que sequer se coadunam com as metas das principais economias liberais e da OCDE⁴³.

A dose extra de legalismo, racionalidade e neutralidade têm servido para encobrir a realidade “[...] todo formalismo que pretenda esgotar-se em si mesmo desencontra-se do mundo da vida”⁴⁴, e para atender a alguns poucos, reificando o estado de coisas.

Historicamente, desde 1905 a carga tributária recai sobre o consumo (77%) e não se direciona para a renda e o capital, mantendo-se regressiva ainda hoje (75%). A reforma deveria ser pensada como política pública, para se legitimar as escolhas de quem e o que será tributado⁴⁵.

Além de perpetuar o estado de coisas já existente,⁴⁶ as propostas têm inclusive o potencial de agravar ainda mais a situação para parte da sociedade. O setor de comércio e serviços, o que mais emprega⁴⁷, terá um aumento de 280% da sua carga tributária⁴⁸.

⁴³ ÁVILA, Humberto, CARRAZZA, Roque Antônio e DIAS DE SOUZA, Hamilton. **A reforma tributária que o Brasil precisa – parte I**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-nov-08/opinioao-reforma-tributaria-brasil-parte>> Acesso em: 10 de jul. de 2020.

⁴⁴ Cadernos da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região: **fenomenologia e direito/Escola da Magistratura Regional Federal**, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. – Vol. 5, n. 1 (abr./set. 20120). Rio de Janeiro: TRF 2. Região, 2008. p. 69.

⁴⁵ FACHIN, Patrícia. **A reforma tributária é a mais importante para o Brasil superar a desigualdade social**. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/589925-a-reforma-tributaria-e-a-reforma-mais-importante-para-o-brasil-entrevista-especial-comrosa-angela-chieza>>. Acesso em 09 de ago. de 2020.

⁴⁶ ANDRADE, Lucas Simões. **Reforma Tributária em tempos de crise: necessidade x cautela**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/328502/reforma-tributaria-em-tempos-de-crise-necessidade-x-cautela>>. Acesso em 10 de jul. de 2020.

⁴⁷ ROSA, Fernanda Della. **O setor de serviços e a produtividade no Brasil**. Disponível em: <<https://www.cofecon.org.br/2020/02/04/artigo-o-setor-de-servicos-e-a-produtividade-no-brasil/>>. Acesso em 10 de jul. de 2020.

⁴⁸ **Reforma Tributária**. Disponível em:<<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/56a-legislatura/pec-045-19-reforma-tributaria/documentos/audiencias-publicas/BrunoMuratPillar.pdf>> Acesso em: 10 de jul. de 2020.

A tributação sobre o consumo e o faturamento continuará impactando o consumidor com menor poder aquisitivo⁴⁹. Imperiosa a quebra do paradigma histórico e que a tributação seja reformada para recair sobre a renda. O nosso *we the people*⁵⁰ tradicionalmente ignorado, fica novamente à margem da política nacional tributária, relembrando o contribuinte de carne e osso o *homo sacer* de Agamben⁵¹.

A título de desnudar as estruturas, cabe a análise das origens e dos destinos anunciados à reforma tributária, a PEC de nº 45, patrocinada pelo Presidente da Câmara⁵², a mais festejada pela mídia e por parte das instituições, veio a ser produzida pelo Centro de Cidadania Fiscal, que tem por principais financiadores a Vale, o Itaú, a Braskem, a Votorantim e a Natura⁵³, notadamente grandes empresas, destacando-se que a atividade dessas *blue chips* não corresponde à prestação de serviços.

De forma não diferente, a alíquota apresentada pela proposta do Governo Federal para o setor financeiro é de 5,8%, menos da metade dos 12% cobrado dos demais seguimentos, em especial dos prestadores de serviço. Os profissionais liberais, que pouco ou nada de crédito aproveitarão em suas atividades, como os bancos, também não possuem linha de produção ou uso de insumos para

⁴⁹ ABRANTES, Luiz Antônio e BOTELHO, Luciano Henrique Fialho. **Reflexões sobre as incidências tributárias no Brasil e suas relações com o desenvolvimento socioeconômico nacional**. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/ciencias_sociais/article/viewFile/csu.2018.54.1.12/60746193>. Acesso em 09 de ago. de 2020.

⁵⁰ Frase que abre o preâmbulo da Constituição Americana, demonstrando a fonte do seu poder e da sua legitimidade.

⁵¹ Para Agamben mesmo nas democracias alguns grupos podem sofrer a perda parcial ou total de seus direitos, assim tanto a exceção quanto a figura do soberano persistem numa técnica biopolítica eficiente de determinados grupos. O contribuinte brasileiro, de carne e osso, pequeno empresário, o micro, o profissional liberal não se mostram representados e ativos na política tributária, sofrendo uma carga mais aguda do que os mais ricos como se evidencia em todas as propostas apresentadas. Os mais vulneráveis sofrem a tributação na maior medida de sua vulnerabilidade, em razão da regressividade. O bio-poder se manifesta no tratamento dado as vítimas do sistema. AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**. O poder soberano e a vida nua. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

⁵² TORRES, Lucas. **“Patrocinada” por Rodrigo Maia, proposta do Centro de Cidadania Fiscal deve balizar termos da Reforma Tributária**. Disponível em:< <https://novovarejo.com.br/patrocinada-por-rodrigo-maia-proposta-do-centro-de-cidadania-fiscal-deve-balizar-termos-da-reforma-tributaria/>>. Acesso em: 10 de jul. de 2020.

⁵³ **Bernardo Appy**. Disponível em:<https://pt.wikipedia.org/wiki/Bernardo_Appy> Acesso em: 10 de ju. de 2020.

creditamento de tributos das etapas anteriores. Contudo, contrariamente as instituições bancárias, na atividade dos advogados, o insucesso mais gasto é o mais valioso e irrecuperável, o tempo e a saúde. Décadas são gastas para suportar a duração dos processos⁵⁴, deveriam pensar na amortização anual pela depreciação da vida para os prestadores, 10% de dedução para cada ano de trabalho na causa, com direito a creditamento futuro naqueles processos que durarem mais de uma década.

Há uma cultura⁵⁵ velada e centenária por todas as linhas ideológicas que chegaram ao poder no Brasil de privilegiar os oligopólios, em detrimento da maioria dos brasileiros que produzem e empregam, num cenário de galopante desemprego⁵⁶, crise econômica⁵⁷ e dependência do Estado⁵⁸, nota-se uma postura comum de todos os atores políticos de continuarem a apostar na autoridade formal da lei, na ultrapassada esterilidade que se exauriu na primeira metade do século vinte, com a repetição de parte das mesmas ações, reificando o *status insanus*. Um *all in*, expressão utilizada por quem aposta todas as fichas, nas legalidades tipicamente cerradas, com o

⁵⁴ LIS, Lais e Martello, Alexandre. **Governo propõe reunir PIS-Cofins em uma mesma contribuição com alíquota única de 12%**. Disponível em: < <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/07/21/governo-propoe-reunir-pis-e-cofins-em-uma-mesma-contribuicao-com-aliquota-unica-de-12percent.ghtml>> Acesso em 09 de ago. de 2020.

⁵⁵ Nosso Ilustre Ministro da Economia Paulo Guedes, unanimidade entre os poderes, em recente entrevista à rede CNN, após citar o manicômio tributário de Becker e fazer a constatação de que o Brasil, apesar de ser a 8ª economia do mundo, é o 109º em facilidade de fazer negócios, tratou da reforma tributária e disse também “[...] o que acontece com os tributos no Brasil, Willian, é 1/3 tem capacidade de fazer pressão política faz lobby, vem a Brasília e consegue ser desonerado, o outro terço não tem lobby político mas tem dinheiro prefere pagar escritório de advocacia e acaba criando um contencioso de 2 trilhões com a União e só 1/3 paga [...]” **Brasil Pós-Pandemia #01 entrevista Paulo Guedes**. Disponível em:< <https://www.youtube.com/watch?v=5WHAozU82vE>>. Acesso em: 10 de jul. de 2020.

⁵⁶ SARINGER, Giuliana. **Desemprego aumenta e atinge 12,3 milhões de brasileiros, diz IBGE**. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/economia/desemprego-aumenta-e-atinge-123-milhoes-de-brasileiros-diz-ibge-31032020>>. Acesso em: 10 de jul. de 2020.

⁵⁷ CAVALLINI, Marta. **Auxílio Emergencial: de 96,9 milhões de cadastros processados pela Dataprev, 50,5 milhões foram aprovados**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/05/01/auxilio-emergencial-de-969-milhoes-de-cadastros-processados-pela-dataprev-505-milhoes-foram-aprovados.ghtml>>. Acesso em: 10 de jul. de 2020.

⁵⁸ SAKAMOTO, Felipe. **Mais de 20% dos brasileiros dependem do Bolsa Família**. Disponível em: <<https://apublica.org/2018/08/truco-mais-de-20-dos-brasileiros-dependem-do-bolsa-familia/>> Acesso em: 10 de jul. de 2020.

potencial de continuar prestando um desserviço ao processo civilizatório e emancipatório, tudo para servir a maior concentração de bens de alguns poucos e esquizofrênicos.

As propostas não se mostram atentas à evolução do direito, à complexidade das relações sociais, ao mercado global, às necessidades humanas e aos propósitos constitucionais, o Brasil estagnou na essência clássica dos princípios liberais e na concepção de que o mercado tudo pode. Ignora-se a tendência de desglobalização e a rejeição ao seu fundamentalismo. Aparenta aqui tudo correr de forma atrasada. Apenas para citar, os Estados Unidos agem explicitamente no sentido de proteger a economia local⁵⁹. A despeito do discurso, a ação interventiva dos governos⁶⁰ ocorre como nunca e a reforma deveria corresponder e contemplar os objetivos fundamentais de nossa república, com preocupação na alocação de bens públicos, equilíbrio da distribuição de renda e a estabilização dos níveis de emprego, dos preços e do crescimento econômico, pois necessária a correção das contradições do capitalismo darwinista e da sua anarquia. A intervenção deve ser qualificada e não na forma realizada nesses últimos 30 anos, com a vocação de se privilegiar oligopólios, destacadamente os financeiros e os campeões nacionais, ignorando a promoção do bem-estar-social⁶¹ por meio da tributação, vocacionando a luta contra a desigualdade exclusivamente por meio das bolsas.

⁵⁹ A eleição na Inglaterra, o intervencionismo Indiano a política Chinesa evidenciam a não aderência a uma agenda liberal de política econômica ou desenvolvimento. Liberalismo à brasileira: na contramão de movimentos globais, não aquece a economia e não cria emprego. SANTOS, João Vitor. **Liberalismo à brasileira: na contramão de movimentos globais, não aquece a economia e não cria emprego. Entrevista especial com Denis Maraccci Gimenez.** Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/595349-liberalismo-a-brasileira-na-contramao-de-movimentos-globais-nao-aquece-a-economia-e-nao-cria-emprego-entrevista-especial-com-denis-maraccci-gimenez>>. Acesso em 09 de agosto de 2020.

⁶⁰ ABRANTES, Luiz Antônio e BOTELHO, Luciano Henrique Fialho. **Reflexões sobre as incidências tributárias no Brasil e suas relações com o desenvolvimento socioeconômico nacional.** Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/ciencias_sociais/article/viewFile/cs.u.2018.54.1.12/60746193>. Acesso em 09 de ago. de 2020.

⁶¹ GOULARTI, Juliano Giassi. **O capitalismo darwinista não faz política social, quem faz política social é o Estado.** Entrevista especial com Juliano Giassi Goularti. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/557803-qo-capitalismo-darwinista-nao-faz-politica-social-quem-faz-politica-social-e-o-estadoq-entrevista-especial-com-juliano-giassi-goularti>>. Acesso em 09 de ago. de 2020.

No atual estágio da desigualdade e da pobreza, a busca da igualdade material (direito humano consagrado universalmente – cláusula pétrea) em nosso direito tributário tem a sua versão distorcida dos fatos. A propagandeada “guerra fiscal” serve inclusive de mote para alíquotas e tratamentos lineares, frustrando o cumprimento de quase todos os objetivos fundamentais da República de “[...] garantir o desenvolvimento nacional; [...] erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos [...]”.

O Brasil se lança num experimento já testado e falido há 40 (quarenta) anos, da neutralidade e da tributação ótima, em que a planificação e o não direcionamento sobre a renda já demonstraram que não serviram os anseios liberais, para atrair o fluxo de capitais, incentivar o investimento, viabilizar os serviços públicos e reduzir as desigualdades sociais. Um plano frustrado para propósitos da esquerda e da direita, apenas dando mais dinheiro aos mais ricos⁶².

Como pontuado, o hemisfério norte, principalmente nos últimos anos, já deu mostras de ter rompido com os fundamentos da não intervenção⁶³. Para os mais pragmáticos, num comparativo ingênuo⁶⁴, aliando capitalismo selvagem com altas doses de intervenção, o PIB Chinês saltou de U\$ 150 bilhões para U\$ 12,2 trilhões⁶⁵, um aumento exponencial de 81,33 vezes, já o Americano, hoje em U\$ 21,439 trilhões, em 1978 era de U\$ 2,352 trilhões⁶⁶, um aumento ex-

⁶² ÁVILA, Róber Iturriet, MARTINS, Mário Lúcio Pedrosa Gomes e CONCEIÇÃO, João Batista Santo. **A revisão da teoria da tributação ótima e o projeto fiscal do novo governo**. Disponível em: <https://sep.org.br/anais/2019/Sessoes-Ordinarias/Sessao1_Mesas1_10/Mesa3/032.pdf>. Acesso em 09 de ago. de 2020.

⁶³ PASSARINHO, Nathalia. **Como o Brasil deve se preparar na contagem regressiva para o ‘Século da Ásia’**. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-48764501>>. Acesso em 10 de ago. de 2020.

⁶⁴ STOCKMAN, David. **Por que a China vai implodir**. Disponível em: <<https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1868>>. Acesso em 10 de ago. de 2020.

⁶⁵ **Reformas econômicas: 9 gráficos que mostram a transformação da China em 40 anos**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/12/20/reformas-economicas-graficos-que-mostram-a-transformacao-da-china-em-40-anos.ghtml>>. Acesso em 10 de ago. de 2020.

⁶⁶ **Economia do Estados Unidos**. Disponível em: <https://www.google.com.br/search?bih=969&biw=1920&hl=pt-BR&sxsrf=ALeKko3ymyla8iodojoYUXIEWsANN3iLTg%3A1597096047465&ei=b8AxX4X3G4_Z5OUpu9a-AM&q=pib+estados+unidos+1980&oq=pib+eua+1980&gs_>

ponencial de 9,11 vezes, durante toda a década de oitenta, período da tributação ótima, o PIB do *Uncle Sam* apenas dobrou de tamanho.

Portanto, o núcleo da reforma, na sua concepção clássica liberal mina parte da esperança de justiça fiscal que ainda resta no texto constitucional e os propósitos de criação de riqueza pela mão invisível, fundamentalismo já superado pelas economias centrais, se anunciando que o Brasil apenas dará mais um passo em direção a um projeto de concentração de riquezas, sem desenvolvimento social⁶⁷.

lcp=CgZwc3ktYWIQARgBMgYIABAWEB4yBggAEBYQHjoECAAQRzoECCMQJzoECAAQQzoFCA-AQsQM6AggAOgQlLhBDOgclABCxAxBDUJhiWl2CAWDVkaFoAHADeACAAeMBiAGfE5lBB-TAuMy45mAEAoAEBqgEHZ3dzLXdpesABAQ&sclient=psy-ab>. Acesso em 10 de ago. de 2020.

⁶⁷ GODOI, Seabra. **A reforma tributária é uma unanimidade que acaba quando se trata de saber por que e para que precisamos dela. Entrevista especial com Marciano Seabra de Godoi.** Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/595812-a-reforma-tributaria-e-uma-unanimidade-que-acaba-quando-se-trata-de-saber-por-que-e-para-que-precisamos-dela-entrevista-especial-com-marciano-seabra-de-godoi>>. Acesso em 09 de ago. de 2020.

TRIBUTAÇÃO DIGITAL E OS RISCOS DO ESTADO FALIDO TIKTOK

A novidade apresentada pelo Governo Federal de tributação das operações digitais, apesar das críticas⁶⁸ é tendência⁶⁹ mundial⁷⁰.

Impulsionada pela crise econômica gerada pela COVID-19, circula a proposta de tributação por meio de uma micro taxa de todas

⁶⁸ **Novo imposto sobre transações digitais acentua desigualdade de renda. Publicado em 05 de agosto de 2020.** Disponível em: <<https://jornal.usp.br/atualidades/novo-imposto-sobre-transacoes-digitais-acentua-desigualdade-de-renda/>> Acesso em 10 de ago. de 2020.

⁶⁹ Tributação digital no mundo: A Albânia introduziu a tributação digital pelo VAT em 2015, alíquota de 20%; Angola 14% para todas as vendas; Austrália 10% para vendas; Bahrain 5%; Bangladesh 15%; Belarus 20%; Canadá está introduzindo o Provincial Sales Tax, com alíquota variável, 6% na província de Saskatchewan's, 7% na Colônia Inglesa e 9.975% no Quebec; a União Europeia desde 2015 exige o VAT dos vendedores quando a empresa vendedora se situa na comunidade, já para empresas estrangeiras a responsabilidade é do consumidor, já as empresas europeias vendendo para fora a tributação será no local de consumo; Islandia, 22,5% para eletrônicos, a exceção de e-books, 11%; Japão 8%; Índia todos os produtos e serviços (Goods & Serevice Taxation – GST) são tributados em 18%; na Nova Zelândia o GST é de 15%; na Noruega existe desde 2011, o VOES (VAT) é de 25%; Rússia 20%; Arabia Saudita 5%; Servia 20%; Africa do Sul 14%; Coreia do Sul, país em que 90% da população tem seu próprio smartphome, 10%; Suíça 7.7%; Taiwan 5%; Turquia varia de acordo com o destinatário, se privado ou comerciante, a alíquota é de 18%; Emirados Arabes 5%; e, Estados Unidos cada estado por editar a sua legislação, alguns tributam a venda, inclusive de empresas com sede fora do Estado, pela lei "economic nexus". Países que introduziram a tributação digital em 2020: Camarões; Chile alíquota de 19%; Indonésia 10%; Malasia 6%; Mexico 16%; Nigéria 7.5%; Singapura 7%; Uganda 18%; e, Uzbequistão 10%. Países em processo de introdução: Algéria 9%; China ainda estudando como tributarão a economia digital; Colombia 18%; Fiji 9%; Conselho de Cooperação do Golfo está tentando unificar o VAT nos 5%; Isael 16%; Tailandia 5%; Ucrania 20%; e, Vietnam 10%. BUNN, Daniel. **Digital taxation Around the World.** Disponível em: <<https://taxfoundation.org/digital-tax/>> acesso em 09 de ago. de 2020.

⁷⁰ A realidade sempre se impõe, numa economia digital que já domina o mundo, não seguir a tendência mundial dessa forma de tributação é tirar dos pobres para isentar os Ricos, não há como se limitar a legislações e protocolos criados há mais de 100 anos, no Brasil mais uma vez se perpetua o ciclo do Robin Hood às avessas. A tendência é pela tributação pelo VAT na fonte do consumo, quando a sede da empresa não exista fisicamente no país, por razões de ordem de jurisdição. Se nota uma distorção em relação aos rendimentos, pois países que oferecem uma baixa tributação da renda acabam atraindo essas empresas, numa espécie de "Guerra fiscal mundial". A necessidade e a tendência é pela celebração de acordos multilaterais, inclusive para evitar dupla taxação. A OCDE inclusive estuda a tributação da renda ou a sua divisão em relação ao local da atividade e não da sede da empresa, critérios como número de usuários, mais de 100 mil, contratos comerciais assinados, mais de 3 mil, ou faturamento acima de 7 milhões de euros são apresentados, se analisa também a criação de um fórum permanente *Permanet establishment* (PE) para analisar o nexo de tributação em razão da alocação do lucro e se possibilitar uma divisão mais justa, de acordo com o local onde este seja gerado. SANGER, Chris e THOMAS, Rob. **New digital tax policies: What, when, where, how and by whom?** Disponível em: <<https://outlook.live.com/mail/o/inbox/id/AQMkADAwATY3ZmYAZSo4MzlkLWViYTtMDACLTAwCgBGAADTNyQpdiQkqdl9YtVseRcAcAD3oGd%2Fr4UESNyobLoHtDTgAAAgEMAAAD3oGd%2Fr4UESNyobLoHtDTgAEMzMAFIUAAA%3D/sxs/AQMkADAwATY3ZmYAZSo4MzlkLWViYTtMDACLTAwCgBGAADTNyQpdiQkqdl9YtVseRcAcAD3oGd%2Fr4UESNyobLoHtDTgAAAgEMAAAD3oGd%2Fr4UESNyobLoHtDTgAEMzMAFIUAAAABEgAQAEVb9%2FAquZNsUHg5re5OE%3D>>. Acesso em 09 de ago. de 2020.

as transações eletrônicas, com uma alíquota mundial de 0,3%, tendo por base o estudo co-escrito por Jean-Charles Rochet e Jean Tirole, prêmio Nobel em economia no ano de 2014. O cálculo diário de transações é de 6.5 trilhões de dólares. A taxação iria recair principalmente sobre especuladores. A idéia não é nova, a sua origem remonta a iniciativa do Reino Unido em 1694 com *stamp duty* para financiar a guerra com a França. Em 2012 a França também introduziu imposto similar sobre a compra de ações, tudo com o objetivo de combater a bolha de 2008, contudo, o lobby financeiro e os arranjos complexos feitos pelos bancos, fizeram com que os grandes clientes evitassem essa forma de tributação⁷¹. Recentemente a Índia com estabeleceu um aumento de 2% da alíquota do VAT, para incidir sobre as transações digitais⁷².

Numa visão netmessiânica, a tributação sobre as transações digitais tem o condão de evitar todo um aparato físico burocrático por ser virtual e ampliar a base de arrecadação sobre operações lícitas e ilícitas. Inegável e criticável o efeito cumulativo por incidir em todas as etapas de produção, tendo reflexos para o consumo, mas com um impacto muito menor que os atuais tributos já cumulativos, como o ICMS, o PIS e a COFINS, em razão da micro alíquota sugerida. Apesar dos argumentos contrários, a carga será menor para os mais pobres, pois estes não conseguem circular o seu dinheiro em aplicações financeiras e outros investimentos, ou seja, a regra para os assalariados é de somente circular e não voltar uma única vez. Já os operadores do mercado financeiro serão os mais impactados, inclusive as atividades especulativa.

A tributação nessa modalidade poderá equacionar parte do problema da inexistência de fronteiras físicas do mercado digital, se

⁷¹ LEPECQ, Guillaume. **A micro-tax on all electronic transactions**. Disponível em: <<https://cashesentials.org/tax-digital-transactions-to-fund-post-covid-19-recovery/>>. Acesso em 09 de ago. de 2020.

⁷² KALAWATIA, Mohit e SONI, Aayush. **Taxes without borders: Govt revises tax on digital transactions, but ambiguities remain. Publicado em 02 de junho de 2020**. Disponível em: <<https://the-print.in/opinion/expanded-digital-tax-is-creative-response-to-covid-crisis-but-govt-must-properly-define-it/433603/>>. Acesso em 09 de ago. de 2020.

o comprador ou o fornecedor for localizado dentro do estado, contornando a fluidez nos conceitos de fornecedores, de intermediários e de consumidores virtuais, dificuldade que se acentua por ainda não haver uma normatização mundial que dê o tratamento adequado a essa questão.

A título de ponderação, na União Européia, as grandes empresas de tecnologia comumente firmaram as suas bases na Irlanda, país com menor tributação sobre a renda, o que tem se mostrado injusto em relação ao local de consumo, por exemplo, na França. A Apple no último mês de julho foi vencedora nas Cortes de Justiça Europeia, em ação que discutia a regulação anti-truste, numa causa de 14.9 bilhões de euros. Os feudos digitais por não precisarem de filiais e por não respeitarem fronteiras, se beneficiam do atual estado de anomia. Google, Facebook e Twitter seguem a mesma estratégia. O rombo pode ser maior, mas a briga judicial ainda não se encerrou⁷³.

A economia digital e a sua dinâmica impõem a necessidade de se romper com as teses de neutralidade, em razão das flagrantes e destacadas distorções, em que os ultra bilionários menos pagam impostos, e com as escolas positivistas e formalistas, que impregnam e dominam a consciência tributária nacional e ainda removem infundáveis discussões, do tipo, se software é serviço ou produto, bem tangível ou intangível, se incide ISS ou ICMS⁷⁴.

Há a necessidade de um tratamento mais antenado a dinâmica da realidade, com a abertura do direito tributário e a uma perspectiva econômica e social mais fluída, para que essa espécie de tributação, que se apresenta como alternativa para o futuro sirva de instrumento para a justiça fiscal.

⁷³ SANTARIANO, Adam. **Apple Scores Legal Victory Against \$ 14.9 Bilion E.U. Tax Demand**. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2020/07/15/business/apple-eu-ireland-tax.html>>. Acesso em 10 de ago. de 2020.

⁷⁴ CAPINETTI, Ana Carolina Fernandes e BARBOSA, Luiz Roberto Peroba. **ADin 1945 – suspensão do julgamento dá ao STF nova oportunidade para pacificar o entendimento sobre a tributação das tecnologias**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/325443/adin-1945-suspensao-do-julgamento-da-ao-stf-nova-oportunidade-para-pacificar-o-entendimento-sobre-a-tributacao-das-tecnologias>>. Acesso em 09 de ago. de 2020.

Inegável que num mundo sem fronteiras, se busquem a edição de tratados internacionais, que haja uma regulação sobre essas transações e sobre a fluidez das trocas, incrementadas pelas criptomoedas.

De qualquer forma, a proposta de tributação sobre o capital, por si só, já é um passo a um futuro mais promissor do que o nosso sistema historicamente regressivo.

Já numa visão netcética, a fiscalização dessas operações digitais, com a coleta, o armazenamento e a produção de metadados sobre as informações financeiras dos contribuintes, por um Estado Falido, que identificará o indivíduo, a sua localidade, os seus padrões de comportamento, consumo, saúde, riqueza e vida pessoal inspira preocupações.

O acesso a tantos dados traz infinitas possibilidades, não só de otimizar a arrecadação e as políticas públicas de interesse da sociedade, como também poderá implicar num padrão de securitização do cidadão.

Normativamente, a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD (13.709/2018), não se aplica para os assuntos sobre segurança pública, defesa nacional e segurança do estado, os quais serão regidos por legislação específica.

Em termos de legislação fiscal, apesar dos 275 bilhões de reais em renúncia concedida todo ano, sabidamente “desde 2011 o Estado utiliza como justificativa para não passar informações ao cidadão um artigo do Código Tributário Nacional – CTN, que nada tem a ver com sigilo fiscal”⁷⁵. A caixa de pandora para tratamento de dados fiscais dos cidadãos já era hermeticamente fechada⁷⁶, a despeito da Lei de Acesso à Informação⁷⁷.

⁷⁵ FACHIN, Patrícia. **A reforma tributária é a mais importante para o Brasil superar a desigualdade social**. Disponível em: < <http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/589925-a-reforma-tributaria-e-a-reforma-mais-importante-para-o-brasil-entrevista-especial-comrosa-angela-chieza>>. Acesso em 09 de ago. de 2020.

⁷⁶ **Fazenda mantém sigilo sobre dados de renúncia fiscal a rádio e TVs**. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2019/01/03/interna_politica,1018450/fazenda-mantem-sigilo-sobre-dados-de-renuncia-fiscal-a-rádios-e-tvs.shtml>. Acesso em 10 de ago. de 2020.

⁷⁷ **TCU alerta sobre falta de transparência na concessão de benefícios fiscais**. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-publica-cartilha-para-dar-visibilidade-a-sociedade-sobre>>.

A aparente e singela coleta dos dados financeiros, na atual era digital, coloca a sociedade numa encruzilhada, pela possibilidade de arroubos autoritários e manipulação do senso democrático, gerando uma crise ética, com apropriação da consciência popular, por guetos tecnocratas, numa radicalização predatória do próprio cidadão e da sua vontade individual.

O uso de novos mecanismos tecnológicos potencializam a supressão das garantias do Estado de Direito, seja pelo controle ao mesmo tempo maciço e também individualizado das pessoas. As estratégias preditivas de catalogação permitem o monitorar em tempo real a liberdade, com a violação à privacidade e o próprio risco da perda da legitimidade dos processos de participação democrática.

O controle dessas informações pode fragilizar e subjugar a democracia de forma velada, onde o Estado Fiscal servirá de instrumento para influenciar e até mesmo alterar o resultado dos certames eleitorais, anteriormente já destacado pela experiência internacional negativa com os casos do Brexit e da Cambridge Analytica.

Há também um risco democrático pelo uso da máquina de propaganda do próprio governo. Dados recentes inclusive evidenciam que os recursos públicos com a publicidade tradicional⁷⁸ têm diminuído e há uma tendência de maiores recursos para as mídias digitais⁷⁹, com a possibilidade de personificação dos seus destinatários e do conteúdo mais adequado de propaganda ou campanha política.

Tais questões devem ser objeto de reflexão e extensão da regulamentação normativa trazida pela LGPD, com especial atenção aos princípios da finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade, transparência, segurança, prevenção, não discriminação,

-a-forma-como-o-governo-vem-gerenciando-e-aplicando-os-recursos-publicos.htm>. Acesso em 10 de ago. de 2020.

⁷⁸ CASTRO, Daniel. **Publicidade Oficial 'Mamata' da Globo com Bolsonaro despenca de R\$ 400 mi para R\$ 170 mi**. Disponível em:<<https://noticiasdatv.uol.com.br/noticia/daniel-castro/mamata-da-globo-com-bolsonaro-despenca-de-r-400-mi-para-r-170-mi-30529>>. Acesso em 10 de ago. de 2018.

⁷⁹ CORREA, Marco. **Governo Bolsonaro que dobrar verba em propaganda para melhorar imagem**. Disponível em:< <https://economia.ig.com.br/2020-07-05/governo-bolsonaro-quer-dobrar-verba-em-propaganda-para-melhorar-imagem.html>>. Acesso em 10 de ago. de 2020.

responsabilização e prestação de contas. Não se justifica liberalizar a produção e uso de metadados de forma tão expressiva e maciça, dando azo a pretensões de exceção e a possibilidade de perversão do seu uso pelo próprio Estado, afetando não só a liberdade e a privacidade dos cidadãos, mas a própria igualdade.

O conhecimento aletético por meio da coleta de dados obtida com a tributação Digital, caso não regulamentado e transpassado por um filtro ético-moral, possibilitará a substituição da regulação jurídica – sustentada na política – pela regulação técnica – alicerçada no poder da “razão matemática”. O *Rule of Law* passa a ser sucedido por um modelo de “governança” no qual a sustentação dos atos do poder é conferida pelo respeito à standars e indicadores administrativos e não mais aos conteúdos tradicionais do Estado (Liberal) de Direito estabelecidos, com a mercadorização das instituições públicas, a industrialização da vida e a ressignificação do Estado⁸⁰.

CONCLUSÃO

A revisão dos paradigmas que sustentam o nosso sistema tributário com a percepção da realidade que se impõe e se anuncia é urgente, necessário dar poder tributário, voz e dignidade ao povo, que vê como utopia os objetivos e os princípios constitucionais.

Os grilhões que constroem a dinâmica da vida, que a aprisionam devem ser rompidos, o brasileiro se sente consumido por um estado ineficaz, corrupto e corruptor. O pacto social precisa ser resgatado, assegurando a participação política dos grupos sociais, para a proteção em relação aos oligopólios e a anarquia do capital.

Ao indivíduo brasileiro em estágio de pré-robotização deverá ser assegurado o poder de dizer não, e de se posicionar contra a mercantilização da sua vida e perda da sua consciência.

⁸⁰ BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **O estado de direito “confrontado” pela “revolução da internet”!**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS, v. 13, n. 3, p. 876-903, dez. 2018. ISSN 1981-3694. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/33021>> Acesso em: 20 de jan. de 2020.

Deve ser preservada a capacidade de se pensar coletivamente sobre as instituições, estimulando uma democracia do cotidiano

O Estado há de observar os anseios democráticos e se colocar submisso ao filtro constitucional, só assim a justiça fiscal transcenderá para a realização da igualdade social, realizando os seus objetivos e propósitos fundamentais.

Há uma grande perda de fé nas soluções públicas no mundo inteiro, o que se mostra mais agonizante em tempos de pandemia.

O Estado que é muito grande para coisas pequenas é muito pequeno para as coisas grandes e não alcançará a sua solução definitiva em vôo solo e sem equilíbrio.

Necessário implementar e estimular as estruturas supranacionais. A liberdade econômica não pode servir aos devaneios do capitalismo sem fronteiras.

Cum grano salis as propostas apresentadas devem ser analisadas e se possível aprimoradas, tendo por reflexão a nossa história e as novas tecnologias sugeridas, pois portadoras de riscos imponderáveis.

Portanto, se mostra imperioso o despertar da adolescência liberal e do amor platônico aos seus propósitos formais, alimentados pelas imagens que transcendem a escuridão da caverna, os vultos abstratos e genéricos que criam as miragens desenhadas nas suas paredes internas, as quais nunca refletem o ser, a massa de contribuintes formigas que caminham em direção à luz anunciada, na falsa percepção do fogo que logo lhes queimará. O encastelado deve sair das trevas e enxergar o destino prometido às pobres criaturas, que só querem a liberdade para construir o seu éden.

REFERÊNCIAS

ABRANTES, Luiz Antônio e BOTELHO, Luciano Henrique Fialho. **Reflexões sobre as incidências tributárias no Brasil e suas relações com o desenvolvimento socioeconômico nacional**. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/ciencias_sociais/article/view-File/csu.2018.54.1.12/60746193>. Acesso em 09 de ago. de 2020.

AGABEM, Giorgio. **Homo Sacer**. O poder soberano e a vida nua. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

AMARAL, Gilberto Luiz, AMARAL, Letícia Fernandes, OLENIKE, João Eloi, STEINBRUCH, Fernando e YAZBEK, Cristiano Lisboa. **Brasil tem mais de 790 mil normas vigentes; foram mais de 6 mi editadas desde a CF/88**. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/quentes/313899/brasil-tem-mais-de-790-mil-normas-vigentes-foram-mais-de-6-mi-editadas-desde-a-cf-88> – >. Acesso em 15 de jul. de 2020.

ANDRADE, Lucas Simões. **Reforma Tributária em tempos de crise: necessidade x cautela**. Disponível em:< <https://www.migalhas.com.br/depeso/328502/reforma-tributaria-em-tempos-de-crise-necessidade-x-cautela>>. Acesso em 10 de jul. de 2020.

ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das letras, 2009.

ÁVILA, Humberto, Carrazza, Roque Antônio e DIAS DE SOUZA, Hamilton. **A reforma tributária que o Brasil precisa – parte I**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-nov-08/opinio-reforma-tributaria-brasil-parte>> Acesso em: 10 de jul. de 2020.

ÁVILA, Róber Iturriet, MARTINS, Mário Lúcio Pedrosa Gomes e CONCEIÇÃO, João Batista Santo. **A revisão da teoria da tributação ótima e o projeto fiscal do novo governo**. Disponível em: <https://sep.org.br/anais/2019/Sessoes-Ordinarias/Sessao1_Mesas1_10/Mesa3/032.pdf>. Acesso em 09 de ago. de 2020.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

Bernardo Appy. Publicado em 21 de fevereiro de 2020. Disponível em: < https://pt.wikipedia.org/wiki/Bernard_Appy>. Acesso em: 10 de julho de 2020.

BOLZAN DE MORAIS, José Luís. **O estado de direito “confrontado” pela “revolução da internet”!**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS, v. 13, n. 3, p. 876-903, dez. 2018. ISSN 1981-3694. Disponível em: < <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/33021> >. Acesso em 24 de jan. de 2020.

Brasil Pós-Pandemia #01 entrevista Paulo Guedes. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=5WHAozU82vE>>. Acesso em: 10 de jul. de 2020.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Publicado em 28 de outubro de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&is_repercussao_geral=true&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=tributario&sort=_score&sortBy=desc>. Acesso em: 10 de julho de 2020.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Publicado em 28 de outubro de 2019. Disponível em <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>> Acesso em: 10 de julho de 2020.

Brasileiro trabalha mais de 5 meses do ano para pagar imposto, diz estudo. Disponível em <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2019/06/03/dias-trabalhados-ano-para-pagar-imposto.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em 10 de jul. de 2020.

BUNN, Daniel. **Digital taxation Around the World**. Disponível em: <<https://taxfoundation.org/digital-tax/>> acesso em 09 de ago. de 2020.

Cadernos da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região: **fenomenologia e direito**/Escola da Magistratura Regional Federal,

Tribunal Regional Federal da 2ª Região. – Vol. 5, n. 1 (abr./set. 20120). – Rio de Janeiro: TRF 2. Região, 2008. p. 69.

CAMPUZANO, Alfonso de Julios. **Nuevos horizontes de los derechos humanos: la crisis de la modernidad jurídica en La sociedad tecnológica.** Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, v. 19, n. 3, p. 11-46, set/dez. 2018. Disponível em: <file:///C:/Users/Gustavo%20Sipolatti/Desktop/ FDV/Bolzan/ARTIGO%20REVISTA%20DIREITOS%20E%20GARANTIAS%20FUNDAMENTAIS.pdf>. Acesso em 05 de ago. de 2020.

CAPINETTI, Ana Carolina Fernandes e BARBOSA, Luiz Roberto Peroba. **ADin 1945 – suspensão do julgamento dá ao STF nova oportunidade para pacificar o entendimento sobre a tributação das tecnologias.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depe-so/325443/adin-1945-suspensao-do-julgamento-da-ao-stf-nova-oportunidade-para-pacificar-o-entendimento-sobre-a-tributacao-das-tecnologias>. Acesso em 09 de ago. de 2020.

CASTRO, Daniel. **Publicidade Oficial ‘Mamata’ da Globo com Bolsonaro despenca de R\$ 400 mi para R\$ 170 mi.** Disponível em:<https://noticiasdatv. uol.com.br/noticia/daniel-castro/mamata-da-globo-com-bolsonaro-despenca-de-r-400-mi-para-r-170-mi-30529>. Acesso em 10 de ago. de 2018.

CAUTI, Carlo. **“Veja as 10 empresas que mais cresceram durante o coronavírus”.** Disponível em: <https://www.sunoresearch.com.br/noticias/veja-10-empresas-mais-cresceram-coronavirus/> Acesso em 04 de ago. de 2020.

CAVALLINI, Marta. **Auxílio Emergencial: de 96,9 milhões de cadastros processados pela Dataprev, 50,5 milhões foram aprovados.** Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/05/01/auxilio-emergencial-de-969-milhoes-de-cadastros-processados-pela-dataprev-505-milhoes-foram-aprovados.ghtml>. Acesso em: 10 de jul. de 2020.

CORREA, Marco. **Governo Bolsonaro que dobrar verba em propaganda para melhorar imagem.** Disponível em: <<https://economia.ig.com.br/2020-07-05/governo-bolsonaro-quer-dobrar-verba-em-propaganda-para-melhorar-imagem.html>>. Acesso em 10 de ago. de 2020.

CUCOLO, Eduardo. **Estudo aponta que carga tributária bateu recorde em 2019. Percentual de 35,17% do PIB supera o pico anterior, de 2008, quando foi a 34,76%; IR de empresas e ICMS puxam alta.** Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/03/estudo-aponta-que-carga-tributaria-bateu-recorde-em-2019.shtml>> Acesso em 10 de jul. de 2020.

Economia do Estados Unidos. Disponível em: <https://www.google.com.br/search?bih=969&biw=1920&hl=pt-BR&sxsrf=ALeKk03ymyla8iodojoYUXIEWsANN3iLTg%3A1597096047465&ei=b8AxX4X3G4_Z5OU-Pu9a9-AM&q=pib+estados+unidos+1980&oq=pib+eua+1980&gs_lcp=CgZwc3ktYWIQARgBMgYIABAWEB4yBggAEBYQH-joECAAQRzoECCMQJzoECAAQQzoFCAAQsQM6AggAOgQILhB-DOgclABCxAXBDUJhiWl2CAWDVKAfoAHADeACAAeMBiAGfE5l-BBTauMy45mAEAoAEBqgEHZ3dzLXdpesABAQ&scIent=psy-ab>. Acesso em 10 de ago. de 2020.

EMPOLI, Giuliano Da. **Os engenheiros do caos;** tradução Arnaldo Bloch. 1 ed. São Paulo: Vestígio, 2019.

FACHIN, Patrícia. **A reforma tributária é a mais importante para o Brasil superar a desigualdade social.** Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/589925-a-reforma-tributaria-e-a-reforma-mais-importante-para-o-brasil-entrevista-especial-comrosa-angela-chieza>>. Acesso em 09 de ago. de 2020.

Fazenda mantém sigilo sobre dados de renúncia fiscal a rádio e TVs. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2019/01/03/interna_politica,1018450/fazenda-mantem-sigilo>

-sobre-dados-de-renuncia-fiscal-a-rádios-e-tvs.shtml>. Acesso em 10 de ago. de 2020.

FRANCO, Marcelo Veiga. **A Cobrança Extrajudicial de Dívida Ativa Como Meio de Enfrentamento do “Gargalo” das Execuções Fiscais.** Disponível em: <file:///C:/Users/Gustavo%20Sipolatti/Downloads/33-Texto%20do%20artigo-155-1-10-20190628.pdf>. Acesso em 25 de mai. de 2020.

GODOI, Seabra. **A reforma tributária é uma unanimidade que acaba quando se trata de saber por que e para que precisamos dela. Entrevista especial com Marciano Seabra de Godoi.** Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/595812-a-reforma-tributaria-e-uma-unanimidade-que-acaba-quando-se-trata-de-saber-por-que-e-para-que-precisamos-dela-entrevista-especial-com-marciano-seabra-de-godoi>>. Acesso em 09 de ago. de 2020.

GOMES, Marcel. **As distorções de uma carga tributária regressiva.** Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&id=3233>. Acesso em: 10 de jul. de 2020.

GOULARTI, Juliano Giassi. **O capitalismo darwinista não faz política social, quem faz política social é o Estado.** Entrevista especial com Juliano Giassi Goularti. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/557803-qo-capitalismo-darwinista-nao-faz-politica-social-quem-faz-politica-social-e-o-estadoq-entrevista-especial-com-juliano-giassi-goularti>>. Acesso em 09 de ago. de 2020.

KALAWATIA, Mohit e SONI, Aayush. **Taxes without borders: Govt revises tax on digital transactions, but ambiguities remain. Publicado em 02 de junho de 2020.** Disponível em: <<https://theprint.in/opinion/expanded-digital-tax-is-creative-response-to-covid-crisis-but-govt-must-properly-define-it/433603/>>. Acesso em 09 de ago. de 2020.

LIS, Lais e Martello, Alexandro. **Governo propõe reunir PIS-Cofins em uma mesma contribuição com alíquota única de 12%.** Disponí-

vel em: < <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/07/21/governo-propoe-reunir-pis-e-cofins-em-uma-mesma-contribuicao-com-aliquota-unica-de-12percent.gh.html>> Acesso em 09 de ago. de 2020.

LISBOA, Marcos *et al.* **Uma agenda econômica pós-pandemia:** parte I – qualidade do gasto e tributação. Disponível em: < <https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2020/07/Uma-agenda-econ%C3%B4mica-p%C3%B3s-pandemia-parte-I.pdf>>. Acesso em 03 de ago. de 2020.

LEPECQ, Guillaume. **A micro-tax on all electronic transactions.** Disponível em:<<https://cashesentials.org/tax-digital-transactions-to-fund-post-covid-19-recovery/>>. Acesso em 09 de ago. de 2020.

MACIEL, Vladimir Fernandes. **Liberalismo e Reforma tributária.** Disponível em: <<https://www.mackenzie.br/es/noticias/artigo/n/a/i/liberalismo-e-reforma-tributaria/>> Acesso em 09 de agosto de 2020.

MUSGROVE, Annie. **Digital Tax Around The World: What To Know About New Tax Rules.** Disponível em:< <https://quaderno.io/blog/digital-taxes-around-world-know-new-tax-rules/>>. Acesso em 09 de ago. de 2020.

Novo imposto sobre transações digitais acentua desigualdade de renda. Publicado em 05 de agosto de 2020. Disponível em:< <https://jornal.usp.br/atualidades/novo-imposto-sobre-transacoes-digitais-acentua-desigualdade-de-renda/>> Acesso em 10 de ago. de 2020.

OKUMA, Alessandra de Souza. **A polêmica tributação dos dividendos.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-fev-28/alessandra-okuma-polemica-tributacao-dividendos>>. Acesso em: 15 de jul. de 2020.

PASSARINHO, Nathalia. **Como o Brasil deve se preparar na contagem regressiva para o ‘Século da Ásia’.** Disponível em:< <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-48764501>>. Acesso em 10 de ago. de 2020.

Passivos da União Superam ativos em R\$ 2,416 trilhões em 2018, di Tesouro. Disponível em <https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2019/06/12/internas_economia,1061332/passivos-da-uniao-superam-ativos-em-r-2-416-trilhoes-em-2018-diz-tes.shtml>. Acesso em: 10 de jul. de 2020.

Pelo 5º ano, Brasil é último em ranking sobre retorno dos impostos. Disponível em <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/06/pelo-5-ano-brasil-e-ultimo-em-ranking-sobre-retorno-dos-impostos.html>>. Acesso em: 10 de jul. de 2020.

Radar: o que motiva brasileiros que sonham em viver no exterior. Disponível em: <https://valor.globo.com/carreira/recursos-humanos/noticia/2019/01/14/radar-o-que-motiva-brasileiros-que-sonham-em-viver-no-externo.ghhtml>. Acesso em: 10 de jul. de 2020.

Reformas econômicas: 9 gráficos que mostram a transformação da China em 40 anos. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/12/20/reformas-economicas-graficos-que-mostram-a-transformacao-da-china-em-40-anos.ghhtml>>. Acesso em 10 de ago. de 2020.

Reforma Tributária. Disponível em:< <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/56a-legislatura/pec-045-19-reforma-tributaria/documentos/audiencias-publicas/BrunoMuratPillar.pdf>>. Acesso em: 10 de jul. de 2020.

ROSA, Fernanda Della. **O setor de serviços e a produtividade no Brasil.** Disponível em: <<https://www.cofecon.org.br/2020/02/04/artigo-o-setor-de-servicos-e-a-produtividade-no-brasil/>>. Acesso em 10 de jul. de 2020.

SADIN, Éric e ATTIA, Kader: **Artificial Intelligence—Anatomy of a Radical Anti-Humanism.** Disponível em:<<https://www.youtube.com/watch?v=beJTviwlNqw>>. Acesso em 21 de mar. de 2020.

SAKAMOTO, Felipe. **Mais de 20% dos brasileiros dependem do Bolsa Família.** Disponível em: <<https://apublica.org/2018/08/truco-mais-de-20-dos-brasileiros-dependem-do-bolsa-familia/>> Acesso em: 10 de jul. de 2020.

SANGER, Chris e THOMAS, Rob. **New digital tax policies: What, when, where, how and by whom?.** Disponível em:<<https://outlook.live.com/mail/o/inbox/id/AQMkADAwATY3ZmYAZS-04MzlkLWViYTYtMDACLTAwCgBGAAADTNYqPdiQkkqdl9YtVseRcAcAD3oGd%2Fr4UESNy0BLoHtDTgAAAgEMAAAA-D3oGd%2Fr4UESNy0BLoHtDTgAEMzMAFIUAAAA%3D/sxs/AQMkADAwATY3ZmYAZSo4MzlkLWViYTYtMDACLTAwCgBGA-AADTNYqPdiQkkqdl9YtVseRcAcAD3oGd%2Fr4UESNy0BLoHtDTgAAAgEMAAAAAD3oGd%2Fr4UESNy0BLoHtDTgAEMzMAFIUAAABEgAQAEVlb9%2FAquZNsUHYg5re5OE%3D>>. Acesso em 09 de ago. de 2020.

SANTARIANO, Adam. **Apple Scores Legal Victory Against \$ 14.9 Billion E.U. Tax Demand.** Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2020/07/15/business/apple-eu-ireland-tax.html>>. Acesso em 10 de ago. de 2020.

SANTOS, João Vitor. **Liberalismo à brasileira: na contramão de movimentos globais, não aquece a economia e não cria emprego. Entrevista especial com Denis Maracchi Gimenez.** Disponível em: < <http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/595349-liberalismo-a-brasileira-na-contramao-de-movimentos-globais-nao-aquece-a-economia-e-nao-cria-emprego-entrevista-especial-com-denis-maracchi-gimenez>>. Acesso em 09 de agosto de 2020.

SARINGER, Giuliana. **Desemprego aumenta e atinge 12,3 milhões de brasileiros, diz IBGE.** Disponível em: <<https://noticias.r7.com/economia/desemprego-aumenta-e-atinge-123-milhoes-de-brasileiros-diz-ibge-31032020>>. Acesso em: 10 de jul. de 2020.

Se Australopitecos guardasse 3mil/mês até hoje, seria mais pobre que Bezos. Publicado em 07 de agosto de 2020. Disponível em: <https://economia.ig.com.br /2020-08-07/se-australopitecos-guardasse-us-3-milmes-ate-hoje-seria-mais-pobre-que-bezos.html>>. Acesso em 09 de ago. de 2020.

STOCKMAN, David. **Por que a China vai implodir.** Disponível em: < <https://www.mises.org.br/Article .aspx?id=1868>>. Acesso em 10 de ago. de 2020.

TCU alerta sobre falta de transparência na concessão de benefícios fiscais. Publicado em 22 de julho de 2018. Disponível em:<<https://portal.tcu.gov.br/ imprensa/noticias/tcu-publica-cartilha-para-dar-visibility-a-sociedade-sobre-a-forma-como-o-governo-vem-gerenciando-e-aplicando-os-recursos-publicos.htm>>. Acesso em 10 de ago. de 2020.

TikTok sale: Trump approves Microsofts plan but says US should get a CUT of any deal. Disponível em: < <https://www.theguardian.com/technology/2020/aug/03/tiktok-row-trump-to-take-action-soon-says-pompeo-as-microsoft-pursues-deal>>. Acesso em 04 de ago. de 2020.

TORRES, Lucas. **“Patrocinada” por Rodrigo Maia, proposta do Centro de Cidadania Fiscal deve balizar termos da Reforma Tributária.** Disponível em:< <https://novovarejo.com.br/patrocinada-por-rodri-go-maia-proposta-do-centro-de-cidadania-fiscal-deve-balizar-ter-mos-da-reforma-tributaria/>>. Acesso em: 10 de jul. de 2020.

VIANNA, Luiz Werneck. **A Classe Operária e a Abertura.** Cerifa, Gráfica e Editora Ltda., Av. Santo Amaro, 3132, conj. 5, São Paulo, Brasil, 1983.

YUGE, Claudio. **Amazon mudou algoritmo de busca para favorecer seus produtos, diz jornal.** Disponível em: <<https:// canaltech.com.br/e-commerce/amazon-mudou-algoritmo-de-busca-pa>

ra-favorecer-seus-produtos-diz-jornal-149891/>. Acesso em 06 de ago. de 2020.

ZOLET, Marco. **A influência da tecnologia na mudança do comportamento na compra de bens comuns**. Publicado em 25 de setembro de 2017. Disponível em <[https:// canaltech.com.br/negocios/a-influencia-da-tecnologia-na-mudanca-do-comportamento-na-compra-de-bens-comuns-100958/](https://canaltech.com.br/negocios/a-influencia-da-tecnologia-na-mudanca-do-comportamento-na-compra-de-bens-comuns-100958/)>. Acesso

“ADMIRÁVEL MUNDO NOVO”: CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA E RISCO À DEMOCRACIA

“BRAVE NEW WORLD”: SURVEILLANCE CAPITALISM AND RISK TO THE DEMOCRACY

Rafael Fracalossi Menezes¹

SUMÁRIO: 1 Introdução. Um “Admirável Mundo”? Novo? Real Ou Distópico? 2 Novas Tecnologias E Condicionamento: O “Soma” Moderno 3 O Abismo Entre Poder E Política: Fortalecimento Do Capitalismo Sob Outra Roupa E Enfraquecimento Do Estado 4 “Privacidade Hackeada”: O Escândalo Envolvendo O Facebook E A Cambridge Analytica Como Mola Propulsora De Uma Reflexão Ética Da Relação Entre Os Sujeitos E A Tecnologia 5 *Big Data* E Inteligência Artificial: Os Mecanismos Preditivos E A Manipulação De Comportamentos 6 O Capitalismo De Vigilância E O Risco À Democracia: Uma Tentativa De Conclusão

RESUMO: A dependência cada vez maior da tecnologia, com a redefinição da própria dicotomia real-virtual, permite identificar um processo de resignificação da ideia de autonomia, tanto privada quanto pública, numa espantosa relação de similitude com o contexto distópico narrado na obra “Admirável mundo novo”, de Aldous Huxley, na qual se verifica uma sociedade composta por indivíduos artificialmente condicionados e sem capacidade crítica.

¹ Mestrando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV/ES). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (TJES). *Orcid id* disponível em: <<https://orcid.org/0000-0001-5556-2703>>. Currículo lattes disponível em: <<http://lattes.cnpq.br/9380580333021041>>. E-mail: rafafmc@hotmail.com.

A partir dessa inquietude promovida pela literatura, constatou-se uma dinâmica social de delegação cada vez maior, por parte dos sujeitos, do poder de decisão às plataformas voltadas à captação, armazenamento e processamento de informações, que dominam economicamente o meio virtual, com ampla abertura à possibilidade de manipulação de comportamentos. Esse incremento exponencial de poder faz com que o Estado de Direito, enquanto instituição do liberalismo político-jurídico, submeta-se cada vez mais à sua faceta econômica, o capitalismo, num constante processo de transferência de poder da esfera pública (política) para a privada. Nesse sentido, apresentou-se o escândalo envolvendo a Cambridge Analytica e o Facebook como exemplo emblemático de manipulação de comportamentos, através da utilização, no caso, da desinformação enquanto estratégia e, por consequência, desse processo de separação entre poder e política, com elevado risco, inclusive, ao regime democrático. Defendeu-se, assim, o papel interventor do Estado a fim de evitar o uso abusivo da tecnologia, tal como ocorre na prática da desinformação e na utilização de mecanismos preditivos voltados à manipulação de comportamentos.

Palavras-chave: Estado de Direito; autonomia; desinformação.

ABSTRACT: The increasing dependence on technology, with the redefinition of the real-virtual dichotomy itself, allows us to identify a process of reframing the idea of autonomy, both private and public, in an amazing relationship of similarity with the dystopian context narrated in the work “Brave new world”, by Aldous Huxley, in which there is a society composed of artificially conditioned individuals and without critical capacity. From this concern promoted by the literature, a social dynamics of increasing delegation was verified, on the part of the subjects, of the decision power to the platforms aimed at capturing, storing and processing information, which economically dominate the virtual environment, with wide openness to the possibility of manipulating behaviors. This exponential increase in power makes the Rule of Law, as an institution of political-legal liberalism, increasingly subject itself to its economic facet, capitalism, in a constant process of transferring power from the public (political) sphere to the private. In this sense, the scandal involving Cambridge Analytica and Facebook was presented as an emblematic example of behavior manipulation, through the use, in this case, of disinformation as a strategy and, as a consequence,

of this process of separation between power and politics, with high including risk to the democratic regime. Thus, the State's intervening role was defended in order to avoid the abusive use of technology, as occurs in the practice of disinformation and in the use of predictive mechanisms aimed at manipulating behaviors.

Keywords: Rule of Law; autonomy; disinformation.

INTRODUÇÃO. UM “ADMIRÁVEL MUNDO”? NOVO? REAL OU DISTÓPICO?

Valendo-se mais uma vez da inquietude provocada pela literatura, desta vez a partir da obra “Admirável mundo novo”, de Aldous Huxley², identificou-se com o contexto distópico por ele apresentado, de uma sociedade composta por indivíduos artificialmente condicionados, sem capacidade crítica, e dóceis, uma relação de similitude com a atual realidade, de sujeitos cuja capacidade decisória tem sido cada vez mais delegada a mecanismos tecnológicos e, conseqüentemente, manipulada pelas grandes plataformas que dominam economicamente o meio virtual.

Aliás, a própria dicotomia real-virtual se encontra em franco processo de redefinição, já que as relações interpessoais notoriamente têm migrado para o ambiente remoto, de forma que esse meio dito “virtual” cada vez mais vem se confundindo com o “real”, sobretudo porque o desenvolvimento tecnológico tem propiciado o alcance da internet a um número cada vez maior de pessoas ao redor do globo, sem falar da intensificação do uso por parte daqueles que já se encontravam vinculados à rede.

Num contexto de adesão cada vez maior às redes sociais e direcionamento de conteúdo pelas grandes plataformas, o comportamento humano adquire novos contornos, ressignificando a ideia de autonomia, tanto privada quanto pública, numa passagem, como ensina José María Lassale³, de uma liberdade responsável para uma

² HUXLEY, Aldous. **Admirável mundo novo**. 22ª ed. São Paulo: Globo, 2014. Livro eletrônico.

³ LASSALE, José María. **Ciberleviatán**. Barcelona: Arpa, 2019, p. 72-73.

liberdade assistida, determinada por um “despotismo algorítmico” que tem conduzido os homens a uma nova espécie de “menoridade”, incompatível com a tradição liberal⁴.

Essa perda de autonomia bem como o mal-estar por ela ocasionado é supostamente compensado pelo conforto proporcionado pela tecnologia. Contudo, as verdadeiras causas da angústia que assola a sociedade contemporânea não são trabalhadas e a relação de dependência já criada com os dispositivos eletrônicos tende a agravá-la, nesse círculo vicioso que se retroalimenta.

Nesse cenário, o Estado de Direito, que sequer conseguiu dar conta de seus problemas genéticos⁵, não consegue dar conta, outrossim, dos novos problemas que lhe são apresentados, deixando-os sob a batuta do livre mercado. Dito de outra forma, o Estado de Direito, como uma instituição do liberalismo político-jurídico, fica condicionado ao seu viés econômico, como liberalismo ou, mais simples e diretamente, capitalismo. O Estado de Direito nasce “ao lado” do Estado Capitalista.

Os atores que compõem o mercado e, conseqüentemente, esse braço econômico do Estado de Direito – o capitalismo –, fortalecidos pela crescente concentração de bens, bem como pelas ideias neoliberais, defendem a autorregulação e o afastamento estatal das atividades que desenvolvem. Assim, à medida em que esses atores privados passam a ocupar postos estratégicos na esfera pública e a implementar medidas que atendem aos seus interesses, constata-se a diminuição das competências legislativas e executivas do Estado e, portanto, um processo constante e paulatino de transferência de poder dessa esfera pública (política) para a esfera privada.

O escândalo envolvendo a Cambridge Analytica e o Facebook, que veio à tona com as eleições presidenciais norte-americanas de

⁴ Tradução livre.

⁵ BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **O estado de direito “confrontado” pela “revolução da internet”!**. Revista eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS, v. 13, n. 3, p. 873-903, dez. 2018. ISSN 1981-3694. Disponível em: <<https://periódicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/33021>>. Acesso em: 31/01/2020. Doi: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369433021>.

2016 se mostra como emblemático exemplo desse processo cada vez mais crescente de separação entre poder e política, trazendo ainda para o debate temas como direito à privacidade, uso adequado de dados, utilização de inteligência artificial para processamento de *big data* e manipulação de comportamentos humanos através de direcionamento de conteúdos.

Considerando o crescimento cada vez maior de tais plataformas, inclusive com uma tendência de fechamento de mercado, bem como, via de consequência, o incremento de seu poderio, poder-se-ia falar em ameaça à democracia?

NOVAS TECNOLOGIAS E CONDICIONAMENTO: O “SOMA” MODERNO

Aldous Huxley, em sua conhecida distopia “Admirável mundo novo”⁶, descreve uma sociedade futurista de castas, na qual seus membros são geneticamente editados a fim de atenderem adequadamente a determinada função social que serão designados a exercer.

Essa predeterminação genética fabricada, aliada a treinamento rigoroso desde os primeiros instantes de vida, bem como à ausência de laços afetivos de qualquer ordem, forma uma grande massa de sujeitos sem qualquer individualidade e sem capacidade crítica, que se limitam a desempenhar seus papéis sociais na forma prescrita pelos manuais, plenamente absorvidos pelo condicionamento prévio.

Eventuais desvios nos momentos de descanso e lazer são contidos pelo torpor gerado pelo “soma”, uma droga sintética distribuída como ração a todos, com o objetivo principal de abafar reações violentas inesperadas e conter eventuais rompantes emotivos, conferindo mais força ao projeto de alienação.

O contexto ficcional narrado por Huxley, embora soe, à primeira vista, mais impactante, sobretudo pela possibilidade de manipula-

⁶ HUXLEY, Aldous. **Admirável mundo novo**. 22ª ed. São Paulo: Globo, 2014. Livro eletrônico.

ção genética de seres humanos e pela deliberada extinção dos laços familiares e afetivos, não deixa de revelar, outrossim, o trabalho bestializado, o consumo impensado, a eliminação da capacidade crítica e existência autônoma, características estas que, dada a similitude com os tempos atuais, geram menor estranhamento nos envolvidos.

Imerso na rotina, o sujeito atual, de forma não muito diferente dos ocupantes das castas de *Brave new world*, assiste aos acontecimentos quase sempre passivamente, sendo mais conduzido do que propriamente conduzindo sua vida.

O comportamento humano adquire novos contornos, ressignificando a ideia de autonomia, cada vez menos livre, porém não apenas ligada ao determinismo ditado por razões socioeconômicas. Sem que tenha desaparecido o poder de ingerência da grande mídia clássica (televisão, rádio, jornais etc.), mais recentemente, no âmbito da *internet*, emergem com cada dia mais força os mecanismos criados pelas grandes plataformas para direcionamento de conteúdo, além das redes sociais, que potencializam a influência do comportamento do indivíduo pelo grupo ou grupos a que pertence.

Olhando para o passado, constata-se atualmente um exponencial agravamento desse direcionamento da massa. Consumo e pensamento, por exemplo, são dirigidos incessantemente, num verdadeiro círculo vicioso, já que os “somos” modernos, os dispositivos eletrônicos, em especial os *smartphones*, mantêm os sujeitos conectados a todo tempo, recebendo informações pré-fabricadas e enviando dados pessoais que servirão, posteriormente, após processamento, para a elaboração de novas informações, conteúdos “adequados” (que, na verdade, mais adequam ou influenciam) ao perfil do usuário.

A capacidade crítica se torna escassa, pois a opinião é direcionada de forma sutil, quase imperceptível, a partir das informações que compõem o perfil do próprio usuário na rede, desenvolvido a partir dos dados existentes nas inúmeras bases de *sites*, aplicativos e governos, comercializados rotineiramente.

Como contraponto, tanto na literatura quanto na realidade, permanece a sedutora promessa de uma sociedade “moderna”, “tecnológica”, “civilizada” e “segura”. Especificamente neste contraponto entre liberdade e segurança, ainda com Huxley, são reveladoras as palavras de uma de suas personagens, Mustafá Mond, um dos dez administradores desse “admirável mundo novo”:

Mas, com o correr do tempo, acabam percebendo, como todos, que a independência não foi feita para o homem – que é um estado antinatural –, que pode satisfazer por algum tempo, mas não nos leva com segurança até o fim...⁷

Afinal, “liberdade é escravidão”⁸, para rememorar um dos lemas do “Partido” – único, diga-se de passagem – detentor do poder absoluto em Oceania um dos Estados descritos na obra de mesmo gênero “1984”, de George Orwell.

Triste tem sido constatar que, hodiernamente, os romances distópicos estão prestes a serem deslocados, nas bibliotecas, para as prateleiras de história contemporânea. Estão assustadoramente cada vez mais reais e atuais.

Seduzidas por essas falsas promessas, ainda que sujeitas a uma perda substancial de autonomia, as pessoas veem nessas novas tecnologias uma válvula de escape, ou seja, uma forma de minimizar angústias desencadeadas por outros fatores não trazidos à mostra, como se detalhará adiante.

⁷ HUXLEY, Aldous. **Admirável mundo novo**. 22ª ed. São Paulo: Globo, 2014. Livro eletrônico.

⁸ ORWELL, George. **1984**. 29ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2004, p. 7.

O ABISMO ENTRE PODER E POLÍTICA: FORTALECIMENTO DO CAPITALISMO SOB OUTRA ROUPAGEM E ENFRAQUECIMENTO DO ESTADO

O sociólogo polonês Zygmunt Bauman⁹ utiliza o termo alemão *unsicherheit* para fundir, numa só palavra, três dos sentimentos que mais corroem a sociedade contemporânea: incerteza, insegurança e falta de garantia. Como forma de compensar tal angústia, as pessoas se apegam, dentre outros subterfúgios, a tecnologias que decidem por elas – onde comer, qual rota utilizar no trânsito, onde se hospedar, qual calçado comprar etc. – e, assim, vão abrindo mão de garantias fundamentais, como a liberdade e a privacidade. Segundo José María Lassale, surge o *Homo digitalis*, cada vez mais “relacionado a ordem e controle, a uma busca de segurança e previsibilidade que afastem o caos, ao tempo em que cultiva uma predisposição inconsciente a aceitar o controle pelo controle mesmo”¹⁰.

Todavia, num contexto de contínua separação entre poder e política¹¹, o Estado, enfraquecido, pouco pode fazer para reduzir essas inquietudes. Quando muito, canaliza a pouca força ainda existente tão somente para tentar minimizar a insegurança ligada ao aumento da criminalidade e do terrorismo, normalmente através de medidas paliativas sempre relacionadas ao endurecimento das leis penais e flexibilização de garantias fundamentais¹². Nesse sentido, se o (re) empoderamento da política passa pela união das pessoas em torno de causas comuns, a maioria das medidas empreendidas geram desconfiança mútua, desunião, colocando as pessoas “a farejar inimigos

⁹ BAUMAN, ZYGMUNT. **Em busca da política**. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. Livro eletrônico.

¹⁰ LASSALE, José María. **Ciberleviatán**. Barcelona: Arpa, 2019, p. 80.

¹¹ BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. **Estado de crise**. Rio de Janeiro: Zahar, 2015. Livro eletrônico. BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **O estado de direito “confrontado” pela “revolução da internet”!**. Revista eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS, v. 13, n. 3, p. 873-903, dez. 2018. ISSN 1981-3694. Disponível em: <<https://periódicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/33021>>. Acesso em: 31/01/2020. Doi: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369433021>.

¹² BAUMAN, ZYGMUNT. **Em busca da política**. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. Livro eletrônico.

e conspiradores por trás de toda discordância e divergência, tornando por fim ainda mais solitários os que se isolam”¹³.

Contudo, os principais fatores de *unsicherheit*, como perda de liberdade e aumento da desigualdade são intencionalmente ofuscados, pois obviamente favorecem os verdadeiros detentores do poder¹⁴.

Esse Estado combalido de que se trata, o (Liberal) de Direito, enquanto instituição político-jurídica – e não um ente natural, como pensam alguns¹⁵ –, para além dessas preocupações mais recentes, possui problemas genéticos, que sempre o acompanharam, cujos sintomas puderam ser amenizados vez ou outra no decorrer da história, porém nunca serão resolvidos, por conta de sua indissociável origem liberal e, como tal, com limitações próprias de tal espectro ideológico.

Jose Luis Bolzan de Moraes¹⁶, com base na descrição de Roy C. Mcridis, ensina que o liberalismo se assenta sobre três núcleos:

(...) o moral, onde vigora a ideia de liberdade, o político (ou político-jurídico), onde estão presentes os elementos institucionais (constitucionalismo, garantias, democracia e representação política, assim como o próprio Estado de Direito), e o econômico (no qual está o capitalismo), este referido, em certas tradições, como liberismo.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Segundo o Relatório da Desigualdade Global de 2018 da Escola de Economia de Paris, dentre os países democráticos, o Brasil, por exemplo, lidera o ranking de concentração de renda dentre aqueles que compõem o 1% mais ricos. Enquanto esse grupo (1% mais ricos) concentra 28,3% dos rendimentos do país e seus componentes recebem em média R\$ 106,3 mil por mês cada, os 50% mais pobres percebem 13,9% de todos os rendimentos (In CANZIAN *et al*, **Super-ricos no Brasil lideram concentração de renda global**. Folha de São Paulo. São Paulo: 19/08/2019. Disponível em: <<https://temas.folha.uol.com.br/desigualdade-global/brasil/super-ricos-no-brasil-lideram-concentracao-de-renda-global.shtml>>. Acesso em: 31/01/2020).

¹⁵ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **O estado de direito “confrontado” pela “revolução da internet”!**. Revista eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS, v. 13, n. 3, p. 873-903, dez. 2018. ISSN 1981-3694. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/33021>>. Acesso em: 31/01/2020. Doi: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369433021>.

¹⁶ Ibid.

A tentativa do Estado de Direito de absorver e oferecer resposta aos problemas que emergiam e a ele eram apresentados, decorrentes da crescente complexidade dos fenômenos políticos, sociais, econômicos, ambientais etc., incrementada pelos avanços científicos, pela revolução informática e pela própria insuficiência da estrutura estatal tradicional para responder a tais demandas, contribuíram para a criação de um ambiente de crise em torno deste projeto da modernidade¹⁷, fazendo com que a tensão originária entre os referidos núcleos se agravasse paulatinamente, sobretudo entre o núcleo econômico (capitalismo – exacerbado pelo neoliberalismo) e o político-jurídico (à medida em que novos direitos e garantias fundamentais de natureza não puramente individual eram incorporados às Constituições).

Nesse cenário, sem olvidar de tais limitações genéticas, o Estado de Direito tem se deparado ainda com novos e assombrosos questionamentos, não apenas relacionados ao seu paradoxal “DNA” e à tensão entre os núcleos duros do liberalismo, mas contingenciais, ligados aos novos tempos, como a globalização, o neoliberalismo e, sobretudo, o advento da chamada revolução da *internet* ou “revolução 4.0” (e temas correlatos, tais como inteligência artificial, *internet* das coisas, *fake news* etc.).

A peculiaridade desses fenômenos consiste no potencial questionador das próprias bases em que se assenta o liberalismo e, consequentemente, do Estado de Direito tal como o concebemos.

No que se refere ao núcleo econômico, por exemplo, autores como Jeremy Rifkin¹⁸ defendem que o paradigma capitalista se encontra sob cerco, em duas frentes. Na primeira delas se encontra uma nova geração de cursos interdisciplinares que, com base nas leis da termodinâmica têm questionado a teoria econômica clássica que considerava a dinâmica que rege a biosfera como fator de pou-

¹⁷ JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Nuevos horizontes de los derechos humanos: la crisis de la modernidad jurídica en la sociedad tecnológica**. Revista de direitos e garantias fundamentais, v. 19, n. 3, p. 11-46. Set./dez. 2018, p. 19-20.

¹⁸ RIFKIN, Jeremy. **Sociedade com custo marginal zero**. São Paulo: M. Books, 2016.

ca importância para a atividade econômica, afirmando que “nunca há um ganho líquido de energia, mas sempre uma perda de energia disponível no processo de conversão de recursos naturais em valor econômico” e que em determinado momento haverá um esgotamento¹⁹. Na segunda frente, segundo ele, desencadeando a terceira revolução industrial, está a *internet* das coisas:

A *internet* das coisas já está estimulando a produtividade a um ponto em que o custo marginal de produzir muitos bens e serviços é quase zero, tornando-os praticamente grátis e compartilháveis nos emergentes bens comuns colaborativos. O resultado é que o lucro corporativo está começando a minguar, os direitos de propriedade estão enfraquecendo e uma economia baseada em escassez está paulatinamente dando lugar a uma economia de abundância²⁰.

Esse cerco, aliado às anomalias apresentadas pelo sistema capitalista²¹ sugerem a possibilidade de um novo paradigma, chamado pelo supracitado autor de economia de compartilhamento ou de bens comuns colaborativos²².

Noutra ponta, outros pesquisadores sugerem que, o capitalismo, longe de ser um sistema em vias de superação, estaria sofrendo, na verdade, uma ressignificação, pois a força do mercado seria

¹⁹ Ibid., p. 23-24.

²⁰ Ibidem, p. 24-25.

²¹ Vide a chamada crise dos *subprimes*, de 2008.

²² Deve-se registrar aqui, não deixando de reconhecer o mérito e a coerência do raciocínio de Rifkin, inclusive ilustrado, no decorrer da obra citada, por inúmeros exemplos que já demonstram essa incipiente economia de compartilhamento, uma crítica particular ao caráter ideal, distanciado ainda da realidade, de sua teoria. Acredita-se que, mesmo com o disruptivo advento da *internet* das coisas – de efeitos ainda imprevisíveis – ainda é muito cedo para se falar em termos gerais de uma economia de compartilhamento, até por que há a possibilidade dos grandes *players* do mercado da informação, que traçam os rumos da “revolução da internet” e, conseqüentemente, também delinearão as diretrizes para universalização da *internet* das coisas, optarem pelo agrupamento de empresas ou simplesmente pela adoção de medidas voltadas ao fechamento do mercado, como a aquisição de *startups* que ameacem sua fatia de mercado. Como observa Tim Wu, “a história mostra uma progressão característica das tecnologias da informação: de um simples passatempo à formação de uma indústria; de engenhocas improvisadas a produtos maravilhosos; de canal de acesso livre a meio controlado por um só cartel ou corporação – do sistema aberto para o fechado” (*In* WU, Tim. **Impérios da comunicação**. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. Livro eletrônico).

deslocada para corporações voltadas à captação, armazenamento e processamento do bem mais valioso em circulação: a informação.

Segundo Shoshana Zuboff²³, nesta nova roupagem, o mercado partiria do princípio de que é mais lucrativo vender previsões de comportamento do que atender às necessidades reais dos sujeitos, o que ela denomina capitalismo de vigilância. Utilizando o exemplo emblemático do Google, aduz a autora:

A economia de vigilância baseia-se em um princípio de subordinação e hierarquia. A velha reciprocidade entre as empresas e os usuários desaparece por trás do projeto de extrair excedentes de nosso comportamento para fins concebidos por outros – vender publicidade. Nós não somos mais os sujeitos da realização do valor. Também não somos, como alguns já afirmaram, o “produto” vendido pelo Google. Somos os objetos cuja matéria é extraída, expropriada e em seguida injetada nas usinas de inteligência artificial do Google, as quais fabricam os produtos preditivos que são vendidos a clientes reais – as empresas que pagam para jogar nos novos mercados comportamentais.²⁴

Para além da criação de mecanismos preditivos cada vez mais precisos, esse capitalismo de vigilância se caracterizaria ainda, num segundo momento, pela implementação de formas de intervenção na vida “real” das pessoas:

Essas intervenções têm o objetivo de aumentar a certeza, influenciando certos comportamentos: elas ajustam, adaptam, manipulam, envolvem por efeito de grupo, impulsionam. Elas mudam nosso comportamento em determinadas direções, por exemplo, inserindo uma frase específica em nosso *feed* de notícias, programando o momento oportuno em que aparece um botão “comprar” em nosso telefone, cortando o motor do carro se o pagamento do seguro atrasar demais ou orientando por GPS nossa caça aos Pokémons²⁵.

²³ ZUBBOFF, Shoshana. **Um capitalismo de vigilância**. Le monde diplomatique Brasil. São Paulo: 03/01/2019. Disponível em: <<https://diplomatique.org.br/um-capitalismo-de-vigilancia/>>. Acesso em: 31/01/2020.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibidem.

Em relação ao núcleo político-jurídico, com o advento dessa da revolução da *internet*, a informação adquire um patamar que exacerbava a já mencionada desvinculação já em curso entre poder e política de uma forma sem precedentes na história²⁶.

Considerando que as pessoas estão cada vez mais conectadas, o poder passa às mãos das grandes plataformas que, de posse das informações geradas pelos próprios usuários a elas ligados, conseguem influenciar o comportamento dos mesmos, após o processamento de tais dados. A sociedade e a economia hoje se baseiam nos dados, que se tornou a *commodity* mais preciosa, o bem de maior valor econômico em circulação, eis que capaz de influenciar a política e a própria economia, ou seja, a relação entre sociedade e Estado, bem como a dinâmica de todos os demais bens, consumidores e *players* do mercado.

As operações realizadas pela Cambridge Analytica, com o escopo de influenciar pleitos eleitorais e referendos, constitui exemplo privilegiado para ilustrar perfeitamente essa privatização do poder, com seu deslocamento à esfera privada, aquela da “nova” economia dos dados.

Nesse sentido, a questão que se coloca é: pode o Estado Liberal de Direito, da forma como o conhecemos, oferecer resposta a tais questões, em especial aos problemas gerados pela “revolução 4.0”, ou, de fato, presenciamos seu esgotamento?

Jean-François Lyotard, um dos precursores no âmbito filosófico do chamado movimento pós-modernista, em 1979, já denunciava a mudança de estatuto do saber à medida em que “as sociedades entram na idade dita pós-industrial e as culturas na idade dita pós-moderna”²⁷. Além de perder cada vez mais seu valor em si por um valor mercantil, tratado como mercadoria, com viés utilitarista, passa a ser objeto de disputa entre os Estados-nação e as grandes corporações. Dizia ainda que, já nos decênios anteriores à década de

²⁶ BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. **Estado de crise**. Rio de Janeiro: Zahar, 2015. Livro eletrônico.

²⁷ LYOTARD, Jean-François. **O pós-moderno**. 3ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1988, p. 3.

70, as instâncias econômicas puseram em perigo a estabilidade das instâncias estatais graças às novas formas de circulação de capitais ligadas às empresas multinacionais, cujas decisões relativas ao investimento, por seu formato, escapam ao controle dos Estados-nação²⁸. Aduzia, outrossim, que:

Com a tecnologia informacional e telemática, a questão corre o risco de tornar-se ainda mais espinhosa. Admitamos, por exemplo, que uma firma como a IBM seja autorizada a ocupar uma faixa do campo orbital da Terra para implantar satélites de comunicação e/ou de banco de dados. Quem terá acesso a isto? Quem definirá os canais ou os dados proibidos? O Estado? Ou ele será um usuário como os outros? Novamente, surgem problemas de direito, e através deles a questão: quem saberá?²⁹

Como se pode ver, o questionamento não é novo e se encontra longe de uma resposta.

O citado núcleo moral, com a perda de autonomia do sujeito em prol de segurança e conforto, cujo comportamento cada vez mais é dirigido pelas grandes plataformas ou influenciado pela opinião veiculada na grande mídia ou em grupos cada vez mais fechados e polarizados nas redes sociais, também sofreu grande abalo, havendo sério questionamento do que entendemos por liberdade.

Se, quanto ao núcleo econômico, grassam dúvidas acerca de seu enfraquecimento ou fortalecimento sob outra roupagem, no que se refere aos demais, esses desafios lançados pelas novas tecnologias encerram qualquer debate acerca do severo questionamento, tanto do núcleo moral, com a diminuição gradativa da esfera de liberdade do indivíduo, como do político-jurídico, com o sucateamento gradativo das instituições que sustentam a ideia de Estado de Direito.

Nesse contexto de política desempoderada ou privatizada e, conseqüentemente, de Estado de Direito mais enfraquecido, aqueles

²⁸ Ibidem, p. 6.

²⁹ Ibidem, p. 6.

que compõem a arena pública seguem em embate livre, sem amarras, freios ou regulações, de forma que a lei do mais forte volta a ser o estatuto de regência, permanecendo, assim, a incerteza, a insegurança e a falta de garantias que inquietam o mundo contemporâneo.

Como adverte mais uma vez Jose Luis Bolzan de Moraes:

Pensar o constitucionalismo hoje impescinde de pensar as crises do Estado Nação como Estado (Liberal) Democrático de Direito, vez que são os seus elementos que ainda identificam as fórmulas constitucionais presentes nos textos constitucionais desde as origens do constitucionalismo moderno, impondo-se um *aggiornamento* que considere tais fatores e, com isso, oportunize-se atender a fórmula Estado de Direito e seus princípios constitutivos voltados à dignidade humana.³⁰

Para uma melhor reflexão, a seguir será realizado um maior detalhamento do emblemático caso envolvendo as empresas Cambridge Analytica e Facebook, já citado anteriormente, que demonstra muito bem o potencial dessa economia baseada nos dados e, conseqüentemente, o risco de transferência do poder político à esfera privada.

“PRIVACIDADE HACKEADA”: O ESCÂNDALO ENVOLVENDO O FACEBOOK E A CAMBRIDGE ANALYTICA COMO MOLA PROPULSORA DE UMA REFLEXÃO ÉTICA DA RELAÇÃO ENTRE OS SUJEITOS E A TECNOLOGIA

O documentário *The Great Hack* (em português sob o título Privacidade Hackeada), produzido e dirigido por Jehane Noujaim e Karim Amer, lançado pela plataforma de *streaming* Netflix em 24 de julho de 2019, traz à tona o problema que envolve a violação de privacidade, coleta indevida de informações e manipulação de com-

³⁰ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **O estado de direito “confrontado” pela “revolução da internet”!**. Revista eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS, v. 13, n. 3, p. 873-903, dez. 2018. ISSN 1981-3694. Disponível em: <<https://periódicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/33021>>. Acesso em: 31/01/2020. Doi: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369433021>.

portamentos através do processamento de tais dados por parte de grandes plataformas digitais, acendendo, via de consequência, um rico debate que vai desde a proteção dos dados até o regular funcionamento do regime democrático.

Tudo começa quando David Carroll, professor de *design* de mídia da Parsons School of Design da The New School, tomado pela ideia de que, no mundo conectado, os rastros digitais transformaram-se na mercadoria mais valiosa de todos os tempos, passou a analisar a conduta da empresa de consultoria política Cambridge Analytica, contratada por Donald Trump em sua campanha a Presidente dos Estados Unidos da América em 2016.

Retrata o documentário que a Cambridge Analytica, sobretudo por meio de seu ex-CEO Alexander Nix, nunca escondeu sua atividade. Muito pelo contrário, a empresa propagandeava possuir milhares de dados de cada eleitor americano, com os quais traçava o perfil dos mesmos, conseguindo prever, com alto grau de precisão, seu comportamento político.

Mas de onde vinham tais dados? Como foram obtidos? Para responder a tais questões, com base na Lei de Proteção de Dados do Reino Unido, David formulou junto à Cambridge Analytica uma solicitação de acesso a seus dados pessoais porventura utilizados. A empresa respondeu ao pedido com uma carta assinada pelo diretor de operações, Julian Wheatland, e um arquivo no qual constavam os seguintes dados sobre Carroll: onde ele morava, como votou e quanto ele se preocupava com questões como dívida nacional, imigração e direitos de armas, em uma escala de um a 10³¹.

Em março de 2018, Carroll apresentou demanda judicial contra a Cambridge Analytica, alegando, dentre outras questões, violação à Lei de Proteção de Dados do Reino Unido pelo não fornecimento de todos os dados subjacentes aos fornecidos, bem como pelo pro-

³¹ LAPOWSKY, Iessie. **One man's obsessive fight to reclaim his Cambridge Analytica Data**. Wired. Boon: 25/01/2019. Disponível em: <<https://wired.com/story/one-mans-obsessive-fight-to-reclaim-his-cambridge-analytica-data/>>. Acesso em: 31/01/2020. Tradução livre.

cessamento de dados relacionados às suas visões políticas (considerados confidenciais segundo a referida norma) sem consentimento adequado, requerendo a divulgação completa de seus dados³².

Pouco tempo depois, os jornais The Guardian e The New York Times, publicaram reportagens com as revelações feitas por Christopher Wylie, ex-funcionário da Cambridge Analytica, denunciando o repasse de dados referentes a 50 milhões de perfis pelo Facebook, sem o consentimento dos usuários, bem como as táticas para processamento dos mesmos com o intuito de influenciar eleições.

O CEO do Facebook, Mark Zuckerberg, por conta disso, foi convocado a depor no Congresso dos EUA, reconhecendo que até 87 milhões de pessoas podem ter sido afetadas pela invasão³³.

Ao depor perante uma comissão parlamentar do Reino Unido, Wylie fez menção ao nome de Brittany Kaiser, ex-diretora da Cambridge Analytica, que, em depoimento prestado perante o Congresso dos EUA, mediante a apresentação de arquivos pessoais e *e-mails*, corroborou e comprovou as denúncias.

Alexander Nix também foi convocado a depor perante uma comissão parlamentar do Reino Unido e posteriormente destituído do cargo de CEO. A repercussão das revelações foi tão negativa que levou o SCL Group a encerrar suas atividades e declarar falência nos EUA e no Reino Unido³⁴.

Fica, porém, a impressão de que o escândalo retratado no documentário, embora tenha acarretado uma série de consequências aos envolvidos, como a já mencionada falência das empresas componentes do Grupo SCL, a desvalorização das ações do Facebook pela negatização de sua imagem, a imposição de multas às referidas empresas, ainda não teve o condão de disseminar a necessária reflexão acerca da violação à privacidade, liberdade e igualdade dos usuários,

³² Ibidem.

³³ Ibidem.

³⁴ LAPOWSKY, Issie. **One man's obsessive fight to reclaim his Cambridge Analytica Data**. Wired. Boon: 25/01/2019. Disponível em: <<https://wired.com/story/one-mans-obsessive-fight-to-reclaim-his-cambridge-analytica-data/>>. Acesso em: 31/01/2020. Tradução livre.

bem como não deixou claro o papel desempenhado pelas plataformas sociais – Facebook, no caso –, para além daquele retratado no caso envolvendo a Cambridge Analytica.

Como já mencionado, obnubilados pelo conforto, segurança, comodidade e prazer trazidos pela tecnologia, os usuários sequer se colocam a pensar sobre tais questões e, aparentemente felizes, ao menos a princípio, prosseguem a vida, tais como os sujeitos retratados na distopia de Huxley.

Neste ponto específico, diga-se de passagem, retornando a Huxley, como observa de forma perplexa Yuval Noah Harari, é difícil explicar por que aquela realidade parece tão monstruosa para a maioria dos leitores já que todas as personagens retratadas, com exceção de uma (o “selvagem” a ela não integrado), estão felizes o tempo todo³⁵. Para o autor israelense, a desconcertante realidade descrita em “Admirável mundo novo” baseia-se tão somente no “pressuposto biológico de que felicidade é igual a prazer” e “ser feliz é nada mais, nada menos que experimentar sensações corporais agradáveis”³⁶, num verdadeiro culto ao hedonismo. Todavia, segundo ele, para além de uma mera consequência ou balanço bioquímico, a felicidade consistiria antes em “enxergar a própria vida em sua totalidade como algo significativo e valioso”, ou seja, com um importante componente ético e cognitivo³⁷.

Ao contrário do escândalo em si envolvendo a Cambridge Analytica, espera-se que, tal como o documentário aqui trazido, iniciativas desse tipo, voltadas a desvelar o atual estado de coisas na relação entre os sujeitos e a tecnologia, tenham ainda mais repercussão e acalorem os debates acerca das questões aqui levantadas e de inúmeras outras correlatas que vêm surgindo, de forma que as pessoas, ainda que optem por se entregar aos prazeres proporcionados pelas inovações, façam-nas de forma verdadeiramente consciente e

³⁵ HARARI, Yuval Noah. **Sapiens: uma breve história da humanidade**. Porto Alegre: L&PM, 2015. Livro eletrônico.

³⁶ Ibidem.

³⁷ Ibidem.

informada, convocando-se a uma reflexão ética acerca de seu uso, em busca de uma existência feliz e digna.

BIG DATA E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: OS MECANISMOS PREDITIVOS E A MANIPULAÇÃO DE COMPORTAMENTOS

Em Privacidade Hackeada fica clara a utilização mercadológica, pelo Facebook, das informações fornecidas pelos usuários, de forma não consentida e para fins diversos dos pretendidos pelos titulares. Essa vultuosa quantidade de dados, obtidos e processados irregularmente pela Cambridge Analytica, forma o que se chama de *big data*.

Big data se refere a esse enorme conjunto de dados aparentemente desconexos para um ser humano e indecifráveis pelos mecanismos tradicionais, porém passíveis de análise e processamento por dispositivos tecnológicos mais sofisticados que, alimentados por algoritmos adequados, são capazes de “acumular conhecimento, tomando decisões com base nas suas experiências anteriores, realizando análises dos resultados futuros das ações tomadas no presente”, o que se convencionou chamar de inteligência artificial³⁸.

Dessa forma, retomando o caso, a empresa mencionada fez uso dessa gigantesca quantidade de dados coletados – ou disponibilizados, não se sabe efetivamente – indevidamente para o desenvolvimento do perfil psicográfico dos indivíduos atingidos, a partir do qual poderia prever estatisticamente seu posicionamento político e, conseqüentemente, sua decisão no pleito eleitoral.

De posse de tais informações, não constitui tarefa difícil para os responsáveis pelo marketing político dos candidatos direcionar publicidade para grupos predeterminados com o escopo de atingir públicos específicos, traçar estratégias de campanha etc.

³⁸ BOLZAN DE MORAIS, José Luis; MENEZES NETO, Elias Jacob. **Análises computacionais preditivas como um novo biopoder: modificações do tempo na sociedade dos sensores**. Revista novos estudos jurídicos – eletrônica, vol. 245, n. 3, set-dez de 2018. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13769>>. Acesso em: 31/01/2020.

Esses mecanismos preditivos, contudo, por si sós, já apresentam problemas. Sob um suposto manto de neutralidade, “incorporaram os preconceitos de seus desenvolvedores, o que resulta em erros com consequências drásticas para os direitos humanos”³⁹.

Os padrões encontrados como resultado desse processamento de dados são sempre questionáveis, pois derivados de algoritmos suscetíveis de erros, vieses, interesses políticos e econômicos, como toda criação humana⁴⁰.

No entanto, no escândalo aqui analisado, por motivos óbvios, sequer há que se falar em neutralidade, pois os perfis psicográficos dos usuários do Facebook traçados pela Cambridge Analytica tinham o escopo explícito e precípuo de conduzir estratégias de campanha e, via de consequência, influenciar nas decisões dos eleitores.

As estratégias são múltiplas. Uma delas – talvez das mais poderosas, inclusive – consiste na desinformação, ou seja, na veiculação de boatos, as popularmente conhecidas *fake news*.

Nesse sentido, considerando a amplitude da referência midiática, embalada por tal polêmica envolvendo a utilização e influência de *fake news* nas eleições presidenciais americanas de 2016, *post-truth* foi eleito o vocábulo do ano de 2016 pelo Dicionário Oxford, editado pela universidade britânica, que elege anualmente uma palavra de maior destaque na língua inglesa⁴¹.

O referido dicionário define pós-verdade como um adjetivo relacionado (ou que denota) com circunstâncias nas quais os “fatos ob-

³⁹ MENEZES NETO, Elias Jacob. **Surveillance, democracia e direitos humanos: os limites do Estado na era do big data**. Tese (Doutorado em Direito) apresentada junto ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2016. Disponível em: < http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/5530/Elias+Jacob+de+Menezes+Neto_.pdf;jsessionid=DA50FF1CAE4EBBCAFCE431B7D928134?sequence=1>. Acesso em 31/01/2020, p. 139.

⁴⁰ MENEZES NETO, Elias Jacob. **Surveillance, democracia e direitos humanos: os limites do Estado na era do big data**. Tese (Doutorado em Direito) apresentada junto ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2016. Disponível em: < http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/5530/Elias+Jacob+de+Menezes+Neto_.pdf;jsessionid=DA50FF1CAE4EBBCAFCE431B7D928134?sequence=1>. Acesso em 31/01/2020, p. 177.

⁴¹ PRIOLLI, Gabriel. **A era da pós-verdade**. Carta capital. São Paulo: 13/01/2017. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/revista/933/a-era-da-pos-verdade>>. Acesso em: 19/04/2018.

jetivos” influenciam menos a formação da opinião pública se comparados aos apelos à emoção e crenças pessoais⁴².

Há evidente relação entre informação e decisão. Partindo desse pressuposto, pode-se dizer também ser evidente a vinculação entre manipulação de conteúdo veiculado, sobretudo nas redes sociais, através de desinformação⁴³ e a intenção deliberada de influenciar as opiniões e, conseqüentemente, as decisões das pessoas atingidas.

Segundo Cass Sunstein, em estudo sobre a dinâmica dos boatos e maneiras de inibi-los, as pessoas possuem conhecimento apenas indireto sobre os fatos que embasam grande parte de suas opiniões, formando-o com base naquilo que outras pessoas lhes dizem – pessoalmente ou através de livros, filmes etc. Em relação aos boatos especificamente, na ausência de conhecimento pessoal, há uma tendência a pensar que não teriam se espalhado se não houvesse ao menos um indício de veracidade, afinal, “onde há fumaça há fogo”⁴⁴ – aqui já se visualiza o risco.

Para o referido autor estadunidense, os boatos se dispersam basicamente por dois processos distintos, mas que se entrecruzam: cascatas sociais e polarização de grupo.

⁴² “Relating to or denoting circumstances in which objective facts are less influential in shaping public opinion than appeals to emotion and personal belief”. Extraído de: LEXICO. English Oxford Dictionary. Disponível em: <<https://en.oxforddictionaries.com/definition/post-truth>>. Acesso em: 27/07/2018. Tradução livre.

⁴³ Quanto ao aspecto terminológico, interessa a proposta formulada por Claire Wardle e Hossein Derakhshan, exposta em relatório acerca dos transtornos ou desordens da informação, apresentado no ano de 2017 ao Conselho da Europa, por meio do qual apresentam novo marco conceitual para o exame das desordens da informação, utilizando as dimensões de dano e falsidade quais sejam: a) *Mis-information*: quando a informação falsa é compartilhada, porém desassociada de dano (ex: conteúdo enganoso, falsas conexões); b) *Dis-information*: quando a informação falsa é conscientemente compartilhada para causar dano (ex: conteúdo falso, autoria falsa, conteúdo manipulado, conteúdo fabricado); c) *Mal-information*: quando a informação verdadeira é compartilhada para causar dano, muitas vezes por se tratar de dados privados que não deveriam ser disseminados na esfera pública (ex: vazamento de conteúdo relativo à esfera privada, assédio, discurso de ódio). Os autores justificam a posição adotada por dois motivos. Em primeiro lugar por considerarem que a expressão *fake news* é inadequada para descrever os complexos fenômenos da poluição da informação. Ademais, tal expressão passou a ser apropriada por pessoas do meio político para minar a notícias e as organizações que as tenham publicado que não sejam de seu agrado (In WARDLE, Claire; DERAKHSHAN, Hossein. **Information disorder: toward an interdisciplinary framework**. Disponível em: <<https://firstdraftnews.org/coe-report/>>. Acesso em: 31/07/2018, p. 5). Tradução livre.

⁴⁴ SUNSTEIN, Cass. **A verdade sobre os boatos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 6.

No que tange ao primeiro, ocorre por que, não dispondo de informações próprias e diretas, as pessoas se submetem à opinião da maioria, gerando cascatas informacionais⁴⁵, ou simplesmente o fazem para evitar sanções sociais do grupo a que pertencem, levando às chamadas cascatas de conformidade.^{46 47}

O segundo se dá quando sujeitos com ideias afins se agrupam, gerando versões mais radicais do que aquelas que defendiam antes de conversar umas com as outras, mas em sincronia com suas tendências anteriores à deliberação, o que ocorre por basicamente por três razões: a) a troca de informações entre aqueles que possuem ideias afins tende a intensificar as crenças preexistentes; b) as pessoas se sentem mais seguras quando suas opiniões são corroboradas pelos demais membros do grupo, tendendo à radicalização; c) as pessoas anseiam por aprovação dos demais e o zelo pela reputação tende a aumentar o radicalismo⁴⁸.

Este último processo, particularmente, pode ser facilmente identificado na estratégia de campanha do candidato ao cargo de Presidente da República Jair M. Bolsonaro no pleito eleitoral brasileiro de 2018, com o uso da plataforma de envio e recebimento de mensagens *WhatsApp*⁴⁹. Como constataram Fernanda Bruno e Tatiana Roque, por intermédio de pesquisa específica sobre o tema:

Um dos pontos fortes da estratégia eleitoral de Bolsonaro foi a difusão de mensagens em grupos, de confiança nos quais as relações entre os participantes vêm sendo construídas há tempos – desde 2014 – e a partir de interesses que não se restringem a política. Mensagens produzidas pelo aparato de campanha eram compartilhadas nesses grupos,

⁴⁵ *Ibidem*, p. 29.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 42-44.

⁴⁷ Se os boatos em questão desencadearem emoções fortes, tais como medo e repugnância, a probabilidade de se espalharem é muito maior” (*In* SUNSTEIN, Cass. **A verdade sobre os boatos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 11).

⁴⁸ SUNSTEIN, *op.cit.*, p. p. 48, 53, 54 e 58.

⁴⁹ LÔBO, Edilene; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **New technologies and the current communications model in the 2018 brazilian elections**. Revista novos estudos jurídicos – eletrônica, vol. 24, n. 3, set-dez de 2019. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/15532>>. Acesso em: 15/07/2020. Tradução livre.

de modo voluntário, por apoiadores reais do candidato. Após receber as mensagens, essas pessoas decidiam passá-las adiante, enxameando a rede. Ao fazer isso, a campanha de Bolsonaro incorporou um pressuposto que vem sendo usado por estratégias de segmentação de propaganda: pessoas que repassam mensagens para seus grupos de afinidade têm papel particularmente relevante, pois geram confiabilidade, ou seja, a propagação de uma mensagem é mais efetiva quando feita por pessoas com as quais as outras se identificam, e não por agentes facilmente reconhecíveis como propagadores interessados.⁵⁰

Ambos os processos de dispersão – cascatas sociais e polarização de grupo – foram exponencialmente aumentados com abertura da *internet* nas últimas décadas e diminuição da distância entre as pessoas, ainda que em ambiente virtual, sobretudo com o advento das redes sociais, como o Facebook, que podem “funcionar como máquinas de polarização, porque ajudam a confirmar e, portanto, a amplificar, as opiniões iniciais das pessoas”, além de colocarem em contato uns com os outros indivíduos suscetíveis, condição necessária à circulação de boatos⁵¹.

Ensina ainda o pesquisador norte-americano que a liberdade de expressão, nesse contexto, muitas vezes funciona como um corretivo imperfeito, tornando ainda mais complexo o fenômeno:

As emoções podem obstruir o caminho da busca pela verdade. As pessoas não processam as informações com neutralidade. Suas pressuposições afetam suas reações. Assimilação tendenciosa se refere ao fato de que as pessoas assimilam novas informações de maneira tendenciosa; aqueles que acreditam em boatos falsos não abrem mão de suas crenças com facilidade, especialmente quando têm forte envolvimento emocional com elas. Pode ser muito difícil mudar o que as pessoas pensam, mesmo que se lhe apresentem fatos⁵².

⁵⁰ BRUNO, Fernanda; ROQUE, Tatiana. A ponta de um *iceberg* de desconfiança. In *Pós-verdade e fake news: reflexões sobre a guerra de narrativas*. Organizadora: Mariana Barbosa. Cobogó, 2020. Livro eletrônico.

⁵¹ SUNSTEIN, Cass. **A verdade sobre os boatos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 56.

⁵² *Ibidem*, p. 12.

Dessa maneira, defender uma irrestrita liberdade de manifestação do pensamento e, de forma correlata, uma postura absolutamente absenteísta do Estado, tal como John Stuart Mill o fazia no século XIX⁵³, pressupondo que a verdade prevaleceria a despeito da manifesta manipulação das decisões e consequente perda de autonomia do indivíduo, soa, no mínimo, paradoxal, para não dizer que se trata de discurso bastante interessante para aqueles que compreendem esse processo e utilizam sua força para o alcance de poder político.

Trata-se de uma visão atávica do referido direito fundamental, visto sob um prisma puramente individual, desconsiderando seu “significado para a coletividade, para o interesse público, para a vida comunitária” (dimensão objetiva), como adverte José Joaquim Gomes Canotilho⁵⁴.

Para além de garantir a livre manifestação do pensamento, deve o Estado promover a “igualdade comunicativa entre os participantes deste diálogo, para que todos realmente possam falar e ser ouvidos”, ou seja, não apenas garantir o direito ao dissenso, mas também viabilizá-lo, a fim de possibilitar um “debate público dinâmico e plural, que não esteja submetido ao controle nem do Estado, nem do poder econômico ou político privado”⁵⁵.

Assim como a liberdade de expressão é essencial à democracia, os boatos lhe trazem efeitos nocivos. Compreender o processo de difusão de informações pode auxiliar na diminuição da desinformação, criando uma cultura que evite danos e a destruição de instituições⁵⁶.

Nesse sentido, perpassaria também esse processo cultural o enfrentamento do analfabetismo digital, com o investimento efetivo em políticas educacionais voltadas à capacitação plena dos envol-

⁵³ MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Porto Alegre: L&PM, 2016. Livro eletrônico.

⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: edições Almedina, 2003, p. 1256.

⁵⁵ SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**. Rio de Janeiro: editora Lumen Juris, 2006, p. 282-283.

⁵⁶ SUNSTEIN, Cass. **A verdade sobre os boatos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 16.

vidos⁵⁷, a fim de que pudessem avaliar, por si sós, o conteúdo a eles dirigido, de forma consciente e crítica, valendo-se da checagem de fatos como prática cotidiana⁵⁸.

Ademais, como já mencionado, faz-se necessário superar a visão de absentéismo estatal absoluto, exigindo-se uma postura ativa dos entes governamentais incumbidos da tarefa de promover o trânsito livre de ideias e, em última análise, o próprio regime democrático e o Estado de Direito.

Mais especificamente no que se refere à manifestação do pensamento na rede, como alertam Edilene Lôbo e José Luiz Bolzan de Moraes, “o mito da internet livre e democrática, quando sequer se conhece sua estrutura e inexistam políticas autorregulatórias claras, precisa ser denunciado”⁵⁹.

O CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA E O RISCO À DEMOCRACIA: UMA TENTATIVA DE CONCLUSÃO

Como já tratado no decorrer do texto, inclusive com a análise do emblemático e real escândalo envolvendo o Facebook e a Cambridge Analytica nas eleições presidenciais americanas de 2016, para além da contaminação da autonomia privada – igualmente problemática –, há também o evidente risco à autonomia pública. Quanto a essa dicotomia:

A autonomia privada diz respeito à faculdade da pessoa de se autode-terminar, de fazer suas próprias escolhas de vida, e a autonomia pública, que se liga à democracia, consiste no poder do cidadão de tomar parte nas deliberações de sua comunidade política.⁶⁰

⁵⁷ LÔBO, Edilene; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **New technologies and the current communications model in the 2018 brazilian elections**. Revista novos estudos jurídicos – eletrônica, vol. 24, n. 3, set-dez de 2019. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/15532>>. Acesso em: 15/07/2020. Tradução livre.

⁵⁸ LAZER, David M. J., *et al.* **The science of fake news**. Science 359 (6380), 1094-1096. DOI:10.1126/science.aa02998. 2018. Disponível em: <<http://science.sciencemag.org/content/359/6380/1094>>. Acesso em: 16/07/2018. Tradução livre.

⁵⁹ LÔBO; BOLZAN DE MORAIS, *op.cit.*

⁶⁰ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**. 2ª ed. Belo Horizonte: 2016, p. 140.

A autonomia pública tem função instrumental, mas também é um valor constitutivo da dignidade humana. Desempenha um papel instrumental haja vista que “a inclusão política tende a promover a melhoria das condições de vida daqueles que antes eram excluídos”, dando peso político às demandas desses indivíduos na arena pública, ao passo que, enquanto valor constitutivo, traduz a ideia do sujeito não apenas como destinatário das normas produzidas democraticamente, mas também como agente, como coautor de tais normas, na medida em que lhe é assegurada a possibilidade de participação, ainda que indiretamente na maioria das vezes, em seu processo de elaboração, de forma livre e em igualdade de condições com os demais indivíduos.⁶¹

Nesse sentido, considerando que a cada dia aumenta o grau de dependência e conexão dos indivíduos com a tecnologia e com a *internet*, cujo comportamento, como já demonstrado, encontra-se suscetível, por tal razão, de manipulação, há de se convir que essa participação de forma livre e igualitária se encontra cada vez mais ameaçada e o domínio da rede por plataformas cada vez mais poderosas representa um grande perigo, inclusive para o regime democrático. Nesse sentido, mais uma vez, o escândalo envolvendo a Cambridge Analytica e o Facebook é emblemático.

Como adverte Tim Wu, empresas que lidam diretamente com informação como negócio principal nunca podem ser encaradas como “normais”, pois não lidam com qualquer tipo de mercadoria⁶². Assim, “atrás de cada tirania ou genocídio há uma parceria silenciosa com algum tipo de mídia de massa”⁶³. Não obstante, a concorrência tem sido uma exceção na “indústria da informação” no decorrer da história, ao passo que o monopólio é a regra. Para ele, com a internet não tem sido diferente:

⁶¹ *Ibid.*, p. 148-149.

⁶² WU, Tim. **Impérios da comunicação**. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. Livro eletrônico.

⁶³ *Ibidem*.

A despeito de toda sua suposta singularidade, a internet se mostra, como qualquer rede de comunicação, sujeita à economia da rede, e sua eficiência se relaciona naturalmente ao controle centralizado. A economia de escala, artigo de ponta no século XX, já está fazendo sua parte neste século.⁶⁴

Destarte, esta tendência ao fechamento de mercado e à formação de monopólios, sempre voltados à otimização de resultados e lucros, observada no decorrer do processo histórico de desenvolvimento dos meios de comunicação, aliados a *big data*, inteligência artificial, *internet* das coisas, dentre outras disruptivas inovações, faz com que o poder se concentre cada vez mais nas mãos de cada vez menos sujeitos, exacerbando a já mencionada separação entre poder e política. Nessa linha, novamente com Zubboff:

Os novos instrumentos internacionais de mudança comportamental representam uma nova era reacionária na qual o capital é autônomo e os indivíduos são heterônomos; a própria possibilidade de um florescimento democrático e humano exigiria o oposto. Esse sinistro paradoxo está no coração do capitalismo de vigilância: uma economia de novo tipo que nos reinventa pelo prisma de seu próprio poder e de seus meios de mudança comportamental. Qual é esse novo poder e como ele está transformando a natureza humana em nome de suas certezas lucrativas?⁶⁵

Concluindo, a partir da reflexão acerca da obra Admirável mundo novo, de Aldous Huxley, bem como do escândalo retratado no documentário Privacidade Hackeada, da Netflix, identificou-se uma assustadora relação de similitude entre fato e ficção. Com a revolução da *internet*, o comportamento humano se encontra cada vez mais suscetível de manipulação, com o comprometimento da ideia tradicional de autonomia.

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ ZUBBOFF, Shoshana. **Um capitalismo de vigilância**. Le monde diplomatique Brasil. São Paulo: 03/01/2019. Disponível em: <<https://diplomatique.org.br/um-capitalismo-de-vigilancia/>>. Acesso em: 31/01/2020.

A comodidade proporcionada pela tecnologia não tem o condão de aplacar a incerteza, insegurança e falta de garantia que incomodam a sociedade, gerados, sobretudo, pela falda de liberdade e crescente desigualdade.

O Estado (Liberal) de Direito que, por conta de seus problemas genéticos, sempre conviveu com esse contraponto entre igualdade e liberdade, ora se inclinando para uma lado, ora para outro, bem como com os problemas práticos deles decorrentes, sobretudo com a chamada revolução da *internet*, de forma ainda mais ostensiva não consegue dar conta dos velhos e muito menos dos novos problemas.

A resolução (ou não) dos problemas do cotidiano passa então às mãos do mercado, cujo poder tem aumentado exponencialmente, mormente com a ascensão das corporações voltadas à captação, armazenamento e processamento de informações, alargando, com o absentéismo estatal, o abismo já existente entre poder e política.

Esse capitalismo de vigilância, na expressão de Shoshana Zubboff⁶⁶, caracterizado pela criação de mecanismos preditivos e pela manipulação real de comportamentos humanos inaugura uma nova fase na história, na qual se identifica o risco à autonomia do sujeito, tanto privada quanto pública e, nesta última vertente, à própria democracia.

Foi o que se constatou no caso retratado pelo documentário Privacidade Hackeada, em que o Facebook haveria negociado as informações fornecidas pelos usuários, de forma não consentida e para fins diversos dos pretendidos ou cogitados pelos titulares à Cambridge Analytica, que teria feito uso dessa enorme quantidade de dados para o desenvolvimento do perfil psicográfico dos indivíduos atingidos, a fim de prever estatisticamente seu posicionamento político e, conseqüentemente, sua decisão no pleito eleitoral.

⁶⁶ Ibid.

Com essa capacidade de previsão, entram em cena as estratégias de manipulação dos comportamentos, tendo aqui se destacado a dinâmica de proliferação da desinformação.

Asseverou-se que a desinformação possui efeitos nocivos para a democracia, cujo combate passaria pela criação de uma cultura de capacitação dos envolvidos, a qual, por sua vez, demandaria a compreensão desse processo de difusão das informações aliada ao consumo crítico da informação e à melhoria da própria educação.

Por fim, não se pode deixar de frisar o imprescindível papel do Estado não apenas de garantidor da livre manifestação do pensamento, mas também de promotor da igualdade comunicativa entre aqueles que dialogam na arena pública, na qual não se pode deixar de incluir a *internet*, a fim de viabilizar o efetivo direito ao dissenso, de forma igualitária, dinâmica e plural, resguardada tanto em face do poder econômico quanto do político.

Ainda que a tecnologia tenha sido capaz de melhorar a qualidade de vida dos seres humanos e, no que se refere especificamente à *internet*, viabilize o fluxo de informações, estando diretamente ligada hodiernamente à liberdade de manifestação do pensamento, seu uso abusivo não pode ser admitido, tal como ocorre com a prática da desinformação e da utilização de mecanismos preditivos voltados à manipulação de comportamentos.

Toda e qualquer tecnologia não pode se apresentar como entrave à fruição de outros direitos e garantias fundamentais ou ameaça ao próprio regime democrático. Eis o grande desafio, nesses períodos de interregno, como bem resume, mais uma vez Jose Luis Bolzan de Moraes: “fazer valer as velhas garantias e incorporar os novos dilemas ao e no Estado (Liberal) de Direito”⁶⁷.

⁶⁷ BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **O estado de direito “confrontado” pela “revolução da internet”!**. Revista eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS, v. 13, n. 3, p. 873-903, dez. 2018. ISSN 1981-3694. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/33021>>. Acesso em: 31/01/2020. Doi: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369433021>.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, ZYGMUNT. **Em busca da política**. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. Livro eletrônico.

BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. **Estado de crise**. Rio de Janeiro: Zahar, 2015. Livro eletrônico.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; MENEZES NETO, Elias Jacob. **Análises computacionais preditivas como um novo biopoder: modificações do tempo na sociedade dos sensores**. Revista novos estudos jurídicos – eletrônica, vol. 245, n. 3, set-dez de 2018. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13769>>. Acesso em: 31/01/2020.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **O estado de direito “confrontado” pela “revolução da internet”!**. Revista eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS, v. 13, n. 3, p. 873-903, dez. 2018. ISSN 1981-3694. Disponível em: <<https://periódicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/33021>>. Acesso em: 31/01/2020. Doi: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369433021>.

BRUNO, Fernanda; ROQUE, Tatiana. A ponta de um *iceberg* de desconfiança. In *Pós-verdade e fake news: reflexões sobre a guerra de narrativas*. Organizadora: Mariana Barbosa. Cobogó, 2020. Livro eletrônico.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: edições Almedina, 2003. 1522 p.

CANZIAN, Fernando; MENA, Fernanda; ALMEIDA, Lalo de. **Super-ricos no Brasil lideram concentração de renda global**. Folha de São Paulo. São Paulo: 19/08/2019. Disponível em: <<https://temas.folha.uol.com.br/desigualdade-global/brasil/super-ricos-no-brasil-lideram-concentracao--de-renda-global.shtml>>. Acesso em: 31/01/2020.

LEXICO. English Oxford Dictionary. Disponível em: <<https://en.oxforddictionaries.com/definition/post-truth>>. Acesso em: 27/07/2018.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens: uma breve história da humanidade**. Porto Alegre: L&PM, 2015. Livro eletrônico.

HUXLEY, Aldous. **Admirável mundo novo**. 22^a ed. São Paulo: Globo, 2014. Livro eletrônico.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Nuevos horizontes de los derechos humanos: la crisis de la modernidad jurídica en la sociedad tecnológica**. Revista de direitos e garantias fundamentais, v. 19, n. 3, p. 11-46. Set./dez. 2018.

LAPOWSKY, Issie. **One man's obsessive fight to reclaim his Cambridge Analytica Data**. Wired. Boone: 25/01/2019. Disponível em: <<https://wired.com/story/one-mans-obsessive-fight-to-reclaim-his-cambridge-analytica-data/>>. Acesso em: 31/01/2020.

LASSALE, José María. **Ciberleviatán**. Barcelona: Arpa, 2019, 170 p.

LAZER, David M. J., *et al.* **The science of fake news**. Science 359 (6380), 1094-1096. DOI: 10.1126/science.aa02998. 2018. Disponível em: <<http://science.sciencemag.org/content/359/6380/1094>>. Acesso em: 16/07/2018.

LÔBO, Edilene; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **New technologies and the current communications model in the 2018 brazilian elections**. Revista novos estudos jurídicos – eletrônica, vol. 24, n. 3, set-dez de 2019. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/15532>>. Acesso em: 15/07/2020.

LYOTARD, Jean-François. **O pós-moderno**. 3^a ed. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1988. 123 p.

MENEZES NETO, Elias Jacob. **Surveillance, democracia e direitos humanos: os limites do Estado na era do big data**. Tese (Doutorado em Direito) apresentada junto ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2016. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/5530/Elias+Jacob+de+Menezes+Neto_.pdf>:-

jsessionid=DA50FF1CAE4EBBCAFECE431B7D928134?sequence=1>.
Acesso em 31/01/2020. 293 p.

MILL, John Stuart. Sobre a liberdade. Porto Alegre: L&PM. 2016.
Livro eletrônico.

ORWELL, George. **1984**. 29^a ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2004. 301 p.

PRIOLLI, Gabriel. **A era da pós-verdade**. Carta capital. São Paulo: 13/01/2017. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/revista/933/a-era-da-pos-verdade>>. Acesso em: 19/04/2018.

Privacidade Hackeada. Jehane Noujaim e Karim Amer (produtores e diretores). Documentário em *streaming*. Netflix: 24 de julho de 2019. Col. 1h 54min.

RIFKIN, Jeremy. **Sociedade com custo marginal zero**. São Paulo: M. Books, 2016, 400p.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**. 2^a ed. Belo Horizonte: 2016. 375 p.

SARMENTO, Daniel. Livres e iguais. Rio de Janeiro: editora Lumen Juris, 2006. 308 p.

SUNSTEIN, Cass. **A verdade sobre os boatos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. 139 p.

ZUBBOFF, Shoshana. **Um capitalismo de vigilância**. Le monde diplomatique Brasil. São Paulo: 03/01/2019. Disponível em: <<https://diplomatie.org.br/um-capitalismo-de-vigilancia/>>. Acesso em: 31/01/2020.

WARDLE, Claire; DERAKHSHAN, Hossein. **Information disorder: toward an interdisciplinary framework**. Disponível em: <https://firstdraftnews.org/coe-report/>. Acesso em: 31/07/2018.

WU, Tim. **Impérios da comunicação**. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.
Livro eletrônico.

MOVIMENTOS SOCIAIS EM REDE: POR UMA SOCIEDADE MAIS DEMOCRÁTICA

NETWORK SOCIAL MOVEMENTS: FOR A MORE DEMOCRATIC SOCIETY

Rodrigo Santos Neves¹

SUMÁRIO: 1. Colocação do tema – 2. A esfera pública em Habermas como pressuposto de legitimação democrática – 3. Os movimentos sociais em rede: a chance da democracia participativa – 4. Desafios à democracia digital – 5. Considerações finais

RESUMO: Este artigo visa investigar como o uso das novas tecnologias de comunicação, em especial as redes sociais, podem incrementar a democracia, com a participação popular. Para tanto, foi utilizado o conceito de esfera pública de Habermas, para tratar da legitimação do poder. Foram apresentadas as formas de atuação dos movimentos sociais e possíveis formas de utilização de tecnologias da informação para aprimorar a participação popular, bem como os entraves à democracia digital. Com as reflexões feitas, concluiu-se que as tecnologias da informação podem ajudar a dar maior efetividade à democracia participativa, mas que a tecnologia deve ser vista como um instrumento e não como solução final.

Palavras-chave: Esfera pública – democracia participativa – tecnologia – redes sociais.

¹ Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV – ES; Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Candido Mendes – RJ; Professor Adjunto de Direito Público da Faculdade Municipal de Linhares – Faceli; Membro associado efetivo da Academia Brasileira de Direito Civil; Ex-Vice-Presidente da Comissão de Advogados Públicos da OAB-ES; Procurador Municipal; Advogado Militante no ES.

ABSTRACT: This article aims to investigate how the use of new communication technologies, especially social networks, can increase democracy, with popular participation. For this, Habermas' concept of public sphere was used to address the legitimation of power. Ways of action by social movements and possible ways of using information technologies were presented to improve popular participation, as well as barriers to digital democracy. With the reflections made, it was concluded that information technologies can help to make participatory democracy more effective, but that technology should be seen as an instrument and not as a final solution.

Keywords: Public sphere – participatory democracy – technology – social networks.

COLOCAÇÃO DO TEMA

A legitimação do poder é um tema recorrente, em especial quando se trata de democracia. É verdade que pode se partir da premissa de que os cidadãos devem respeitar as determinações governamentais, porque elas são fruto do governo do povo, como uma auto regulação da sociedade. Mas é realmente clara a ideia de que cada indivíduo tenha feito parte da vontade política que determinou aquela ordem?

Diante dos problemas que se apresentam no sistema de representação política, é extremamente importante a atuação ativa do cidadão no processo político, para que haja um controle maior da atuação dos representantes, bem como da disseminação do sentimento de partícipe do processo político e de tomada de decisões.

É nesse contexto que os movimentos ou movimentações sociais ganham importância, como mecanismos de pressão sobre os representantes e como forma de sensibilização dos representados nesse processo de empoderamento social.

O problema que se coloca é se as novas tecnologias de comunicação podem contribuir para o incremento da atuação dos movimentos sociais e do próprio cidadão no processo político e na tomada de decisões.

A partir do conceito de esfera pública de Habermas foi discutido o papel dos movimentos sociais nesse processo de empoderamento do cidadão no processo político, por meio de uma pesquisa bibliográfica, que relacionou a atuação dos movimentos sociais e o uso da internet em suas atividades, utilizando o método analítico-descritivo.

A ESFERA PÚBLICA EM HABERMAS E A FRAGILIDADE DO SISTEMA REPRESENTATIVO

Um tema que deve sempre ser discutido é o aperfeiçoamento da democracia, com o objetivo de se demonstrar a legitimação do poder. Não se pode falar em democracia sem se abordar o papel do cidadão no processo político. A ideia de esfera pública construída por Habermas ganha importância para a legitimação do discurso político. Segundo o autor, “a esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões”.²

Não se trata de uma instituição ou uma organização, mas é um espaço em que ideias são debatidas e enfeixadas em opiniões públicas, que se formam por meio do agir comunicativo. Trata-se de uma estrutura comunicacional que facilita a tomada de decisões, que independem da organização estatal. As opiniões públicas formuladas no contexto de uma esfera pública influenciam e dão legitimidade ao sistema político.³

A questão da legitimidade é fundamental em um Estado democrático de direito, tendo em vista que antes do Constitucionalismo moderno, a legitimação do soberano se baseava na metafísica, a partir de conceitos religiosos e morais. Com a modernidade, a busca pela racionalidade fez com que fosse repensada a legitimação do

² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebenichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. V. 2, p. 92.

³ *Ibid.*, p. 94.

poder, em que não mais se admitiria privilégios sem nenhuma justificação racional.⁴

A democracia pode ser concebida como o governo do povo. Mas o que seria isso? Michel Rosenfeld, ao analisar “a identidade do sujeito constitucional”⁵, apresenta uma questão interessante. No preâmbulo da Constituição americana de 1787 aparece a expressão “Nós, o Povo”. Quem seria o povo que governa? Adverte o autor que a referida expressão, aparentemente, envolve todos os constituintes e a sociedade sobre a qual a constituição se aplicaria: governantes e governados, que constituem o corpo político apresentado por Rousseau.⁶ No entanto, quando vista mais de perto, aquela unidade se fragmenta. Isso ocorre porque o distanciamento econômico e social entre os constituintes e aqueles sujeitos à Constituição era enorme. Enquanto estes eram pobres, negros e mulheres, aqueles eram homens brancos e proprietários, que não representavam os interesses da sociedade.⁷ Mas para se alcançar a democracia de forma factível, foi instituído o modelo de democracia representativa, com

⁴ “A ideia do Estado de direito tinha, neste contexto, um sentido de crítica do poder, voltada que estava a descobrir a contradição embutida nas próprias ordens jurídicas estabelecidas: os privilégios não justificados normativamente, concedidos a interesses com força para impor-se, podem ser camuflados nas formas do poder legal. Nesta linha, o direito racional denuncia a contradição entre o direito, tomado como forma de organização de qualquer tipo de poder do Estado, capaz de afirmar-se faticamente, e o direito tomado como condição de legitimidade daquela ordem de poder que se apoia na autoridade de leis justificadas”. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. V. 2, p. 184.

⁵ O autor adverte que não se deve personificar o sujeito constitucional. Portanto, este sujeito não são os constituintes, nem os intérpretes da Constitucionais, nem os cidadãos, que se sujeitam ao texto. Mas, na verdade, todos fazer parte deste sujeito. Nas palavras do autor: “Nem os constituintes, nem os intérpretes da Constituição, nem os que se encontram sujeitos às suas prescrições são propriamente o sujeito constitucional. Todos eles formam parte do sujeito constitucional e pertencem a ele, mas o sujeito constitucional enquanto tal só pode ser apreendido mediante expressões de sua auto-identidade no discurso intersubjetivo que vincula todos os atores humanos que estão e serão reunidos pelo mesmo conjunto de normas constitucionais.” ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Madamentos, 2003, p. 40-41.

⁶ *Ibid.*, p. 23. O autor continua: “Em suma, quando se enfoca ‘Nós, o Povo’ em abstrato, considerando-o como uma unidade envolvente a compreender o constituinte e o cidadão sujeito à Constituição, parece possível superar as exasperantes dificuldades decorrentes do “quem” e do “o que” o sujeito e a matéria constitucionais envolvem”. *Ibid.*, p. 24.

⁷ Vale ressaltar que quando foi criada a Constituição americana somente homens (brancos) podiam votar. Certa de 50% da população americana era composta por mulheres e 24% era de negros, muitos destes escravos. *Ibid.*, p. 24.

a eleição de representantes do povo, para que o corpo político pudesse funcionar.⁸

Porém a democracia representativa não traz resultados satisfatórios. Ela se apresenta como uma forma de dominação das elites políticas, com o único objetivo de manter o *status quo* de dominação e de sujeição ao poder.⁹ Esse *efeito aristocrático*¹⁰ pode colocar em questão a própria legitimidade do sistema político.

A democracia representativa pode provocar dois fenômenos que, embora distintos, estão relacionados: a) a formação da figura do cidadão episódico; e b) o cidadão alheio ao processo político. No primeiro caso, o cidadão percebe a sua posição apenas no período eleitoral, com sorte escolhe os seus candidatos a partir de suas preferências pessoais, por simpatia ou por aversão aos outros candidatos. No segundo caso, há uma letargia do cidadão a respeito do processo político. Este indivíduo sequer conhece as funções para as quais os cargos eletivos existem. Em muitos casos esse eleitor nem comparece às urnas para exercer o seu direito de voto.¹¹

Além disso, há que se considerar o conceito de *democracia delegativa*, desenvolvido por Guillermo O'Donnell. Segundo o autor, esta ideia ocorre quando o candidato vencedor de uma eleição presiden-

⁸ Veja a respeito SILVA, Adriana Campos; MORAES, Ricardo Manoel de Oliveira. Governo representativo e crise do direito democrático: A confusão entre “democrático” e o “eleitoral”. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 120, jan./jun. 2020, p. 24 e seguintes.

⁹ “A democracia representativa é uma forma de dominação da elite hegemônica, para desfrutar o poder em proveito próprio”. BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 54

¹⁰ “O governo representativo faz com que surja uma espécie de hierarquia entre dois tipos de cidadania: a política, que é aquela cujos cidadãos irão verdadeiramente deliberar e decidir sobre os assuntos políticos, e a cidadania civil, que assegura o direito de escolher os detentores da cidadania política e, eventualmente, opinar em referendos e plebiscitos”. SILVA, Adriana Campos; MORAES, Ricardo Manoel de Oliveira. Governo representativo e crise do direito democrático: A confusão entre “democrático” e o “eleitoral”. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 120, jan./jun. 2020, p. 34.

¹¹ A título de exemplo, nas eleições presidenciais de 2018 no Brasil, no segundo turno apenas 78,7% dos eleitores aptos a votar compareceram às urnas. Considerando que o voto no Brasil é obrigatório, uma abstenção de quase 12% dos eleitores parece ser elevada. Isso demonstra uma apatia política de uma parcela considerável da população. Veja: BRASIL. **Tribunal Superior Eleitoral**. Eleições 2018: Justiça Eleitoral conclui totalização dos votos do segundo turno. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Octubro/eleicoes-2018-justica-eleitoral-conclui-totalizacao-dos-votos-do-segundoturno>>. Acesso em: 08 maio 2020.

cial fica autorizado, segundo as circunstâncias e a relação entre o governo e as instituições, a governar como bem lhe aprouver durante o seu mandato.¹² Neste contexto, o governante se isola das instituições políticas e dos interesses sociais organizados para desenvolver as “suas políticas públicas”. Nesse governo de salvadores, a tecnocracia impera, em detrimento da democracia, ao ponto de o autor colocar em dúvida se isso realmente pode representar uma forma de democracia ou de um governo autoritário, marcado por medidas imediatistas impostas por decretos (ou medidas provisórias) que possuem pouca possibilidade de se consolidarem, tendo em vista a necessidade de confirmação do Poder Legislativo, que é menosprezado (e desprezado) no momento da formulação das políticas públicas, bem como durante a sua execução.¹³

Portanto, a criação de formas de participação popular e a difusão deste tema na consciência popular, bem como o fortalecimento de mecanismos de prestação de contas (*accountability*) podem ajudar a consolidar a democracia em um país marcado pela fragilidade institucional.

OS MOVIMENTOS SOCIAIS EM REDE: A CHANCE DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

O distanciamento do cidadão em relação aos assuntos políticos aumenta, ainda mais, com as notícias de corrupção¹⁴, que esgotam os

¹² Cf. O'DONNELL, Guillermo. Democracia delegativa? **Novos estudos**, São Paulo, n. 31, out. 1991, p. 30.

¹³ “(...) as democracias consolidadas são lentas na tomada de decisões. Mas uma vez que essas decisões são tomadas, é provável que elas sejam implementadas. Nos casos que aqui me preocupam, ao contrário, assistimos a um frenesi decisional: um espantoso número de decisões tomadas rapidamente (*decretismo*). Mas, pelo fato de serem tomadas unilateralmente ao mesmo tempo em que atingem interesses importantes e politicamente mobilizados, essas decisões provavelmente não serão implementadas. No meio de uma séria crise e de uma crescente impaciência popular, esse estilo de elaboração de políticas leva a novas séries de decisões, as quais, devido ao aprendizado que muitos setores fizeram ao resistir às decisões anteriores, têm uma probabilidade ainda menor de serem implementadas”. O'DONNELL, Guillermo. Democracia delegativa? **Novos estudos**, São Paulo, n. 31, out. 1991, p. 38.

¹⁴ “A confiança reduzida que vem com a extensa corrupção pode servir para diminuir a participação democrática, deixando os políticos ainda menos responsáveis perante os cidadãos”. FISMAN, Ray; GOLDEN, Miriam. **Corruption: what everyone needs to know**. Nova Iorque: Oxford University, 2017, p. 101.

recursos públicos, os quais deveriam ser utilizados para o desenvolvimento da nação e para a concretização de direitos fundamentais.

No entanto, este sentimento de abandono por parte do poder público, de esquecimento estatal em relação às necessidades da sociedade, pode provocar uma reação dos cidadãos no sentido de buscar, eles mesmos, mudanças no cenário político.¹⁵

Os movimentos sociais podem representar uma alternativa para que os cidadãos tomem para si uma postura ativa no processo político, sem necessitar diretamente das instituições estatais e, ao mesmo tempo, se tornarem protagonistas da democracia. Ganha importância a utilização da internet como mecanismo de comunicação de massa, para viabilizar a conexão dos cidadãos e, por conseguinte, a criação de *esferas públicas em rede*. Embora haja contextos históricos e sociais diversos, há características que são comuns a estes movimentos e que foram analisados por Manuel Castells.¹⁶

Para a articulação desta atividade política o uso da internet de telefonia móvel é fundamental, mas a forma de conexão se dá de múltiplas maneiras, como redes sociais, blogs, cartazes, fórum de discussões, redes já existentes e outras que são criadas durante o movimento, além do corpo a corpo que ocorre com as ocupações de vias públicas e praças. Tais movimentos adquiriram um espaço permanente na internet.¹⁷

Esse mecanismo dá algumas vantagens a estes movimentos. Dentre eles, podem-se citar que os múltiplos núcleos de deliberação e a ausência de uma central de comando, embora se mantenham

¹⁵ "A conjunção de degradação das condições materiais de vida e crise de legitimidade dos governantes encarregados de conduzir os assuntos públicos leva as pessoas a tomar as coisas em suas próprias mãos, envolvendo-se na ação coletiva fora dos canais institucionais prescritos para defender suas demandas e, no final, mudar os governantes e até as regras que moldam suas vidas". CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança**: movimentos sociais na era da internet. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 127.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ "São conectados em rede de múltiplas formas. O uso das redes de comunicação da internet e dos telefones celulares é essencial, mas a forma de conectar-se em rede é multimodal. Inclui redes sociais on-line e off-line, assim como redes preexistentes e outras formadas durante as ações do movimento. (...) Embora os movimentos tenham em geral sua base no espaço urbano, mediante ocupações e manifestações de rua, sua existência contínua tem lugar no espaço livre da internet". Ibid., p. 129.

coordenações do movimento. Isso aumenta a participação dos seus integrantes. Além disso, há uma redução da vulnerabilidade do movimento, uma vez que os seus adversários não conseguem um lugar específico para concentrarem uma eventual repressão, exceto nos locais ocupados fisicamente, como ruas e praças. Com isso, o movimento consegue se reconstruir rapidamente.¹⁸

O movimento social, embora seja iniciado na internet, só ganha forma de movimento mesmo quando também ocupa espaços físicos. A este misto de espaço cibernético e espaço urbano Manuel Castells denomina de *espaço de autonomia*.¹⁹ A autonomia que a internet proporciona pela mobilidade do movimento e proteção dos participantes, que precisa ser complementada pelo desafio de ganhar as ruas, para não se tornar numa retirada. Este desafio é complementado pela flexibilidade da rede, que garante uma base permanente de discussões e reivindicações, para não ser interrompido pelas forças contrárias ao movimento.

Outra característica interessante é que esses movimentos são ao mesmo tempo locais e globais, tendo em vista que possuem contexto e motivo próprios, criam suas redes e espaços públicos, mas ao se conectarem à internet, passam a ter visibilidade mundial, o que lhes possibilita um intercâmbio de informações e experiências com outros movimentos ao redor do Globo.²⁰ Nas palavras de Jose Luis Bolzan de Moraes e Edilene Lôbo:

A expansão da participação popular por meio das redes sociais na internet dá uma nova cara à democracia a partir da instantaneidade da

¹⁸ Ibid., p. 129.

¹⁹ Ibid., p. 130.

²⁰ “Os movimentos são simultaneamente locais e globais. Começam em contextos específicos, por motivos próprios, constituem suas próprias redes e constroem seu espaço público ao ocupar o espaço urbano e se conectar às redes da internet. Mas também são globais, pois estão conectados com o mundo inteiro, aprendem com suas experiências e, de fato, muitas vezes são estimulados por essas experiências a se envolver em sua própria mobilização. Além disso mantêm um debate contínuo na internet e algumas vezes convocam a participação conjunta e simultânea em manifestações globais numa rede de espaços locais”. CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança**: movimentos sociais na era da internet. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 130.

circulação da informação, a supressão das barreiras físicas e a sensação de colaboração direta com os representantes políticos.²¹

Segundo Castells, esses movimentos em rede expressam uma profunda consciência de interligação entre os problemas da humanidade, a partir de uma cultura cosmopolita, apesar de sua identidade cultural.²² Assim, grupos de diversas partes do mundo são contagiados pela esperança de mudanças reais em sua respectiva sociedade.²³ Aqui o autor se refere especificamente ao poder das mensagens veiculadas pela rede, que conecta as pessoas, pelo sentimento que as imagens provocam.

Os movimentos sociais geralmente não são pragmáticos, tendo em vista que não gozam de objetivos específicos. Isso dá força de atração ao movimento, por abarcar várias demandas simultaneamente, mas, por outro lado, impossibilita que se realize concretamente algo, por falta de objetivos específicos.²⁴ Por esta razão, tais movimentos se voltam a mudanças de valores na sociedade e como movimentos de opinião pública.²⁵

Para Manuel Castells os movimentos sociais propõem, por sua forma descentralizada de tomada de decisões, uma utopia de democracia deliberativa direta, que pode ser factível por meio da democracia em rede.²⁶

O engajamento político que ocorre nesta manifestação de democracia digital pode se dar das seguintes maneiras: a) mo-

²¹ BOLZAN DE MORAIS, José Luis; LOBO, Edilene. Las nuevas tecnologías y el actual modelo comunicacional en las elecciones brasileñas de 2018. In: **JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de (Coord.). Constitucionalismo: Un modelo jurídico para la sociedad global**. Navarra: Aranzadi, 2019, p. 467.

²² CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 130.

²³ “Em termos de gênese, esses movimentos são amplamente *espontâneos em sua origem, geralmente desencadeados por uma centelha de indignação*, seja relacionada a um evento específico, seja a um acesso de aversão pelas ações dos governantes (...). Os movimentos são virais (...). Ver e ouvir protestos em algum outro lugar, mesmo que em contextos distantes e culturas diferentes, inspira a mobilização, porque desencadeia a *esperança* da possibilidade de mudança”. Ibid., p. 130-131)

²⁴ Ibid., p. 133.

²⁵ Ibid., p. 133.

²⁶ Ibid., p. 133.

bilização eleitoral; b) ativismo social; c) jornalismo cidadão; e d) transparência.²⁷

As movimentações sociais têm se mostrado eficientes em promover discussões de assuntos políticos, suscitar no seu meio novas lideranças e atores políticos, bem como influenciar os seus participantes e simpatizantes. Ganha especial relevância as movimentações sociais que se utilizam de meios tecnológicos para alcançar os seus objetivos. As relações que ocorrem com frequência entre os movimentos sociais e os processos eleitorais é chamado de *confronto eleitoral* por Doug McAdam e Sidney Tarrow.²⁸ A primeira forma de confronto eleitoral apresentada pelos autores é o movimento social, como alternativa não institucionalizada de democracia, se inserir em partidos políticos (ou criar o seu próprio) para disputar as eleições e, em um sistema proporcional como o brasileiro, atuar na base de um governo de coalizão.²⁹ Mas, mesmo no sistema eleitoral americano, em que há a predominância de dois partidos apenas, percebe-se a interferência dos movimentos sociais no processo eleitoral.³⁰

A *mobilização eleitoral ativa* é o meio pelo qual se percebe ações de movimentos ou movimentações sociais em relação a uma campanha eleitoral.³¹ O movimento percebe que a eleição de determinado candidato pode representar uma ameaça ou um avanço em relação aos interesses daquele grupo. Essa possibilidade justifica a atuação proativa do movimento. A atividade proativa em campanhas eleitorais pode chegar ao ponto de se lançarem candidatos próprios da

²⁷ MAGRANI, Eduardo. **Democracia conectada**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 64.

²⁸ "Por confronto eleitoral, entendemos o conjunto de relações recorrentes entre movimentos e eleições que definem a dinâmica dos movimentos e o resultado das eleições". MCADAM, Doug; TARROW, Sidney. Movimentos sociais e eleições: por uma compreensão mais ampla do contexto político da contestação. **Sociologias**, Porto Alegre, v. 13, n. 28, dez. 2011, p. 24.

²⁹ "(...) partidos políticos com raízes em movimentos sociais podem exercer uma influência considerável na política interna. Isso é especialmente verdade em um sistema político com base na representação proporcional; ou seja, em um sistema multipartidário, no qual nenhum partido detém a maioria das cadeiras legislativas, mesmo um partido pequeno tem a sua importância, como um possível parceiro em um governo de coalizão". *Ibid.*, p. 25.

³⁰ *Ibid.*, p. 26.

³¹ "A mobilização eleitoral proativa ocorre quando grupos de movimentos tornam-se mais ativos no contexto de uma campanha eleitoral". *Ibid.*, p. 27.

movimentação social, quando mobilização eleitoral passará a ser uma *opção eleitoral*³², conforme descrito acima.

Na *mobilização eleitoral reativa* ocorre uma contestação de movimentos sociais quanto ao resultado das eleições. Essas mobilizações são mais comuns em países não democráticos, onde há histórico de fraudes eleitorais e intimidação de eleitores. Um pouco disso se percebe no Brasil, desde as eleições de 2018, quando foi eleito à Presidência da República Jair Bolsonaro, com a continuidade do uso da “#elenão”, e desde o início do ano de 2019 o prenúncio das eleições de 2022, além muitos pedidos de Impeachment contra o atual Chefe do Poder Executivo.

Os *regimes eleitorais*³³ também interferem na mobilização social, em especial no que se refere à atuação dos movimentos sociais. Em outras palavras, a depender da relação entre os poderes constituídos e os movimentos sociais, estes sofrerão uma ampliação ou redução em suas atividades.³⁴

Perceba-se que todas essas formas de interferências no processo eleitoral podem ser otimizadas com a utilização de ferramentas digitais, como redes sociais, blogs, fórum de discussões, para o debate de temas, organizar reuniões etc.

No que se refere ao *ativismo social*, percebe-se o importante papel desempenhado pelos movimentos ou movimentações sociais, com o enfrentamento de temas relevantes, a apresentação de demandas sociais para que sejam pautadas nas esferas de poder, de forma a viabilizar que a sociedade seja ouvida por aqueles que de-

³² Ibid., p. 28.

³³ Entende-se por regime eleitoral um período de tempo em que determinado grupo político permanece no poder. Sobre o tema veja: MCADAM, Doug; TARROW, Sidney. Movimentos sociais e eleições: por uma compreensão mais ampla do contexto político da contestação. *Sociologias*, Porto Alegre, v. 13, n. 28, dez. 2011, p. 29. Isto se percebe no Brasil com uma mudança no panorama (crescimento) dos movimentos sociais durante o governo do Partido dos Trabalhadores (2003-2016).

³⁴ “O golpe parlamentar de 2016, resultado de um processo de redefinição no bloco de poder no Estado brasileiro, desintegrou o pacto de classes *lulista*, esvaziando os vínculos institucionais com os movimentos sociais, impondo uma agenda política antipopular, não aprovada nas urnas, e voltada para os interesses dos setores neoliberais hegemônicos pelo capital financeiro”. SANTOS, Thiago Araújo. Lulismo e movimentos sociais: uma reflexão a partir da articulação no semiárido brasileiro (Asa Brasil), 2003-2017. *Revista pegada*, Presidente Prudente, v. 19, n. 3, set./dez. 2018, p. 115.

têm o poder. Um exemplo no Brasil foram as *Jornadas de Junho*, caracterizadas por uma série de manifestações que ocorreram no mês de junho de 2013, lideradas pelo Movimento Passe Livre (MPL), com a participação de outros grupos como os *Black Blocs* e *Anonymous*, contra o aumento das passagens de transportes públicos na cidade de São Paulo, mas que se espalhou pelo país, em mais de 120 cidades, reunindo mais de 1,5 milhão de pessoas.³⁵

O *jornalismo cidadão* pode ser compreendido como a atuação do cidadão comum no sentido de estar atento aos acontecimentos ao seu redor, para identificar problemas e informar às autoridades competentes e, até mesmo, à imprensa, por meio das redes sociais. É comum nos dias atuais se verificar a exibição em grandes veículos de comunicação e vídeos enviados (ou postados) pelos telespectadores, que tenham registrado algum acontecimento de interesse geral, uma denúncia, de forma que a sociedade tenha acesso àquele fato.³⁶

É uma forma da sociedade ter olhos em todos os lugares.³⁷ Não é factível que o Estado esteja em todos os lugares, mas, com tais atitudes, torna-se viável identificar e responsabilizar os infratores da lei com a ajuda da própria população.

Outro ponto interessante da democracia digital é a *transparência* das ações governamentais. Diante dos avanços dos meios de comunicação, em especial, os relacionados à internet, é possível dar

³⁵ Sobre o histórico destas manifestações veja: SANTO, Maíra Ouriveis do Espírito; DINIZ, Eduardo Henrique; RIBEIRO, Manuella Maia. Movimento passe livre e as manifestações de 2013: a internet nas jornadas de junho. In: PINHO, José Antônio G. de. (Org.). **Artefatos digitais para mobilização da sociedade civil**: perspectivas para o avanço da democracia. Salvador: EDUFBA, 2016. Edição Kindle: Posição 1932-2326.

³⁶ “A fotografia digital popularizada, a difusão da banda larga e a enorme aceitação dos Blogs como forma de produção de conteúdos, estão abrindo novas possibilidades de participação com a imagem ocupando lugar de crescente destaque na consolidação do jornalismo cidadão na Internet”. PALACIOS, Marcos; MUNHOZ, Paulo. Fotografia, blogs e jornalismo na internet: oposições, apropriações e simbioses. In: BARBOSA, Suzana (Org.). **Jornalismo digital de terceira geração**. Covilha: Universidade Beira Interior, 2007, p. 67.

³⁷ Em virtude de uma denúncia de irregularidades feita por uma organização social na administração de uma universidade, um reitor eleito não foi nomeado para o cargo pelo Ministério da Educação. Veja: PALHARES, Isabela. MEC deixa de nomear reitor após denúncia do MBL. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 25 abr. 2020. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/educacao/2020/04/mec-deixa-de-nomear-reitor-apos-denuncia-do-mbl.shtml>>. Acesso em 03 jul. 2020.

cada vez mais efetividade ao princípio constitucional da publicidade.³⁸ Duas leis são muito importantes nesse aspecto: a Lei Complementar 131/2009 e a Lei 12.527/2011. A primeira estabelece regras sobre a transparência na gestão de recursos públicos, inclusive com a imposição da Administração Pública para a criação de Portais de Transparência. A segunda é a chamada Lei de Acesso à Informação, que regulamenta a forma de se exercer o direito fundamental à informação, previsto o art. 5º, XXXIII e § 3º, II, do art. 37 da Constituição da República.

Com o acesso a informações sobre a atividade administrativa estatal é possível que a sociedade em geral, os movimentos sociais, as organizações da sociedade civil etc., exerçam o papel de fiscalização sobre os atos da Administração Pública, a aplicação de recursos, para a implementação de políticas públicas voltadas à efetivação de direitos fundamentais, bem como a fiscalização sobre suspeitas de corrupção.

DESAFIOS À DEMOCRACIA DIGITAL

A democracia digital também encontra obstáculos à sua efetivação. Apesar das facilidades que os avanços tecnológicos possibilitam à sociedade contemporânea, não se pode olvidar os problemas que se colocam.

Para Eduardo Magrani, a democracia digital enfrenta os seguintes problemas: a) a exclusão e o analfabetismo digital; b) a falta de cultura de engajamento político *on-line*; e c) a tecnicização do debate.³⁹

Segundo pesquisa do IBGE, divulgada em 2020, no ano de 2018 a população que utiliza a internet chega a 74,7%, sendo que desse número, 91% é composto por jovens entre 20 e 24 anos de idade. O meio mais utilizado para acessar a internet é o telefone celular

³⁸ Cf. Art. 37, *caput*, da Constituição da República (CR/88).

³⁹ Cf. MAGRANI, Eduardo. **Democracia conectada**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 169.

(98,1% dos usuários).⁴⁰ Esta informação por si só já indica uma exclusão de grande parcela da sociedade.

Conforme a mesma pesquisa, 95,7% dos entrevistados utiliza a internet para enviar e receber mensagens de texto, voz e imagens. Isto significa que mesmo para estes que têm acesso a internet, ela tem sido subutilizada, no que se refere ao acesso à informação.

Há que se considerar, portanto, que o simples acesso à internet não significa que esta ferramenta tecnológica tem sido utilizada de forma a buscar informações adequadas e fidedignas, bem como possibilitar que o usuário se mantenha atualizado sobre o processo político da nação. A internet tem múltiplas utilidades e talvez a mais importante seja a de possibilitar a disseminação de informações. Mas, diante dos dados levantados pela pesquisa acima, grande parte dos usuários não têm utilizado a Rede para adquirir mais conhecimento, nem demonstra o domínio das ferramentas tecnológicas para tal finalidade.

Outro entrave à democracia digital é a falta de cultura de engajamento político. No atual sistema de representação política os momentos de participação popular nos assuntos de Estado são raros. O que se percebe é que há baixíssima adesão da sociedade em geral nesses processos institucionais, a exemplo do que ocorre com audiências públicas e consultas públicas, com salas vazias e sem a efetiva participação social.

Em verdade, o cidadão comum, com pouco acesso aos serviços públicos e gozando de uma subcidadania, sente-se alijado do processo político, bem como incapaz de assumir uma posição ativa na política. Em razão disso, este subcidadão não vê outra escolha a não ser se tornar um cliente dos serviços públicos a ele disponíveis.⁴¹

⁴⁰ IBGE. **Acesso à Internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal 2018**. Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101705_informativo.pdf>. Acesso em 28 jun. 2020.

⁴¹ "(...) aqueles grupos historicamente marginalizados do acesso aos bens e serviços, excluídos da participação política e social e, portanto, alijados de sua cidadania, permanecem clientes passivos, compradores e consumidores". BORGES, Jussara; JAMBEIRO, Othon. Evolução do uso da internet na participação política de organizações da sociedade civil. In: PINHO, José Antônio G. de. (Org.).

Essa desigualdade se reproduz na atividade política *na Web*. Se esse grupo de indivíduos excluídos da atividade política e social no mundo físico é grande, o número é ainda maior quanto às movimentações sociais *on-line*.⁴²

A *tecnicização do debate* é um outro obstáculo à efetivação da democracia digital. Não se defende aqui um governo de especialistas, como sugerido por Platão, de modo a excluir os cidadãos dos rumos do Estado.⁴³ No entanto, a falta de conhecimento, tanto no campo da tecnologia para a utilização das ferramentas tecnológicas disponíveis, como redes sociais, fóruns de debate etc., bem como no que se refere ao conhecimento nas matérias a serem debatidas, dificulta a participação do cidadão comum.

Este problema somente poderá ser contornado com uma capacitação constante da sociedade em geral para a assimilação de conhecimento tecnológico, bem como a facilitação e criação de cursos sobre os temas a serem discutidos.

Além desses problemas já indicados, podem-se somar outros, tais como o controle da internet por grandes corporações, a sobrecarga de informação na internet e os filtros bolha.

Logo que a Rede surgiu, pensava-se que ela seria um espaço de liberdade, um lugar sem os entraves do Estado, em que os indivíduos poderiam se expressar e colaborar uns com os outros ou buscar os seus próprios interesses. No entanto, o que se observou foi que os grandes conglomerados empresariais assumiram o controle da internet, como já aconteceu com os outros meios de comunicação que a antecederam.⁴⁴

Artefatos digitais para mobilização da sociedade civil: perspectivas para avanço da democracia. Salvador: EDUFBA, 2016. Edição Kindle: Posição 1078.

⁴² “Se na participação off-line os indivíduos de grupos socioeconômicos mais baixos apresentam pouco engajamento cívico, menos da metade desses tinham engajamento em participação on-line”. *Ibid.*, Posição 1078.

⁴³ O autor propõe que os assuntos políticos sejam entregues a pessoas que, desde a tenra idade, sejam instruídas para tal finalidade. PLATÃO. **A república**. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 183 e seguintes.

⁴⁴ “Em sua época, cada uma dessas invenções – que deveriam ser o ápice de todas as demais – passou por uma fase de novidade revolucionária e utopismo juvenil: todas iriam mudar nossas vidas, sem

As empresas gigantes da internet, como Google, Facebook, Twitter etc. controlam o fluxo de dados transmitidos na Web, de forma a se demonstrar a ausência de liberdade na rede. A todo instante os indivíduos são monitorados: onde vão, o que fazem, o que pesquisam, o que compram. Os usuários, ao contrário do que se pensava no início do crescimento da internet, não vivem em um espaço de liberdade digital.

Sabe-se que a internet a cada dia possui mais informação. Isto ocorre porque a todo instante a rede é alimentada com mais informações advindas dos próprios usuários. A título de exemplo, basta se fazer uma busca no Google para ver milhões de resultados em uma fração de segundos. Esta *sobrecarga de informação* se apresenta como um problema, porque dificulta a gestão das informações. Em outras palavras, com tanta informação disponível, o usuário fica perdido, sem saber para aonde ir, onde procurar, o que é informação relevante.⁴⁵

Esta dinâmica gera uma *ansiedade de informação*⁴⁶ nos clientes, que sofrem um processo psicológico de se sentirem incapazes de processar tantos dados que lhes são colocados para saberem o que é realmente importante.

Filtros Bolha. As empresas de tecnologia perceberam que com o crescimento do volume de dados que circulava na internet, essas informações deveriam receber um tratamento adequado. Quem con-

dúvida, mas não a natureza de nossa existência. Seja qual for a transformação social que qualquer uma delas possa ter causado, no fim, todas ocuparam seu devido lugar na manutenção da estrutura social em que vivemos, desde a Revolução Industrial. Ou seja, todas se tornaram uma nova indústria altamente centralizada e integrada. Sem exceção, as admiráveis novas tecnologias do século XX – que partiam de uma proposta de uso livre, para o bem de novas invenções e da expressão individual – acabaram se transformando em monstros industriais, nos gigantes da “antiga mídia” do século XX que controlariam o fluxo e a natureza dos conteúdos por razões estritamente comerciais”. WU, Tim. **Impérios da comunicação**: do telefone à internet, da AT&T ao Google. Trad. Cláudio Carina. São Paulo: Zahar, 2010. Edição Kindle: Posição 87-93).

⁴⁵ Cf. MAGRANI, Eduardo. **Democracia conectada**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 115.

⁴⁶ “A ansiedade da informação é produzida pela diferença cada vez maior entre o que entendemos e o que achamos que deveríamos entender. A ansiedade da informação é o buraco negro entre os dados e o conhecimento. Isso acontece quando as informações não nos dizem o que nós queremos saber”. WURMAN, Richard Saul. **Information anxiety 2**. Indianápolis: Que, 2001, p. 14.

seguisse fazer isso ganharia o mercado.⁴⁷ A estratégia utilizada pela Google, por exemplo, é a coleta do máximo de dados possível.⁴⁸ Com estes, é possível traçar um perfil do usuário e entender as suas preferências, a partir dos locais que visita, quais os *links* de sua navegação, quanto tempo o este fica em cada site, de onde ocorre o acesso à internet e assim por diante.⁴⁹

Os filtros bolha podem ser definidos com o uso de algoritmos para possibilitar a filtragem do que seja relevante de forma personalizada, a partir de resultados em uma busca, *feeds* de notícias em redes sociais, a partir de dados coletados na navegação. Isto pode até parecer bom, e até cômodo para os usuários, se se beneficiam de uma busca mais inteligente. No entanto, há um perigo escondido: se os cliques que o usuário dá determina o que lhe será apresentado no futuro, não haverá possibilidade deste conhecer novas opções, novas perspectivas. Seu futuro estará preso no seu passado. Os filtros bolha podem representar uma prisão invisível.⁵⁰

Ainda sobre este tema, por meio de *feeds* de notícias personalizados é possível que as redes sociais exerçam manipulação sobre seus usuários, com o uso de *dark ads*. Trata-se de anúncios de con-

⁴⁷ PARISER, Eli. **O filtro invisível**: o que a internet está escondendo de você. Trad. Diego Alfaro. São Paulo: Zahar, 2012. Edição Kindle: Posição 350.

⁴⁸ “Em 2012, Kosinski – que na época era doutorando na Universidade de Cambridge – criou um questionário de personalidade que se tornou viral no Facebook. A partir desse questionário, ele conseguiu criar perfis detalhados de personalidade para todos que participaram e deu à sua equipe acesso aos perfis do Facebook. Kosinski e sua equipe rapidamente perceberam que eram capazes de avaliar uma pessoa com mais precisão do que um de seus colegas de trabalho, com base apenas em dez curtidas no Facebook”. MCGREGOR, Jay. Why Facebook dark ads aren't going away. **Forbes**, Nova Iorque, 31 jul. 2017. Disponível em: <<https://www.forbes.com/sites/jaymcgregor/2017/07/31/why-facebook-dark-ads-arent-going-away/#734070387bdf>>. Acesso em 01 jul. 2020.

⁴⁹ “Não devemos subestimar a força desses dados: se o Google souber que eu me conectei de Nova York, depois de São Francisco e depois de Nova York outra vez, saberá que sou um viajante frequente e irá ajustar seus resultados a partir daí. Examinando o navegador que utilizo, poderá ter uma ideia da minha idade e talvez até da minha posição política”. PARISER, Eli. **O filtro invisível**: o que a internet está escondendo de você. Trad. Diego Alfaro. São Paulo: Zahar, 2012. Edição Kindle: Posição 489.

⁵⁰ “Quando entramos numa bolha de filtros, permitimos que as empresas que a desenvolveram escolham as opções das quais estaremos cientes. Talvez pensemos ser os donos do nosso próprio destino, mas a personalização pode nos levar a uma espécie de determinismo informativo, no qual aquilo em que clicamos no passado determina o que veremos a seguir – uma história virtual que estamos fadados a repetir. E com isso ficamos presos numa versão estática, cada vez mais estreita de quem somos – uma repetição infundável de nós mesmos”. *Ibid.*, Posição 251.

teúdo político personalizado, que só aquele usuário tem acesso. A utilização desse mecanismo tem apresentado resultados práticos, inclusive em processos eleitorais recentes.⁵¹

Essas questões colocam em cheque a visão utópica de uma *ciberdemocracia*, que alguns autores até mesmo a denominam *fake democracia*⁵² No entanto, apesar desses problemas, é possível que os aparatos tecnológicos sejam utilizados em prol do aperfeiçoamento da democracia, em especial no que se refere à facilitação das discussões de assuntos de interesse geral da sociedade e a criação de canais para a troca de informações e discussões entre a sociedade civil organizada e as autoridades constituídas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das ideias colocadas neste breve ensaio, pode-se perceber que a noção habermasiana de esfera pública pode ser aplicada ao mundo conectado, para o incremento de uma democracia digital, que possibilite uma maior participação da sociedade na discussão e tomadas de decisão sobre assuntos políticos.

A apatia dos cidadãos em assuntos políticos facilita a utilização das instituições estatais como forma de dominação das massas por uma elite política. Ou pior, esta letargia pode legitimar a ideia de uma democracia delegativa, com a entrega de amplos poderes ao governante, que se apropria da coisa pública e toma decisões governamentais sem a devida prestação de contas, nem possibilita a participação da sociedade nem das instituições estatais na formulação de políticas públicas, o que fragiliza o processo democrático.

⁵¹ O autor se refere às eleições gerais britânicas, o *Brexit* e a eleição de Donald Trump. Ver MCGREGOR, Jay. Why Facebook dark ads aren't going away. *Forbes*, Nova Iorque, 31 jul. 2017. Disponível em: <<https://www.forbes.com/sites/jaymcgregor/2017/07/31/why-facebook-dark-ads-arent-going-away/#734070387bdf>>. Acesso em 01 jul. 2020.

⁵² BOLZAN DE MORAIS, José Luis; LOBO, Edilene. A democracia corrompida pela *surveillance* ou uma *fake democracy* distópica. In: **BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Org.). A democracia sequestrada**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 37.

As movimentações e os movimentos sociais podem representar a esperança de engajamento político dos cidadãos, em especial com a utilização de ferramentas tecnológicas em suas atividades, a exemplo do que aconteceu em diversos movimentos, tais como a Primavera Árabe, o Movimento Passe Livre, o Vem pra Rua e assim por diante.

Isso não significa que a internet ou as redes sociais vão mudar o panorama. Na verdade, elas só servem como ferramentas para ajudar nas atividades dos movimentos sociais, tanto para acesso a informações, bem como para mobilização social. O engajamento político do cidadão comum só poderá ser alcançado por um processo lento e difícil, com a criação de uma cultura de participação.

Apesar dos problemas existentes nos aparatos tecnológicos, tais como as redes sociais, em virtude de seu controle por grandes corporações e o uso de algoritmos para a manipulação dos usuários, a internet é uma boa ferramenta para o aperfeiçoamento da democracia.

REFERÊNCIAS

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; LOBO, Edilene. A democracia corrompida pela *surveillance* ou uma *fake democracy* distópica. In: **BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Org.). A democracia sequestrada.** São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 27-42.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; LOBO, Edilene. Las nuevas tecnologías y el actual modelo comunicacional en las elecciones brasileñas de 2018. In: **JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de (Coord.). Constitucionalismo: Un modelo jurídico para la sociedad global.** Navarra: Aranzadi, 2019. p. 465-497.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa.** São Paulo: Malheiros, 2001.

BORGES, Jussara; JAMBEIRO, Othon. Evolução do uso da internet na participação política de organizações da sociedade civil. In: PINHO, José Antônio G. de. (Org.). **Artefatos digitais para mobilização da sociedade civil: perspectivas para avanço da democracia.** Salvador: EDUFBA, 2016. Edição Kindle: Posição 998-1347.

BRASIL. **Tribunal Superior Eleitoral.** Eleições 2018: Justiça Eleitoral conclui totalização dos votos do segundo turno. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Outubro/eleicoes-2018-justica-eleitoral-conclui-totalizacao-dos-votos-do-segundo-turno>>. Acesso em: 08 maio 2020.

CAMURÇA, Ana Taís Pinho; CAMURÇA, Eulália Emília Pinho. A democratização dos meios de comunicação como forma de acesso à cidadania. In: CAMPOS, Juliana Cristine Diniz; FREITAS, Raquel Coelho de; MATOS, Rômulo Richard Sales (Org.). **Democracia & crise: estudos de direito constitucional e filosofia política.** Timburi: Cia do Ebook, 2017. Edição Kindle: Posição 1598-1824.

CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança**: movimentos sociais na era da internet. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

FISMAN, Ray; GOLDEN, Miriam. **Corruption**: what everyone needs to know. Nova Iorque: Oxford University, 2017.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. V. 1.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. V. 2.

IBGE. **Acesso à Internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal 2018**. Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101705_informativo.pdf. Acesso em 28 jun. 2020.

MAGRANI, Eduardo. **Democracia conectada**. Curitiba: Juruá, 2014.

MCADAM, Doug; TARROW, Sidney. Movimentos sociais e eleições: por uma compreensão mais ampla do contexto político da contestação. **Sociologias**, Porto Alegre, v. 13, n. 28, p. 18-51, dez. 2011.

MCGREGOR, Jay. Why Facebook dark ads aren't going away. **Forbes**, Nova Iorque, 31 jul. 2017. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/jaymcgregor/2017/07/31/why-facebook-dark-ads-arent-going-away/#734070387bdf>. Acesso em 01 jul. 2020.

NOBRE, Marcos. Participação e deliberação na teoria democrática: uma introdução. In: COELHO, Vera Schattan; NOBRE, Marcos. **Participação e deliberação**: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo. São Paulo: 34, 2004. p. 21-40.

O'DONNELL, Guillermo. Democracia delegativa? **Novos estudos**, São Paulo, n. 31, p. 25-40, out. 1991.

PALACIOS, Marcos; MUNHOZ, Paulo. Fotografia, blogs e jornalismo na internet: oposições, apropriações e simbioses. In: BARBOSA, Suzana (Org.). **Jornalismo digital de terceira geração**. Covilha: Universidade Beira Interior, 2007. p. 63-84.

PALHARES, Isabela. Mec deixa de nomear reitor após denúncia do MBL. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 25 abr. 2020. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/educacao/2020/04/mec-deixa-de-nomear-reitor-apos-denuncia-do-mbl.shtml>>. Acesso em 03 jul. 2020.

PARISER, Eli. **O filtro invisível**: o que a internet está escondendo de você. Trad. Diego Alfaro. São Paulo: Zahar, 2012. Edição Kindle.

PINHO, José Antonio Gomes de *et al.* Dos vinte réis aso vinte centavos: o papel das redes sociais e movimentos coletivos no Brasil. In: PINHO, José Antônio G. de. (Org.). **Artefatos digitais para mobilização da sociedade civil**: perspectivas para avanço da democracia. Salvador: EDUFBA, 2016. Edição Kindle: Posição 2331-3138.

PLATÃO. **A república**. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2003.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Madamentos, 2003.

SANTO, Máira Ouríveis do Espírito; DINIZ, Eduardo Henrique; RIBEIRO, Manuella Maia. Movimento passe livre e as manifestações de 2013: a internet nas jornadas de junho. In: PINHO, José Antônio G. de. (Org.). **Artefatos digitais para mobilização da sociedade civil**: perspectivas para o avanço da democracia. Salvador: EDUFBA, 2016. Edição Kindle: Posição 1932-2326.

SANTOS, Thiago Araújo. Lulismo e movimentos sociais: uma reflexão a partir da articulação no semiárido brasileiro (Asa Brasil), 2003-2017. **Revista pegada**, Presidente Prudente, v. 19, n. 3, p. 102-116, set./dez. 2018.

SILVA, Adriana Campos; MORAES, Ricardo Manoel de Oliveira. Governo representativo e crise do direito democrático: A confusão entre “democrático” e o “eleitoral”. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 120, p. 13-53, jan./jun. 2020.

WU, Tim. **Impérios da comunicação**: do telefone à internet, da AT&T ao Google. Trad. Cláudio Carina. São Paulo: Zahar, 2010. Edição Kindle.

WURMAN, Richard Saul. **Information anxiety 2**. Indianápolis: Que, 2001.

O ESTADO DE DIREITO CONTAMINADO: COMO A PANDEMIA DA COVID-19 ENTERROU DE VEZ A TRANSITORIEDADE DAS REGRAS DE EXCEÇÃO

*THE CONTAMINATED RULE OF LAW:
HOW COVID-19 PANDEMIC BURIED THE
TRANSIENCE OF EXCEPTION RULES*

Leonardo Gustavo Pastore Dyna¹

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O terror como mote para as regras de exceção: fórmula antiga de uma política velha – 3. A Covid-19: o novo inimigo com capacidade de destruição em massa – 4. O novo normal e as regras de exceção – 5. Conclusão.

RESUMO: O artigo trata das medidas de exceção ao ordenamento jurídico motivadas pela pandemia do novo Coronavírus. Expõe como o fomento estatal da sensação de medo indiscriminado tem sido o combustível para a fuga aos controles constitucionais e legais do modo de governar. Aponta a variação de medidas de exceção adotadas pelos países na pandemia da Covid-19 e os riscos à democracia caso tais excepcionalidades não sejam limitadas à necessidade e tempo adequados. Suscita a imperatividade do fortalecimento das instituições democráticas e da contínua vigilância da sociedade sobre a inevitabilidade e proporcionalidade das medidas excepcionais, coibindo-se seu viés autoritário.

¹ Mestrando em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV). Especialista em Direito Constitucional (UFES). Professor da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo (ESPGE). Procurador do Estado do Espírito Santo. E-mail: leonardo.pastore@pge.es.gov.br

Palavras-chave: Pandemia; Coronavírus; Constituição; medidas de exceção; medo; terror; crise do Estado; democracia; totalitarismo.

ABSTRACT: The text analyses the exception's measures to the legal system motivated by the Coronavirus outbreak. It explains how state promote the fear's felling, and how it has been the way for the governments avoid constitutional and legal controls. The article shows how many countries adopted exceptional measures against Covid-19, differently. Also, the risks to democracy if such exceptionalities are not limited to the necessary need and time. It asks to strengthen democratic institutions and the continuous vigilance of society about the inevitability and proportionality of exceptional measures, curbing their authoritarian bias.

Keywords: Pandemic; Coronavirus; Constitution; exception's measures; fear; estate crisis; democracy; totalitarianism.

INTRODUÇÃO

A pandemia da COVID-19 tem implicado uma mudança abrupta no cotidiano da comunidade global. Na medida em que o contágio avançou de sua origem na cidade de Wuhan, na China, até o ocidente, as mais variadas medidas restritivas de direitos foram estabelecidas pelos governos.

Desde o isolamento social imposto unilateralmente por boa parte dos países e considerado pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como fundamento para o controle sanitário do Coronavírus até a adoção de medidas contra o funcionamento de estabelecimentos comerciais em geral, as implicações sociais, econômicas e jurídicas decorrentes destas ações governamentais de contenção da doença têm sido questionadas pela comunidade científica.

Dentre as medidas excepcionais de maior impacto, a decretação do fechamento total da circulação, por meio de *lockdown*, ou da restrição apenas parcial, com a permissão da continuidade de serviços além dos essenciais, importou na negação total do direito de ir e vir.

Apresentada como imprescindível ao controle da pandemia, a ordem estatal foi o que despertou a formulação deste texto. Afinal,

em um Estado de garantias, fundado no respeito intransigente à Constituição, o direito de liberdade é o clímax da proteção do indivíduo frente ao Estado.

Dentro desta atmosfera atualíssima e de acentuada carga de informações quanto à pandemia todos os dias, intenciona-se desenvolver o texto de modo coerente à realidade vivida, sem pendores prévios se a ação estatal é legítima ou não, mas sem descuidar do valor das garantias sociais conquistadas ao longo de séculos.

É evidente que o desafio pelo qual passa a humanidade exige um diagnóstico apartado de verdades absolutas ou paradigmas intransponíveis, afinal, como se tornou voz corrente, a partir de agora, vive-se o “novo normal”. Até onde isso implicará sacrifício de valores construídos sob realidades distintas e passadas e, especialmente, até que ponto as pessoas estão dispostas a abrir mão deles (ou não), em um novo ciclo de circunstâncias legais para a adoção de normas de exceção inaugurada pela Covid-19, é o que as reflexões ora formuladas pretendem se ater.

O TERROR COMO MOTE PARA AS REGRAS DE EXCEÇÃO: FÓRMULA ANTIGA DE UMA POLÍTICA VELHA

A adoção de regras de exceção tem sido uma realidade nos últimos tempos, mas é uma prática governamental antiga, que se tornou “paradigma de governo dominante na política contemporânea” (AGAMBEN, 2019, p. 13), e nos concede inúmeros exemplos práticos no desenrolar da história. O que muda, sazonalmente, é a causa apresentada como suficiente e necessária para a adoção das regras de exceção, mas a justificativa padrão para sua permanência é a retórica em torno de um inimigo em potencial, cuja denominação varia conforme a época. Nas décadas mais recentes, o mais notório é tão assustador quanto indeterminado: o terrorismo.

Com base nesse conceito fluido e genérico, Estados têm imposto restrições de toda ordem à completa fruição de direitos, que

vão desde a negação pura e simples de princípios basilares da ampla defesa até o monitoramento de dados pessoais e digitais, além de eleger uma categoria pré-definida de suspeitos de terrorismo, normalmente acompanhada de alta carga xenófoba (BAUMAN, 2004, pp. 143/148).

Segundo Jose Luis Bolzan de Moraes (2018, p. 28):

[...] em virtude da indeterminação do terrorismo, todos são potencialmente suspeitos e a única forma de “filtrar” essa ameaça é através da análise de todos, independente de existir uma suspeita prévia. A análise prévia de todos os dados. Sob essa perspectiva, é a forma de antecipar os resultados desastrosos e impedir ameaças terroristas.

Ao que parece, o combate ao terrorismo inaugurou uma nova era, aquela da urgência e da exceção, onde os instrumentos tecnológicos desempenham um papel fundamental, aumentando os poderes do Estado na coleta e processamento de informações, e indo de encontro aos limites do próprio Estado de Direito.

Observe-se, porém, que o inimigo pode ser ainda mais genérico. Levitsky e Zibblatt (2018, p. 117) citam exemplo dos Estados Unidos da América sobre a reação de Rossevelt contra as resistências que se adiantavam às políticas do *New Deal*:

Em 4 de março de 1933, ao se reunirem em volta do rádio naqueles dias mais sombrios da Grande Depressão para escutar o primeiro discurso de posse de Franklin D. Roosevelt, as famílias norte-americanas ouviram uma voz vagarosamente trovejante declarar: “Vou solicitar ao Congresso o único instrumento restante para responder à crise: amplo poder executivo para declarar guerra contra a emergência, tão grande quanto o poder que me seria dado se fôssemos de fato invadidos por um inimigo estrangeiro”. Rossevelt estava evocando o mais ilimitado poder previsto pela Constituição a um presidente – poderes de guerra – para enfrentar uma crise *doméstica*.

Além da indeterminação quanto a saber ao certo quem é o inimigo a ser combatido, e especialmente sobre quais os critérios utilizados para sua eleição, o problema maior é a permanência das medidas de excepcionalidade de modo indefinido, muitas vezes por décadas, tornando aquela exceção uma nova regra para políticas públicas que impactam diretamente na vida dos cidadãos.

A prática reiterada de medidas estatais excepcionais desperta discussões sobre sua validade jurídica e, ao mesmo tempo, de que modo essa perspectiva aprofunda a crise do Estado². Afinal, se do Estado espera-se total observância à Constituição e às leis, parece haver incoerência conceitual ao adotar-se no plano de suas ações exceções permanentes e institucionalizadas ao sistema legal regularmente constituído.

Para Moraes (2018, p. 20):

Dito de outra forma, sequer o “velho” Estado de Direito Clássico, como Estado de Garantias, já não tem seus limites protetivos observados. Em nome do combate à corrupção, ao terror – assim como, no campo dos direitos sociais, da eficiência econômica –, até mesmo aos fluxos migratórios, põe-se abaixo o sistema de direitos e garantias advindos das revoluções liberais.

Ou seja, o Estado de Direito, como “Estado de limites” já não limita. A sua institucionalidade já não se presta a proteger o cidadão em face de uma autoridade pública que subverte direitos e garantias reconhecidos constitucionalmente.

Modo geral, no plano das justificativas para a adoção das práticas excepcionais, encontra-se um suposto “estado de necessidade” que autoriza a flexibilização da regra padrão, seja constitucional ou legal. Sob este aspecto, o argumento é que há urgência na necessi-

² O escopo de nosso trabalho não é o detalhamento da crise do Estado, que inclui a conceitual, estrutural, constitucional, funcional e política. Para análise aprofundada do assunto, consultar BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

dade de praticar o ato, que não pode se submeter à norma matriz do sistema jurídico.

Mas o que pode ser entendido por necessidade e quem possui legitimidade para classificar o que está incluído neste conceito ou não?

Mesmo que Carl Schmitt tenha defendido que o soberano “é quem decide o estado de exceção”, o fortalecimento do sentimento constitucional e da vontade de constituição (Hesse) impõem uma interpretação restritiva de conceitos jurídicos que possam restringir direitos.

A Constituição é o escudo social contra a tirania estatal. Absolutamente, o governante não está sequer implicitamente autorizado a dizer o que é ou não urgente, necessário e indispensável. Estes valores e conceitos, afinal, são aqueles previamente definidos na Constituição, cujos espaços vagos, caso existam, devem ser colmatados pelo sistema de intérpretes constitucionais.

Dito isso, deve-se perquirir sobre o real imperativo que envolve (e muitas vezes justifica) a adoção de medidas polêmicas pelos governos, sob o argumento retórico de defesa da ordem geral.

Consoante Giorgio Agamben (2019, p. 40):

Uma opinião recorrente coloca como fundamento do estado de exceção o conceito de necessidade. Segundo o adágio latino muito repetido (uma história da função estratégica dos *adagia* na literatura jurídica ainda está por ser escrita), *necessitas legem non habet*, ou seja, a necessidade não tem lei, o que deve ser entendido em dois sentidos opostos: “a necessidade não reconhece nenhuma lei” e “a necessidade cria sua própria lei” (*necessite fait loi*). Em ambos os casos a teoria do estado de exceção se resolve integralmente na do *status necessitatis*, de modo que o juízo sobre a subsistência deste esgota o problema da legitimidade daquele. Um estudo da estrutura e do significado do estado de exceção pressupõe, portanto, uma análise do conceito jurídico de necessidade.

A eleição do terror, genérico, impreciso e impessoal, como alvo a ser combatido por meio de medidas de exceção, é um dos muitos exemplos do modo pelo qual os governos acabam por se desfazer dos freios que lhes são impostos pela Constituição e princípios gerais de direito. Afinal, com essa justificativa tem sido possível flexibilizar direitos e garantias fundamentais, mesmo que não se identifique ao certo o que deve ser classificado como terror ou quem exatamente o promove. Sob o jugo estatal, tudo e todos podem ser assim classificados, posto não existir um modelo exato que se encaixe neste perfil. Por via oblíqua, conseqüentemente, promovem-se excepcionalidades segundo discricionariedades. Na subjetividade conceitual, em geral por via de atos ordinatórios ou por decretos, acabam os governos autorizados a utilizarem-se de quaisquer meios para atingir um fim não necessariamente público. Adotam-se conceitos vagos e indeterminados para impor, no cotidiano, um cenário de pragmática inexistência de proteção legal ou constitucional dos cidadãos em face do próprio Estado.

Mas, como adiantado, a adoção de regras de exceção não é algo novo. Aparentemente, é apenas uma expressão mais sofisticada, que traz consigo uma raiz autoritária medieval, paradoxalmente a mesma que se buscou frear por meio das revoluções liberais do século XVIII e que trouxe até os dias atuais um Estado “ideal”, legal e democrático, ao menos na letra fria das leis.

A fórmula é antiga e a política é velha. Dar ao povo uma Constituição com direitos e garantias fundamentais reluzentes. Com retórica governamental, dizer com imprecisão quem são os inimigos do Estado, a quem não se sujeitam as regras constitucionais, cujo abate, porém, só se faz possível com sacrifício coletivo. Mas, tal como em uma guerra, as baixas acontecem por todos os lados. Uma receita singela de um governo autoritário.

A COVID-19: O NOVO INIMIGO COM CAPACIDADE DE DESTRUIÇÃO EM MASSA

O esgarçamento das justificativas políticas para a manutenção de regras de exceção fundadas no terror pós 11 de Setembro soa um tanto notório. Quase 20 anos após os fatídicos episódios nos Estados Unidos da América não houve, por exemplo, a divulgação de novos planos de ataque ou de atos terroristas evitados pela adoção de restrição de direitos fundamentais daqueles que se encaixassem, direta ou indiretamente, no vago conceito de terror.

Porém, no modelo de governança por exceção que tem se mostrado a regra geral (AGAMBEN, 2019, p. 13), visto no capítulo anterior, a eleição de um inimigo estatal é imprescindível para a continuidade da flexibilização das diretrizes de proteção do cidadão em face do Estado.

Como adverte Bauman (2017, p. 61):

Como geradores do medo oficial, os detentores do poder se ocupam em fomentar a incerteza existencial da qual esse espectro surgiu e sempre renasce; os detentores do poder são ávidos por fazer qualquer coisa concebível para tornar esse espectro tão tangível e confiável – tão “realista” – quanto possível. Afinal, o medo oficial de seus súditos é o que, em última instância, os mantém no poder.

Para Hannah Arendt (2012, p. 632):

Já se observou muitas vezes que o terror só pode reinar absolutamente sobre homens que se isolam uns contra os outros e que, portanto, uma das preocupações fundamentais de todo governo tirânico é provocar esse isolamento. O isolamento pode ser o começo do terror; certamente é o seu solo mais fértil e sempre decorre dele. Esse isolamento é, por assim dizer, pré-totalitário; sua característica é a impotência, na medida em que a força sempre surge quando os homens trabalham em conjunto, “agindo em concerto” (Burke); os homens isolados são impotentes por definição.

A despeito da lastimável e irreparável perda de milhares de vidas atingidas pelo novo Coronavírus, a pandemia acabou por conferir a governos com viés autoritário novos e mais motivos para a adoção de medidas de exceção.

Se até o avanço da doença em escala global o arranjo conceitual subjetivo da guerra ao terror dominava o cenário das ressalvas a direitos fundamentais, a Covid-19 inaugura uma nova era de excepcionalidades, agora fundadas no terror epidemiológico, para impor toda ordem de restrições.

Apesar da base científica no estudo do vírus, o fundamento para adoção daquelas medidas extremas é capaz de ser deturpado, a fim de criar-se o liame desejado, mas puramente retórico, entre a política executiva desejada (mas refreada pela Constituição) e a excepcionalidade da pandemia.

Em outras palavras, atos hostis ao regramento jurídico, incapazes de serem efetivados em tempos “normais”, passam a ser admitidos sob o argumento de combate à doença.

E aqui nos referimos às ações restritivas de direitos fundamentais, apenas para citar algumas, a ressalva ao direito de liberdade, de ir e vir, do uso de bens públicos, do sigilo de comunicações, do monitoramento de dados pessoais por meio de geolocalização de telefones celulares, da liberdade econômica, etc., apenas para citar algumas das inúmeras medidas administrativas adotadas pelos governos mundo afora, amplamente noticiadas no período da pandemia.

As consequências jurídicas advindas dessas flexibilizações do que o Estado pode ou não fazer, em detrimento dos direitos individuais e coletivos de toda uma população, são inúmeras e somente poderão ser melhor avaliadas no período pós-pandemia. Mas já é possível antever, por exemplo, questões relativas à responsabilidade do Estado pelo fato do príncipe na adoção de *lockdown*, ao ressarcimento de despesas médicas ou responsabilização do Estado para o tratamento de doenças psicossomáticas ocasionadas pelo isolamento forçado, à extensão do uso de dados pessoais coletados

em aparelhos de smartphones, ações reparatórias de danos morais e materiais etc.

O fato é que a excepcionalidade parece ter tomado forma de regra geral para os próximos tempos. Na expressão que se tornou corrente, o “novo normal” importará em outro jeito de viver, relacionar-se e locomover-se. Evidentemente que aí se incluem novos contornos para o Estado se movimentar. E, pelo que se tem visto, essa nova configuração contém a velha regra de perpetuarem-se exceções.

Mas seus limites, quais são? Sob o manto do controle epidemiológico está o Estado autorizado a impor unilateralmente aos cidadãos aquilo que o governante (ora dito como Executivo) entende que deve ser feito e não mais o que lhe impõe a Constituição? Parece inequívoca a resposta, mesmo que se considere o colapso da concepção clássica da divisão de poderes e a visível prevalência do Poder Executivo (CARVALHO, 2008, pp. 283).

No entendimento de Esposito (2020):

Naturalmente, a preocupação com uma limitação das liberdades pessoais é mais do que fundamentada. Assim como também aquela sobre um excessivo deslocamento do poder do legislativo para o executivo.

No caso específico da pandemia, há notória divisão de governos em torno das soluções eleitas como mais adequadas para o contorno da doença. As escolhas nos países variaram desde o imediato reconhecimento dos efeitos catastróficos da pandemia, com adoção de medidas radicais para evitar sua propagação, até o extremo oposto, com negacionismo, subnotificação e sonegação de dados sobre o

número de mortos³⁻⁴⁻⁵⁻⁶. Esse cenário foi destacado em declarações públicas da Organização Mundial da Saúde⁷, inclusive em relação às medidas adotadas pelo governo brasileiro⁸⁻⁹⁻¹⁰.

Isso demonstra que o mesmo contexto pandêmico tem ensejado ações governamentais totalmente distintas em torno do globo, muitas vezes fundadas em uma linha ideológica, econômica ou partidária¹¹. Longe de sugerir uma solução homogênea para um problema que desafia naturalmente medidas também regionais, tal fato é aqui suscitado para confirmar o risco de submeter a um governante único a adoção de medidas sanitárias e restritivas de direitos, excepcionalizando-se as regras gerais legitimamente eleitas pelas sociedades como as mais adequadas a seu modo de vida.

³ PINTO, Ana Estela de Souza. **Medidas de restrição à circulação variam entre países; entenda**. 2020. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/eqilibrioesaude/2020/03/medidas-de-restricao-a-circulacao-variavam-entre-paises-entenda.shtml>>. Acesso em: 12 ago. 2020.

⁴ UOL. **Medidas adotadas por países contra a Covid-19**. 2020. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/efe/2020/03/25/medidas-adotadas-por-paises-contra-a-covid-19.htm>>. Acesso em: 12 ago. 2020.

⁵ BBC. **Coronavírus: quais medidas estão sendo tomadas por diferentes países para conter a pandemia**. 2020. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-51852110>>. Acesso em: 12 ago. 2020.

⁶ <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52248493> (acesso em 12 de agosto de 2020).

⁷ “O chefe da OMS, Dr. Tedros Adhanom Ghebreyesus, disse na quinta-feira que, embora as autoridades de saúde pública em todo o mundo tenham a capacidade de combater com sucesso a propagação do vírus, a organização está preocupada com o fato de que em alguns países o nível de compromisso político não corresponde ao nível de ameaça. ‘Essa é uma situação seria. Não é hora de desistir. Não é hora de desculpas. Este é um momento para retirar todas as paradas. Os países planejam cenários como esse há décadas. Agora é a hora de agir sobre esses planos’, disse Tedros. ‘Esta epidemia pode ser evitada, mas apenas com uma abordagem coletiva, coordenada e abrangente que envolva todo o mecanismo do governo’. BERLINGER, Joshua. **WHO warns governments ‘this is not a drill’ as coronavirus infections near 100,000 worldwide**. 2020. Disponível em: <<https://edition.cnn.com/2020/03/06/asia/coronavirus-covid-19-update-who-intl-hnk/index.html>>. Acesso em: 12 ago. 2020.

⁸ O DIA. **OMS crítica o Brasil por omitir dados sobre covid-19**. 2020. Disponível em: <<https://odia.ig.com.br/brasil/2020/06/5930686-oms-critica-o-brasil-por-omitir-dados-sobre-covid-19.html>>. Acesso em: 14 Ago. 2020.

⁹ CHADE, Jamil. **OMS: governo no Brasil não pode deixar povo com “mãos atadas nas costas”**. 2020. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2020/08/10/oms-bolsonaronaopode-deixar-sociedade-com-maos-atadas-nas-costas.htm>>. Acesso em: 14 Ago. 2020.

¹⁰ GLOBO. **OMS crítica o Brasil**. 2020. Disponível em <<https://globoplay.globo.com/v/8648924/>>. Acesso em: 14 Ago. 2020.

¹¹ Sem citar nomes, Tedros criticou governos e lideranças que têm “politizado” a pandemia. CHADE, Jamil. **OMS critica politização e diz que “pior está por vir”**. 2020. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2020/06/29/oms-critica-politizacao-e-diz-pandemia-nao-estanaem-perto-de-acabar.htm>>. Acesso em: 14 Ago. 2020.

Esse efeito perigoso e quase indissociável da adoção de regras de exceção ao longo da história já ocasionou tragédias humanitárias tão ou mais aterrorizantes que a própria pandemia do novo Coronavírus. Se, quando iniciado, o processo aparenta ser quase inofensivo, há risco de não haver antídoto para o veneno depois que se ultrapassa determinado marco. Como advertiu Eco (2019, p. 30), “o fascismo italiano convenceu muitos líderes liberais europeus de que o novo regime estava realizando interessantes reformas sociais, capazes de fornecer uma alternativa moderadamente revolucionária à ameaça comunista”.

Nas palavras de Esposito (2020):

Naturalmente, um estado de exceção em um país democrático não pode subjugar as liberdades pessoais sem desnaturá-lo. Acima de tudo, não pode ser continuado por muito tempo. Como para a relação entre comunidade e imunidade, é sempre uma questão de equilíbrio e senso de limite.

Segundo Ingo Sarlet (2020):

Precisamente essa assertiva nos remete ao que talvez seja o principal e mais urgente problema e desafio do ponto de vista constitucional (que as medidas emergenciais do primeiro enfrentamento em termos de saúde pública são prioritárias resulta evidente!), designadamente, a defesa e manutenção, inclusive o fortalecimento, da Democracia e de suas instituições, e do Estado de Direito. Sem isso, a proteção dos direitos fundamentais e dos princípios estruturantes do nosso Estado Democrático de Direito está colocada em sério risco, até mesmo pelo fato de inexistir Estado Democrático de Direito sem direitos e garantias fundamentais, do mesmo modo que na ausência ou grave comprometimento desses implode a ordem constitucional democrática.

O respeito à Constituição tem se mostrado o melhor remédio para a solução dos problemas de uma nação. A Lei Magna preserva, a

todo custo, o equilíbrio entre instituições¹² e governos, entre Estado e sociedade. Ao contrário, regras de exceção, embora admitidas direta ou indiretamente pelos textos constitucionais, são o primeiro passo para uma mudança de rumos institucionais caso utilizadas demasiada ou indefinidamente.

O NOVO NORMAL E AS REGRAS DE EXCEÇÃO

Desde a decretação da pandemia, há grande expectativa da comunidade global sobre os avanços científicos no desenvolvimento de uma vacina contra o novo Coronavírus. Rússia¹³, China¹⁴, Inglaterra¹⁵ e Estados Unidos¹⁶, dentre outros, disputam o ineditismo do tratamento, que, quando efetivo, implicará mudança de paradigmas no enfrentamento da pandemia.

Os progressos nas pesquisas, todavia, não necessariamente implicarão em abrandamento das medidas de exceção adotadas pelos governos. E nisso reside justo motivo para inquietações. Afinal, na já referida teoria de Bauman (2017), o fomento do terror psicológico

¹² Vale aqui o destaque de Esposito (2020-2), segundo o qual as instituições estão acima do Estado: "Há tempo estamos acostumados a identificar a mais alta instituição com o Estado, de acordo com a teoria clássica da soberania. É exatamente o que o pensamento instituinte contesta. Como o grande jurista Santi Romano já argumentava na década de 1930, longe de coincidir com o Estado soberano, as instituições o excedem por dentro e por fora, como fazem, por exemplo, as organizações não-governamentais. Mas também todas as associações, os movimentos, os segmentos de sociedade que pedem escuta e representação. Não contra instituições políticas, como os partidos, mas ampliando suas fronteiras, mudando suas práticas, revitalizando seus procedimentos."

¹³ UOL. **Putin anuncia que Rússia registrou 1ª vacina contra coronavírus.** 2020. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/redacao/2020/08/11/putin-diz-que-russia-registrou-1-vacina-contr-o-coronavirus.htm>>. Acesso em: 12 ago. 2020.

¹⁴ CNN. Grupo chinês diz que vacina contra Covid-19 mostra completa eficácia. 2020. Disponível em <<https://www.cnnbrasil.com.br/saude/2020/06/28/grupo-chines-diz-que-vacina-contr-covid-19-mostra-completa-eficacia>>. Acesso em: 12 ago. 2020.

¹⁵ MENDONÇA, Ana. **COVID-19: conheça detalhes da vacina inglesa que já está sendo testada no Brasil.** 2020. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2020/06/29/interna_nacional,1161125/covid-19-conheca-a-vacina-inglesa-que-ja-esta-sendo-testada-no-brasil.shtml>. Acesso em: 12 ago. 2020.

¹⁶ O GLOBO. **EUA fecham acordo de US\$1,5 bi com a Moderna por 100 milhões de doses de potencial vacina da Covid-19.** 2020. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/eua-fecham-acordo-de-us15-bi-com-moderna-por-100-milhoes-de-doses-de-potencial-vacina-da-covid-19-24580865>>. Acesso em: 12 ago. 2020.

pelos detentores do poder é o pressuposto para sua manutenção no topo da hierarquia governamental.

Limites necessitam ser estipulados a quem governa. “Política sem grades de proteção”, capaz de degradar normas básicas da estrutura constitucional, está relacionada com os “colapsos democráticos mais trágicos da história” (Levitsky; Ziblatt, 2018, pp. 112/113). O cuidado precisa ser constantemente redobrado e os atores institucionais devem fazer valer sua competência, não se podendo tolerar ou considerar legítima a existência de poderes imperiais¹⁷ em Estados democráticos, havendo “um limite além do qual o decreto de urgência pode criar um ponto de ruptura” (Esposito, 2020).

Cabe aqui a advertência de Slavoj Žižek (2020):

Tudo depende desse “vocabulário mais nuançado”: as medidas necessárias a uma epidemia não devem ser automaticamente reduzidas ao paradigma usual de vigilância e controle propagado por pensadores como Foucault. O que temo hoje mais do que as medidas aplicadas pela China (e Itália e etc.) é que elas sejam aplicadas de maneira que não funcione para conter a epidemia, enquanto as autoridades manipularão e ocultarão os dados verdadeiros.

Mesmo que se admitam medidas excepcionais temporárias para conter efeitos da pandemia no futuro, a preocupação do filósofo esloveno merece ser destacada: regras de exceção devem ser continuamente verificadas, estudadas, confrontadas, questionadas, para que se perquiria e coíba eventual desvio de finalidade.

O que se deve manter, acima de tudo, é a permanência de um senso crítico acima das emoções elementares que eventualmente impeçam de antever os possíveis manejos indevidos da máquina estatal, especialmente nestes tempos em que a sensibilidade coletiva

¹⁷ Sobre o aumento dos poderes presidenciais nos EUA no último século, o historiador Arthur M. Schlesinger Jr. defendeu a real existência de uma “Presidência Imperial”. Para Bruce Ackerman, a Presidência do século XXI é um “aríete constitucional” (Levitsky; Ziblatt, 2018, p. 125).

está à flor da pele, pela gravidade da situação pela qual passa a humanidade. Nesse sentido, Hannah Arendt (2012, p. 632):

O súdito ideal do governo totalitário não é o nazista convicto nem o comunista convicto, mas aquele para quem já não existe a diferença entre o fato e a ficção (isto é, a realidade da experiência) e a diferença entre o verdadeiro e o falso (isto é, os critérios do pensamento).

Essa foi a anotação idêntica de Sotero e Soares (2020, p. 106):

Ocorre, todavia, que a conjuntura desta crise sanitária do coronavírus não pode oportunizar a construção de uma narrativa segundo a qual os tempos atuais exigiriam a adoção de uma “Constituição de Emergência”, através de uma “Jurisprudência de Crise”, a justificar a suspensão ou a restrição desproporcional dos direitos individuais, bem como a normalização de abusos por parte de autoridades públicas, como se a Constituição Federal de 1988 tivesse cessado a sua vigência e eficácia.

Talvez por ser já conhecida a tentação do poder em manter indefinidamente as regras de exceção, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos ressalva as hipóteses de aplicação de regimes jurídicos de emergência apenas quando ficar constatada a contaminação do Coronavírus e reforça, de forma expressa, que as restrições de isolamento devem ser pautadas na temporariedade, devendo todos os países-membros restaurarem a efetividade plena dos direitos fundamentais quando cessar os efeitos da pandemia. (SOTERO e SOARES, 2020, p. 105)

Na dúvida, a bússola que deve nos guiar no exame das medidas de exceção é a Constituição. Porém, “o que um texto constitucional pode fazer por um povo? A resposta dependerá do próprio povo”. (FABRIZ, p. 119)

Por fim, vale o alerta de Eco (2019, pp. 60/61):

O Ur-Fascismo ainda está ao nosso redor, às vezes em trajes civis. Seria muito confortável para nós se alguém surgisse na boca de cena do

mundo para dizer: “Quero reabrir Auschwitz, quero que os camisas-negras desfilem outra vez pelas praças italianas!” Infelizmente, a vida não é fácil assim! O Ur-Fascismo pode voltar sob as vestes mais inocentes. Nosso dever é desmascará-lo e apontar o dedo para cada uma de suas novas formas – a cada dia, em cada lugar do mundo.

É com esse olhar vigilante que se deve cumprir a missão dos que ficam: defender a vida, reforçar a solidariedade e a compaixão, ao mesmo tempo em que se pugna pela legalidade e respeito à Constituição, sem admitir qualquer retrocesso de seus valores democráticos e republicanos.

CONCLUSÃO

A pandemia do novo Coronavírus inaugura uma nova onda de medidas de exceção por todo o globo. O esgotamento da retórica antiterror pós 11 de setembro é agora colmatado pelo terror epidemiológico, que traz consigo a mensagem subliminar de necessidade de aceitação, por parte da coletividade, de medidas de restrição a direitos fundamentais, mesmo que não se demonstre claramente, sem vieses políticos, econômicos ou ideológicos, a eficácia daquelas contra o avanço da pandemia.

A promoção do terror como método de permanência no poder deve ser continuamente combatida pelas instituições e sociedade, que têm na Constituição o espaço de defesa contra a tirania de governantes que se aproveitam da pandemia para dela praticar atos cuja legalidade seria facilmente questionada caso se mantivesse a incolumidade do sistema jurídico.

As consequências das ações estatais restritivas de direitos fundamentais individuais e coletivos são inúmeras e somente serão conhecidas de fato com o passar dos anos, mas devem incluir desde as econômicas até as de saúde pública.

Mesmo que se admita atual sobejo do papel do Executivo no trato das questões administrativas estatais, nenhum governante

está autorizado a agir conforme suas próprias convicções pessoais, eis que sua competência e diretrizes para agir estão previamente delimitadas pela Constituição.

Regras de exceção para o combate a pandemia, caso realmente necessárias, devem ser efetivadas segundo o comando constitucional, sem subjugar ou desnaturar liberdades pessoais, e somente pelo menor tempo possível, sob pena de desconstrução do regime democrático, sendo esse o mesmo entendimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

A defesa da vida e da solidariedade importa no respeito à Constituição, não se admitindo qualquer retrocesso de seus valores democráticos. O desafio humanitário de combater o vírus não afasta a imperativa vigilância pelas instituições dos eventuais arbítrios cometidos sob o pálio de uma retórica governamental de promoção da saúde.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2019.
- ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo: Antissemitismo, imperialismo e totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- BAHIA, Saulo José Casali; MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis (org). **Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de Coronavírus: Segundo Volume**. São Paulo: IASP, 2020.
- BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido. Sobre a fragilidade dos laços humanos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.
- _____. **Estranhos à nossa porta**. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.
- BBC. **Coronavírus: quais medidas estão sendo tomadas por diferentes países para conter a pandemia**. 2020. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-51852110>>. Acesso em: 12 ago. 2020.

BERLINGER, Joshua. **WHO warns governments ‘this is not a drill’ as coronavirus infections near 100,000 worldwide.** 2020. Disponível em: <<https://edition.cnn.com/2020/03/06/asia/coronavirus-covid-19-update-who-intl-hnk/index.html>>. Acesso em: 12 ago. 2020.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos.** 2. ed.rev.ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **A subjetividade do tempo. Uma perspectiva transdisciplinar do direito e da democracia.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. **O Estado de Direito “confrontado” pela “revolução da internet”!**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM. Santa Maria, RS, v.13, n.3, p.876-903, dez. 2018. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/33021>>. Acesso em: 14 ago. 2020.

_____. (org). **Estado & Constituição. O “fim” do estado de direito.** Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

_____; LOBO, Edilene. **Estado de Direito, novas tecnologias e ciberpopulismo.** Justiça do Direito. Vol. 33, n. 3, p. 89-114, Set./Dez. 2019.

_____; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Da exceção agambeniana à Constituição planetária de Ferrajoli: Desafios impostos pela pandemia do novo Coronavírus às categorias jurídico-políticas tradicionais.** Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM. V.15, n.1/2020.

CABRAL, Alex Ian Psarski. **Um “NOVO” Propósito para a Inovação: a Pandemia que Reinventou o Estado.** In: Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de Coronavírus: Segundo Volume. São Paulo: IASP, 2020, p. 73/90.

CARVALHO, Thiago Fabres. **A linguagem do poder e o poder da linguagem: Os paradoxos do Judiciário no estado penal.** In: VESCO-

VI, Renata Conde (org.). *A lei em tempos sombrios*. Companhia de Freud: Rio de Janeiro, 2008, pp. 273/297.

CHADE, Jamil. **OMS: governo no Brasil não pode deixar povo com “mãos atadas nas costas”**. 2020. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2020/08/10/oms-bolsonaronao-pode-deixar-sociedade-com-maos-atadas-nas-costas.htm>>. Acesso em: 14 Ago. 2020.

_____. **OMS critica politização e diz que “pior está por vir”**. 2020. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2020/06/29/oms-critica-politizacao-e-diz-pandemia-nao-esta-nem-perto-de-acabar.htm>>. Acesso em: 14 Ago. 2020.

CNN. **Grupo chinês diz que vacina contra Covid-19 mostra completa eficácia**. 2020. Disponível em <<https://www.cnnbrasil.com.br/saude/2020/06/28/grupo-chines-diz-que-vacina-contra-covid-19-mostra-completa-eficacia>>. Acesso em: 12 ago. 2020.

ECO, Umberto. **O fascismo eterno**. Record: Rio de Janeiro, 2019.

ESPOSITO, Roberto. **A primeira imunização é o direito**. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/598664-a-primeira-imunizacao-e-o-direito-entrevista-comroberto-esposito>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

_____. **A necessidade de instituições está de volta**. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/596387-a-necessidade-de-instituicoes-esta-de-volta>>. Acesso em: 14 ago. 2020.

FABRIZ, Daury Cesar. **Constituição (20 anos) e direitos fundamentais: demissão da subjetividade e cultura do medo**. In: VESCOVI, Renata Conde (org.). *A lei em tempos sombrios*. Companhia de Freud: Rio de Janeiro, 2008, pp. 106/121.

GLOBO. **OMS critica o Brasil**. 2020. Disponível em <<https://globo-play.globo.com/v/8648924/>>. Acesso em: 14 Ago. 2020.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso. **Constitucionalismo em tempos de globalização**. Trad. Jose Luis Bolzan de Moraes, Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MENDONÇA, Ana. **COVID-19: conheça detalhes da vacina inglesa que já está sendo testada no Brasil**. 2020. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2020/06/29/interna_nacional,1161125/covid-19-conheca-a-vacina-inglesa-que-ja-esta-sendo-testada-no-brasil.shtml>. Acesso em: 12 ago. 2020.

ODIA. **OMS critica o Brasil por omitir dados sobre covid-19**. 2020. Disponível em: <<https://odia.ig.com.br/brasil/2020/06/5930686-oms-critica-o-brasil-por-omitir-dados-sobre-covid-19.html>>. Acesso em: 14 Ago. 2020.

O GLOBO. **EUA fecham acordo de US\$1,5 bi com a Moderna por 100 milhões de doses de potencial vacina da Covid-19**. 2020. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/eua-fechamacordo-de-us15-bi-com-moderna-por-100-milhoes-de-doses-de-potencial-vacina-da-covid-19-24580865>>. Acesso em: 12 ago. 2020.

PINTO, Ana Estela de Souza. **Medidas de restrição à circulação variam entre países; entenda**. 2020. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/03/medidas-de-restricao-a-circulacao-variavam-entre-paises-entenda.shtml>>. Acesso em: 12 ago. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais em tempos de pandemia – I**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-23/direitos-fundamentais-direitos-fundamentais-tempos-pandemia>>. Acesso em: 13 ago. 2020.

SOTERO, Ana Paula da Silva; SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Constituição e Restrição a Direitos Fundamentais em Tempos de Pandemia de COVID-19: um Breve Estudo do lockdown no Estado do Maranhão**. In: Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de Coronavírus: Segundo Volume. São Paulo: IASP, 2020, p. 91/111.

UOL. **Medidas adotadas por países contra a Covid-19.** 2020. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/efe/2020/03/25/medidas-adotadas-por-paises-contr-a-covid-19.htm>>. Acesso em: 12 ago. 2020.

_____. **Putin anuncia que Rússia registrou 1ª vacina contra coronavírus.** 2020. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/redacao/2020/08/11/putin-diz-que-russia-registrou-1-vacina-contr-a-coronavirus.htm>>. Acesso em: 12 ago. 2020.

ŽIŽEK, Slavoj. **Monitorar e punir? Sim, por favor!** Disponível em: <<https://tradutoresproletarios.wordpress.com/2020/03/17/zizek-monitorar-e-punir-sim-por-favor/>>. Acesso em: 12 ago. 2020.

O DIREITO À PRIVACIDADE E AS MEDIDAS EMERGENCIAIS ADOTADAS PARA CONTER A DISSEMINAÇÃO DA COVID-19

THE RIGHT TO PRIVACY AND EMERGENCY MEASURES ADOPTED TO CONTAIN COVID-19 DISSEMINATION

Daniela Brandão de Souza Alves Salviato

SUMÁRIO: Introdução – 1. A tecnologia como forma de apoio ao isolamento social – 2. Direito à privacidade: breve histórico – 3. A posição do Supremo Tribunal Federal, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Organização Mundial da Saúde quanto ao uso da tecnologia de rastreamento – Conclusões

RESUMO: A presente pesquisa tem o objetivo de verificar se os métodos usados durante o combate da pandemia, causada pelo Coronavírus, como forma de evitar aglomerações, figuram como violação do direito à privacidade ou se justificam em razão da necessidade de preservar a saúde pública. Por isso, ao longo do trabalho há a análise da ampliação do regime de teletrabalho e *home office*, bem como da utilização por parte do governo de tecnologias que permitem a localização dos indivíduos. Insta informar que tais medidas só foram possíveis com o advento da revolução digital, apesar de que a tecnologia digital já vinha causando modificações nas estruturas sociais, mas o estado de calamidade acarretado pela pandemia acelerou a adoção do seu uso e questiona-se até que ponto seria justificável a interferência tecnológica na vida privada

dos indivíduos e se o Estado não estaria se aproveitando dessa situação para a adoção de condutas arbitrárias. Ao final do trabalho é possível concluir que por estarmos vivenciando um contexto de calamidade pública, obviamente torna-se necessário que tanto o governo quanto a iniciativa privada tomem medidas para evitar aglomerações. No que tange ao teletrabalho é necessária a preservação do direito à desconexão e quanto aos aplicativos de rastreo é importante que seu uso, além de ser temporário, não ocorra a identificação das pessoas que estejam aderindo ao isolamento ou não, bem não sobrevenha a punição destas.

Palavras-chave: Privacidade; Pandemia; Público; Rastreo; Localização.

ABSTRACT: The present research has the objective of verifying if the methods used during the combat of the pandemic, caused by the virus called Coronavirus, as a way to avoid agglomerations, appear as a violation of the right to privacy or are justified due to the need to preserve public health. Therefore, throughout the work, there is an analysis of the expansion of the teleworking regime and the use by the government of technologies that allow the location of individuals. Urges to inform that such measures were only possible with the advent of industry 4.0, which in turn is marked by the use of digital technology, it is certain that the fourth industrial revolution was already causing changes in social structures, but the state of calamity brought about by The pandemic has accelerated the adoption of the use of digital technology and questions the extent to which technological interference in the private life of individuals is justified and whether the State is taking advantage of this situation to adopt arbitrary conducts. At the end of the work, it is possible to conclude that because we are experiencing a state of public calamity, it is obviously necessary that both the government and the private sector take measures to avoid agglomerations. Regarding teleworking, it is necessary to preserve the right to disconnect and for screening applications it is important that their use, in addition to being temporary, does not allow the identification of people who are adhering to isolation or not.

Keywords: Privacy; Pandemic; Public; Tracking; Location.

INTRODUÇÃO

Coronavírus é o nome concedido a uma família de vírus responsável por infecção respiratória que foi descoberto no dia 31 de dezembro de 2019 na China e é o responsável pela doença popularmente denominada como COVID-19.

A doença em questão afeta as pessoas de diferentes formas, sendo os sintomas mais comuns: febre, tosse seca e cansaço; nos casos mais graves o indivíduo infectado encontra dificuldade para respirar ou sente falta de ar, além de dor e pressão no peito.

A Organização Mundial da saúde prevê que cerca de um quinto dos infectados precisam de atendimento hospitalar e 5% precisam utilizar aparelho respiratório. Como a Covid-19 é uma doença que se dissemina muito fácil e os hospitais não têm condições de atender uma alta demanda de contaminados, principalmente pelo fato de alguns casos necessitarem de aparelho respiratório, o recomendável no presente momento é aderir ao isolamento social.

Por isso, o mundo tem enfrentado tempos difíceis, muitas instituições foram obrigadas a implementar medidas para isolar socialmente as pessoas, dessa forma, aulas foram suspensas, eventos, festas e reuniões foram cancelados e trabalhadores passaram a exercer seus trabalhos em casa.

Quanto menos pessoas circularem em ruas, espaços e transportes públicos, menor é a chance de contato com o vírus, e obviamente o contágio. Porém, não é fácil manter todos dentro de casa, inclusive os descrentes quanto a doença.

Em razão da necessidade de manter o distanciamento como forma de conter o contágio, muitas empresas só não deixaram de exercer suas atividades em razão do uso da tecnologia digital. Ademais, muitos governos têm utilizado programas de rede para rastrear a posição geográfica dos indivíduos, para que assim se tenha ideia de quantas pessoas têm aderido ao isolamento social.

Formula-se a hipótese de que os métodos utilizados durante o combate a pandemia, causada pelo vírus denominado como Coronavírus, como forma de conter a disseminação da doença em pauta tem violado o direito à privacidade.

O estudo acerca dos métodos utilizados durante o combate a pandemia é necessário, pois o atual momento de surto além de ser perturbador é também interessante, tendo em vista que a humanidade tem experimentado significativas modificações na civilização, que se encontra fragilizada pela peste viral em expansão. E são essas mudanças que são preocupantes, como o aumento do trabalho *home office* que será permanente em alguns setores daqui por diante e a utilização de tecnologia de rastreamento por parte do Estado.

As desconjunturas supracitadas têm acontecido tanto no campo ideológico como na organização socioeconômica e produtiva, o que afeta de forma significativa o nosso cotidiano. Ao analisar o contexto atual, principalmente no campo político, é possível que a visão da população sobre democracia seja reduzida em razão do temor quanto ao possível contágio da doença em estudo, tornando-a mais suscetível a condutas arbitrárias.

Nessa seara, a pesquisa propõe a explanação sobre dois métodos entendidos como de suma importância para o estudo do direito à privacidade e o contexto atual supramencionado. O primeiro é o método dedutivo apresentado por Descartes (2014), no qual há uma hipótese genérica e, por meio da dedução é possível chegar a uma conclusão, sendo que nesse caso a hipótese é de que a utilização arbitrária da tecnologia digital fragiliza o direito à privacidade. O segundo método é o indutivo, através do qual o pesquisador analisa o caso concreto e realiza o processo de indução, que consiste na observação sistemática dos fatos.

Para demonstrar como tais métodos foram aplicados, inicia-se o trabalho com a apresentação da forma com que a tecnologia digital contribui para o retiro social e a forma que o conceito de privacidade evoluiu com o decorrer da história.

Por fim, após a contextualização sobre os acontecimentos contemporâneos e históricos, há a demonstração da forma que alguns governos têm utilizado a tecnologia digital para manter o distanciamento com a justificativa de preservar a saúde pública.

A TECNOLOGIA DIGITAL COMO FORMA DE APOIO AO ISOLAMENTO SOCIAL

A tentativa de conter a pandemia por meio do isolamento social tem sido viabilizada pelas tecnologias proporcionadas pela Revolução da Internet, que tem sido instrumento eficaz para manter a produtividade sem desprezar o isolamento social. Revolução da Internet consiste no termo utilizado para denominar o período contemporâneo que é marcado pelas alterações na ordem social e econômica causada pelo desenvolvimento da tecnologia digital.

Da mesma forma que as Revoluções Industriais anteriores otimizaram a produção através do uso de tecnologias por meio da utilização de máquinas à vapor e máquinas movidas a eletricidade, na contemporaneidade há a busca do fortalecimento da indústria através da utilização de tecnologia digital (PUGLISI, 2019).

A tecnologia digital se consubstancia na conexão entre máquinas, sistemas e ativos que permitem que as empresas controlem os meios de produção sem a direta interferência humana, pois utilizam redes inteligentes que conectam o mundo real ao virtual.

A quarta revolução industrial é caracterizada pela aquisição e tratamento de dados em tempo real; cópia virtual das fábricas inteligentes de forma a permitir o rastreamento e monitoramento remoto; descentralização das decisões tomadas através do espaço cyber-físico de forma a atender as necessidades em tempo real; orientação de serviços através da utilização da arquitetura de softwares; elaborar tecnologias que permitam a alteração das tarefas da máquina de forma acessível e a comunicação de seres humanos

e fábricas inteligentes através do uso da “internet das coisas” e da internet (SAKURAI; ZUCHI, 2018).

Além dos princípios que norteiam a quarta revolução industrial, há tecnologias que se constituem como verdadeiros pilares da revolução digital. O primeiro é a internet das coisas, que consiste na conexão de objetos físicos a um sistema, permitindo que a execução de determinadas tarefas seja efetuada sem a intervenção humana. O segundo pilar é a segurança cibernética, o provedor utiliza criptografia para tornar os meios de comunicação confiáveis, isso significa que enquanto ocorre a transferência de dados, terceiros não conseguem ter acesso ao conteúdo, pois este só é revelado quando chega ao seu destino (SAKURAI; ZUCHI, 2018). Outro pilar tecnológico que merece destaque é a inteligência artificial que além de permitir que uma máquina realize uma atividade que poderia ser desempenhada por humanos, também permite que softwares correlacionem informações e aprendam algo novo, o que reduz custos e automatiza empregos (SCHWAB, 2016).

A revolução da internet é uma realidade que se torna cada vez mais frequente na economia global, servindo de estratégia para criação de novos negócios e aumento da competitividade em âmbito mercantil, tendo em vista que essa aumenta a produtividade reduzindo custos, principalmente em países desenvolvidos (PUGLISI, 2019).

Ademais, com a pandemia causada pela Covid-19 muitas empresas só continuaram exercendo suas atividades em razão da tecnologia proporcionada pela quarta revolução industrial, sem que os trabalhadores se deslocassem até a empresa evitando dessa forma a aglomeração de pessoas. A necessidade de isolamento social para conter ou mitigar os efeitos do vírus que é altamente contagioso obrigou que as empresas aderissem ao regime denominado como *home office* ou trabalho remoto.

Cabe informar que o teletrabalho se difere do *home office*, tendo em vista que o primeiro consiste na prestação de serviços fora das

dependências do empregador através da utilização de tecnologias, sendo assim, nesse caso, a prestação de serviços estará expressamente descrita no contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que deverão ser realizadas pelo empregado. Já o segundo consiste na modalidade de trabalho à distância, que é executada na casa do empregado de forma eventual, devendo ser instituído em norma interna da empresa, não exigindo formalização no contrato de trabalho (PACHECO; GOMES, 2020).

Ocorre que, após a crise causada pela Covid-19, muitas sociedades irão perceber que o trabalho efetuado fora de suas dependências é produtivo e que é sim possível reduzir custos mantendo os trabalhadores exercendo suas atividades em casa, sendo cada vez mais difícil para o trabalhador diferenciar a esfera de trabalho da doméstica (INSTITUTO UNISINOS, 2020).

Antes da Covid-19 as tecnologias das quais o mundo dispunha já eram suficientes para permitir a realização do trabalho remoto, mas não suficientes para promover as mudanças de comportamento. Quando a humanidade foi atingida pela crise da Covid-19, o mundo não teve mais escolha, pois levou a uma adoção forçada em massa do *home office* (RICO, 2020).

Portanto, independentemente da política de cada empresa em relação às opções de trabalho flexíveis, o que pode acontecer é que, no mundo pós-Covid-19, toda empresa precisará estar preparada para que os trabalhadores possam efetuar suas atividades em casa. É fato que algumas corporações já vinham adotando a política de *home office* ou teletrabalho, todavia, isso tem sido intensificado com a necessidade do isolamento social. Se por um lado a utilização do trabalho remoto proporcionado graças ao desenvolvimento da tecnologia digital figura como grande aliado no controle da pandemia, por outro, está ocorrendo o descortinamento entre o espaço público e privado conforme restará demonstrado a seguir.

Direito à desconexão

Durante o atual período de pandemia, as mudanças estruturais que ocorreram no mercado de trabalho com a prática do trabalho remoto ou *home office* e a facilidade de comunicação através de aplicativos utilizados em smartphones, torna comum o fato de trabalhadores se comunicarem com os contratantes em qualquer hora e lugar.

Apesar da realidade em questão simplificar a vida do trabalhador e até trazer conforto ao mesmo, a ausência de limites entre ambiente laboral e vida privada acaba por corromper a vida pessoal dos trabalhadores, tendo em vista que estes acabam por ter momentos de privacidade interrompidos, pois não há grande separação entre a vida laboral e a privada. Tanto o momento de descanso quanto o de lazer na intimidade de seu convívio são essenciais para a saúde física e emocional do trabalhador e a interrupção desses momentos tornam o trabalho mais prolongado e agressivo (FREIRE, 2017).

Isso ocorre porque o trabalhador não consegue se desligar totalmente de sua função, pois mesmo que as informações que receba acerca do ambiente laboral não sejam comandos para executar tarefas, a mera informação sobre os acontecimentos do labor é suficiente para voltar à atenção do empregado para seus afazeres, como tal fato se torna agressivo a integridade do indivíduo, este passa a dispor do direito à desconexão, sendo este um desdobramento do direito fundamental à saúde e lazer previsto na atual Constituição brasileira (FREIRE, 2017)

O direito à desconexão deve ser analisado diante da realidade de que o empregado atualmente não labora somente na sede da empresa, tendo em vista que o trabalhador mesmo após o horário estabelecido no contrato de trabalho recebe mensagens e solicitações através de notebook, celulares dentre outros meios de comunicação.

Apesar de o direito à desconexão ser necessário também para os trabalhadores que exercem suas atividades nas dependências da empresa, a conexão ao trabalho é intensificada quando o emprega-

do exerce trabalho remoto ou *home office*, pois entende-se que pode haver maior cobrança do empregador por resultados e metas, sem que seja concedida a devida atenção ao tempo despendido para a realização de atividades, bem como o seu controle (ALMEIDA, 2018).

A digitalização dos meios de trabalho acarretou a confusão entre intervalos e desconexão com a própria jornada de trabalho. A tecnologia fornece à sociedade meios mais confortáveis para exercer o labor, reduzindo em alguns aspectos a penosidade em sua execução, mas também viola direitos fundamentais (MARTINS; AMARAL, 2019).

Por isso, é possível compreender o direito à desconexão como o limite ao excesso de conectividade ao trabalho, para que seja garantida qualidade de vida sadia ao trabalhador, tendo em vista que o empregado tem direito a momentos de folga, férias, feriados, bem como no final da jornada não ter mais o dever de estar à disposição do empregador, por isso, deve se desconectar totalmente de seus serviços, com o intuito de descansar e se revigorar mentalmente (MARTINS; AMARAL, 2019).

O direito em estudo pode ser entendido com o direito à preservação da intimidade e reconhecimento da possibilidade de que o empregado enquanto trabalha possa utilizar de forma proporcional e adequada das “válvulas de escape” que permitam a desconexão das informações relacionadas ao trabalho, para que o retorno possa tornar o trabalho mais produtivo e satisfatório (ALMEIDA, 2016).

O direito à desconexão é desdobramento dos direitos fundamentais positivados na Constituição, como o direito às férias, repouso semanal remunerado, intervalo intra e interjornada, saúde, lazer, segurança do trabalho, privacidade e vida privada. O direito ao descanso é essencial para que o empregado possa exercer com zelo suas atividades laborais e manter sua vida familiar, afetiva e pessoal de forma a garantir a dignidade da pessoa humana (ALMEIDA, 2016).

Portanto, diante de todo o exposto é possível compreender que as mudanças estruturais no mercado de trabalho proporcionadas

pela digitalização e incentivadas pelo isolamento social reforçam o fato de que o trabalhador pode a qualquer momento ser acionado ou informado sobre problemas que estão ocorrendo no ambiente de trabalho. Apesar de a tecnologia ter proporcionado maior conforto ao trabalhador que pode trabalhar em qualquer lugar a qualquer hora, este também se tornou invasivo, desrespeitando os momentos que o trabalhador tem para recuperar suas energias físicas e mentais, afetando frontalmente a privacidade do trabalhador que fica exposto a conexão fora do momento de labor.

Reação tecnológica do governo para assegurar o isolamento social

Governos de vários países também têm utilizado a tecnologia digital no combate à pandemia com o intuito de assegurar o isolamento social.

A tecnologia não tem influenciado somente o mercado laboral, mas também no cotidiano das pessoas e na forma com que o governo tem lidado com os seus cidadãos. Nesse sentido, aplicativos de rastreio têm sido largamente utilizados pela China, Coreia do Sul, Estados Unidos e até mesmo o Brasil. Todavia é óbvio que o uso de tecnologias de geolocalização fragilizam o direito à vida privada.

Na China, o governo passou a utilizar uma tecnologia que atribui um código de cores aos usuários, restringindo a liberdade de circulação, dependendo do risco que oferecem para o contágio da doença. Já a Coreia do Sul, implementou uma tecnologia que testa em massa a população utilizando dados pessoais, os registros do GPS do celular ou do cartão de crédito rastreiam onde as pessoas contaminadas estiveram, possibilitando a emissão de alertas para potenciais contaminados terem a oportunidade de realizar o teste e se isolarem (BBC, 2020).

Todavia, o que deveria ser uma forma de preservar a saúde pública acabou se tornando conduta abusiva, pois há países que vêm se

utilizando desses programas para introduzir medidas de vigilância desnecessárias, sendo que os dados coletados são enviados as polícias locais e nas mãos de governos que já possuem práticas intrusivas de vigilância como China e Rússia, aumentando a discriminação e a repressão (TECHAOMINUTO, 2020).

A Rússia, por exemplo, introduziu o programa em abril deste ano com a desculpa de controlar a movimentação de pessoas durante a pandemia mundial causada pelo Covid-19, porém, o aplicativo solicita também o acesso às chamadas e as câmeras dos smartphones (GIELOW, 2020).

Ademais, em Moscou está sendo utilizado um sistema de câmeras com reconhecimento facial, com a ideia de combater a disseminação do Coronavírus, o governo local tem o intuito de reconhecer, multar e prender àqueles que estão quebrando o isolamento social (WAKKA, 2020).

Comprometer de forma excessiva a privacidade é uma abertura para minar direitos como liberdade de circulação, de expressão e associação e há sim governos se aproveitando da atual situação de calamidade pública para aplicar medidas draconianas (GIELOW, 2020).

Os riscos ainda são agravados pela ausência de limites claros quanto ao recolhimento, armazenamento e uso de dados. Algumas restrições quanto aos direitos dos seres humanos até podem ser justificadas em uma situação de emergência de saúde pública, mas pedir que as pessoas sacrifiquem sua privacidade fornecendo dados desnecessários chega a ser uma violação aos direitos humanos (TECHAOMINUTO, 2020).

Na Europa, universidades e empresas têm buscado o desenvolvimento de uma tecnologia que não invada tanto a privacidade de indivíduos. Ao invés de realizar o rastreamento por meio do contato entre pessoas há a utilização do bluetooth dos celulares, assim, tal método não resulta na identificação da identidade dos indivíduos, tampouco do local onde estes estiveram. Ademais, tanto a Google

quanto a Apple se pronunciaram acerca do desenvolvimento de uma tecnologia que se baseia nesse mesmo princípio (GIELOW, 2020).

Já no Brasil, o uso de dados de geolocalização menos invasivo também tem sido considerado por especialistas, nesse caso a análise de informações de geolocalização além de anônimas servem para monitorar quantas pessoas de determinada região têm seguido a orientação de isolamento. O atual Presidente da República, Jair Bolsonaro, pediu a interrupção da aplicação desta tecnologia com as operadoras de telefonia, sob a justificativa de que seria necessário avaliar a possível violação do direito à privacidade (BBC, 2020).

Mesmo com a oposição do atual presidente, Marcos Pontes, atual Ministro da Ciência e da Tecnologia, declarou através de uma rede social, o Twitter, onde defende o uso de tal método, afirmando que os dados pessoais dos indivíduos não seriam analisados e que o sistema apontaria a aglomeração através de um mapa de calor. Apesar de o Governo Federal estar relutante quanto à utilização de uma tecnologia de geolocalização para combater a pandemia, alguns estados e municípios têm se valido de tal aparato tecnológico (PRAZERES, 2020).

Como exemplo, é possível citar os governos do Estado de São Paulo e do município do Rio de Janeiro, que firmaram parcerias com as empresas telefônicas, dessa forma o governo tendo ciência das regiões da cidade ou até mesmo do Estado que estão aderindo mais ao isolamento social, possa direcionar suas políticas de saúde. Cabe salientar que a ferramenta atualmente utilizada tem permitido a contagem de visitas sem a identificação pessoal a hospitais, clínicas e postos de saúde, possibilitando que os órgãos de saúde aloquem os pacientes e profissionais de saúde para evitar superlotação (PRAZERES, 2020).

Para que não se torne política abusiva é necessário que tais medidas tenham caráter temporário e não identifiquem as pessoas, ao contrário do que aconteceu na China com o reconhecimento facial e na Rússia que requer a utilização de microfone e câmeras, o uso de

dados anônimos para medir o isolamento social são formas de tutelar a saúde pública de uma forma menos invasiva.

Portanto, diante do exposto é possível perceber que governos de vários países têm buscado a utilização da tecnologia digital no combate a pandemia ao rastrear a localização dos indivíduos, todavia, questiona-se a real intenção por trás de tais ações e se tal prática não estaria sendo invasiva.

DIREITO À PRIVACIDADE: BREVE HISTÓRICO

O avanço tecnológico sempre resultou em discussões, tendo em vista que se por um lado impulsiona a geração de riquezas e melhora a qualidade de vida, por outro, além de causar poluição ao meio ambiente, interfere nas relações pessoais.

Na contemporaneidade a tecnologia possibilitou que as pessoas se tornassem mais conhecidas no meio digital e a vida das pessoas públicas e anônimas passou a ser veiculada com mais frequência nos meios de comunicação, resultando em interesse dos espectadores. Tal realidade faz surgir a dúvida se a concepção de intimidade e privacidade assegurada através da Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inciso X, sofreu alteração em seu entendimento, em razão da nova perspectiva trazida pela sociedade da informação.

Primeiramente, insta informar que o conceito de privacidade tal qual o conhecemos hoje é relativamente recente. Habermas (2014, p. 97-98) define a antiguidade clássica como o ponto de partida para a divisão entre espaço público e privado, sendo esta concepção posteriormente transmitida à cultura romana. Dessa forma, havia a *polis* que podia ser entendida como o espaço comum aos cidadãos livres e o *oikos*, o espaço privado.

Cabe salientar que a vida pública não estava necessariamente vinculada a um local, tendo em vista que a inserção dos cidadãos na *polis* estava intimamente relacionado com a sua posição no *oikos* (ARENDR, 2005).

Na sociedade grega, a distinção entre a esfera pública e privada significava a demarcação entre a família e a política havendo oposição quanto a sua forma de organização, pois o cidadão ao adentrar o âmbito público recebia uma segunda vida passando a existir de outra maneira nesse espaço, pois não se relacionava com aquilo que era seu, mas com o que era comum (ARENDRT, 2005).

A ideia de privado estava relacionada com as necessidades inerentes à pessoa humana, originando-se não na atividade contemplativa do homem em busca de um sentimento de liberdade, mas sim no ato de sobreviver em pequenas comunidades (CANCELIER, 2017).

Na Idade Média houve a percepção da necessidade de isolamento, o público oferecia status e a privacidade começou a ser costume daqueles que eram economicamente mais abastados, sendo esse comportamento relacionado às famílias nobres. Os hábitos cotidianos foram alterados, por isso, as necessidades fisiológicas começaram a ser encobertas, o espaço passou a ser entendido como ambiente de separação com o comum e a vida nesse âmbito passou a ter mais relevância (DONEDA, 2006). A casa deixou de ser vista como o espaço em que se discute questões de pouca importância e a ser o centro da representação do Poder Político, por isso, as casas passaram a ser relacionadas com grandes dinastias (AGOSTINI, 2011).

O declínio da sociedade feudal e o fortalecimento da burguesia potencializou o fascínio pela individualidade, surgindo também a necessidade da preservação da vida íntima. Conforme visto até o presente momento, a privacidade estava relacionada com a dimensão política e econômica, todavia, a mudança de entendimento acerca do público e do privado, passou a se manifestar como expressão da personalidade, onde se defende um espaço que venha diferenciar o indivíduo diante da sociedade. Assim, a privacidade tal qual a conhecemos atualmente é fundada na percepção do indivíduo perante a sociedade (CANCELIER, 2017).

A privacidade passou a ser enaltecida pelos burgueses e em consonância com as relações socioeconômicas da Revolução Indus-

trial e a arquitetura do local de trabalho com a do lar, ampliou-se ainda mais a distância entre público e privado. Tal fato fez nascer a necessidade de tutelar tal direito (RODOTÁ, 2008).

O primeiro antecedente registrado acerca do direito à privacidade, refere-se ao trabalho denominado como “*Grundzuge des naturrechts*” de David Augusto no ano de 1846, onde o autor afirma ser violador ao direito à privacidade incomodar alguém com perguntas indiscretas ou adentrar um aposento sem avisar. Já o segundo antecedente foi o caso de “*Affaire Rachelix c. O’Connell*”, episódio em que uma famosa atriz do teatro francês no século XIX pediu para ser fotografada em seu leito de morte. Ocorre que, sem autorização da família, os fotógrafos venderam a imagem para um desenhista que publicou a ilustração. Na ocasião, a família ajuizou ação face ao desenhista e o Tribunal Civil de Sena proferiu o entendimento de que não seria dado a ninguém reproduzir e dar publicidade a traços de uma pessoa em seu leito de morte, sem autorização formal da família (SAMPAIO, 1998).

Compreende-se que o direito à privacidade se trata de uma construção jurídica relativamente recente, tendo como marco inicial o trabalho de Warren e Brandeis. Todavia, antes do artigo publicado pelos autores anteriormente citados, Thomas McIntyre Cooley, jurista Norte-Americano e Presidente da Suprema Corte de Michigan, no ano de 1888 proferiu a expressão “o direito de estar só”¹ (ZANON, 2013).

Todavia, Warren e Brandeis não apenas valorizaram a privacidade, mas chamaram a atenção para o nascimento desse direito de forma autônoma, apresentando características, funções e limites, distanciando este da matriz propriedade como base de proteção da vida privada, aproximando-se da intenção de tutelar a personalidade da pessoa humana. Dessa forma, passaram a apelar proteção anteriormente citada pelo Magistrado Cooley do “direito de estar só” ao

¹ “The right to be let alone”.

entender como violação a utilização de fotografias e as tecnologias utilizadas pelos meios de comunicação de que “aquilo que é sussurrado na alcova, deve ser barrado no telhado”. O entendimento era de que a fofoca não era mais uma forma de superar o ócio, mas havia se tornado importante ferramenta de barganha, produto de comercialização (WARREN; BRANDEIS, 1890).

A partir desse momento o direito à privacidade teria perdido sua natureza proprietária nos moldes tradicionais. Os autores ainda utilizaram como exemplo o conteúdo de uma carta escrita de um pai para sua filha, defendendo a ideia de que esta não poderia ser divulgado, não como proteção ao ato intelectual, mas pelos fatos que estão dispostos na carta. A proteção do pensamento, sentimentos e emoções que são expressos por qualquer meio de comunicação é uma forma de aplicar o direito de estar só e de ser deixado em paz (WARREN; BRANDEIS, 1890).

Portanto, o entendimento de que existe uma vida pública que se distingue da privada deu origem ao que hoje compreende-se como direito à privacidade. Ao longo do tópico é possível compreender que o conceito acerca do privado foi se adaptando ao contexto histórico ao qual estava inserido, sendo motivado pela evolução tecnológica no âmbito da comunicação.

A Constituição de 1988 e o Direito à Privacidade

Nos termos da Constituição Federal de 1988, o direito à privacidade está fundado na dignidade da pessoa humana, que pode ser entendida como o reconhecimento de que todos os seres humanos são fim em si mesmo e não mero instrumento para que outros indivíduos alcancem determinados objetivos.

O direito à dignidade da pessoa humana se desdobra no direito à intimidade, que por sua vez integra os “direitos da personalidade”, sendo estes inerentes ao ser humano e tem por objetivo tutelar a dignidade da pessoa humana (HIRATA, 2017).

A Constituição Federal em seu art. 5º, X, declara como inviolável a intimidade, a vida privada, a honra e imagem das pessoas (BRASIL, 1988).

Parte da doutrina entende que o direito à intimidade é diferente do direito à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, porém, para o presente estudo será utilizada a expressão direito à privacidade em sentido genérico, de modo a abranger todas as manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade (SILVA, 2014).

Todavia, cabe tecer algumas considerações acerca das razões pelas quais alguns doutrinadores diferenciam intimidade de vida privada.

O direito à privacidade pode ser conceituado como conjunto de informações acerca do indivíduo. Sendo assim cabe a ele a decisão de manter sob seu exclusivo controle ou se comunicará a terceiros informações acerca de si decidindo quem, quando, onde e em quais situações tais conteúdos serão propagados (SILVA, 2014).

O direito à intimidade é a terminologia utilizada para explicar o direito que garante o segredo que permeia a vida dos indivíduos. A vida privada, por sua vez, também integra a vida íntima do sujeito, porém é mais abrangente, visto que inclui a garantia do modo que o indivíduo decide viver a própria vida (ALONSO, 2004).

A vida privada das pessoas pode compreender dois aspectos, sendo o primeiro voltado para o exterior e outro para o interior. O aspecto exterior diz respeito relações sociais e as atividades públicas que podem ser objeto de pesquisas e divulgações, pois são informações públicas (ALONSO, 2004).

A Constituição Federal de 1988, encontra-se consonância com a Convenção Americana de Direitos Humanos que em seu art. 1.1 dispõe que o Estado membro do tratado tem a incumbência de zelar pelo direito e o respeito aos direitos e liberdades reconhecidas e de garantir o livre e pleno exercício por qualquer pessoa sujeita àquela jurisdição (CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, 1969).

No art. 11.2 da referida avença, houve a disposição de que ninguém pode ser objeto de condutas arbitrárias e abusivas em sua vida privada, mesmo que a arbitrariedade se consubstancie dentro de sua família, domicílio ou através de correspondência (CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, 1969).

Atualmente os indivíduos têm facilidade em expor a vida pessoal e fazem questão de se tornarem conhecidas, o que conduz ao entendimento de que a privacidade não é mais entendida como o desejo de estar só, porque mesmo digitalmente, os sujeitos têm tido vontade de compartilhar suas vidas com um público indeterminado.

Ademais, as pessoas que gostam de expor suas vidas nas redes sociais, inclusive compartilham espontaneamente a sua localização com o público, avisando os seus seguidores onde está e o que está fazendo.

Nas palavras de Costa Júnior (1995, p. 22) a revolução tecnológica digital promoveu um processo de corrosão das fronteiras da intimidade, pois a devassa da vida privada se tornou mais aguda e inquietante. O autor ainda informa que tal revolução avança desprovida de diretrizes morais, o que acarreta na deformação progressiva desses direitos fundamentais.

O informativo nº 944 do Supremo Tribunal Federal reconheceu que as tecnologias da comunicação têm provocado mutação constitucional:

A modificação das circunstâncias fáticas e jurídicas, a promulgação de leis posteriores e o significativo desenvolvimento das tecnologias da comunicação, do tráfego de dados e dos aparelhos smartphones levam, contudo, nos dias atuais, a solução distinta, em um típico caso de mutação constitucional.

Nesse mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal, no dia 07 de maio de 2020 concluiu o julgamento do Referendo na Medida Cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.389, 6.390,

6.393, 6.388 e 6.387, de forma a suspender a aplicação da Medida Provisória nº 954/2020.

Segundo a medida provisória as empresas de telecomunicação prestadoras do Serviço Telefônico Fixo Comutado-STFC e do Serviço Móvel Pessoal-SMP eram obrigadas a disponibilizar à Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, em meio eletrônico, a relação dos nomes, dos números de telefone e dos endereços de seus consumidores, pessoas físicas ou jurídicas. O objetivo da transferência de dados consiste na realização de entrevistas em caráter não presencial no âmbito de pesquisas domiciliares para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus (FERNANDES, 2020).

A recente decisão em consonância com o informativo supracitado revela que apesar da mutação no entendimento quanto ao direito à privacidade, ainda assim preserva-se o direito de a pessoa humana manter o controle sobre os seus dados pessoais, para evitar que sejam utilizados indevidamente sem o consentimento do titular.

Portanto, é possível perceber que no decorrer da história houve a modificação no entendimento acerca do que se entende por direito à privacidade, sendo possível até mesmo afirmar que este direito tal qual elencado na Constituição Federal tem passado por mutação, em razão das novas relações sociais que tem se desenvolvido com o advento da tecnologia digital, todavia, o Supremo Tribunal Federal ainda busca a preservação do direito de a pessoa humana manter o controle sobre os seus dados pessoais, para evitar que sejam utilizados indevidamente sem o seu consentimento.

A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE QUANTO AO USO DA TECNOLOGIA DE RASTREIO

Diante de todo o quadro exposto é possível perceber que mesmo com o entendimento de que ocorreu uma mutação constitucional face ao entendimento acerca da privacidade, ainda assim cabe ao sujeito decidir acerca da propagação de suas informações pessoais.

O Supremo Tribunal Federal tem tentado se manter firme quanto ao entendimento de que o indivíduo ainda deve ter o controle acerca dos próprios dados que serão propagadas, de forma a evitar arbitrariedades.

Já o ordenamento jurídico brasileiro, por ser revestido por uma Constituição rígida, onde não há admissão de restrições a garantias constitucionais, em momentos de crise prevê hipóteses taxativas para mitigação de alguns direitos (SARLET, 2007).

O art. 136 da Constituição Federal admite o estado de calamidade pública, que é decretado pelos governantes em situações anormais, que decorrem de desastres que causam danos gravíssimos à comunidade. Nesse sentido, o Decreto Legislativo nº 6 de 2020 reconheceu para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública.

No mesmo sentido, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos ao editar a Resolução nº 22, elencou as medidas de restrições necessárias de direitos fundamentais para manter o isolamento social. Todavia, a Comissão deixa claro que os regimes jurídicos de emergência devem ser reconhecidos e acatados sempre que restar constatada a contaminação, ressaltando também que as restrições devem se pautar na temporariedade e que todos os países-membros devem sobrestar a medidas de rastreamento assim que cessarem os efeitos da pandemia.

Por fim, ainda em âmbito internacional, a Organização Mundial da Saúde estimula a adoção de medidas de isolamento e restrição a alguns direitos fundamentais, como o da privacidade, nesse momento excepcional.

CONCLUSÃO

Conforme todo o conteúdo estudado é possível perceber que as medidas emergenciais adotadas como forma de conter a disseminação da Covid-19 causaram profundas alterações nas relações de trabalho e também no comportamento do Estado em relação aos indivíduos.

Antes da referida pandemia a indústria digital já estava transformando a realidade social, bem como a percepção das pessoas em relação à privacidade, tais transformações acabaram sendo aceleradas pela política de isolamento social.

Ao longo do texto foi possível compreender que o conceito de privacidade tal qual o adotado é construção jurídica recente. Na antiguidade, a separação entre público e privado começou com a diferenciação entre a vida política e a vida privada, já na idade média, a privacidade estava relacionada com o direito de propriedade. A privacidade passou a ser enaltecida pelos burgueses e em consonância com as relações socioeconômicas da Revolução Industrial e a arquitetura do local de trabalho com a do lar, ampliou-se ainda mais a distância entre público e privado.

Na contemporaneidade é possível perceber a tendência de descortinamento entre o espaço público e privado, principalmente pelo avanço da tecnologia digital e a possibilidade de as pessoas exercerem *home office* ou teletrabalho, que para não violar a privacidade dos indivíduos deve haver o respeito ao direito à desconexão.

De outro norte, é possível perceber a aproximação entre essas esferas pois com a pandemia o governo tem interferido mais na vida

particular, ao determinar medidas de isolamento social, o que leva ao questionamento se tal fato não tem violado o direito à privacidade.

É inquestionável que atualmente o país se encontra sob estado de calamidade pública e que o governo precisa restringir alguns direitos para evitar a disseminação da doença, já que nem todos têm a consciência da necessidade de evitar aglomerações.

No que tange a possibilidade da utilização da tecnologia de rastreamento pelo Estado é possível questionar se é legítimo por parte do governo saber a localização das pessoas, já que atualmente a maioria das pessoas tornam público em redes sociais a sua individualidade. Todavia, nesses casos existe a vontade ativa do indivíduo em expor a seus segredos.

O direito à privacidade pode ser interpretado como conjunto de informações acerca do indivíduo, cabendo ao mesmo a decisão de manter sob seu exclusivo controle ou se comunicará a terceiros informações acerca de si, decidindo quem, quando, onde e em quais situações tais conteúdos serão propagados.

Infere-se que a partir do momento em que as medidas de rastreamento identificam as pessoas, requerendo acesso à contatos, câmeras, exigindo reconhecimento facial, utilizando dados de cartões de créditos para saber onde, quando e quem esteve em contato com pessoas contaminadas isso se constitui como políticas arbitrárias e que há possível violação ao direito à privacidade.

Por estarmos vivenciando um estado de calamidade pública, pode ser necessário que as instituições tomem algumas medidas, como implantação do trabalho remoto, uso de tecnologias que compartilhem a informação dos indivíduos, porém, acredita-se que na atual conjuntura estas medidas sejam temporárias e que não identifique quem são as pessoas que estão aderindo ao isolamento ou não.

REFERÊNCIAS

- AGOSTINI, Leonardo Cesar de. **A intimidade e a vida privada como expressões da liberdade humana**. Porto Alegre: Ed. Núria Fabris, 2011.
- ALMEIDA, Almiro Eduardo de; SEVERO, Valdete Souto. **Direito à desconexão nas relações sociais de trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016.
- ALMEIDA, Fabiana. **O teletrabalho e o direito à desconexão: impactos da reforma trabalhista**. Mega Jurídico. Disponível em: < <https://www.megajuridico.com/o-teletrabalho-e-o-direito-a-desconexao-impactos-da-reforma-trabalhista/>>. Acesso em: 20 de jul. de 2020.
- ALONSO, Felix Ruiz. **Direito à privacidade**. Porto Alegre: Síntese, 2004.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- BAEZ, N. L. X ; COCENÇO, E. Biografias não autorizadas e o direito à privacidade na sociedade da informação. **O impacto das novas tecnologias nos direitos fundamentais**. In: BAEZ, N. L. X [et al.] (Org.) Joaçaba: Unoesc, 2018.
- BBC NEWS BRASIL. **Coronavírus: uso de dados de geolocalização contra a pandemia põe em risco sua privacidade?**. Disponível em:< <https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2020/04/coronavirus-uso-de-dados-de-geolocalizacao-contra-pandemia-poe-em-risco-sua-privacidade.html>>. Acesso em 06 de jul 2020.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, et al. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo; Saraiva, 2007.
- BRASIL, Lei nº 13.979/2020. Brasília, 06 de fevereiro de 2020.
- _____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 de outubro de 1988.

CANCELIER, Mikhail Vieira de Lorenzi. O Direito à Privacidade hoje: perspectiva histórica e o cenário brasileiro. **Seqüência** (Florianópolis), n. 76, p. 213-240, ago. 2017.

CLAVELL, Gemma Galdon. O que acontece com nossos dados na internet? Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2015/06/12/tecnologia/1434103095_932305.html>. Acesso em: 20 de out de 2019.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Pandemia y Derechos Humanos em las Américas. Resolución 1/2020.** Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>.> Acesso em 02/05/2020.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em: 05 de jun de 2020.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. O direito de estar só: tutela penal da intimidade. 2. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1995.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção dos dados pessoais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERNANDES, Victor Oliveira. **Constitucionalismo digital e direitos: para que servem as leis gerais da internet?** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-09/observatorio-constitucional-direitos-fundamentais-servem-leis-gerais-internet>>. Acesso em: 20 de jul. 2020.

FREIRE, Karolina Ferreira. **O direito à desconexão do trabalho e o impacto dos avanços tecnológicos na delimitação do tempo à disposição do empregador.** 2017. 85 f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.

GIELOW, Igor. **Tecnologia usada no combate à pandemia de coronavírus ameaça privacidade.** Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/04/tecnologia-usada-no-combate-a-pan>

demia-de-coronavirus-ameaca-privacidade.shtml>. Acesso em: 20 de jul. de 2020.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela – Lisboa: Edições 70, 2007.

MARTINS, Adalberto; AMARAL, Felipe Marinho. O DIREITO À DES-CONEXÃO NO TELETRABALHO. **Revista de Direito do Trabalho**. vol. 202. 2019. p. 201 – 221. Jun / 2019.

PACHECO, Ana Mikhaelly Gomes. **Teletrabalho e home office: qual a diferença?**. Disponível em: < http://www.editoramagister.com/doutrina_27996291_TELETRABALHO_E_HOME_OFFICE_QUAL_A_DIFERENCA.aspx>. Acesso em: 10 de agosto de 2020.

PRAZERES, Leandro. **Governo federal adia uso de dados de operadoras para monitorar aglomerações, diz ministro**. Disponível em:< <https://oglobo.globo.com/brasil/governo-federal-adia-uso-de-dados-de-operadoras-para-monitorar-aglomeracoes-diz-ministro-24367499>>. Acesso em 05 de jul de 2020.

PUGLISI, Maria Lucia Ciampa Benhame. A estrutura sindical brasileira, a quarta revolução industrial e a representatividade dos novos trabalhadores e empresas. **Revista de Direito do Trabalho** | vol. 202/2019 | p. 67 – 91 | Jun / 2019.

RICO, Carmen Alfonso. Medium. **The Present of Work: the overnight coming of age of remote work**. Disponível em: <<https://medium.com/samaipata-ventures/the-present-of-work-the-overnight-coming-of-age-of-remote-work-b4573121c3dc>>. Acesso em 12 de jun. de 2020.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SAKURAI, R.; ZUCHI, J. D. AS REVOLUÇÕES INDUSTRIAIS ATÉ A INDÚSTRIA 4.0. **Revista Interface Tecnológica**, v. 15, n. 2, p. 480-491, 30 dez. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica**

da sexualidade, da família da comunicação e informações pessoais. Belo Horizonte: DelRey, 1998.

SCHWAB, K. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOTERO, A. P. S; SOARES, R.M.F. Constituição e Restrição a Direitos Fundamentais em Tempos de Pandemia de COVID-19: um Breve Estudo do lockdown no Estado do Maranhão. In: BAHIA, S. J. C. (Org.). **Direitos e deveres fundamentais em tempos de coronavírus**. São Paulo: Editora Iasp, 2020.

TECHAOMINUTO. Disponível em:< <https://www.noticiasominuto.com/mundo/1477532/aplicacoes-de-rastreio-colocam-serios-riscos-aos-direitos-humanos>>. Acesso em: 09 de jun 2020.

UNISINOS. Instituto Humanitas Unisinos. **A sociedade do trabalho pós-coronavírus favorecerá o capital, 2020**. Disponível em:< <http://www.ihu.unisinos.br/598468-a-sociedade-do-trabalho-pos-coronavirus-favorecera-o-capita>>. Acesso em 10 de jun de 2020.

WAKKA, Wagner. **Rússia está usando reconhecimento facial contra a COVID-19**. Disponível em:< <https://canaltech.com.br/inteligencia-artificial/russia-esta-usando-reconhecimento-facial-contra-a-covid-19-162328/>>. Acesso em: 20 de jul. 2020.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis, **D. Right to privacy**. Harvard Law Review. v. IV. nº5. December, 1890.

ZANON, João Carlos. **Direito à proteção dos dados pessoais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

No âmbito do projeto de produtividade em pesquisa CNPQ do Prof. Jose Luis Bolzan de Moraes, intitulado 'ESTADO E CONSTITUIÇÃO. O "fim do Estado de Direito": novas tecnologias vs. garantias constitucionais' e da disciplina Transformações do Estado Constitucional, sob a responsabilidade do mesmo, junto ao PPGD/FDV, produziu-se um conjunto de reflexões que vêm agora reunidas neste volume – Conexões. Estado, Direito, Tecnologia. Para este livro contribuíram alunos e pesquisadores do Programa de Pós-Graduação em Direito da FDV que produziram autonomamente reflexões que abrem espaço para novas compreensões da temática aqui sugerida, buscando repercutir questões trazidas em sala de aula e desbravadas nas pesquisas e leituras que ao longo do período se foram produzindo. Como um novo campo de pesquisa, os caminhos se descortinam, sem fronteiras previamente balizadas. Frente ao "nada é possível" gerado pela insuficiência das respostas atuais, abre-se o "tudo é possível" dos espaços abertos. Os riscos são imensos, mas é preciso confrontá-los. Este é o papel da academia.

ISBN 978-65-88555-05-7



9 786588 555057