II ENCONTRO IBÉRICO DE DOUTORANDOS EM DIREITO

SOCIEDADE, DIREITO(S) E TRANSIÇÃO DIGITAL



Escola de Direito da Universidade do Minho
2021

SOCIEDADE, DIREITO(S) E TRANSIÇÃO DIGITAL

II Encontro Ibérico de Doutorandos em Direito

UNIVERSIDADE DO MINHO / UNIVERSIDADE DE SALAMANCA

COORDENAÇÃO CIENTÍFICA

Isabel Celeste M. Fonseca / Lorenzo M. Bujosa Vadell

COORDENAÇÃO EXECUTIVA

João Vilas Boas Pinto / Walter Reifarth Muñoz

2021

FICHA TÉCNICA

TÍTULO DA PUBLICAÇÃO
SOCIEDADE, DIREITO(S) E TRANSIÇÃO DIGITAL - II Encontro Ibérico de Doutorandos em Direito da Universidade do Minho e da Universidade de Salamanca

COMISSÃO CIENTÍFICA
Isabel Celeste M. Fonseca | Lorenzo M. Bujosa Vadell

COORDENAÇÃO EXECUTIVA
João Vilas Boas Pinto | Walter Reifarth Muñoz

AUTORES
Afonso Carvalho de Oliva/ Ana Teresa Intriago Ceballos / Carlos Augusto Acosta Olivo/ Carlos Espinosa Pulido / Cecília Bojarski Pires/ Cibele Benevides Guedes da Fonseca / Cristhian Ivan Silva Lemus / Emanuel Carvalho / Fernanda Karoline Oliveira Calixto / Inês Farinha / Jaime Criado Enguix / Ján Ivančík / Joana Lourenço e Castro/ Lucas Isaac Soares Mesquita / Luís Manuel Pica/ Marcílio Barenco Corrêa de Mello / María Cristina Fernández González / Miguel Álvarez Hernández / Murilo Strätz / Olmedo Arrocha Osorio/ Patrícia Ferreira Rocha/ Paula Tomé Domínguez/ Paulo Linhares Dias/ Raquel Silveira Alípio / Tiago Branco da Costa

DATA DE PUBLICAÇÃO
Dezembro de 2021

EDIÇÃO
Escola de Direito da Universidade do Minho
Centro de Investigação em Justiça e Governação - JusLab (Laboratório de Justiça)

FOTO ORIGINAL NA CAPA
Photo by Sincerely Media on Unsplash

PAGINAÇÃO E DESIGN
Pedro Rito

ISBN
978-989-53342-1-6

Este trabalho é financiado por fundos nacionais através da FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I.P., no âmbito do projeto UID/05749/2020.

NOTA PRÉVIA

É com muita alegria que apresento a versão escrita do mais recente Encontro de Doutorandos em Direito da Universidade do Minho e da Universidade de Salamanca, que nesta II edição foi desenhado sob o signo da transição digital.

Uma nota se impõe para conjugar os verbos felicitar e agradecer.

Em primeiro lugar, palavras de felicitação e gratidão dirijo-as aos Investigadores participantes, pelas suas cuidadas apresentações nestas jornadas de investigação e pelo trabalho e empenho postos na redação dos respetivos textos, que aqui se reúnem para memória futura.

Este encontro reuniu cerca de 40 doutorandos, juntou a Europa à América, envolvendo pensadores de Portugal, Espanha, Panamá, Perú, Equador, Brasil, Uruguai, Colômbia e México.

A jovem Academia de Braga acolheu, assim, a secular Academia de Salamanca e ambas se abriram ao diálogo com outras academias da Península Ibérica, como sejam a de Málaga, de Zaragoza, da Complutense de Madrid, da Autónoma de Lisboa e a de Coimbra.

Julgo que posso afirmar que vivemos todos um momento de festa académica, de reflexão e diálogo.

Esta II Edição dos Encontros de Doutorandos foi subordinada ao tema "Sociedade, Direito(s) e Transição Digital" e assentou em cinco grandes painéis e quatro conferências principais. Começou, pela manhã do dia 21 de janeiro de 2021, com o tema de Direito e Governação Pública Digital e, à tarde, no mesmo dia, o diálogo foi promovido em torno do impacto das Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC) no processo, procurando abordar os Direito(s) e Garantias Fundamentais Processuais na Era Digital. No dia 22 de janeiro, o Painel da manhã foi dedicado ao tema da Transição Digital, Direitos Humanos e Direito Penal e à Governação Pública Tributária. À tarde, foi a relação entre a Transição Digital e o Direito Privado a ser debatida neste Encontro de Doutorandos.

Foram dois dias de trabalho intenso e foram 48 horas muito bem investidas, permitam-me registar, de autêntico desfrute de novas ideias e reflexões.

Felicito e agradeço penhoradamente a todos os que intervieram nos dias 21 e 22 de janeiro de 2021 e aos Autores dos textos que, aqui, agora acolhemos para também partilhar com quem nos lê.

Um agradecimento particular aos Senhores Professores que proferiram lições magistrais nestes Encontros, durante os dois dias: ao Senhor Professor Doutor Eugénio Campos Ferreira, Professor Catedrático da Escola de Engenharia da Universidade do Minho e Vice-reitor para a Investigação e Inovação da Universidade do Minho, à Professora Doutora Maria Clara Calheiros, Professora Catedrática da Escola de Direito da Universidade do Minho e Diretora do Curso de Doutoramento em Ciências Jurídicas da Escola de Direito da Universidade do Minho, ao Professor Doutor Fernando Martín Diz, Professor Catedrático da Universidade de Salamanca, e ao Professor Doutor Federico Bueno de Mata, Professor Titular da Universidade de Salamanca e Vice-decano da Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca.

Em terceiro lugar, um especial agradecimento ao Mestre João Vilas Boas Pinto e ao Doutor Walter Reifarth Muñoz, Colegas de singulares qualidades científicas e pessoais, pelo papel determinante que desempenharam na preparação dos Encontros e na finalização da edição da Atas.

Ao Professor Doutor Lorenzo Mateo Bujosa Vadell, Coordenador do Doutoramento em A*dministración, Hacienda y Justicia en el Estado Social* da Universidade de Salamanca, cocoordenador científico do Encontro, excecional Pessoa e Académico, só posso com genuinidade agradecer, o que agora faço publicamente, pela amizade e pela distinção com que me brinda nesta parceria académica-científica.

Finalmente, desejo boas leituras a Todos e sobretudo desejo aos que participaram nos II Encontros, os que escreveram nas Atas e os que agora se juntam a nós, que se sintam sempre muito bem acolhidos na nossa Escola de Direito da Universidade do Minho. A quem investiga, deixo os meus melhores votos: que nunca perca a vontade de aprender com irreverência e ingenuidade; que não seja nunca excluído por causa do género, escolhas e crenças, ou raça, nem seja limitado ou condicionado no pensamento. Faço votos para que nunca tenha medo de errar e para que tenha a felicidade de encontrar e saber manter a alegria (infantil) da descoberta. Afinal, prefaciando a máxima *einsteiniana*, "o estudo em geral, a busca de verdade e da beleza são domínios em que nos é consentido ficar crianças toda a vida".

Gualtar, setembro de 2021

Isabel Celeste M. Fonseca
Professora Associada da Escola de Direito da Universidade do Minho

PREFÁCIO (I)

A obra que chega agora às mãos do leitor é o resultado do labor de investigação que vem sendo desenvolvido por jovens estudantes de doutoramento e foi o resultado de uma iniciativa promovida conjuntamente pela Escola de Direito da Universidade do Minho e pela Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca.

Enquanto Directora do Curso de Doutoramento em Ciências Jurídicas coube-me o gosto e privilégio de acolher a proposta da minha Colega Doutora Isabel Fonseca, para que estabelecesse esta parceria entre as 2 instituições, a qual teve uma primeira manifestação presencial em 2020, em vésperas da eclosão da pandemia na Europa.

É minha convicção que, no mundo actual, o trabalho em rede é absolutamente vital para o sucesso dos projectos de ensino e de investigação, pois possui um efeito multiplicador dos resultados dos esforços dispendidos. A partilha de experiências, de reflexões, o debate de ideias, a apresentação pública de resultados preliminares de investigação, permite aos estudantes de doutoramento, maioritariamente jovens investigadores, quebrar o isolamento a que muitas vezes estão naturalmente votados na sua caminhada académica.

Queria, portanto, deixar aqui publicamente registado o meu apreço aos colegas que coordenaram a iniciativa e à Universidade de Salamanca, nossa parceira.

Não posso também deixar de salientar o entusiasmo com que os estudantes acolheram o desafio que lhe foi lançado, sem o qual este livro não teria existido. Muito obrigada a todos pelos seus preciosos contributos.

Algumas palavras devem ser dirigidas ao tema escolhido para o encontro: "Sociedade, Direito(s) e Transição Digital". Trata-se de um tema cuja relevância nos nossos dias não pode ser contestada. Na verdade, a consulta dos programas europeus de financiamento da investigação, da agenda de eventos, congressos e seminários das mais diversas universidades, ou a leitura das mais recentes publicações periódicas e de monografias não deixam dúvida sobre a actualidade do tema, que é aí quase omnipresente.

Creio, todavia, que tal não se deve a uma moda – e é verdade que também na academia há, por vezes epifenómenos que se esgotam rapidamente – mas é

antes o resultado da profunda transformação que as novas tecnologias da informática e computação trouxeram à nossa sociedade e à vida de cada um. O Direito, como é óbvio, não podia ficar indiferente a esta realidade. Com efeito, disso dão conta os vários painéis do encontro que revisitam a dialética entre sociedade, direito e transição digital nas suas diversas interacções.

No caso do Grupo de Investigação JusLab, de que fui investigadora principal e coordenadora até 2021, as questões da Inteligência Artificial aplicada à administração da justiça tem merecido uma atenção especial. Permita-se-nos recordar aqui que a Comissão para a Eficiência da Justiça do Conselho da Europa adoptou o primeiro texto europeu que estabelece os princípios éticos relativos ao uso da Inteligência Artificial nos sistemas judiciais. O objectivo da Carta seria o de oferecer um quadro orientador para a definição de políticas públicas de Inteligência Artificial, e para os próprios operadores judiciários.

De um modo geral, a aplicação da Inteligência Artificial no campo da Justiça é vista como proveitosa, mas é necessário que se garanta que a sua utilização decorre em total respeito pelos direitos fundamentais consagrados na Convenção Europeia dos Direitos Humanos e ainda em articulação com a Convenção do Conselho da Europa sobre a Protecção dos Dados Pessoais. Destas preocupações resultou, desde logo, a consagração de um feixe de princípios que a que aquela aplicação da IA deve subordinar-se: Pr. Do respeito pelos direitos fundamentais; Pr da não-discriminação; Pr. Da qualidade e segurança; Pr. Da transparência, imparcialidade e justiça; Pr. Do "controlo de uso".

Algumas das vantagens do recurso à inteligência artificial têm vindo a ser elencadas e são bastante relevantes para a melhoria da administração da justiça. Reconhece-se hoje, por exemplo, que o processamento de decisões judiciais através de inteligência artificial pode ter aplicações proveitosas no domínio da litigância cível, comercial, administrativa.

Pensa-se, com efeito, que pode levar a uma maior previsibilidade e consistência das decisões judiciais, desde que não se ultrapassem os limites e fronteiras que os princípios da Carta estabelecem.

No entanto, também é verdade que alguns campos de aplicação da IA suscitam alguma cautela. Com efeito, uma área particularmente sensível é a justiça criminal, uma vez que se receia que possa propiciar discriminações e até colocar em risco as garantias penais.

Apesar de a Inteligência Artificial se ter tornado num tópico recorrente e importante nas discussões mediáticas e ter até inspirado a ficção cinematográfica, a verdade é que até ao momento o estádio de desenvolvimento da IA plicada aos sistemas judiciários é ainda relativamente embrionário.

A redacção da Carta Ética foi acompanhada pela elaboração de um estudo destinado a traçar um balanço geral das aplicações de IA no âmbito judiciário.

O grupo de trabalho deparou-se com várias dificuldades na obtenção de dados fiáveis para a realização do estudo, tendo em grande medida ficado dependente de respostas a questionários e ao levantamento bibliográfico.

As conclusões fazem um retrato, reportado a 2018, com níveis díspares de utilização da IA.

Na vanguarda parecem estar indubitavelmente os EUA, onde prospera as novas aplicações desenvolvidas por empresas que têm por mercado-alvo os advogados, as companhias de seguros e que se destinam a providenciar 1 visão preditiva da Justiça, atendendo a uma das maiores angústias dos operadores judiciários e dos cidadãos: a certeza e segurança jurídica.

O estudo chega à conclusão de que apesar deste interesse dos advogados estar a estimular o desenvolvimento de aplicações, na verdade são escassas as experiências ou relatos de utilização deste tipo de soluções por parte de juízes como meio de apoio às decisões.

Há que dizer que o entusiasmo pelos ganhos de consistência e de certeza jurídica na utilização generalizada, no futuro, destes sistemas de apoio à decisão judicial, não deixa de ser moderado pela percepção da existência de riscos.

Com efeito, teme-se que essa utilização generalizada pudesse ter o efeito perverso da standardização das decisões perdendo-se a vantagem própria do casuísmo (não há, afinal dois casos iguais), ao converter uma solução que se destinava a ser preditiva, numa resposta prescritiva.

Talvez nos estejamos já a alongar demasiado neste nosso apontamento à relevância do tema escolhido, que serviu de mote ao encontro e, agora, ao livro. Centremo-nos, de novo, no essencial: o leitor possui nas suas mãos um precioso instrumento para descobrir o caminho de investigação que está a ser percorrido neste domínio e que servirá, seguramente, como estímulo a outras investigações nesta senda.

Termino, por isso, naturalmente, com a formulação de um voto de boas leituras e a renovação das felicitações devidas aos organizadores e aos autores.

Braga, setembro de 2021

Maria Clara Calheiros

Professora e Investigadora da Escola de Direito da Universidade do Minho

PREFÁCIO (II)

Las energías de los esforzados doctorandos contagian a quienes contamos ya con algunos años de experiencia en las actividades universitarias, y más específicamente, en las complejidades de la investigación jurídica. El empuje y la motivación de quienes se inician en la construcción profunda de conocimiento en el ámbito del Derecho se reflejan en esta obra que presentamos con valiosos ejemplos de ese denodado esfuerzo y con frutos de sorprendente calidad científica.

Para quien está iniciando ya la última fase del recorrido universitario es un gran honor poder contemplar este modélico ejercicio desde un lugar privilegiado, primero siendo testigo de la defensa oral de los resultados de tales investigaciones, y ahora, desde el frontispicio mismo de este libro, que queda como documento histórico de una excelente colaboración que, lejos de ser fugaz, se asienta como una relación prolongada y duradera. Quiero agradecer de corazón la invitación para constatarlo en primera línea.

Pero además, con todo ello, de la mano de los jóvenes investigadores, conseguimos mostrar el balance temporal, patente y gozoso, de la eficaz cooperación entre dos instituciones universitarias que combinan sus virtudes en un proyecto común. Una todavía relativamente joven, pero con grandes fortalezas, y la otra antigua y con una indudable vocación ibérica y transatlántica.

No siempre es fácil unir empeños entre instituciones de países distintos. El tópico de que Portugal y España se han dado la espalda durante largo tiempo tiene una cierta base real, pero que en esta ocasión se ha visto gratamente desmentida. Es más, la Universidad do Minho y la Universidad de Salamanca asentaron hace ya algún tiempo su colaboración en fundamentos sólidos que no pueden más que desarrollarse y profundizarse gracias a la generosidad de algunos profesores, la curiosidad de los estudiantes y el apoyo decisivo de las más importantes autoridades académicas.

Con todos estos preciosos ingredientes, ya por segunda vez, el encuentro ibérico de doctorandos obtuvo grandes éxitos de convocatoria, y en las páginas que siguen el lector puede comprobar el nivel y el alcance de las consecuencias de ese trabajo conjunto, dirigido a mostrar los avances en las distintas áreas que conforman el profuso campo del Derecho y sus áreas afines, siempre con estudios punteros en el ámbito de la Gobernanza, del Derecho Administrativo, del Derecho Procesal, del Derecho Penal o del Derecho Privado, todos ellos atentos

a las perspectivas más novedosas, entre las que aparece como nexo común la digitalización y sus aún bastante dudosas consecuencias.

Bajo la coordinación científica de la Doctora Isabel Fonseca, con la que siempre es una enorme satisfacción colaborar, y la eficaz coordinación ejecutiva de dos grandes promesas de nuestras respectivas universidades, João Vilas Boas Pinto y Walter Reifarth Muñoz, tanto el encuentro -virtual, por las duras condiciones a las que nos sometió la pandemia-, como la publicación pormenorizada de los estudios científicos han logrado un brillante resultado.

Como puede comprobarse a partir de una simple ojeada del índice de este valioso volumen colectivo, el primer bloque se dedica al Derecho y a la Gobernanza pública digital, donde se combinan análisis detenidos de doctorandos de Braga y de Salamanca, entrelazando un tejido sugestivo de reflexiones, que van desde la problemática del tratamiento de datos de los pacientes respecto a la prestación de servicios sanitarios hasta consideraciones más filosóficas dirigidas al loable objetivo de ayudar a entender tecnológicamente el Derecho, pasando por nuevas y complejas dimensiones del tratamiento de datos personales, por consideraciones más cercanas a la Ciencia Política que apuntan a la digitalización como instrumento de profundización en el Estado de Derecho, por la reflexión sobre la inclusión digital en las ciudades inteligentes, por la valoración de la personalización de los servicios públicos a través de la inteligencia artificial o sobre la aplicación de las tecnologías mas avanzadas en el ámbito eficiente de la Administración Tributaria contemporánea.

La era digital también plantea grandes retos en la administración de la justicia. Con ello aparecen en primer plano las exigencias de respetar las garantías procesales, aunque el Derecho Procesal sufra transformaciones incluso en sus aspectos más esenciales. Los derechos fundamentales de contenido procesal cobran una nueva dimensión que merece atentos estudios, como los que se contienen en el segundo bloque de este libro. Además, las circunstancias dramáticas que nos ha tocado vivir en los meses pasados han reforzado la necesidad de plantear las ventajas de las tecnologías de la información y de la comunicación -y de hacer frente a sus inconvenientes-. En especial destaca la nueva configuración de las actuaciones orales, para las cuales la videoconferencia se presenta como una solución, pero no exenta de problemas que también merecen atención cuidadosa. Pero no es sólo el proceso el protagonista de esta sección, pues la mediación electrónica en general, y más concretamente como vía de resolución de conflictos con la Administración Pública, aparecen como grandes temas de actualidad, cuyas características concretas también son puestas en cuestión. Y no es menor la perspectiva de la influencia de los medios de comunicación social masivos en la actividad jurisdiccional, pues aunque dista de ser un tema nuevo, ante los avances tecnológicos adquiere asimismo una gran panoplia de matices nuevos.

La revolución industrial 4.0 tiene también sus consecuencias llamativas en el ámbito delicado de la problemática penal. Así el tercer bloque atiende a las novedades complejas que operan ya en la delincuencia actual, con sus características de globalización, para las que los medios digitales sirven como instrumento de gran eficiencia y de indudable incremento de la peligrosidad. El crimen organizado transnacional, el tráfico de seres humanos, la influencia de los mass media en la legislación penal y procesal penal en materia de decomiso, la delicada situación de los denunciantes en un contexto de opacidad institucional o los favorecimientos normativos a situaciones éticamente discutibles, pero de importante eficacia punitiva, son distintos aspectos que corroboran la rabiosa actualidad de estos estudios.

Finalmente, en la última sección no podía faltar el ámbito que completara esta amplia visión sobre los más destacados problemas jurídicos contemporáneos. La ola de transformaciones digitales afecta también, como no podía ser de otra forma, las relaciones jurídicas privadas y la regulación correspondiente. El tráfico jurídico privado a día de hoy ya tiene también como protagonistas a nuevos instrumentos cargados de incertidumbre por lo que se refiere a sus efectos jurídicos. La inseguridad es grande, y por ello, son imprescindibles observaciones juiciosas como las que presentan los autores de los cuatro trabajos contenidos en este cuarto bloque. Como acertadamente titula uno de nuestros autores "El futuro es hoy". No estamos hablando de ciencia ficción, sino de problemas ya cotidianos. La aplicación de las nuevas tecnologías al ámbito del Derecho de los seguros, las incertidumbres del dinero electrónico, los efectos de la pandemia en las relaciones familiares con las posibilidades que otorgan los nuevos medios o la virtualidad de las tecnologías para el combate contra plagas que parecen de otro tiempo pero que son todavía lacras de nuestra heterogénea e injusta sociedad global son las importantes consideraciones que cierran estos destacados estudios.

El admirable diálogo que tuvo profusión en los días en que se celebró el encuentro entre estos investigadores obtiene su plasmación en las páginas que siguen, para uso y disfrute permanente de quienes no pudieron conectarse en su momento, o de quienes más en general, interesados en algunos de estos temas, quieren contrastar sus puntos de vista con los de estas jóvenes y los de estos muchachos, dispuestos a dejar su impronta indeleble en un momento decisivo de la historia jurídica que se está desarrollando ante nuestros propios ojos.

Es impagable la iniciativa de publicar estos estudios y creo que es de justicia manifestarlo expresamente. Agradecer a todos aquellos que han hecho posible que el lector tenga ahora mismo ante sí una inestimable porción de las investigaciones más novedosas, discutibles como todo lo que es producto de reflexiones en nuestro ámbito jurídico, pero dotadas de sólidos fundamentos y de propósitos bienaventurados.

Quien tenga el buen juicio de adentrarse con detenimiento en los diversos análisis de las páginas siguientes, entrará en un coloquio provechoso del que obtendrá elementos muy útiles para reflexiones futuras y, en definitiva, para la continuación de la cadena en que consiste la formulación de nuevas ideas en respuesta a las perentorias necesidades sociales que han caracterizado la labor de las universidades desde que fueron creadas.

La excelencia de lo que se presenta permite augurar que no tenemos delante sólo la constancia de un esfuerzo considerable que dio lugar a una experiencia excepcional, sino que es responsabilidad de quienes hemos estado cerca de ella el propiciar las condiciones para que se asegure su continuidad. Es evidente que los objetos de estudio son mutables, que continuamente surgen problemas jurídicos que merecen investigaciones del más alto nivel y de la más radical originalidad. Ante todo ello no podemos permanecer impasibles. Creo conocer bien a mi admirada colega Isabel y también a João y a Walter, y por ello me veo con capacidad suficiente como para augurar que los fundamentos sólidos a los que me refería más arriba no nos van a permitir a ninguno de los cuatro ser ajenos a ello, con la fortuna de contar con el amparo académico de las nobles universidades do Minho y de Salamanca.

Salamanca, 4 de septiembre de 2021

Lorenzo M. BUJOSA VADELL
Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal
Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca

PLANO DOS TEXTOS

SECÇÃO 1
DIREITO E GOVERNAÇÃO PÚBLICA DIGITAL

(I) O tratamento de dados pessoais na prestação de cuidados de saúde: a caminho da reconfiguração da relação jurídica estabelecida entre o prestador de cuidados de saúde e o paciente?
Tiago Branco da Costa
003

(II) Consentimento para o tratamento de dados a serem repassados para terceiros: análise da conclusão "4" do proceso C-40/17
Afonso Carvalho de Oliva
027

(III) A inclusão digital como instrumento de democratização do Estado e como garantia de direitos fundamentais
Raquel Silveira Alípio
043

(IV) Do direito à cidade às smart cities: a importância do Direito na promoção da inclusão digital nas cibercidades globais
Cecília Bojarski Pires
061

(V) Nuevo paradigma en la prestación de servicios públicos en la sociedad digital: hacia la personalización de los servicios públicos a través de Inteligencia Artificial
Paula Tomé Domínguez
083

(VI) A atividade funcional da Administração Tributária e a sua evolução face à indústria 4.0 e à inteligência artificial
Luís Manuel Pica
105

(VII) La Nueva Gobernanza y Sociedad Digital
Olmedo Arrocha Osorio
131

(VIII) La oportunidad de empezar a entender tecnológicamente el Derecho
Carlos Espinosa Pulido
149

SECÇÃO 2
DIREITO(S) E GARANTIAS PROCESSUAIS – A JUSTIÇA NA ERA DIGITAL

(I) O devido processo legal e a prática de atos virtuais em feitos criminais durante a pandemia: um embate entre a saúde pública e o direito de defesa
Murilo Strätz
175

(II) Transformación digital de la Administración de Justicia Española; especial atención al uso de la videoconferencia en el proceso penal
Jaime Criado Enguix
195

(III) A transição digital na justiça: Audiências de julgamento – o último reduto
Paulo Linhares Dias / Joana Lourenço e Castro
211

(IV) La evacuación de la prueba en audiencia telemática: oportunidades, dificultades y desafíos en la Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha (Ecuador)
Ana Teresa Intriago Ceballos
233

(V) A mediação digital como meio alternativo de acesso à Justiça
Marcílio Barenco Corrêa de Mello
251

(VI) Administração Pública e Mediação Eletrónica: possibilidades
Fernanda Karoline Oliveira Calixto
271

(VII) Media, Freedom of Speech and Justice: fighting for justice or creating justice?
Ján Ivančík
287

SECÇÃO 3
TRANSIÇÃO DIGITAL, DIREITOS HUMANOS E DIREITO PENAL

(I) O Crime Organizado Transnacional, Prisão e a era digital – realidades apartadas ou profecias anunciadas?
Inês Farinha
305

(II) Tráfico de seres humanos: uma abordagem à tutela penal na era digital
Emanuel Carvalho
323

(III) Influencia de los mass media en la legislación penal y procesal relativa al decomiso: el ejemplo de España
Miguel Álvarez Hernández
341

(*IV) Proteção dos denunciantes e opacidade institucional: uma análise do caso Wikileaks*
María Cristina Fernández González
361

(V) Gravação das Tratativas do Acordo de Colaboração Premiada no Brasil
Cibele Benevides Guedes da Fonseca
377

SECÇÃO 4
A TRANSIÇÃO DIGITAL E AS RELAÇÕES JURÍDICAS PRIVADAS

(I)El futuro es hoy: Seguros, inteligencia artificial, big data, on-demand insurance y usage-based insurance
Carlos Augusto Acosta Olivo
403

(II) El Dinero electrónico: El medio para la transición hacia una economía sin blanqueo de capitales
Cristhian Ivan Silva Lemus
421

(III) Virtualização das relações familiares: o exercício do direito de convivência entre pais e filhos em tempos de pandemia
Patrícia Ferreira Rocha
435

(IV) O desenvolvimento de Tecnologias no Combate ao Trabalho Escravo Contemporâneo no Brasil
Lucas Isaac Soares Mesquita
461

Secção 1

DIREITO E GOVERNAÇÃO PÚBLICA DIGITAL

O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS NA PRESTAÇÃO DE CUIDADOS DE SAÚDE: A CAMINHO DA RECONFIGURAÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA ESTABELECIDA ENTRE O PRESTADOR DE CUIDADOS DE SAÚDE E O PACIENTE?

Tiago Branco da Costa[1]

RESUMO: O novo quadro legal da proteção de dados pessoais, instituído pelo Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e pela lei de execução interna, veio oferecer resposta a um conjunto de questões novas, espoletadas no mundo jurídico pela introdução, em massa, das novas tecnologias no nosso quotidiano. Nesta senda, e atento o recurso intensificado ao tratamento de dados pessoais do paciente, urge identificar os princípios pelos quais se deve pautar o tratamento de dados pessoais no contexto da prestação de cuidados de saúde, e, bem assim, identificar as condições de licitude do referido tratamento.

Numa fase em que os dados pessoais assumem um valor de mercado consideravelmente elevado, em que a União Europeia alcançou um delicado consenso ao nível do tratamento de dados pessoais, em que a sociedade mundial enfrenta um

[1] Doutorando em Ciências Jurídicas Privatísticas na Escola de Direito da Universidade do Minho, Assistente Convidado da Escola de Direito da Universidade do Minho, Investigador do JusGov – Centro de Investigação em Justiça e Governação da Escola de Direito da Universidade do Minho, Advogado.

surto pandémico que alterou, significativamente, o modelo de prestação de cuidados de saúde, afigura-se pertinente escalpelizar o regime do tratamento de dados pessoais (gerais e de categorias especiais) no setor da saúde, descortinando alguns dos desafios que o novo quadro legal coloca ao nível da relação jurídica entre o prestador de cuidados de saúde e o paciente.

PALAVRAS-CHAVE: Direito da Saúde; Dados Pessoais; RGPD.

SUMÁRIO: 1. Dados pessoais em contexto de saúde; 2. «Dados pessoais» versus «Dados relativos à saúde»; 3. A licitude do tratamento de dados pessoais em contexto de saúde; 4. Os princípios atinentes ao tratamento de dados pessoais em contexto de saúde; 4.1. Licitude, lealdade e transparência; 4.2. Limitação das finalidades; 4.3. Minimização dos dados; 4.4. Necessidade; 4.5. Exatidão; 4.6. Limitação da conservação; 4.7. Integridade e confidencialidade; 4.8. Responsabilidade; Conclusão.

ABSTRACT: The new legal framework for the protection of personal data, established by Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and by the portuguese implementing law, has responded to a number of new issues, triggered in the legal world by the massive introduction of new technologies in our daily lives. In this context, and in light of the intensified use of the processing of patients' personal data, it is urgent to identify the principles that should govern the processing of personal data in the context of the provision of healthcare, as well as to identify the conditions for the lawfulness of this processing.

In this context when personal data have a considerably high market value, when the European Union has reached a delicate consensus on the processing of personal data, when world society is facing a pandemic outbreak that has significantly changed the model of health care provision, it seems pertinent to review the system of processing personal data (general and special categories) in the health sector, identifying some of the challenges that the new legal framework poses to the legal relationship between the health care provider and the patient.

KEYWORDS: Health Law; Personal Data; GDPR.

SUMMARY: 1. Personal data in a health context; 2. "Personal data" versus "data concerning health"; 3. The lawfulness of processing of personal data in a health context; 4. The principles relating to processing of personal data in a health context; 4.1. Lawfulness, fairness and transparency; 4.2. Purpose limitation; 4.3. Data minimisation; 4.4. Need to know; 4.5. Accuracy; 4.6. Storage limitation; 4.7. Integrity and confidentiality; 4.8. Accountability; Conclusion.

1. Dados pessoais em contexto de saúde

A introdução das novas tecnologias na saúde encerra em si diversos problemas de natureza jurídica, concretamente no que respeita à proteção de dados do titular/utente.

Assistimos, atualmente, a alterações várias no domínio da prestação de cuidados de saúde, do quadro regulatório da proteção de dados e da gestão do sistema de saúde.

Ao longo dos últimos anos, a relação estabelecida entre o prestador de cuidados de saúde e o paciente foi sofrendo alterações, mas nos tempos hodiernos os conceitos de telemedicina, *e-health* ou assistência médica à distância[2] assumiram uma relevância nunca antes vista, a par do aparecimento acelerado de diversas plataformas digitais no domínio da saúde.

Com efeito, a transformação digital e a inteligência artificial implicaram uma remodelação da relação estabelecida entre o prestador de cuidados de saúde e o paciente, colocando diante do Direito novos desafios, designadamente no que concerne à proteção dos seus dados pessoais e, portanto, no que ao direito à reserva da intimidade da vida privada diz respeito[3].

A participação de diferentes sujeitos no mercado da prestação de cuidados de saúde agudiza esta problemática, sobretudo pela coexistência de interesses de natureza distinta que, se não cerceados, podem acarretar prejuízos sérios para os direitos e liberdades dos utentes, enquanto titulares de dados pessoais.

A Google celebrou, recentemente, um acordo com uma rede de hospitais, nos Estados Unidos da América, para o desenvolvimento de algoritmos de saúde, tendo em vista a eficiência operacional, a monitorização de pacientes e a orientação das decisões dos médicos[4]. Estes avanços tecnológicos que se expandem um pouco por todo o mundo e em diversos setores de atividade, apesar de representarem, *prima facie*, algo de positivo, sob o ponto de vista do sucesso e da

---

[2] Sobre os conceitos enunciados, vd., entre outros, DIAS, Eva Sónia Moreira, "Considerations about medical liability in the era of e-health", in *E.Tec Yearbook - Health Law and Technology*, (Maria Miguel Carvalho), JusGov - Research Centre for Justice and Governance, School of Law, University of Minho, 2019, pp.25-36; RAPOSO, Vera Lúcio, ""Você tem uma nova mensagem": a prestação de cuidados de saúde na era da telemedicina", *Lex Medicinae*, Ano 10, n.º 20, 2013, pp.17-44; EYSENBACH, G. – "What is e-health?", *Journal of Medical Internet Research*, Vol. 3, n.º 2, 2001.

[3] CALDEIRA, Cristina Maria de Gouveia, "Impacto ético e jurídico da aplicação das novas tecnologias na área da saúde", in *Direito da Sociedade do Conhecimento, Vol. I: Estudos na área do direito*, (Cristina Maria de Gouveia Caldeira), Universidade Europeia, Lisboa, 2019/2020, pp.222-253.

[4] Cfr. https://www.wsj.com/articles/google-strikes-deal-with-hospital-chain-to-develop-healthcare-algorithms-11622030401, consult. 30/05/2021.

eficiência na prestação de cuidados de saúde, representam, concomitantemente, perigos vários para a esfera de privacidade dos pacientes.

O setor da saúde não vive isoladamente e alimenta-se, continuamente, dos contributos que a comunidade científica oferece, das tecnologias que as empresas colocam à sua disposição, do financiamento de entidades externas e das parcerias estabelecidas com diferentes instituições[5]. Por essa razão, a conciliação dos vários interesses, expectativas, direitos e liberdades deve ser ponderada em ordem a respeitar, por um lado, a liberdade individual de cada indivíduo e, portanto, os seus interesses particulares e, por outro lado, o interesse coletivo da sociedade.

2. «Dados pessoais» versus «Dados relativos à saúde»

Entende-se por dados pessoais toda a informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável. É considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular (artigo 4.º, 1, do RGPD).

Por seu turno, os «dados relativos à saúde» traduzem-se em dados pessoais relacionados com a saúde física ou mental de uma pessoa singular, incluindo a prestação de serviços de saúde, que revelem informações sobre o seu estado de saúde (artigo 4.º, 15.º, e Considerando 35 do RGPD).

A destrinça que acabamos de operar entre estes dois conceitos resulta, em bom rigor, da diferente disciplina consagrada no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados para o tratamento de dados pessoais de cada uma das categorias em apreço.

O artigo 5.º do RGPD faz alusão a um tratamento de dados pessoais realizado de forma lícita, leal e transparente, para finalidades determinadas, explícitas e legítimas, seguro e baseado em dados adequados, pertinentes e limitados ao necessário, exatos e atualizados e conservados limitadamente. Deste modo, enunciam-se os princípios fundamentais pelo qual o tratamento de dados pessoais deve-se pautar, e cuja análise faremos de seguida.

No entanto, resulta do artigo 9.º do RGPD uma proibição referente ao tratamento de dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, bem como ao tratamento de dados genéticos, dados biométricos para identificar uma pes-

[5] Vd. PATRÍCIO, Miguel, "Uma breve nota sobre os desafios éticos da saúde digital ("Digital Health")", *Revista Jurídica Luso Brasileira*, Vol. 4, 2018, pp.1-20.

soa de forma inequívoca, dados relativos à saúde ou dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa.

Todavia, esta proibição poderá ser afastada no caso em que se verifique uma das situações previstas no n.º 2 do artigo 9.º do RGPD: (i) o titular prestar o seu consentimento explícito; (ii) se o tratamento for necessário para o cumprimento de obrigações e para o exercício de direitos do responsável pelo tratamento de dados ou do titular dos dados em matéria de legislação laboral, segurança social e de proteção social; (iii) proteção de interesses vitais do titular de dados ou de outra pessoa singular, no caso de o titular estar física ou legalmente incapacitado de dar o seu consentimento; (iv) se o tratamento for efetuado no âmbito das atividades legítimas e mediante garantias adequadas por uma fundação, associação ou qualquer outro organismo sem fins lucrativos e que prossiga fins políticos, filosóficos, religiosos ou sindicais; (v) os dados pessoais tenham sido tornados públicos pelo seu titular; (vi) se o tratamento de dados for necessário à declaração, exercício ou defesa de um direito num processo judicial ou sempre que os tribunais atuem no exercício da sua função jurisdicional; (vii) se o tratamento for necessário por motivos de interesse público importante; (viii) se o tratamento for necessário para efeitos de medicina preventiva ou do trabalho, para a avaliação da capacidade de trabalho do empregado, o diagnóstico médico, a prestação de cuidados ou tratamentos de saúde ou de ação social ou a gestão de sistema e serviços de saúde ou de ação social; (ix) se o tratamento for necessário por motivos de interesse público no domínio da saúde pública; (x) se o tratamento for necessário para fins de arquivo de interesse público, para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos.

Neste contexto, assume particular relevância a situação prevista em (viii), que vem depois a ser complementada, ao abrigo do disposto no artigo 9.º, n.º 4, do RGPD, pela Lei n.º 58/2019, de 08 de agosto (LE), concretamente no artigo 29.º [6]. Sem prejuízo da análise dos princípios atinentes ao tratamento de dados pessoais, que faremos adiante, não podemos deixar de assinalar, desde já, a consagração expressa, na LE, do «princípio da necessidade de conhecer a informação».

Por outro lado, prescreve-se no diploma legal nacional que o tratamento de dados relativos à saúde deve ser efetuado por um profissional obrigado a sigilo ou por outra pessoa sujeita a dever de confidencialidade (artigo 29.º, n.º 2, da LE). Esta cautela relativa ao sigilo ou à confidencialidade foi também alargada a todos os titulares de órgãos, trabalhadores e prestadores de serviços do responsável pelo tratamento de dados de saúde e de dados genéticos, ao encarregado de

[6] A respeito da terminologia empregue pelo legislador nacional, vd. CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito da Proteção de Dados: à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra, 2020, p.252.

proteção de dados, aos estudantes e investigadores na área da saúde e da genética, a todos os profissionais de saúde que tenham acesso a dados relativos à saúde e, ainda, aos titulares de órgãos e trabalhadores que, no contexto do acompanhamento, financiamento ou fiscalização da atividade de prestação de cuidados de saúde, na medida em que todos estão obrigados a um dever de sigilo[7].

Por fim, cumpre-nos assinalar que o legislador nacional previu, a este respeito, a notificação do titular dos dados relativamente a qualquer acesso aos seus dados pessoais.

Atendendo à dúbia consagração do regime legal nacional de tratamento de dados relativos à saúde, o n.º 6 do artigo 29.º da LE em apreço levanta dúvidas quanto ao seu âmbito de aplicação material.

Senão vejamos, conforme assinala A. Barreto Menezes Cordeiro[8], os números 1, 4, 5 e 7 referem-se ao tratamento de dados relativos à saúde e de dados genéticos. Todavia, já o mesmo não se verifica em relação aos números 2, 3 e 6, que se referem ao tratamento de dados sensíveis relacionados com cuidados de saúde e com motivos de interesse público no domínio da saúde pública. Destarte, a notificação de acesso ao titular de dados deve ser assegurada, nesta senda, quando estejamos perante um tratamento de dados relativos à saúde e de dados genéticos, assim como quando estejamos perante um tratamento de dados sensíveis relacionados com cuidados de saúde e com motivos de interesse público no domínio da saúde pública.

Almejamos com esta breve referência ao regime de tratamento de dados relativos à saúde distanciá-lo do regime geral de tratamento de dados pessoais de categorias gerais, sem prejuízo do necessário complemento com os princípios gerais aplicáveis. Com efeito, no domínio da prestação de cuidados de saúde, conviverão dados pessoais (categoria geral) e dados relativos à saúde (categoria especial), razão pela qual o tratamento efetuado neste contexto poderá conhecer disciplinas diversas.

---

[7] Neste particular, vd. COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS, *Parecer n.º 20/2018 – Parecer sobre a Proposta de Lei n.º 120/XIII/3ª(GOV) Assegura a execução, na ordem jurídica nacional do Regulamento (UE) 2016/679, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito aos tratamentos de dados pessoais e à livre circulação desses dados*, disponível em https://www.cnpd.pt/, p. 29.

[8] Cfr. CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito da Proteção de Dados (…), op. cit.,* p. 252.

3. A licitude do tratamento de dados pessoais em contexto de saúde

Um dos campos em que se assinalam diferenças entre o regime do tratamento de dados de categorias gerais e o regime de tratamento de dados de categorias especiais é o da licitude do tratamento.

Com efeito, no capítulo antecedente quando nos referíamos às exceções contempladas à proibição do tratamento de dados pessoais de categorias especiais, estávamos, na verdade, a elencar as condições de licitude do tratamento de dados nesse contexto.

Resta-nos, assim, identificar as condições de licitude do tratamento de dados de categorias gerais (artigo 6.º do RGPD): (i) consentimento do titular dos dados; (ii) execução de um contrato no qual o titular dos é parte, ou para efeitos de diligências pré-contratuais a pedido do titular dos dados; (iii) cumprimento de uma obrigação jurídica a que o responsável pelo tratamento se encontra adstrito; (iv) defesa de interesses vitais do titular de dados ou de outra pessoa singular; (v) exercício de funções de interesse público ou exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento de dados; (vi) interesses legítimos prosseguidos pelo responsável pelo tratamento ou por terceiros.

Neste sentido, é necessário atender, por um lado, à natureza dos dados pessoais que serão alvo de tratamento no domínio da prestação de cuidados de saúde e, por outro lado, às finalidades subjacentes. Quando estamos diante de um tratamento de dados relativos à saúde que seja necessário para o diagnóstico médico e/ou para a prestação de cuidados ou tratamentos de saúde, o fundamento de licitude resulta do disposto no artigo 9.º, n.º 2, h, do RGPD[9]. Conforme tivemos oportunidade de sublinhar supra, este tratamento de dados pessoais deve obedecer, ainda, à disciplina imposta pelo artigo 9.º, 3, do RGPD, quanto ao dever de sigilo ou confidencialidade.

Contudo, se os dados pessoais relativos à saúde não tiverem por finalidade o diagnóstico médico e/ou a prestação de cuidados ou tratamentos de saúde, então, deverá o responsável pelo tratamento procurar um outro fundamento legal para o tratamento daqueles dados pessoais, concretamente no artigo 9.º, n.º 2, do RGPD.

Não obstante, a relação jurídica estabelecida entre o prestador de cuidados de saúde e o paciente não se alimenta apenas de dados pessoais relativos à saúde, mas igualmente de dados pessoais de categorias gerais, sendo certo que o tratamento de uns e de outros não se reporta sempre à mesma finalidade. Se,

---

[9] Vd. ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE, *ALERTA DE SUPERVISÃO N.º 01/2019 - Tratamento de dados pessoais necessários à prestação de cuidados de saúde*, disponível em https://www.ers.pt/media/3055/alerta-de-supervisao-191216.pdf.

por exemplo, o prestador de cuidados de saúde pretender utilizar o contacto do paciente para efeitos de marketing, este tratamento de dados não caberá na previsão do artigo 9.º, 2, h) do RGPD, tendo em conta a natureza dos dados e a finalidade em questão. Deve antes o prestador de cuidados de saúde procurar encontrar um outro fundamento de licitude para este tratamento[10].

A aplicação inicial do RGPD no setor da saúde foi conturbada, sobretudo pela incongruência na seleção do fundamento de licitude do tratamento de dados levado a cabo pelos prestadores de cuidados de saúde, que conduziu à recusa (ilegítima) da realização do diagnóstico médico e da prestação de cuidados ou tratamentos de saúde. Com efeito, para além do Alerta de Supervisão emitido pela Entidade Reguladora da Saúde, a Comissão Nacional de Proteção de Dados emitiu também um parecer, mediante solicitação da primeira, nos termos do disposto no artigo 91.º do Código de Procedimento Administrativo, sobre alguns processos de inquérito que se encontravam em curso, relativos a recusas na prestação de cuidados de saúde[11].

A Entidade Reguladora da Saúde sublinhou no seu alerta de supervisão a necessidade de o prestador de cuidados de saúde, enquanto responsável pelo tratamento de dados, facultar ao paciente (titular dos dados) todas as informações necessárias, conforme estabelecido nos artigos 13.º e 14.º do RGPD, prevendo a este respeito a possibilidade de o prestador de cuidados de saúde solicitar a assinatura do utente, a atestar que tomou conhecimento de tais informações[12]. Todavia, este documento em nada se confunde com um consentimento na aceção do

---

[10] Vd. ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE, *ALERTA DE SUPERVISÃO N.º 01/2019, op. cit.*, p. 2, "O titular dos dados pessoais deve dar o seu consentimento quando a finalidade do seu tratamento seja para efeitos de marketing".; Cfr. COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS, *Parecer n.º 20/2018 (…), op. cit.*, p. 2 "Já o tratamento de dados pessoais para a finalidade de marketing pode depender de consentimento (porque o interesse legítimo, em determinadas circunstâncias é suficiente para legitimar o tratamento), mas, evidentemente, pela ausência de conexão direta entre esta finalidade e a de prestação de cuidados de saúde, a obtenção desse específico consentimento nunca poderia servir de condição para a prestação de cuidados de saúde".

[11] Cfr. COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS, *Parecer n.º 20/2018 (…), op. cit.*, pp.1-2, "(…) As duas entidades consideram que o consentimento do titular dos dados é imprescindível à recolha dos dados pessoais, invocando para o efeito o RGPD, pelo que, na ausência daquele, entendem não poder prestar cuidados de saúde. Este erro implica a violação do princípio da licitude do tratamento de dados pessoais, consagrado na alínea a) do n.º 1 do artigo 5.º do RGPD, uma vez que o consentimento não é condição adequada para legitimar o tratamento de dados pessoais necessários à prestação de cuidados de saúde. Na realidade, o RGPD prevê uma condição autónoma para esta finalidade do tratamento de dados pessoais na alínea h) do n.º 2 do artigo 9.º. Acresce que (…) sendo os dados necessários para a prestação do serviço, não se vê onde haja liberdade para consentir ou não no tratamento dos dados – e portanto, nunca estaria cumprido um dos atributos do consentimento fixados por lei para que este tivesse relevância jurídica (cf. Alínea 11) do artigo 4.º do RGPD)".

[12] Vd. ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE, *ALERTA DE SUPERVISÃO N.º 01/2019, op. cit.*, pp.2-3.

artigo 6.º ou 9.º do RGPD, nem deverá ser acoplado a qualquer declaração desse tipo[13], nem tão-pouco deverá ser exigido como condição indispensável para o acesso à prestação de cuidados de saúde[14].

A este respeito, não é despiciendo salientar a interpretação levada a cabo pela Entidade Reguladora da Saúde quanto ao regime contraordenacional aplicável num caso em que o prestador de cuidados de saúde se recuse à prestação desses cuidados a utentes beneficiários do Serviço Nacional de Saúde ou de subsistemas públicos de saúde: "constitui uma contraordenação, nos termos do disposto na alínea b) do n.º 2 do artigo 61.º dos Estatutos da ERS, punível com coima de €1.000,00 a €3.740,98 ou de €1.500,00 a €44.891,81, consoante o infrator seja pessoa singular ou coletiva"[15].

4. Os princípios atinentes ao tratamento de dados pessoais em contexto de saúde

O tratamento de dados pessoais ao abrigo do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados deve pautar-se pelo respeito dos princípios basilares que se estabelecem no artigo 5.º - princípio da licitude, lealdade e transparência, princípio da limitação das finalidades, princípio da minimização dos dados, princípio da exatidão, princípio da limitação da conservação, princípio da integridade e da confidencialidade e princípio da responsabilidade[16]. Para além destes, o legislador nacional consagrou, no domínio do tratamento de dados relativos à saúde, o princípio da necessidade, que também merecerá a nossa atenção.

Com efeito, os princípios aí estabelecidos contêm regras fundamentais que se refletem ao nível da organização das operações de tratamento de dados, dos deveres e responsabilidades que recaem sobre o responsável pelo tratamento, bem como ao nível dos direitos dos titulares de dados.

---

[13] Vd. Cfr. COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS, *Parecer n.º 20/2018 (…)*, *op. cit.*, p.3, "Recorda-se que, de acordo com o n.º 1 do artigo 12.º do RGPD, as informações devem ser prestadas numa linguagem clara e simples, e que uma declaração pré-definida de tomada de conhecimento das informações, para assinatura do titular dos dados, tem de estar autonomizada de eventuais declarações de consentimento de outros tratamentos de dados pessoais (cf. n.º 2 do artigo 7.º do RGPD)".

[14] *Ibidem*, p.2, "O que não pode, em qualquer caso, aceitar-se é que a prestação do serviço contratado dependa do consentimento do titular dos dados para uma finalidade de tratamento de dados que não é sequer essencial à concretização de tal prestação".

[15] Vd. ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE, *ALERTA DE SUPERVISÃO N.º 01/2019, op. cit.*, p.3.

[16] Vd, entre outros, Alves, Joel, *O Novo Modelo de Proteção de Dados Pessoais Europeu – Da Heterorregulação à Autorregulação Publicamente Regulada*, 1.ª edição, Almedina, Coimbra, 2021, pp. 56 e ss..

4.1. Licitude, lealdade e transparência

O princípio da licitude obriga o prestador de cuidados de saúde a efetuar um tratamento de dados que tenha por fundamento uma condição de licitude prevista na lei.

Conforme assinalamos supra, este fundamento de licitude poderá ser encontrado entre as várias opções oferecidas pelo artigo 6.º do RGPD, quando estejamos perante um tratamento de dados pessoais da categoria geral, ou entre as várias opções que estão previstas no artigo 9.º, n.º 2, do RGPD, quando se trate de um tratamento de dados de categorias especiais, como é o caso, designadamente, dos dados relativos à saúde. Neste sentido, e porque já exploramos com suficiente profundidade as condições de licitude do tratamento de dados num e noutro contexto, dispensamos uma nova abordagem.

Para além de lícito, o tratamento de dados pessoais deve ser leal, sob o ponto de vista do conhecimento, pelo paciente, dos riscos, regras, garantias e direitos associados ao tratamento dos dados pessoais, bem como dos meios disponíveis para o exercício dos seus direitos. Este princípio introduz, desde logo, um dever de informação na esfera do prestador de cuidados de saúde, relativamente aos aspetos que acabámos de referir e dos quais o paciente deve estar completamente ciente.

Acresce a este elenco o princípio da transparência, que deve ser entendido sob o ponto de vista da facilidade de acesso e compreensão das informações e comunicações relacionadas com o tratamento de dados pessoais. Este (sub)princípio concretiza, novamente e com mais pormenor, o direito à informação que assiste ao paciente, enquanto titular dos dados[17].

O prestador de cuidados de saúde, na qualidade de responsável pelo tratamento de dados, está, assim, obrigado a informar o paciente dos seguintes elementos, consoante o caso (artigo 13.º do RGPD): (i) identidade e contactos do responsável pelo tratamento; (ii) contactos do encarregado da proteção de dados; (iii) finalidades do tratamento a que os dados pessoais se destinam e fundamento jurídico; (iv) interesses legítimos do responsável pelo tratamento ou de um terceiro; (v) destinatários ou categorias de destinatários dos dados pessoais; (vi) intenção de transferir dados pessoais para um país terceiro ou uma organização internacional, e a existência ou não de uma decisão de adequação adotada pela Comissão ou a referência às garantias apropriadas ou adequadas e aos meios de obter cópia das mesmas, ou onde foram disponibilizadas; (vii) prazo de conservação dos dados pessoais ou respetivos critérios de definição; (viii) existência do direito de solicitar ao responsável pelo tratamento o acesso aos dados pessoais que lhe digam respeito, bem como a sua retificação ou o seu apagamento, e a li-

[17] Sobre a convergência dos princípios da lealdade e transparência, vd. CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito da Proteção de Dados (…), op. cit.,* pp. 154-155.

mitação do tratamento no que disser respeito ao titular dos dados, ou do direito de se opor ao tratamento, bem como do direito à portabilidade dos dados; (ix) se o tratamento dos dados tiver por base o consentimento do titular dos dados, a existência do direito de retirar consentimento em qualquer altura, sem comprometer a licitude do tratamento efetuado com base no consentimento previamente dado; (x) direito de apresentar reclamação a uma autoridade de controlo; (xi) se a comunicação de dados pessoais constitui ou não uma obrigação legal ou contratual, ou um requisito necessário para celebrar um contrato, bem como se o titular está obrigado a fornecer os dados pessoais e as eventuais consequências de não fornecer esses dados; e (xii) existência de decisões automatizadas, incluindo a definição de perfis. A esta informação soma-se a origem dos dados pessoais e, eventualmente, se provêm de fontes acessíveis ao público, quando os dados não sejam recolhidos junto do titular dos dados (artigo 14.º do RGPD).

Deste modo, o tratamento de dados será transparente quando o paciente conheça e bem entenda todas as informações relativas ao tratamento dos seus dados, assim como todas as comunicações que lhe sejam dirigidas a este respeito[18].

Resta saber qual a consequência para o incumprimento do dever de informação plasmado nos citados artigos 13.º e 14.º do RGPD, para além, claro está, da prática do ilícito contraordenacional previsto e punido nos termos do disposto no artigo 83.º do RGPD e no artigo 37.º da LE. Sendo este incumprimento considerado uma infração muito grave ao regime legal (cfr. artigo 37.º, n.º 1, a) LE), qual deve ser a consequência jurídica prevista para esta situação?

Não cremos que se trate de um mero dever acessório de informação, sobretudo pelo relevo que o regime contraordenacional lhe confere. O paciente sempre poderá, neste cenário, acionar a responsabilidade civil do prestador de cuidados de saúde, tendo em conta que enquanto este não cumprir cabalmente o seu dever de informação responderá pelos prejuízos que causar ao paciente nos termos do disposto nos artigos 79.º e 82.º do RGPD. Para além disso, poderá ainda o titular dos dados apresentar uma reclamação junto da autoridade de controlo (cfr. artigo 77.º do RGPD).

---

[18] A este respeito, vide CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *O consentimento do titular dos dados no RGPD* [Em linha], Blook, [Consult. 31 mai. 2021], disponível em WWW: <URL: https://blook.pt/publications/publication/e772e2d8f7b4/>; CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2019, pp.100 e ss., relativamente à informação a prestar ao paciente/titular dos dados pessoais, que deve ser completa, verdadeira, atual, clara e objetiva.

4.2. Limitação das finalidades

O princípio da limitação das finalidades impõe que o tratamento de dados levado a cabo pelo prestador de cuidados de saúde respeite finalidades (i) determinadas, (ii) explícitas e (iii) legítimas. As finalidades deverão ser (i) determinadas na medida em que sejam fixadas, antes do processo de tratamento de iniciar; (ii) explícitas na medida em que sejam reveladas a todos os intervenientes desta relação; e (iii) legítimas na medida em que respeitem as normas vigentes.

Contudo, no que respeita à determinação das finalidades, não podemos olvidar a prerrogativa estabelecida a propósito de um tratamento que vá além das finalidades previamente determinadas, nos termos e para os efeitos previstos no artigo 6.º, n.º 4, do RGPD. Este alargamento do tratamento de dados pessoais depende, contudo, do preenchimento de alguns requisitos legais, a saber: (i) o tratamento de dados deve prosseguir um fim distinto daquele para o qual os dados pessoais do titular foram inicialmente recolhidos; (ii) não haja consentimento do titular para esse tratamento para outros fins; (iii) o tratamento para outros fins não seja operado com base em disposições do direito da União ou dos Estados-Membros, que constituam uma medida necessária e proporcionada numa sociedade democrática para salvaguardar os objetivos referidos no artigo 23.º, n.º 1, do RGPD; e (iv) compatibilidade entre o tratamento para outros fins e a finalidade para a qual os dados pessoais foram inicialmente recolhidos.

Neste exercício de ponderação levado a cabo pelo prestador de cuidados de saúde, deve atender-se a uma ligação entre a finalidade para a qual os dados pessoais foram recolhidos e a finalidade do tratamento posterior; ao contexto em que os dados pessoais foram recolhidos, à natureza dos dados pessoais, em especial se as categorias especiais de dados pessoais forem tratadas nos termos do artigo 9.º; às eventuais consequências do tratamento posterior; e à exigência de salvaguardas adequadas (cfr. Artigo 6.º, n.º 4, RGPD).

Não obstante, não podemos deixar de retomar o conteúdo do artigo 5.º, n.º 1, b) do RGPD, quanto ao tratamento posterior para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, o qual não é considerado incompatível com as finalidades iniciais (em conformidade com as garantias e derrogações previstas no artigo 89.º, 1, do RGPD).

No domínio da prestação de cuidados de saúde, o posterior tratamento de dados para fins de investigação científica assume particular destaque, sobretudo num setor que, conforme oportunamente referimos, depende, em grande medida, dos contributos, do conhecimento e do avanço da comunidade cien-

tífica[19]. Este é um dos domínios em que, com o recurso a "medidas técnicas e organizativas [capazes] de assegurar, nomeadamente, o respeito do princípio da minimização dos dados", o interesse coletivo deve prevalecer. Pois, conforme se pode ler do considerando 4 do RGPD, "o tratamento de dados pessoais deverá ser concebido para servir as pessoas" e "não é absoluto; deve ser considerado em relação à sua função na sociedade e ser equilibrado com outros direitos fundamentais, em conformidade com o princípio da proporcionalidade".

A este respeito não podemos deixar de assinalar uma outra preocupação que tem que ver com a priorização dos cuidados de saúde. Poderá esta necessidade de priorização dos cuidados de saúde ser considerada uma finalidade legítima?

Com efeito, no contexto de um sistema de saúde de recursos limitados, a priorização dos cuidados de saúde é uma questão que, frequentemente, se coloca diante dos profissionais de saúde[20]. Ademais, os contextos epidémicos ou pandémicos, como aquele que enfrentamos nos últimos anos, podem agudizar este dilema da finitude dos recursos e, por conseguinte, intensificar a necessidade de priorização dos cuidados de saúde.

Do ponto de vista da gestão hospitalar, vislumbramos este tratamento de dados pessoais como uma ferramenta relevante ao nível da eficiência do próprio sistema de saúde. Todavia, para que este tratamento possa ser legítimo, não apenas do ponto de vista legal, mas também do ponto de vista ético, entrevemos saudável o diálogo entre o Direito, a Ética e a Medicina, tendo em vista a definição de critérios adequados para o efeito.

4.3. Minimização dos dados

Os dados pessoais que sejam objeto de tratamento devem ser adequados, pertinentes e limitados ao que é necessário relativamente à finalidade do tratamento.

---

[19] Deve-se assinalar que alguns profissionais de saúde, como é o caso, designadamente, dos médicos, são também investigadores, o que pode suscitar um conjunto de inquietações mais alargado. A este respeito será salutar relembrar a relevância da Declaração de Helsínquia da Associação Médica Mundial, disponível em https://www.wma.net/.

[20] Cfr. SILVA, Maria João, "Priorização no sector da saúde: um imperativo?" in *Gestão da Saúde*, (Guilhermina Rego; Rui Nunes), 1.ª edição, Prata&Rodrigues, Lisboa, 2010, p.99, "O debate inerente ao racionamento na saúde torna-se um imperativo, uma vez que, estamos perante «recursos limitados para uma procura de serviços ilimitada»"; Serrão, Daniel, "A ética médica e os custos dos cuidados de saúde" in *Ética em Cuidados de Saúde*, (Daniel Serrão; Rui Nunes), Porto Editora, Porto, 1998, pp. 155-168.

Conforme se assinala no considerando 39 do RGPD, "segundo este princípio, os dados pessoais apenas deverão ser tratados se a finalidade do tratamento não puder ser atingida de forma razoável por outros meios"[21].

Deste modo, encontra-se o prestador de cuidados de saúde impedido de recolher todos e quaisquer dados do paciente sem que tal se afigure razoavelmente necessário ao diagnóstico e/ou ao tratamento médico, assim como também estará impossibilitado de permitir "o acesso indiscriminado a um conjunto excessivo de dados por parte de profissionais que a eles só deve[m] aceder em casos pontuais e previamente justificados"[22].

O legislador empregou os conceitos «adequado», «pertinente» e «necessário», que nos recordam o princípio da proporcionalidade[23], e que se referem ao direito à menor ingerência ou desvantagem possível; à adequação da medida adotada à prossecução do fim; e ao juízo de ponderação necessário entre o resultado obtido e a sua onerosidade, respetivamente.

Pese embora já tenhamos identificado, a respeito do princípio antecedente, algumas reservas na priorização dos cuidados de saúde enquanto finalidade para o tratamento de dados no contexto da saúde, não podemos deixar de as evidenciar, uma vez mais, neste particular. Tendencialmente, no domínio da prestação de cuidados de saúde, quanto maior for o acervo informacional de que dispuser o profissional de saúde, maiores serão as possibilidades de sucesso no diagnóstico ou no tratamento médico. Por outro lado, quando nos referimos à necessidade de tratar dados para priorizar cuidados de saúde, antevemos que o mesmo raciocínio se aplicará, na medida em que quanto mais informação existir sobre o paciente, mais eficiente será a decisão que venha a ser tomada.

Com efeito, este princípio deve reclamar, neste contexto, especial atenção, sob pena de poder ser preterido por interesses que, de acordo com o espírito do

---

[21] Cfr. PINHEIRO, Alexandre Sousa, et. al., *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados*, Almedina, Coimbra, 2018, p.209, falamos da "dimensão da adequação do princípio da proporcionalidade em sentido amplo".

[22] Cfr. COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS, Deliberação n.º 984/2018 - Contraordenação, disponível em https://www.cnpd.pt/, p.7v; Vd. COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS, *Parecer n.º 20/2018 (…)*, *op. cit.*, p. 29, "É que a legitimidade para aceder a dados de saúde dentro de uma organização depende da efetiva e demonstrada necessidade de acesso a essa informação, não apenas em concretização do princípio da proporcionalidade, como também por razões de segurança da informação e de proteção dos dados"; Vd. GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, "Processing of personal data concerning health under the GDPR", in *E-Tec Yearbook - Health Law and Technology*, (Maria Miguel Carvalho), JusGov - Research Centre for Justice and Governance, School of Law, University of Minho, 2019, p. 20.

[23] CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição (reimpressão), Almedina, Coimbra, 2021, pp. 266 e ss..

sistema, não devem prevalecer sobre os direitos e liberdades do paciente/titular de dados.

4.4. Necessidade

O legislador nacional veio a consagrar no artigo 29.º da LE o princípio da necessidade de conhecer a informação, quanto ao tratamento de dados relativos à saúde.

Este princípio, em bom rigor, concretiza o princípio da integridade e da confidencialidade e o princípio da minimização dos dados. Conforme assinala A. Barreto Menezes Cordeiro, "a sua positivação não era necessária, ele seria sempre aplicável"[24].

A ideia subjacente a tal previsão legal é a de reforçar o papel do princípio da proporcionalidade, sobretudo no domínio do tratamento de dados de categorias especiais, como é o caso dos dados relativos à saúde[25], garantindo que apenas têm acesso aos dados os profissionais que efetivamente precisam de os conhecer e na medida dessa necessidade. Atendendo à natureza dos dados pessoais em apreço, "quanto maior for o leque de pessoas que acedem a dados de saúde, maiores são os riscos para a segurança, integridade e confidencialidade desses dados"[26].

A este respeito, deve-se assinalar que a estruturação de dados pessoais, prevista no artigo 30.º da LE, é particularmente preocupante para a defesa dos direitos e liberdades dos pacientes. O legislador previu a possibilidade de os dados relativos à saúde poderem ser organizados em bases de dados ou registos centralizados assentes em plataformas únicas, quando tratados para efeitos das finalidades legalmente previstas no RGPD e na legislação nacional. A este respeito a CNPD, oportunamente, apresentou as maiores reservas, as quais acompanhamos, desde logo, pela falta de enquadramento normativo, tendo-se sugerido, inclusivamente, a eliminação daquele preceito legal[27].

Por outro lado, pese embora o n.º 2 do artigo 30.º se refira a medidas de segurança e de inviolabilidade do regime instituído pelo RGPD, a norma em apreço apresenta uma grande abertura quanto à criação de uma base de dados

---

[24] Cfr. CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito da Proteção de Dados (…), op. cit.,* p. 253.

[25] A CNPD, no *Parecer n.º 20/2018 (…), op. cit.*, refere-se à imposição de medidas técnicas e organizativas, designadamente perfis de acesso. Cfr. COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS, *Deliberação n.º 984/2018 - Contraordenação*, disponível em https://www.cnpd.pt/.

[26] Cfr. COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS, *Parecer n.º 20/2018 (…)*, *op. cit.*, p. 29.

[27] *Ibidem*, p. 30

desta natureza, desvirtuando a disciplina especial imposta pelo artigo 9.º do RGPD.

Conforme assinalamos a respeito do princípio da limitação das finalidades e da minimização dos dados, é tentadora a participação de vários sujeitos no domínio do tratamento de dados relativos à saúde, sobretudo pelo seu carácter excecional e pelo valor que estes dados podem assumir no mercado[28]. Por esta razão, uma permissão abrangente como aquela que resulta deste preceito legal poderá acolher a participação de vários sujeitos que, por princípio, não se deveriam imiscuir, pelo menos na mesma medida, na relação estabelecida entre o prestador de cuidados de saúde e o paciente, razão pela qual a concretização que venha a acontecer deste preceito deve ter em atenção todos estes perigos, reais e efetivos, para a esfera dos pacientes/titulares de dados.

A implementação de um sistema desta natureza, se não devidamente concretizado e delimitado, poderá colocar em causa o princípio da necessidade a que nos referimos, na medida em que esta abertura coloca em causa a necessidade de conhecer, que deve ser aferida tendo em conta o diagnóstico e/ou o tratamento médico que se pretende levar a cabo. Uma utilização partilhada de uma base de dados de saúde para efeitos de priorização dos cuidados de saúde e/ou para melhorar a eficiência da gestão do sistema de saúde poderá ser comprometedora do cumprimento dos ditames legais, para além de que é duvidosa a sua licitude, e são de difícil mensuração e controlo os benefícios e os malefícios que resultam para a esfera dos pacientes[29].

4.5. Exatidão

O princípio da exatidão exige que os dados pessoais objeto de tratamento, em atenção à finalidade para a qual são tratados, sejam corretos e atuais, pelo

---

[28] *Ibidem*, p. 30, "O evidente valor económico dos dados de saúde (de grande utilidade para laboratórios farmacêuticos e para seguradoras, por exemplo) é potenciado exponencialmente com a centralização dos mesmos (pela amplitude e maior facilidade de relacionamento da informação), sendo correspondentemente acompanhado pelo aumento do risco de violação dos dados pessoais".

[29] *Ibidem*, p. 30, "É que o risco para os direitos e liberdades dos cidadãos da existência de um tratamento com estas características é suscetível de causar danos com tal intensidade, em especial no que respeita à possibilidade de dar origem a discriminação, a prejuízos para a reputação, perdas de confidencialidade de dados pessoais protegidos por sigilo profissional, ou a quaisquer outros prejuízos importantes de natureza económica ou social, que não podem ser tolerados. Ademais, sublinha-se que a informação de saúde abrange as informações sobre a pessoa recolhidas durante a inscrição para a prestação de serviços de saúde, ou durante essa prestação, o que é suscetível de incluir outros dados pessoais especialmente protegidos, como sejam dados que revelem a origem racial ou étnica, as convicções religiosas ou filosóficas bem como dados genéticos ou dados relativos à vida sexual ou à orientação sexual".

que, quando assim não seja, devem ser adotadas as medidas necessárias ao seu apagamento ou à sua retificação.

Contudo, este princípio deve ser interpretado com alguma parcimónia no que concerne ao conceito de «dados atuais», na medida em que, no contexto particular da prestação de cuidados de saúde, o histórico clínico do paciente assume especial relevância para o diagnóstico e/ou para o tratamento médico. Por essa razão, a informação que, *prima facie*, poderia ser considerada desatualizada, pode, na verdade, ser bastante relevante no contexto da prestação de cuidados de saúde.

Note-se que este princípio acaba por ser concretizado pelos direitos à retificação dos dados (cfr. artigo 16.º do RGPD) e ao apagamento (cfr. artigo 17.º do RGPD).

4.6. Limitação da conservação

Os dados pessoais devem ser conservados de uma forma que permita a identificação dos titulares dos dados apenas durante o período necessário para as finalidades para as quais os dados são tratados. É nisto que se traduz o princípio da limitação da conservação que se interseta com o princípio da minimização dos dados, sobretudo quando reclama a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Neste particular, não podemos deixar de assinalar igualmente a dificuldade que se antevê em relação à capacidade de o prestador de cuidados de saúde definir um critério razoável e proporcional à finalidade do tratamento para a conservação dos dados pessoais tratados em contexto de saúde.

Por um lado, constatamos uma possível tendência para o alargamento do acervo informacional, tendo em vista uma resposta mais adequada e eficiente no domínio do diagnóstico e/ou do tratamento médico. Por outro lado, assinalamos um possível interesse no conhecimento de informação não "atual" (referente ao histórico clínico) do paciente. Ora, estes cenários devidamente conjugados poderão dificultar o cumprimento escrupuloso deste princípio, uma vez que poderão incentivar ou, pelo menos, turvar os critérios a definir para a conservação dos dados pessoais tratados no âmbito da prestação de cuidados de saúde. De qualquer modo, cumprirá ao prestador de cuidados de saúde a definição de prazos para o apagamento ou para a revisão periódica, tendo em vista as finalidades do tratamento, sem prejuízo do que se encontra estabelecido, designadamente, para fins de investigação científica (ainda que os dados devam ser sujeitos à aplicação das medidas técnicas e organizativas adequadas exigidas pela lei – *v.g.* pseudonimização ou anonimização).

4.7. Integridade e confidencialidade

Os dados pessoais devem ser tratados de forma segura, devendo o prestador de cuidados de saúde assegurar a proteção dos dados pessoais dos pacientes contra o tratamento não autorizado ou ilícito e contra a sua perda, destruição ou danificação acidental. Cabe-lhe, portanto, casuisticamente, adotar medidas técnicas ou organizativas adequadas à garantia da segurança dos dados, atendendo às técnicas mais avançadas, aos custos de aplicação e à natureza, ao âmbito, ao contexto, às finalidades do tratamento, à natureza dos dados, bem como aos riscos, de probabilidade e gravidade variável, para os direitos e liberdades dos pacientes.

Note-se que o cumprimento esmerado deste princípio pelo prestador de cuidados de saúde e a adoção das medidas técnicas ou organizativas casuisticamente adequadas permitirá também garantir o cumprimento, ainda mais rigoroso, do princípio da minimização dos dados. Assim, deverá o prestador de cuidados de saúde incluir nas medidas a adotar: (i) a pseudonimização e encriptação dos dados pessoais; (ii) a capacidade de assegurar a confidencialidade, integridade, disponibilidade e resiliência permanentes dos sistemas e dos serviços de tratamento; (iii) a capacidade de restabelecer a disponibilidade e o acesso aos dados pessoais de forma atempada no caso de um incidente físico ou técnico; (iv) um processo para testar, apreciar e avaliar regularmente a eficácia das medidas técnicas e organizativas para garantir a segurança do tratamento.

Este princípio quando conjugado com a finitude dos recursos levanta pertinentes desafios no quadro da tutela dos direitos e liberdades dos pacientes. Senão vejamos, este princípio que obriga o prestador de cuidados de saúde a adotar as medidas técnicas ou organizativas adequadas à garantia da segurança dos dados, obriga-o a fazê-lo, designadamente, tendo em conta os custos de aplicação. Ora, num cenário em que os orçamentos de que dispõem os prestadores de cuidados de saúde são limitados, sobretudo no setor público, não será difícil justificar a adoção de medidas orçamentalmente mais equilibradas. Esta opção poderá, evidentemente, acarretar consequências sérias para o nível de proteção de dados dos pacientes.

4.8. Responsabilidade

O prestador de cuidados de saúde, enquanto responsável pelo tratamento de dados, determina as finalidades e os meios de tratamento dos dados pessoais, e é, por princípio, a pessoa que estabelece relação direta com o paciente/titular de dados. Atento o seu papel no contexto do tratamento de dados pessoais, recaem sobre este sujeito especiais deveres e responsabilidades.

O prestador de cuidados de saúde é, assim, responsável pelo cumprimento pontual de todos os princípios elencados no artigo 5.º, n.º 1, do RGPD e pela

comprovação desse mesmo cumprimento (cfr. artigo 24.º do RGPD). Em caso de incumprimento dos deveres a que se encontra adstrito, o prestador de cuidados de saúde, enquanto responsável pelo tratamento de dados, poderá ver a sua responsabilidade acionada nos termos do disposto nos artigos 79.º e 82.º do RGPD[30], quando o paciente entenda ter havido uma violação à lei e tenha sofrido danos decorrentes dessa violação.

Deve-se assinalar que no mercado atual da prestação de cuidados de saúde, para além de conviverem entes públicos e entes privados, assistimos à multiplicação de relações entre diferentes sujeitos e operadores económicos, o que dificulta, em alguns casos, a delimitação concreta do campo de atuação de cada um deles e a identificação do responsável pelo tratamento de dados, isto é, do sujeito que, verdadeiramente, define as finalidades e os meios de tratamento. Contudo, não podemos deixar de relembrar a solução preconizada no artigo 26.º do RGPD quanto à atribuição conjunta da responsabilidade pelo tratamento.

CONCLUSÃO

O setor da prestação de cuidados de saúde encontra-se em franca transformação digital, sendo certo que os conceitos de telemedicina, *e-health* e assistência médica à distância têm sobressaído nos debates convocados a respeito da reformulação das relações estabelecidas entre os prestadores de cuidados de saúde e os pacientes.

A proteção de dados pessoais do paciente não é uma questão de somenos importância quando comparada com as necessidades do setor da saúde, com a transformação digital e com o avanço científico. O Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados contribuiu, significativamente, para o debate, reforçando a importância dos princípios basilares a respeitar em matéria de tratamento de dados e impondo uma disciplina especial a respeito do tratamento de dados pessoais relativos à saúde.

Não podemos olvidar que o setor da prestação de cuidados de saúde depende ativamente dos contributos que a comunidade científica oferece, das tecnologias que as empresas colocam à sua disposição, do financiamento de entidades externas e das parcerias estabelecidas com diferentes instituições e profissionais, pelo que o leque de sujeitos intervenientes no circuito do tratamento de dados pessoais é consideravelmente lato. Por essa razão, e sem prejuízo das críticas que parte da doutrina e a CNPD têm apontado a vários aspetos concretos da

[30] Cfr. CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Da responsabilidade civil pelo tratamento de dados pessoais* [Em linha], Blook, [Consult. 30 mai. 2021], disponível em https://blook.pt/publications/publication/2ae6399f13bb/ BARBOSA, Mafalda Miranda, "Data controllers e data processors: da responsabilidade pelo tratamento de dados à responsabilidade civil", *Revista de Direito Comercial*, vol. n.º 2, 2018, pp. 423-493.

lei de execução portuguesa, é de salientar a preocupação premente do legislador em reforçar os princípios da minimização dos dados e da integridade e confidencialidade, com a consagração do princípio da necessidade (*need to know*) no que concerne ao tratamento de dados pessoais relativos à saúde. Do mesmo modo, as exigências que são estabelecidas a este respeito, quanto ao dever de sigilo ou de confidencialidade dos profissionais, ou outras pessoas que acedam a esta informação, reforçam a tutela conferida aos dados pessoais sensíveis dos pacientes.

Os dados pessoais relativos à saúde cujo tratamento tenha por finalidade o diagnóstico médico e/ou a prestação de cuidados ou tratamentos de saúde deve ter-se como lícito, nos termos do disposto no artigo 9.º, n.º 2, h) do RGPD. Quando a finalidade do tratamento seja distinta, é necessário verificar se estão preenchidos os requisitos legais de que depende a extensão deste tratamento (cfr. Artigo 6.º, n.º 4, do RGPD) ou, então, procurar um novo fundamento de licitude no artigo 9.º, n.º 2, RGPD. No entanto, quando esteja em causa o tratamento de dados de categorias gerais, o mesmo deve ter-se como lícito quando preenchida uma das cláusulas previstas no artigo 6.º do RGPD.

No domínio do dever de informação que recai sobre o prestador de cuidados de saúde (artigos 13.º e 14.º do RGPD), nada obsta a que este recolha a assinatura do paciente, a atestar que tomou conhecimento de tais informações, pese embora tal documento não se confunda com um consentimento na aceção dos artigos 6.º ou 9.º do RGPD, nem deverá ser acoplado a qualquer declaração desse tipo, nem tão-pouco deverá ser exigido como condição indispensável para o acesso à prestação de cuidados de saúde.

A consciencialização sobre a finitude dos recursos e sobre a necessidade de priorização dos cuidados de saúde exaltou-se sobretudo no contexto da emergência de saúde pública que atravessamos nos últimos anos. Neste sentido, a priorização dos cuidados de saúde deve ser ponderada enquanto finalidade legítima para o tratamento de dados pessoais, convocando o necessário diálogo entre o Direito, a Ética e a Medicina, tendo em vista a definição de critérios adequados, necessários e proporcionais para o efeito.

Bibliografia

a) Citada

Alves, Joel, *O Novo Modelo de Proteção de Dados Pessoais Europeu – Da Heterorregulação à Autorregulação Publicamente Regulada*, 1.ª edição, Almedina, Coimbra, 2021;

BARBOSA, Mafalda Miranda, "Data controllers e data processors: da responsabilidade pelo tratamento de dados à responsabilidade civil", *Revista de Direito Comercial*, vol. n.º 2, março de 2018, pp. 423-493;

CALDEIRA, Cristina Maria de Gouveia, "Impacto ético e jurídico da aplicação das novas tecnologias na área da saúde", in *Direito da Sociedade do Conhecimento, Vol. I: Estudos na área do direito*, (Cristina Maria de Gouveia Caldeira), Universidade Europeia, Lisboa, 2019/2020, pp.222-253;

CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição (reimpressão), Almedina, Coimbra, 2021;

CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2019;

CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *O consentimento do titular dos dados no RGPD* [Em linha], Blook, [Consult. 30 mai. 2021], disponível em WWW: <URL: https://blook.pt/publications/publication/e772e2d8f7b4/>;

CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Da responsabilidade civil pelo tratamento de dados pessoais* [Em linha], Blook, [Consult. 30 mai. 2021], disponível em https://blook.pt/publications/publication/2ae6399f13bb/

CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito da Proteção de Dados: à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra, 2020;

DIAS, Eva Sónia Moreira, "Considerations about medical liability in the era of e-health", in *E.Tec Yearbook - Health Law and Technology*, (Maria Miguel Carvalho), JusGov - Research Centre for Justice and Governance, School of Law, University of Minho, 2019, pp.25-36;

EYSENBACH, G. – "What is e-health?", *Journal of Medical Internet Research*, Vol. 3, n.º 2, 2001;

GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, "Processing of personal data concerning health under the GDPR", in *E-Tec Yearbook - Health Law and Technology*, (Maria Miguel Carvalho), JusGov - Research Centre for Justice and Governance, School of Law, University of Minho, 2019, pp.1-24;

PATRÍCIO, Miguel, "Uma breve nota sobre os desafios éticos da saúde digital ("Digital Health")", *Revista Jurídica Luso Brasileira*, Vol. 4, 2018, pp.1-20;

PINHEIRO, Alexandre Sousa, et. al., *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados*, Almedina, Coimbra, 2018;

RAPOSO, Vera Lúcio, ""Você tem uma nova mensagem": a prestação de cuidados de saúde na era da telemedicina", *Lex Medicinae*, Ano 10, n.º 20, 2013, pp.17-44;

SERRÃO, Daniel, "A ética médica e os custos dos cuidados de saúde" in *Ética em Cuidados de Saúde,* (Daniel Serrão; Rui Nunes), Porto Editora, Porto, 1998, pp.155-168;

SILVA, Maria João, "Priorização no sector da saúde: um imperativo?" in *Gestão da Saúde*, (Guilhermina Rego; Rui Nunes), 1.ª edição, Prata&Rodrigues, Lisboa, 2010, 99-118;

b) Outra

CORREIA, J. M. Sérvulo, "As relações jurídicas administrativas de prestação de cuidados de saúde", in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, Vol. III, Almedina, Coimbra, 2010;

GIL GONZÁLEZ, Elena; HERT, Paul de, "Understanding the legal provisions that allow processing and profiling of personal data – an analysis of GDPR provisions and principles", *ERA Forum*, 2019, pp.597–621;

GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, "O tratamento de dados pessoais no Regulamento Geral de Proteção de Dados", *Scientia Iuridica*, n.º 350, 2019, Braga, pp. 165-190;

GRAFENSTEIN, Maximilian von, "The Principle of Purpose Limitation in Data Protection Laws: The Risk-based Approach, Principles, and Private Standards as Elements for Regulating Innovation", *Schriften zur rechtswissenschaftlichen Innovationsforschung, 12, Nomos Verlagsgesellschaft*, Baden-Baden, 2018;

GUERRA, Isabel, *Telemedicina, relação médico-doente e aspectos deontológicos* [em linha], [consult. 30.mai.2021], disponível em https://ordemdosmedicos.pt/telemedicina--relacao-medico-doente-e-aspectos-deontologicos/;

KLITOU, Demetrius, "Privacy-Invanding Technologies and Privacy by Design", *Information Technology and Law Series*, Vol. 25, 2014;

KUNER, Christopher, et. al., "Machine learning with personal data: is data protection smart enough to meet the challenge?", *International Data Privacy Law*, Vol.7, n.º 1, 2017, pp.1-2;

NUNES, Rui; Rego, Guilhermina, *Prioridades na Saúde*, McGraw-Hill, Lisboa, 2002;

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso; GONZALO DOMENECH, Juan José, "Nuevo marco jurídico en materia de protección de datos de carácter personal en la Unión Europea", *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 44, 2018, http://dx.doi.org/10.22187/rfd2018n44a2.

PEREIRA, Alexandre Dias, "Patient safety in e-health and telemedicine", *Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º especial 2014, pp.95-106;

PEREIRA, André Dias; BARBOSA, Carla, "Confidencialidade da informação de saúde no direito português", *Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 8, n.º 16, 2011, pp.51-66;

PINHO, Micaela Moreira, "Critérios sociais e éticos de priorização de pacientes: uma pesquisa a estudantes e profissionais de saúde em Portugal" [em linha], *Ciência & Saúde Coletiva*, 21(12), 2016, pp.3917-3926, [consult. 30.mai.2020], disponível em https://doi.org/10.1590/1413-812320152112.17072015;

PINHO, Micaela Moreira, *Racionamento dos Recursos da Saúde Através do Estabelecimento de Prioridades*, Universidade Lusíada Editora, Lisboa, 2010;

PIZZETI, Franco, *Privacy e il Diritto Europeo alla Protezioni dei Dati Personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, 2.ª edição, G. Giappichelli Editore, Turim, 2016;

ZECH, Herbert, "Information as Property", *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, vol. 6, n.º 3, 2015, pp.192-197.

CONSENTIMENTO PARA O TRATAMENTO DE DADOS A SEREM REPASSADOS PARA TERCEIROS: ANÁLISE DA CONCLUSÃO "4" DO PROCESSO C-40/17

Afonso Carvalho de Oliva[1]

RESUMO: Estudam-se determinados aspectos do processo C-40/17, que contém questões prejudiciais em relação a um processo principal, sobre o funcionamento de plugins instalados por terceiros em sítios eletrônicos, para a captação de dados pessoais dos usuários que os utilizavam. Embora fundamentado em diploma já revogado, a análise do julgamento permanece relevante porque a disciplina atual sobre a matéria representa uma evolução legislativa no tratamento do assunto, mantidos diversos aspectos da norma revogada. Por isso, o caso pode servir de precedente para julgamentos que venham a ser fundamentados no regulamento vigente. Trata-se, mais especificamente, da interpretação dada aos artigos 2.º, alínea h), 7.º, alínea a), e 10.º da Diretiva 95/46/CE e do conceito de consentimento para fins de ativação do plugin, concluindo-se, por fim, no sentido de que o referido consentimento não chega a ser livre e informado, ficando mesmo o usuário à mercê dos interessados na ferramenta informática de captura de seus dados pessoais.

PALAVRAS-CHAVE: Consentimento; Proteção de Dados; Regulamento Geral de Proteção de Dados.

[1] Advogado. Doutorando em Ciências Jurídicas Privatísticas na Universidade do Minho (Portugal). Mestre em Direito pela Universidade Tiradentes (Sergipe - Brasil). Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade de Direito 8 de Julho (Sergipe – Brasil). Investigador do grupo de investigação em Direitos Humanos (DH) e do grupo E-Tec – Estado, Empresa e Tecnologia do Centro de Investigação em Justiça e Governação (JusGov) da Escola de Direito da Universidade do Minho.

SUMÁRIO: *1. Introdução; 2. Resumo da lide; 3. Conclusões do julgamento; 4. Dos dispositivos legais em análise e seus conceitos; 5. Cotejo da decisão com o Regulamento Geral de Proteção de Dados; 6. O consentimento é suficiente?; 7. Conclusões; Referências*

ABSTRACT: This work aims at certain aspects of Case C-40/17, which presents questions referred for a preliminary ruling concerning a main proceeding, on the operation of third-party plugins installed on websites for the processing of personal data of users using them. Although based on a law already revoked, the analysis of the judgment remains relevant because the current discipline on the subject represents a legislative evolution in the treatment of the subject, maintaining several aspects of the repealed norm. Therefore, the case may serve as a precedent for judgments that may be based on the current regulation. More specifically, this paper deals with the interpretation given to Articles 2 (h), 7 (a) and 10 of Directive 95/46/EC and the concept of consent for plugin activation, meaning that this consent is not free and informed, and the user is at the mercy of those interested in the computer tool that capture their personal data.

KEYWORDS: Consent; Data protection; Directive 95/46/EC; General Data Protection Regulations; User; Consumer; Internet.

SUMMARY: *1. Introduction; 2. Summary of the case; 3. Conclusions of the trial; 4. The legal provisions under analysis and their concepts; 5. Compare the decision with the General Data Protection Regulation; 6. Is consent sufficient?; 7. Conclusions; References*

1. Introdução

Trata-se da análise parcial do entendimento esposado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no processo C-40/17, de natureza prejudicial, apresentado pelo *Oberlandesgericht Düsseldorf*[2], em relação a um processo inicialmente movido pela *Verbraucherzentrale NRW eV*, uma associação de defesa dos interesses dos consumidores sediada em Düsseldorf, na Alemanha, para discutir sobre a aplicação da Diretiva 95/46[3] no tocante a incorporação de *plugins* de terceiros capazes de realizar a coleta de dados pessoais. Da referida manifestação, emergiram seis questões prejudiciais, a cada uma destas relacionando-se uma conclusão para o julgamento. Dessas seis questões, duas são destacadas como

[2] Tribunal Regional Superior de Dusseldorf - Alemanha

[3] Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. [Em linha] (95-10-24) [Consult. 7 jan. 2020]. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A31995L0046>.

objetos de comentários no presente trabalho, visando à conclusão de julgamento que nelas se fundamenta.

Busca-se apresentar posicionamento a respeito da interpretação dada aos artigos 2.º, alínea h), 7.º, alínea a, e 10.º da Diretiva 95/46/CE[4], mais especificamente, no que toca ao conceito de consentimento, às possibilidades de tratamento de dados pessoais e à descrição do conjunto mínimo de informações que os responsáveis pelo tratamento de dados pessoais encontram-se compelidos a fornecer aquando da realização de um procedimento de coleta e/ou processamento de dados pessoais.

Na sequência, procede-se a um estudo comparativo dos dispositivos europeus citados com o Regulamento Geral de Proteção de Dados, visto que, mesmo tendo sido aquela Diretiva já revogada, o julgamento em comento permanece relevante para as futuras interpretações, pois, sob alguns aspectos, é possível que seja obstaculizada a efetividade devida a determinado dispositivo do Regulamento ora mencionado. Nesse caso, se relativizada a responsabilidade conjunta pelo tratamento de dados pessoais, é possível que se avente a isenção do administrador do sítio eletrônico que opta por incluir um *plugin* social em sua página da responsabilidade por eventuais usos indevidos de dados pessoais transmitidos por meio dessa ferramenta.

Outrossim, analisa-se se o consentimento do consumidor, mesmo que fornecido após receber as informações previstas pelo Regulamento Geral, realmente significa ato decorrente de uma decisão informada e livre, após percebidas todas as implicações que podem decorrer do uso dos plugins, ou se consistiria em ato compulsoriamente praticado, sem a racionalização necessária, apenas para que o usuário pudesse ter garantido o acesso ao serviço que buscava utilizar pelo meio eletrônico.

Ao final, sem pretensão de esgotar o tema, apresenta-se um apanhado de conclusões relativas à síntese de cada ponto considerado relevante no decorrer do trabalho.

2. Resumo da lide

O objeto do presente estudo é o processo C-40/17, que trata de pedido apresentado pelo *Oberlandesgericht Düsseldorf*, com o objetivo de suscitar um posicionamento do Tribunal de Justiça da União Europeia acerca de seis questões prejudiciais referentes à aplicação da Diretiva 95/46, no tocante à incorpora-

[4] Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. [Em linha] (95-10-24) [Consult. 7 jan. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A31995L0046>.

ção de *plugins* de terceiros, instalados em sítios eletrônicos, capazes de realizar a coleta de dados pessoais dos usuários que buscam acesso aos serviços prestados por meio da internet.

O processo inicial foi movido pela *Verbraucherzentrale NRW eV*, uma associação de defesa dos interesses dos consumidores sediada em Düsseldorf, na Alemanha, e reconhecida como entidade de utilidade pública, em face da empresa *Fashion ID GmbH & Co. KG*, empresa de comércio eletrônico de vestuário de moda, em razão da inserção, em seu sítio eletrônico, de um *plugin* da rede social *Facebook*, referido como «botão *Facebook* "Gosto"». A alegação sustentada pela associação de defesa dos consumidores foi de que a inserção deste módulo social resultava em uma transferência de dados pessoais dos usuários do sítio de comércio eletrônico para a empresa *Facebook Ireland*, efetuado sem a ciência destes e independentemente de estes, de fato, participarem ou não daquela rede social. No entendimento da associação, houve violação aos direitos de consentimento e de informação, previstos pela legislação de proteção de dados pessoais, razão pela qual intentou, junto ao *Landgericht Düsseldorf*, ação inibitória para que a empresa cessasse o uso do módulo social e, com isso, suspendesse o envio dos dados pessoais dos usuários do sítio eletrônico para a *Facebook Ireland*.

Em 9 de março de 2016, foi proferida sentença de primeiro grau, na qual o *Landgericht Düsseldorf* reconheceu a legitimidade postulatória da associação de defesa dos consumidores e julgou parcialmente procedentes os pedidos. Irresignada, a *Fashion ID* recorreu da decisão para o *Oberlandesgericht Düsseldorf*, órgão de segundo grau, contando o recurso com o apoio da *Facebook Ireland*. Doutro lado, a *Verbraucherzentrale NRW* também recorreu, em forma de recurso subordinado, da decisão em comento, buscando alargar a condenação de primeiro grau, bem como a total procedência de seus pedidos iniciais.

Em seu recurso, a *Fashion ID* argumentou pela ilegitimidade ativa da associação de consumidores, além de sustentar que *Landgericht Düsseldorf* estava equivocado ao considerar a empresa como responsável pelo tratamento de dados pessoais, nos termos do artigo 2.º, alínea d), da Diretiva 95/46, uma vez que, em seu entendimento, não possuía nenhum tipo de influência sobre os dados coletados e transmitidos pelo navegador do visitante do seu sítio eletrônico, nem sobre a utilização ou não desses dados, nem sobre, havendo essa utilização, quais os fins praticados pela *Facebook Ireland*.

Diante dos argumentos levantados em sede recursal, o *Oberlandesgericht Düsseldorf* suspendeu o curso do processo principal para apresentar ao Tribunal de Justiça da União Europeia as seguintes questões prejudiciais:

«1) O disposto nos artigos 22.º, 23.º e 24.º da Diretiva [95/46] opõe-se a uma legislação nacional que, além dos poderes de intervenção das autoridades responsáveis pela proteção dos dados e das possibilidades de recurso dos inte-

ressados, confere às associações sem fins lucrativos de defesa dos interesses dos consumidores legitimidade para, em caso de infrações, procederem contra os infratores?

Em caso de resposta negativa à primeira questão:

2) Numa situação como a do caso vertente, em que alguém integra na sua página Web um código de programação que permite ao navegador do utilizador solicitar conteúdos de um terceiro e transmitir para o efeito dados pessoais a terceiros, é aquele que integra o código de programação o "responsável pelo tratamento" na aceção do artigo 2.o, alínea d), da Diretiva [95/46], quando ele próprio não pode influenciar esta operação de tratamento de dados?

3) Em caso de resposta negativa à segunda questão: deve o artigo 2.º, alínea d), da Diretiva [95/46] ser interpretado no sentido de que o mesmo regula a responsabilidade de um modo tão exaustivo que se opõe a uma ação cível contra um terceiro que, embora não seja "responsável pelo tratamento", está porém na origem do ato de tratamento, sem o influenciar?

4) Numa situação como a do caso vertente, a que "interesses legítimos" se deve atender na avaliação a fazer nos termos do artigo 7.º, alínea f), da Diretiva [95/46]? Ao interesse na integração de conteúdos de terceiros ou ao interesse do terceiro?

5) Numa situação como a do caso vertente, a quem deve ser dado o consentimento previsto no artigo 7.º, alínea a), e no artigo 2.º, alínea h), da Diretiva [95/46]?

6) A obrigação de informação prevista no artigo 10.º da Diretiva [95/46], numa situação como a do caso vertente, também incumbe ao administrador da página Web que tenha integrado o conteúdo de um terceiro e que está, assim, na origem do tratamento de dados pessoais pelo terceiro?».

O foco deste trabalho, no entanto, concentra-se nas questões prejudiciais de número «5» e «6», que fundamentaram a conclusão de número «4» apresentada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, a qual será analisada adiante. Por essa razão, desconsideram-se as demais questões suscitadas e as conclusões que nestas se baseiam.

3. Conclusões do julgamento

Como se pode extrair da leitura do Acórdão[5], a Segunda Secção do Tribunal de Justiça da União Europeia apresentou as seguintes conclusões para as questões prejudiciais propostas pelo *Oberlandesgericht Düsseldorf*:

«1) Os artigos 22.º a 24.º da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a uma regulamentação nacional que permite às associações de defesa dos interesses dos consumidores agirem judicialmente contra o autor presumido de uma violação da proteção dos dados pessoais.

2) O administrador de um sítio Internet, como a Fashion ID GmbH & Co. KG, que insere no referido sítio um módulo social que permite ao navegador do visitante desse sítio solicitar conteúdos do fornecedor do referido módulo e transmitir para esse efeito a esse fornecedor dados pessoais do visitante, pode ser considerado responsável pelo tratamento, na aceção do artigo 2.º, alínea d), da Diretiva 95/46. Essa responsabilidade é, porém, limitada à operação ou ao conjunto de operações de tratamento de dados pessoais cujas finalidades e meios são efetivamente determinados por esse administrador, a saber, a recolha e a comunicação por transmissão dos dados em causa.

3) Numa situação como a que está em causa no processo principal, em que o administrador de um sítio Internet insere no referido sítio um módulo social que permite ao navegador do visitante desse sítio solicitar conteúdos do fornecedor do referido módulo e transmitir para esse efeito ao referido fornecedor dados pessoais do visitante, é necessário que esse administrador e esse fornecedor prossigam, cada um deles, com essas operações de tratamento, um interesse legítimo, na aceção do artigo 7.º, alínea f), da Diretiva 95/46, a fim de que estas sejam justificadas em relação a si.

4) O artigo 2.º, alínea h), e o artigo 7.º, alínea a), da Diretiva 95/46 devem ser interpretados no sentido de que, numa situação como a que está em causa no processo principal, em que o administrador de um sítio Internet insere no referido sítio um módulo social que permite ao navegador do visitante desse sítio solicitar conteúdos do fornecedor do referido módulo e transmitir para esse efeito ao referido fornecedor dados pessoais do visitante, o consentimento previsto nessas disposições deve ser obtido pelo referido administrador unicamente no que diz respeito à operação ou ao conjunto de operações de tratamento de

[5] SEGUNDA SECÇÃO - ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - Processo C-40/17 - Fashion ID GmbH & Co. KG contra Verbraucherzentrale NRW eV,A. Rosas, 29 Jul. 2019. [Consult. 7 jan. 2020]. Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=216555&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5645987>.

dados pessoais cujas finalidades e meios são efetivamente determinados por esse administrador. Além disso, o artigo 10.º dessa diretiva deve ser interpretado no sentido de que, em tal situação, a obrigação de informação prevista nesta disposição impende igualmente sobre o referido administrador, devendo, no entanto, a informação que este deve fornecer à pessoa em causa incidir apenas sobre a operação ou o conjunto das operações de tratamento de dados pessoais cujas finalidades e meios são efetivamente determinados por esse administrador».

Como anteriormente destacado, a presente análise restringe-se à quarta conclusão da Corte, a qual versa acerca da necessidade de obtenção de consentimento para a coleta de dados pessoais da forma como realizada pela *Fashion ID* e da existência do dever de informação decorrente do processamento de dados pessoais do consumidor usuário do referido sítio de Internet.

4. Dos dispositivos legais em análise e seus conceitos

De antemão, interessa registrar que a decisão aqui perscrutada analisa, como já se consignou, dispositivos da Diretiva 95/46/CE, em especial, a interpretação dada aos artigos 2.º, alínea h), 7.º, alínea a), e 10.º. Todavia, como é de conhecimento público, a referida Diretiva foi revogada após a entrada em vigor do Regulamento Geral de Proteção de Dados[6], razão pela qual parte da presente análise terá como objetivo avaliar o impacto da referida decisão para quando da interpretação do Regulamento.

Destaca-se, ainda, que, embora o julgamento tenha ocorrido após a entrada em vigor do Regulamento Geral, fundamentou-se na Diretiva, por ser aquela a legislação aplicável quando da época dos fatos narrado na inicial.

Quanto ao conteúdo dos dispositivos em destaque, o primeiro conceito é apresentado no inciso h) do artigo 2.º, qual seja, o conceito de «consentimento», que, para fins de aplicação da Diretiva, significa «[...] qualquer manifestação de vontade, livre, específica e informada, pela qual a pessoa em causa aceita que dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objeto de tratamento», ou seja, trata-se de um elemento formal e essencial para que se possa dar início a qualquer procedimento de tratamento de dados pessoais[7].

---

[6] Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados) (Texto relevante para efeitos do EEE). OJ L [Em linha]. 32016R0679 (16-05-04) [Consult. 5 jan. 2020]. Disponível em <URL:http://data.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj/por>.

[7] Neste sentido, sobre a formação de contratos em meios eletrônicos: ALMEIDA, Carlos Ferreira De - *Contratos - Conceito, Fontes, Formação***.** *Manuais universitários.* 5. ed. Coimbra : Livraria Almedina, 2013. ISBN 978-972-40-5063-8.

Já o artigo 7.º apresenta as possibilidades de tratamento de dados pessoais, na verdade, um rol fechado de possibilidades, sendo o fornecimento de consentimento a primeira destas opções. Ressalte-se, ainda, que o consentimento necessita ser inequívoco, sendo este ponto de imensa importância para a análise que aqui se apresenta.

Por fim, o artigo 10.º descreve o conjunto mínimo de informações, as quais os responsáveis pelo tratamento de dados pessoais encontram-se compelidos a fornecer quando da realização de um procedimento de coleta e/ou processamento de dados pessoais, nos seguintes termos:

«Os EstadosMembros estabelecerão que o responsável pelo tratamento ou o seu representante deve fornecer à pessoa em causa junto da qual recolha dados que lhe digam respeito, pelo menos as seguintes informações, salvo se a pessoa já delas tiver conhecimento:

a) Identidade do responsável pelo tratamento e, eventualmente, do seu representante;

b) Finalidades do tratamento a que os dados se destinam;

c) Outras informações, tais como:

– os destinatários ou categorias de destinatários dos dados,

– o carácter obrigatório ou facultativo da resposta, bem como as possíveis consequências se não responder,

– existência do direito de acesso aos dados que lhe digam respeito e do direito de os retificar, desde que sejam necessárias, tendo em conta as circunstâncias específicas da recolha dos dados, para garantir à pessoa em causa um tratamento leal dos mesmos».

Trata-se de um conjunto mínimo de informações que visam garantir ao titular dos dados pessoais a possibilidade de saber a quais usos seus dados estarão sujeitos e, principalmente, quem deverá buscar em caso de mal-uso destes dados. Em outras palavras, garante-se àquele titular o conhecimento sobre contra quem poderá opor os direitos previstos pela Diretiva 95/46/CE.

5. Cotejo da decisão com o Regulamento Geral da Proteção de Dados

Tempus regit actum[8]. O Tribunal de Justiça da União Europeia reconheceu que, embora, quando do momento do julgamento, a Diretiva 95/46/CE já não mais estivesse em vigor, dada sua revogação pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados, em respeito ao princípio da vigência da lei no tempo, aquela deveria ser a legislação interpretada pelo Tribunal.

É de se destacar que, no parecer do Advogado-Geral Michal Bobek[9], restou clara a preocupação de já se assentar a importância que aquele julgamento possuiria para as futuras interpretações a serem realizadas sobre o Regulamento Geral de Proteção de Dados, uma vez que, embora este amplie as responsabilidades e mude a natureza do instrumento jurídico comunitário, suas bases conceituais não diferem sobremaneira daquelas já apresentadas pela Diretiva 95/46/CE – tanto o é que vários autores apresentam o Regulamento Geral de Proteção de Dados como uma «segunda fase»*IC* (C:\Users\afons\Documents\Lidos – Doc\OK12WashJLTechArts95.pdf) na sistemática de proteção de dados na Europa, ou seja, uma evolução e não uma revolução no tema.

Com relação aos artigos analisados no acórdão, a saber, 2.º, alínea h), 7.º, alínea a), e 10.º, todos da Diretiva 95/46/CE, percebe-se uma equivalência com o texto legal do Regulamento Geral de Proteção de Dados, nos seguintes artigos: Para o conceito de consentimento temos o artigo 4.º, item 11; Para a licitude do tratamento de dados pessoais utilizando o consentimento como base temos o artigo 6.º, 1, alínea a); e, para o dever de informação, temos o artigo 13.º. Todavia, a citada equivalência não deve ser entendida como igualdade total, tratando-se mais, como já destacado anteriormente, de uma versão com mais avanços na proteção dos dados pessoais.

O primeiro ponto que merece destaque diz respeito à conceituação dada ao «consentimento». O Regulamento Geral de Proteção de Dados faz um importante adendo na definição de consentimento, determinando que deverá decorrer de uma «declaração ou ato positivo inequívoco». Exige-se, agora, um comportamento ativo específico do titular de dados pessoais, sem o qual não se poderá dar início a nenhum tipo de operação de tratamento de dados pessoais. Na Diretiva,

---

[8] Esse brocardo do Direito Romano foi recebido na maioria dos sistemas jurídicos conhecidos, no Brasil podemos ver sua receção no artigo 2.º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942. Em Portugal ele também se faz presente no artigo 12.º do Código Civil Português – Decreto-Lei n.º 47.344, de 25 de novembro de 1966.

[9] BOBEK, Michal - CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL- Processo C-40/17 - Fashion ID GmbH & Co. KG contra Verbraucherzentrale NRW eV,A. Rosas, 19 Dez. 2018. [Consult. 7 jan. 2020]. Disponível emhttp://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=216555&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5645987>.

o consentimento possuía uma definição menor, que não esclarecia a necessidade deste ato ou de declaração, cabendo à definição do artigo 7.º, alínea a), tão só a exigência de ser o referido consentimento dado de forma inequívoca.

Já no que toca à legitimidade do tratamento de dados, mais uma vez o Regulamento Geral apresentou um aprofundamento das regras trazidas pela Diretiva de 95, passando a contar, textualmente, com a obrigação de fornecimento do consentimento para um determinado fim. Não se podendo falar em um consentimento genérico para o processamento de dados pessoais, deverá ser informado ao titular dos dados para qual tipo de tratamento ele está a conceder o seu consentimento.

Mais uma vez, ao se comparar o dever de informação existente na Diretiva de 95 com o previsto no atual Regulamento Geral de Proteção de Dados, percebe-se que houve uma ampliação do rol de informações a serem prestadas pelo responsável pelo tratamento de dados pessoais, deixando, em resumo, mais claros ao titular dos dados os usos a que se destinam seus dados, quem será responsável pelo tratamento, eventuais destinatários e outros direitos que o titular possui.

Como anteriormente destacado, a presente decisão visa interpretar artigos da Diretiva de 95, a qual foi revogada após a entrada em vigor do Regulamento Geral de Proteção de Dados. Entretanto, não se pode entender que essa interpretação sirva apenas para os fatos pretéritos. A decisão em questão faz parte do conjunto de decisões que servirá como arcabouço jurisprudencial para as futuras análises que serão feitas na interpretação do Regulamento Geral de Proteção de Dados.

Neste sentido, é preocupante a argumentação lançada no acórdão, no que se refere aos limites de responsabilidade existente entre os atos praticados pela empresa *Fashion ID* e os praticados pelo desenvolvedor do *plugin* social, *Facebook Ireland*, uma vez que pode representar uma limitação à efetividade do artigo 26.º do Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais, o qual estabeleceu um novo regime de responsabilidade conjunta pelo tratamento de dados. Preocupa aos estudiosos sobre o assunto, na quarta conclusão, a afirmação de que o consentimento «deve ser obtido pelo referido administrador unicamente no que diz respeito à operação ou ao conjunto de operações de tratamento de dados pessoais cujas finalidades e meios são efetivamente determinados por esse administrador». Ou seja, cabe ao administrador do sítio eletrônico que opta por incluir um *plugin* social em sua página obter apenas o consentimento para o funcionamento daquele *plugin*, podendo se isentar, assim, de eventuais usos indevidos que ocorram após a transmissão desses dados ao administrador do *plugin*, transmissão essa que só terá ocorrido por força da inclusão perpetrada pelo administrador do sítio eletrônico.

Interessante notar que, em julgamentos anteriores, o Tribunal de Justiça da União Europeia buscava alargar o conceito de tratamento de dados, alcançando mais pessoas como responsáveis pelo tratamento, nos termos da Diretiva de 95. É o que se percebe no caso *Lindquist*, por exemplo, no qual se considerou que a mera inserção de dados num sítio eletrônico já seria capaz de configurar um tratamento de dados pessoais[10].

Discorda-se, ainda, do posicionamento do Advogado-Geral em sua consideração de número 131[11]. Ao buscar realizar um seccionamento entre as atividades de coleta, de transmissão e de posterior processamento dos dados coletados pelo *plugin* social, acaba-se por subverter a própria lógica de funcionamento da Internet e seus *hyperlinks*. Os dados registrados no primeiro momento continuam fazendo parte da mesma corrente de informações até o fim de seu uso.

A esta altura da discussão, para fins de complementaridade, menciona-se a noção prevista no Direito do Consumidor brasileiro acerca da cadeia de consumo[12], segundo a qual todos aqueles que tomam parte na relação de consumo, do fabricante ao comerciante, possuem responsabilidade perante o consumidor que vem a utilizar o produto e depara-se com um vício. O motivo para tal construção, tal qual a previsão do artigo 26.º do Regulamento Geral, é justamente facilitar o exercício dos direitos da parte débil da relação, o consumidor ou aquele que fornece seus dados para processamento.

A lógica utilizada no acórdão em exame parece ser a de que o titular dos dados não teria problemas em buscar a empresa administradora do *plugin* social, afinal, trata-se da *Facebook Ireland*. No entanto, a interpretação apresentada no acórdão não faz distinção quanto ao tamanho da empresa que recebe os dados, desconsiderando que, num futuro próximo, um sítio eletrônico dos mais confiáveis pode incorporar *plugin* social de um desenvolvedor obscuro ou que não garanta a segurança que o titular dos dados possa esperar.

Ao se visitar o sítio eletrônico da empresa *Fashion ID,* percebe-se que houve algumas mudanças com o objetivo de se adequar ao previsto no Regulamento Geral de Proteção de Dados, porém, ao se analisar a página do sítio dedicada ao tratamento de dados pessoais, percebe-se que foi adotada uma al-

---

[10] Para uma análise mais aprofundada do referido julgado: GONÇALVES, Anabela Susana De Sousa: "O tratamento de dados pessoais no Regulamento Geral de Proteção de Dados". *Scientia Ivridica*. LXVIII:350 (2019) 165–190.

[11] BOBEK, Michal - CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL- Processo C-40/17 - Fashion ID GmbH & Co. KG contra Verbraucherzentrale NRW eV,A. Rosas, 19 Dez. 2018. [Consult. 7 jan. 2020]. Disponível em http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=216555&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5645987>.

[12] BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe: *Manual de direito do consumidor*. 3a. ed. rev., atualizada e ampliada, ed. São Paulo, SP, Brasil : Editora Revista dos Tribunais, 2010. ISBN 978-85-203-3735-6.

ternativa *all-or-none*, ou seja, o usuário pode até escolher habilitar ou não os plugins sociais, mas, optando pela ativação, o faz para 4 (quatro) redes diversas, *Facebook*, *Twitter*, *Instagram* e *GooglePlus*[13], ou seja, o consentimento sequer pode ser tido como livre, uma vez que, de acordo com o Recital (43) do Regulamento Geral de Proteção de Dados « [p]resume-se que o consentimento não é dado de livre vontade se não for possível dar consentimento separadamente para diferentes operações de tratamento de dados pessoais, ainda que seja adequado no caso específico, ou se a execução de um contrato, incluindo a prestação de um serviço, depender do consentimento apesar de o consentimento não ser necessário para a mesma execução», exatamente o que consta no sítio eletrônico da empresa recorrente.

6. O consentimento é suficiente?

Por fim, como ponto derradeiro desta breve análise, insta expor uma preocupação apontada no considerando 83 do Acórdão em análise: a relação existente entre a inclusão de um *plugin* social e os comportamentos do referido plugin e do seu administrador com o recebimento de dados e informações pessoais de titulares que não fazem parte das redes sociais envolvidas na referida transferência de dados. Pode-se considerar que, em tais casos, o consentimento é suficiente para autorizar o tratamento destes dados? Não se deveria levar em consideração, num primeiro momento, a escolha do titular de não fazer parte de uma daquelas redes sociais que recebem os dados dos *plugins* sociais? Acontece, na verdade, que essa escolha não existe, pois, ao aceitar o uso dos *plugins* sociais, o titular dos dados o faz para toda a gama escolhida pelo administrador do site, ou seja, deixa de ser um consentimento livre, o que torna o processamento ilegal, nos termos do Regulamento Geral de Proteção de Dados.

Ademais, é imperioso que, na interpretação de normas que envolvam a proteção de dados pessoais, haja um exercício de interpretação extensiva para o futuro, uma vez que, a cada momento, deturpa-se o uso dos dados pessoais. Na análise do Acórdão percebe-se que o Tribunal de Justiça da União Europeia aceitou a argumentação de que existia uma identidade de interesses entre a *Fashion ID* e a *Facebook Ireland*: o objetivo do tratamento dos dados pessoais coletados seria, unicamente, a utilização para marketing.

Contudo, vários são os exemplos recentes de como o uso de dados coletados por redes sociais tomam uma destinação completamente diversa e inespe-

[13] *Datenschutzerklärung der Fashion ID GmbH & Co. KG | FASHION•ID Online Shop* - [Em linha] [Consult. 8 jan. 2020]. Disponível em https://www.fashionid.de/privacy/>.

rada daquela feita inicialmente - tanto podem servir ao marketing preditivo[14], quanto podem chegar ao ponto de serem utilizados para mudar os rumos da política global, como no caso *Cambridge Analytica*[15].

Diante de novas tecnologias, tais como o *Big Data*, a coleta e o processamento de grandes bancos de dados de informações pessoais, inevitável o afastamento daqueles princípios que foram inicialmente pensados para o Direito Ambiental, mas que se aplicam de forma extremamente adequada para nossa realidade, afinal, a matéria-prima de outrora talvez tivesse ali o mesmo impacto que os dados pessoais possuem hoje[16], e os instrumentos de proteção hão de ser parecidos, ou, ao menos, de mesma inspiração[17]. É necessário agir de acordo com os princípios da prevenção e da precaução[18], pois o titular de dados pessoais está, na maior parte das vezes, numa posição mais débil frente ao responsável pelo tratamento, não podendo inferir, após a simples leitura (quando esta acontece), quais serão os verdadeiros usos a serem dados para os seus dados pessoais. Esse consumidor não é capaz de entender a profundidade de implicações que a simples coleta de seus dados, em um sítio de comércio eletrônico, pode representar, a exemplo da geração de perfis detalhados de consumo[19].

Por esse motivo, do simples consentimento do consumidor, ainda que fornecido após receber as informações previstas pelo Regulamento Geral, não se pode extrair uma decisão realmente informada, livre e consentida, ciente de todas as implicações que podem decorrer daquele uso, tendo em vista que o consentimento, em regra, acontece sem a racionalização necessária, apenas para que o usuário possa ter garantido o acesso ao serviço que busca utilizar.

---

[14] GUTIERREZ, Horacio E.; KORN, Daniel, "Facilitando the Cloud: Data Protection Regulation as a Driver of National Competitiveness in Latin America", *University of Miami Inter-American Law Review*. 45:1 (2013) 33–62, ISSN 0884-1756.

[15] MONTEIRO, Renato Leite, "Tribuna | Cambridge Analytica e a nova era Snowden na proteção de dados pessoais", [Em linha], atual. 20 mar. 2018. [Consult. 1 abr. 2018]. Disponível em https://brasil.elpais.com/brasil/2018/03/20/tecnologia/1521582374_496225.html>.

[16] "The world's most valuable resource is no longer oil, but data", *The Economist.* [Em linha]2017). [Consult. 31 dez. 2019]. Disponível emhttps://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>. ISSN 0013-0613.

[17] BEN-SHAHAR, Omri, "Data Pollution", *SSRN Electronic Journal*, ISSN 1556-5068. 2017). doi: 10.2139/ssrn.3191231.

[18] SADELEER, Nicolas de, "Comentários Sobre O Status No Direito Internacional De Três Princípios Ambientais". Em VARELLA, Marcelo D.; BARROS-PLATIAU, Ana Flavia (Eds.), *Proteção internacional do meio ambiente, Direito Ambiental*. Brasília: Unitar, UniCEUB e UnB, 2009. ISBN 978-85-61990-00-8v. 4.

[19] MENDES, Laura Schertel, *Privacidade, Proteção de Dados e Defesa do Consumidor: Linhas Gerais de um Novo Direito Fundamental***,** IDP, São Paulo: Saraiva, 2014.

7. Conclusões

Representam o estudo exposto até o momento as seguintes conclusões:

a) O processo C-40/17 continua relevante como precedente jurídico sobre o assunto porque contém interpretação passível de ser seguida em futuros julgamentos, pois o regulamento atualmente em vigor e que revogou a diretiva na qual se fundou a decisão naquele processo, mais significa uma evolução normativa sobre a matéria do que a alteração na forma de tratá-la;

b) Do inciso h do artigo 2.º da Diretiva 95/46 extraía-se que consentimento consiste em elemento formal e essencial para que se possa dar início a qualquer procedimento de tratamento de dados pessoais;

c) De acordo com o artigo 7.º da Diretiva, o consentimento para tratamento de dados pessoais necessitava ser inequívoco, do que decorria o direito do usuário de ter conhecimento a respeito do conjunto mínimo de informações previstas no artigo 10 da mesma diretiva, as quais os responsáveis pelo tratamento de dados pessoais encontravam-se compelidos a fornecer quando da realização de um procedimento de coleta e/ou processamento de dados pessoais;

d) O artigo 10 da Diretiva garantia ao usuário titular dos dados fornecidos o conhecimento sobre contra quem poderá opor os direitos então previstos pela Diretiva 95/46/CE;

e) O Regulamento Geral de Proteção de Dados, atualmente em vigor, embora tenha ampliado as responsabilidades e mudado a natureza do instrumento jurídico comunitário, contém bases conceituais que não diferem sobremaneira daquelas já apresentadas pela Diretiva 95/46/CE, pelo que chega a ser considerado uma «segunda fase» na sistemática de proteção de dados na Europa, ou seja, uma evolução e não uma revolução no tema; e

f) Do simples consentimento do consumidor, ainda que fornecido após receber as informações previstas pelo Regulamento Geral, não se pode extrair uma decisão realmente informada, livre e consentida, ciente de todas as implicações que podem decorrer daquele uso, tendo em vista que o consentimento, em regra, acontece sem a racionalização necessária, apenas para que o usuário possa ter garantido o acesso ao serviço que busca utilizar.

Através da análise parcial do entendimento estabelecido no processo C-40/27, assim, confirma-se a vastidão de implicações ainda a serem submetidas à apreciação por parte dos poderes estatais, da doutrina especializada e das instituições privadas. Resta esperar que os resultados das futuras apreciações venha a atender, ao final, à proteção do hipossuficiente de cada cenário apresentado.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Contratos - Conceito, Fontes, Formação. Manuais universitários*. 5. ed. Coimbra : Livraria Almedina, 2013. ISBN 978-972-40-5063-8.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe, *Manual de direito do consumidor*. 3a. ed. rev., atualizada e ampliada ed. São Paulo, SP, Brasil : Editora Revista dos Tribunais, 2010. ISBN 978-85-203-3735-6.

BEN-SHAHAR, Omri, "Data Pollution", *SSRN Electronic Journal*. ISSN 1556-5068. 2017). doi: 10.2139/ssrn.3191231.

GONÇALVES, Anabela Susana De Sousa, "O tratamento de dados pessoais no Regulamento Geral de Proteção de Dados", *Scientia Ivridica*. LXVIII:350 (2019) 165–190.

GUTIERREZ, Horacio E.; KORN, Daniel, "Facilitando the Cloud: Data Protection Regulation as a Driver of National Competitiveness in Latin America", *University of Miami Inter-American Law Review*. ISSN 0884-1756. 45:1 (2013) 33–62.

MENDES, Laura Schertel, *Privacidade, Proteção de Dados e Defesa do Consumidor: Linhas Gerais de um Novo Direito Fundamental***,** IDP, São Paulo: Saraiva, 2014

MONTEIRO, Renato Leite, "Tribuna | Cambridge Analytica e a nova era Snowden na proteção de dados pessoais" [Em linha], atual. 20 mar. 2018. [Consult. 1 abr. 2018]. Disponível em https://brasil.elpais.com/brasil/2018/03/20/tecnologia/1521582374_496225.html>.

SADELEER, Nicolas De, "Comentários Sobre O Status No Direito Internacional De Três Princípios Ambientais". Em VARELLA, Marcelo D.; BARROS-PLATIAU, Ana Flavia (Eds.), *Proteção internacional do meio ambiente - Direito Ambiental*. Brasília: Unitar, UniCEUB e UnB, 2009. ISBN 978-85-61990-00-8v. 4.

A INCLUSÃO DIGITAL COMO INSTRUMENTO DE DEMOCRATIZAÇÃO DO ESTADO E COMO GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Raquel Alípio[1]

RESUMO: O desenvolvimento das Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC) trouxe transformações substanciais à vida e ao modo como as pessoas se relacionam, tendo modificado a vida humana em todas as áreas. As TIC's tornaram-se ferramentas imprescindíveis em função dos inúmeros benefícios que trazem ao desenvolvimento humano. Daí decorre a necessidade de todos os cidadãos estarem conectados. Neste cenário, a inclusão digital tornou-se fundamental, e um novo direito da sociedade atual. Contudo, sabe-se que nem todos os cidadãos têm acesso aos benefícios do mundo digital. Muitos cidadãos desfavorecidos economicamente ou por falta de literacia, encontram-se excluídos, até mesmo do exercício da cidadania. Entende-se que o processo de inclusão digital é mais complexo, indo além do acesso ao equipamento, assim, deve-se levar em conta a educação, a capacidade para a utilização e a adaptação dessas tecnologias as necessidades humanas, servindo como ferramenta para a efetivação de direitos fundamentais.

PALAVRAS CHAVES: Democratização. Direitos fundamentais. Inclusão digital.

[1] Graduada em Direito pela PUC-MG (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais), mestre em Direito Administrativo pela Universidade do Minho, doutoranda em Ciências Jurídicas Públicas na Universidade do Minho. Pesquisadora voluntária no DTIBr (Centro de estudo em direito, tecnologia e inovação) da UFMG.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Inclusão digital: 1.1. Conceito de inclusão digital; 1.2. Inclusão digital e a necessária literacia digital; 2. Inclusão digital como Direito Fundamental; 3. A Democratização do Estado: 3.1. Princípio democrático, o princípio da participação popular; 3.2. Participação popular e meios de democratização do Estado; 3.3. A inclusão digital e os novos mecanismos de democratização do Estado. Conclusões. Referências bibliográficas.

ABSTRACT: The development of Information and Communication Technologies (ICT) has brought substantial changes to life and the way people relate to each other, having changed human life in all areas. The ICT production tools are essential due to the countless benefits they bring to human development. Hence a need for all citizens to be connected. In this scenario, digital inclusion has become fundamental, and a new right of today's society. However, it is known that not all citizens have access to the benefits of the digital world. Many citizens who are economically disadvantaged or because of a lack of literacy, seek to be excluded, even from exercising citizenship. It is understood that the digital inclusion process is more complex, going beyond access to equipment, thus, education, capacity for the use and adaptation of technologies as human needs should be taken into account, serving as a tool for effectiveness of fundamental rights.

KEYWORDS: Democratization. Fundamental rights. Digital inclusion.

SUMARY: Introduction; 1. Digital inclusion: 1.1. Concept of Digital Inclusion; 1.2. Digital Inclusion and The Necessary Digital Literacy; 2. Digital Inclusion as a Fundamental Right; 3. The Democratization of the State: 3.1. Democratic Principle, the Principle of Popular Participation; 3.2. Popular Participation and Means of Democratization of the State; 3.3. Digital Inclusion and the New Mechanisms of Democratization of the State. Conclusions. References.

Introdução

O Direito não pára no tempo nem no espaço, ele se desenvolve de acordo com as transformações sociais, as demandas da coletividade, as modificações do Estado. Deste modo, as mudanças do Direito nunca pararam de acontecer.

Para descrever as transformações que o Direito tem passado, foi destacada a importância da inclusão digital e como ela pode se manifestar como direito fundamental e como ferramenta para democratização do Estado.

Inicialmente, o trabalho apresentou de forma abreviada considerações acerca do cenário atual do tema, bem como o conceito[2] e evolução da inclusão digital.

[2] LEMOS, André, "Cidade Digital: Portais, Inclusão E Redes No Brasil" (2007), p. 42.

Em seguida, abordou-se acerca da necessária literacia digital, que pode ser compreendida como o conjunto de habilidades para utilização do meios digitais em toda a sua potencialidade. Neste sentido, a inclusão digital não se resume apenas a instrumentalização ou acesso a internet, existem outras questões impeditivas de inserção no mundo digital.

Por se relacionar com a dicotomia da inclusão e exclusão digital, refletir o contexto desigualdades sociais preexistentes com potencial real para viabilizar novas discriminações, sucede a necessidade da inclusão digital ser compreendida como um direito fundamental.

Neste ínterim, através das tecnologias de informação e comunicação, a democratização do Direito ganhou contornos inéditos com novas possibilidades participativas, configurando uma transformação na administração pública. Assim, configura-se a tendência de redução da utilização de mecanismos tradicionais na relação entre o Estado e o cidadão[3], abrindo caminho para o emprego, cada vez maior, das tecnologias da informação e da comunicação.

Deste modo, o presente trabalho pretende demonstrar a relevância e atualidade do tema, bem como evidenciar de que modo a inclusão digital pode ser utilizada como meio de democratização do Estado e garantia de direitos fundamentais.

1. Inclusão digital

As transformações que a evolução tecnológica vem direcionando nas últimas décadas trazem reflexos, a sociedade como um todo, e também, sob a forma como o Estado desenvolve sua atuação. As tecnologias de informação e comunicação (TICs) são uma realidade, sendo inquestionáveis as mudanças que elas promoveram no diversos setores da vida. A *internet* hoje influencia muito na vida das pessoas: "pela penetração das redes sociais e pelo recurso a uma grande quantidade de serviços (como compras online e o relacionamento com a administração pública), a generalização do acesso apresenta-se como uma vantagem para a comodidade do cidadão"[4].

Assim, atualmente, a *internet* tornou-se uma ferramenta indispensável para o convívio em sociedade e para o desenvolvimento humano, deste modo os indivíduos que não têm acesso as tecnologias estão excluídos digitalmente e impedidos de exercer de forma plena a cidadania.

---

[3] CHEVALLIER, Jaques, O Estado Pós-Moderno (2009), p. 200.

[4] COSTA E SILVA, Elsa, "Desafios Sociais E Políticos Do Mercado Único Digital E Da Crescente Conectividade: Literacia Digital E Poder De Rede," *UNIO Law Jornaul EU,* 4, n.º 2 (2018), p. 44.

O Conselho Europeu, em reunião extraordinária nos dias 1 e 2 de 2020, tratou do tema transição digital e considerou a digitalização (inclusão digital) e as questões ambientais como elementos indispensáveis para recuperação dos efeitos da pandemia do COVID-19 na União Europeia.

Em relação à transição digital, o plano de ação português para a transição digital apresentado em 2020, estabelece a inclusão digital como um de seus três pilares; desta forma apresentou quatro iniciativas no âmbito da inclusão digital: programa de digitalização para as escolas; programa de formação intensiva especializada na área digital de 3.000 participantes; programa de inclusão digital de um milhão de adultos e tarifa social de acesso a serviços de internet.

No Brasil, de acordo com a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), o uso da internet no Brasil cresceu durante a pandemia. O aumento foi entre 40% e 50% durante o isolamento social.

O grande aumento no tráfego na *internet* esconde uma realidade social de exclusão digital, para uma parte da população ficar em casa, durante o período de isolamento social, significa trabalhar de modo remoto, participar de videoconferências, assistir a lives, auxiliar os filhos durante atividades escolares e, nos momentos livres, ter diversas opções de conexões e entretenimentos.

Contudo, no Brasil, um em cada quatro brasileiros não têm acesso à internet. Conforme a pesquisa TIC Domicílios 2019, divulgada pelo Comitê Gestor da Internet (CGI.br)[5], são 47 milhões de pessoas fora da *internet*. Bairros afastados e cidades interioranas sofrem com a falta de infraestrutura de banda larga e, mesmo onde o acesso chega, muitas vezes não tem um conexão de qualidade e não são todas as pessoas que podem pagar pelo serviço.

Dessa perspectiva, o estudo da temática da inclusão digital é relevante e atual.

1.1. Conceito de inclusão digital

O conceito de inclusão digital é interdisciplinar repercutindo em vários campos do conhecimento (sociologia, gestão e administração pública, direito, tecnologia da informação). A definição de inclusão digital é uma concepção fluida, indeterminada, e, às vezes, chega a gerar equívocos se pretendermos utilizá-lo no viés de um olhar destoante da realidade e do contexto em que surgiu e ao qual faz referência. A inclusão digital insere-se, no âmbito das transformações tecnológicas nos meios de comunicação e informação[6].

---

[5] TIC domicilios, "Comitê Gestor Da Internet No Brasil," https://www.cgi.br/.

[6] SCHWARZELMÜLLER, Anna, "Inclusão Digital: Uma Abordagem Alternativa," *VI CINFORM: Encontro Nacional de Ciência da Informação* (2005), p. 3.

Não existe consenso acerca do conceito do termo "inclusão digital", também não existe concordância quanto à amplitude e o alcance do termo, assim a concordância está no fato do termo exigir uma conceituação ampla e complexa.

Neste sentido André Lemos[7] afirma que "o conceito de inclusão digital deve abandonar a perspectiva meramente tecnocrática em prol de uma visão mais complexa do processo de inclusão". O autor defende que o recurso técnico é importante, contudo a inclusão digital tem sentido mais amplo, haja vista que a "ação de incluir deve ser vista como uma ação complexa que visa à ampliação dos capitais técnico, cultural, social e intelectual. Na base desse processo está a autonomia económica mínima para acesso aos bens e serviço tecnológicos"[8].

Em consonância com o conceito exposto acima, Lévy[9] afirma: "Acesso para todos sim!". Entretanto, não se refere somente ao acesso a equipamento e conexão com a rede:

> *"[...]o processo de inclusão deve ser visto sob os indicadores económicos (ter condições financeiras de acesso às novas tecnologias), cognitivo (estar dotado de uma visão crítica e de capacidade independente de uso e apropriação dos novos meios digitais) e técnico (possuir conhecimentos operacionais de programas e de acesso à internet). Nesse sentido, incluir é um processo amplo que deve contar com ações nos quatro capitais explicitados. Incluir não deve ser apenas uma simples ação de formação técnica dos aplicativos, como acontece na maioria dos projetos, mas um trabalho de desenvolvimento habilidades cognitivas, transformando informações em conhecimento, transformando utilização em apropriação. A reflexão crítica da sociedade deverá gerar práticas criativas de recusa de todas as formas de exclusão social. A apropriação dos meios deve ocorrer de forma ativa. Por isso, as categorias económica e cognitiva são tão ou mais importantes que a categoria técnica nos processos de inclusão digital"*[10].

Segundo Manuel Castells, as transformações trazidas pelas tecnologias da informação e comunicação (TIC) ampliam o alcance dos meios de comunicação para todas as áreas da vida social, "numa rede que é simultaneamente global e local, genérica e personalizada, num padrão em constante mudança"[11]. As TICs interferem em toda a vida social, servem de meio para estabelecer contatos, através das redes sociais, *e-mails,* mensagens de texto e ainda facilitam a

---

[7] LEMOS, André, "Cidade Digital: Portais, Inclusão E Redes No Brasil", op. cit.,p. 42.

[8] Ibid. pp. 42-43.

[9] LEMOS, André; LÉVY, Pierre, *O Futuro Da Internet: Em Direção a Uma Ciberdemocracia Planetária*, vol. 13 (São Paulo: Paulus, 2010), p. 196.

[10] LEMOS, André, "Cidade Digital: Portais, Inclusão E Redes No Brasil."

[11] CASTELLS, Manuel, *Redes De Indignação E Esperança: Movimentos Sociais Na Era Da Internet* (Rio de Janeiro Editora Schwarcz-Companhia das Letras, 2017).

utilização de serviços bancários *online*, compras através do *e-commerce* e como instrumento das plataformas de ensino a distância.

A inclusão digital deve ser compreendida conforme seu sentido amplo, de modo que o simples acesso a computadores, *smartphones* e *internet* não atende a seu objetivo. A inclusão digital é uma ideia recente e está sendo construída conforme a evolução da sociedade. Assim, tendo em vista a melhor concepção do termo inclusão digital, se pergunta: "treinar pessoas para o uso de recursos tecnológicos de comunicação digital seria inclusão digital? Facilitar o acesso a internet e as tecnologias seria, então, incluir digitalmente?".

1.2. Inclusão digital e a necessária literacia digital

O contexto da pandemia do Covid-19 evidenciou a urgência no processo de transição digital, tanto da administração pública quanto das empresas privadas, ao mesmo passo ressaltou a exclusão digital. Assim, onde há a necessidade de inclusão reconhece-se uma exclusão.

Conforme a UNESCO, a literacia digital pode ser entendida como habilidade para usar os computadores, "incluindo o uso e a produção de mídias digitais, o processamento e a recuperação da informação, a participação em redes sociais para a criação e o compartilhamento do conhecimento e um conjunto de habilidades profissionais de computação".

O arcabouço de exclusão digital faz parte de uma estrutura de exclusão mais ampla, das quais podemos exemplificar com: exclusão social, racial, exclusão de determinada faixa etária, desigualdade regional e até mesmo discriminação algorítmica. Desse modo, o contexto da exclusão digital está quase sempre relacionado a desigualdades sociais pré-existentes.

Na sociedade atual é indiscutível a importância das tecnologias de comunicação e informação, "pois praticamente todas as atividades estão inseridas no mundo digital, inclusive as atividades da administração pública, em função do governo eletrónico que tem como principal objetivo fornecer, ao cidadão, uma prestação de serviço mais eficiente"[12].

Assim, parte dos cidadãos fica à margem da inclusão digital, por não ter capacidade para utilizar as ferramentas em todo seu potencial. "Deste modo, as políticas de promoção de tecnologias não podem estar dissociadas de políticas de promoção de literacia mediática e digital"[13].

---

[12] SILVEIRA FLAIN, Valdirene, "A Inclusão Digital Como Direito Fundamental Passível De Viabilizar a Participação Cidadã," (2017), p. 39.

[13] COSTA E SILVA, Elsa, "Desafios Sociais E Políticos Do Mercado Único Digital E Da Crescente Conectividade: Literacia Digital E Poder De Rede", p. 45.

Neste sentido, conforme as palavras de Takarashi[14] o governo tem o dever de viabilizar meio de efetivação para inclusão digital:

> *"Na era da internet, o governo deve promover a universalização do acesso e o uso crescente dos meios eletrônicos de informação para gerar uma administração eficiente e transparente em todos os níveis. A criação e manutenção de serviços equitativos e universais de atendimento ao cidadão contam-se entre as iniciativas prioritárias da ação pública. Ao mesmo tempo, cabe ao sistema político promover políticas de inclusão social, para que o salto tecnológico tenha paralelo quantitativo e qualitativo nas dimensões humanas, ética e econômica. A chamada "alfabetização digital" é elemento-chave nesse quadro".*

Deve-se ter ponderação ao relacionar de modo positivo a conectividade com a qualidade de vida dos cidadãos. Haja vista, "as evidências científicas sobre a utilização desta plataforma mostram a existência de um fosso digital que impõe restrições, nomeadamente a nível do acesso (em termos da competência que é requerida, o que afasta classes menos literatas e socialmente desfavorecidas)"[15].

Desta maneira, quando se refere ao termo inclusão digital não se trata apenas da instrumentalização ou do acesso a internet, existem outras questões impeditivas de inserção no mundo digital e uma destas questões está relacionada à falta de competências "culturais e estratégicas que permitam, de facto, usar a tecnologia para aumentar os conhecimentos e dela beneficiar, social, cívica e politicamente".

Pode-se afirmar a necessidade de apresentar as habilidades, citadas abaixo, para utilização da rede em todo seu potencial: habilidade operacional (capacidade de usar as ferramentas); habilidade informativa (capacidade de pesquisa, interpretar e utilizar informações na internet); habilidade comunicacional (capacidade de utilizar as ferramentas digitais para se comunicar); habilidade estratégica (capacidade de utilizar o meio digital para se alcançar objetivos) e a criação de conteúdo (capacidade de agregar valor em ambiente virtual).

2. Inclusão digital como Direito fundamental

A inclusão digital é um conceito amplo, complexo e nos dias atuais largamente difundido, contudo não é compreendido, unanimemente, do mesmo modo. Como dito anteriormente, existe consenso acerca da importância da inclusão digital de todo cidadão, tendo em vista todas as mudanças trazidas com

---

[14] TAKAHASHI, Tadao, *Sociedade Da Informação No Brasil: Livro Verde* (Ministério da Ciência e Tecnologia (MCT), 2000), p. 6.

[15] COSTA E SILVA, Elsa, "Desafios Sociais E Políticos Do Mercado Único Digital E Da Crescente Conectividade: Literacia Digital E Poder De Rede", p. 45.

a crescente utilização das tecnologias de comunicação e informação nas mais diversas áreas.

A nível da administração pública, normalmente existem ações dos governos que disponibilizam computadores e acesso a internet a parcela da população desfavorecida, no entanto, a inclusão digital deve ser pensada de forma mais ampla, além do simples acesso a internet e a computadores. Mas não basta acesso à rede, a computadores, smartphones ou ter dinheiro para contratar um plano de dados de qualidade. "Inclusão digital vai além de bits e bytes"[16].

O tema requer uma análise estrutural e multidisciplinar dos problemas. "Não há uma resposta simples correta, é um mundo multifacetado, diferente, desigual e desconectado"[17]. A relação de oposição entre inclusão e exclusão digital se insere no contexto social e reflete desigualdades sociais preexistentes. Daí decorre a necessidade da inclusão digital ser discutida como um direito fundamental.

Em continuidade, é importante esclarecer o que são direitos fundamentais digitais. Conforme Canotilho[18], os direitos fundamentais digitais podem ser compreendidos como:

> *"[…]à articulação da jusfundamentalização material e formal de direitos com o processo de digitalização. Por processo de digitalização entende-se aqui as dimensões ligadas à "revolução digital": novas formas de automatização, interligação, inteligência artificial, previsão e controlo do comportamento humano, monitoramento de massa (mass surveillance), robótica e interação humano-máquina, concentração de poder por parte de actores estatais e não estatais".*

Neste sentido, em relação aos direitos digitais, a Organização das Nações Unidas (ONU) decidiu que o acesso à internet é um direito social universal. Assim, pode-se afirmar que a inclusão digital é um direito, e não apenas uma necessidade, mas um valor que acrescenta ao ser humano potencialidades e maneiras de se realizar como tal, realçando e ativando outros direitos inerentes a sua condição como a liberdade, a igualdade a dignidade.

Na mesma perspectiva, uma Carta de Direitos Digitais Fundamentais da União Europeia foi fomentada por um grupo interdisciplinar, que contava com ativistas da internet, políticos, pesquisadores e jornalistas, tendo sido publicada

---

[16] UFMG Talks em casa, "Inclusão Digital É Direito," www.tvufmg.com.br.

[17] Godoy, Marilia Gomes Ghizzi ; OLIVEIRA, Elenice Esteves de, "Canclini, Néstor García. Diferentes, Desiguais E Desconectados: Mapas Da Interculturalidade," *Revista da Universidade Vale do Rio Verde,* 12, n.º 2 (2014), p. 1076.

[18] 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,* 31, n.º 1 (2019), p. 70

sua primeira versão no dia 30 de novembro de 2016[19]. Em dezembro do mesmo ano, foi entregue um modelo de Carta Digital à Comissão de Liberdades Civis, Justiça e Assuntos Internos do Parlamento Europeu, na qual requerem que, no âmbito da União Europeia, existam direitos fundamentais juridicamente assegurados no mundo digital. A Carta dos Direitos Digitais Fundamentais, em discussão, pretende afirmar a União Europeia como precursora no estabelecimento de regras para o respeito pelos direitos digitais individuais.

É necessário ressaltar que a Carta de Direitos Fundamentais Digitais da União Europeia "não pretende substituir as legislações e direitos já existentes no que se refere aos direitos fundamentais digitais, dos quais podemos citar: o direito da proteção de dados pessoais, o direito à liberdade de opinião"[20].

Em sentido amplo, os direitos fundamentais digitais englobam os direitos vigentes através da Declaração Mundial dos Direitos Humanos, da Convenção Europeia de Direitos Humanos e da Carta de Direitos Humanos da União Europeia com dimensões da digitalização. Já em sentido restrito, os direitos fundamentais digitais são aqueles que englobam elementos específicos digitais. Em alguns casos o exemplo é o da proteção de dados, que procura reforçar o âmbito material normativo de direitos e valores determinados em constituições e declarações de direitos[21].

Deste modo, salientamos alguns dos fundamentos da Carta dos Direitos Fundamentais Digitais[22] sistematizados: a) o reconhecimento da dignidade humana e da igualdade de direitos; b) o reconhecimento de que as tecnologias e a crescente digitalização direcionam mudanças das bases da nossa existência; c) o reconhecimento de que a era digital está causando enormes deslocamentos de poder entre indivíduos, estados e organizações; d) perceber que a era digital traz consigo novos desafios e ameaças aos direitos fundamentais e princípios básicos democráticos; f) admitir que o progresso tecnológico deve estar ao serviço da humanidade, devendo a construção do mundo digital ser uma tarefa europeia (e mundial); g) prever que os "deslocamentos de poder" entre indivíduos, estados, empresas, organizações, apresentam impactos sobre a "sociedade civil", colocam importantes desafios ao direito.

---

[19] Goethe Institut, "Direitos Digitais Fundamentais "Uma Discussão Política Necessária"," https://www.goethe.de/ins/br/pt/kul/sup/ads/20997866.html.

[20] CANOTILHO, José Joaquim Gomes, "Sobre a Indispensabilidade De Uma Carta De Direitos Fundamentais Digitais Da União Europeia", op. cit., p. 70.

[21] WOLFGANG, Ingo; FERREIRA NETO SARLET, Arthur M., *O Direito Ao "Esquecimento" Na Sociedade De Informação.* (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019).

[22] Carta Dos Direitos Fundamentais Digitais Da União Europeia, https://br.boell.org/pt-br/2018/07/25/carta-dos-direitos-fundamentais-digitais-da-uniao-europeia.

Canotilho apresenta três problemáticas referentes aos desafios enfrentados pelo direito digital, quais sejam: "(i) é com base na primazia do direito (on the basis of the rule of law) que se deve assegurar a proteção dos direitos fundamentais e dos princípios democráticos; (ii) é também com base na primazia do direito e dos direitos (fundamentais e fundamentais-digitais) que se deve analisar a obrigação e vinculação direta dos agentes estaduais e agentes não estaduais (organizações, empresas, agencias); (iii) neste contexto, a ordem digital tem fundamento na ordem de juridicidade (estado de direito, Rechtstaatlichenordnung). Esta articulação jurídico-jusfundamental radica a compreensão do mundo digital não como "fonte de medo" (Quelle der Angst, something to fear) mas como uma oportunidade apta para uma vida boa no futuro global (The way of improving life in a global future)"[23].

No que se refere ao tema dos direitos digitais existem muitas normas e diretrizes legais para alguns de seus ramos, contudo observa-se que há um fracionamento excessivo de legislações esparsas, assim é importante que se consolide as regras em um mesmo documento que possa servir de base e referência, não só para a Europa, mas também a nível internacional.

Desse modo, pode-se dizer que a regulamentação a nível europeu não se mostra suficiente para solucionar as questões que envolvem o tema. Assim, o objetivo de criar uma estrutura jurídica europeia comum não se mostra eficaz, pois o "problema da jusfundamentalidade digital coloca-se em todo o mundo, até porque alguns dos problemas centrais colocam-se perante empresas globais (Google, Facebook, Apple, Microsoft, Amazon, Alibaba, Booking, Airbnb, Uber)"[24]. Destarte, a internet é um fenómeno global e por isso é preciso a proposição de soluções em nível global.

Contudo, sabe-se que a regulamentação acerca do Direitos Fundamentais Digitais a ser realizada pela União Europeia terá muita relevância no cenário internacional, com influência significativa para regulamentações de ouro países ou alguma regulamentação a global.

A Carta dos Direitos Fundamentais Digitais deverá ser incluída na Declaração sobre Democracia digital, que será apreciada, em Lisboa, no primeiro semestre do ano corrente. A Declaração de Lisboa pretende consolidar a importância da perspectiva humana no ecossistema digital, viabilizando a inclusão digital através da literacia digital dos cidadãos, também objetiva consolidar os valores democráticos, a garantia dos direitos e liberdades dos cidadãos, condições fundamentais para um mundo digital confiável e competitivo.

---

[23] CANOTILHO, José Joaquim Gomes, "Sobre a Indispensabilidade De Uma Carta De Direitos Fundamentais Digitais Da União Europeia", op. cit., p. 70.

[24] Ibid, p. 71.

3. A Democratização do Estado

Através do processo de Constitucionalização do Direito foram estabelecidos princípios, garantias e deveres dos cidadãos e do Estado. Neste contexto, a administração pública passou a exercer papel determinante na prestação de serviços, na proteção dos direitos dos indivíduos, dentre os quais se encontra o princípio democrático e os direitos sociais.

3.1. Princípio democrático, o princípio da participação popular

A ideia de Estado Democrático de Direito, da forma que se conhece na atualidade, é o resultado de um longo período de transformações na administração política das sociedades.

Portugal, desde 2009, ano em que foi assinado o Tratado de Lisboa, passou a demonstrar preocupação em permitir maior participação dos cidadãos, o que é uma tendência na União Europeia e em diversos países democráticos. A UE dispensou atenção à matéria ao incluí-la no artigo 10.º nº3 do Tratado da União Europeia (TUE), o qual estabelece que "todos os cidadãos têm o direito de participar na vida democrática da União", e ainda estipula que as decisões devem ser tomadas de forma tão aberta e tão próxima dos cidadãos quanto possível.

Ideias e formas de participação popular na condução dos negócios políticos do Estado evoluíram durante o decorrer da história, não só em relação à maior inclusão daqueles que poderiam participar do processo democrático, mas também, e principalmente, em relação a forma de participação desse processo[25].

Uma das bases do Estado Democrático é a valorização do cidadão e da participação popular administrativa. Os indivíduos que não tinham papel significante passam a desempenhar papel relevante no âmbito da atuação estatal.

Conforme Norberto Bobbio[26], "a liberdade de dissentir tem de uma sociedade pluralista, uma sociedade pluralista consente uma maior distribuição do poder, uma maior distribuição do poder abre as portas para a democratização da sociedade civil e, enfim, a democratização da sociedade civil alarga e integra a democracia política".

Contudo, segundo Patrícia Baptista[27], em uma democracia não é suficiente que as estruturas institucionais representem valores democráticos, mas é

[25] MORAES, Alexandre de, *Constituição Federal Comentada*, ed. 1 (Rio de Janeiro: Forense 2018), p. 53.

[26] Bobbio, Norberto; NOGUEIRA, Marco Aurélio, *O Futuro Da Democracia: Uma Defesa Das Regras Do Jogo* (Rio de Janeiro Paz e Terra 2000), p. 62.

[27] BAPTISTA, Patrícia; CAPECCHI, Daniel, "Se O Direito Administrativo Fica, O Direito Constitucional Não Passa: Perspectivas Do Direito Público Contemporâneo Sobre Uma Velha Questão," *Revista de Direito da Cidade* 8, n.º 4 (2016), p. 1948.

necessário que as práticas administrativas devam estar imbuídas de tais valores, sob o risco de se oferecer uma "embalagem democrática esvaziada de conteúdo" para os cidadãos. Neste sentido, o entendimento de Paulo Bonavides[28] é o de que "não há democracia sem participação".

Conforme José Joaquim Gomes Canotilho[29], a democracia é um princípio normativo do Estado, mas também é, especialmente, um princípio de organização (democracia participativa) que implica a "estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efetivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controlo crítico na divergência de opiniões, produzir 'inputs' políticos democráticos".

De acordo com Marcos Augusto Perez[30] , "a democracia participativa baseia-se na abertura do Estado a uma participação popular maior do que admitida no sistema da democracia puramente representativa." Nas últimas décadas foram criados diversos mecanismos que abrangem o modo de participação popular, o que levou à alteração da forma de relacionamento entre o Estado e a sociedade.

Ainda segundo afirmação do autor Marcos Augusto Perez, nunca como na atualidade foi dada tanta relevância à participação popular como hoje, que foi inclusive entendida como pré-requisito para a efetivação da democracia. Neste sentido, trata-se de uma participação ativa do cidadão, participação compreendida como 'tomar parte pessoalmente', como expressão de vontade ativa e determinada.

Destaca-se o entendimento de José Joaquim Gomes Canotilho[31], no qual estabelece o princípio democrático como processo de continuidade transpessoal, ou seja, não se vincula ao processo político nem a pessoas determinadas. De outro lado, define a democracia enquanto um "processo dinâmico inerente a uma sociedade aberta e ativa", que oferece aos cidadãos a possibilidade de "desenvolvimento integral e de liberdade de participação crítica no processo político em condições de igualdade econômica, política e social".

---

[28] BONAVIDES, Paulo, *Teoria Constitucional Da Democracia Participativa*, ed. 3 (São Paulo Malheiros 2008), p. 51.

[29] CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional* (Coimbra: Livraria Almedina 1993), p. 289.

[30] PEREZ, Marcos Augusto, "A Administração Pública Democrática: Institutos De Participação Popular Na Administração Pública" (2004), p. 32.

[31] CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional*, p. 289.

Segundo Diogo Figueiredo Moreira Neto[32], para tornar efetiva a legitimação da atividade estatal exercida por meio dos agentes públicos, "o próprio conceito de democracia passou por radical transformação, partindo de uma acepção nada mais que formal para adquirir uma acepção material".

Na concepção de Wallace Paiva Martins Júnior[33], a participação é a ideia central da compreensão contemporânea de cidadania: o povo torna-se o centro do processo de desenvolvimento e promoção social, instaurado nos níveis de distribuição dos bens indispensáveis: "existência socialmente digna, proteção dos interesses transindividuais, controle do poder político, administração da coisa pública e proteção dos interesses transnacionais".

Para concretização da democracia participativa, as ferramentas utilizadas devem colaborar para melhoria da eficiência e o desenvolvimento da participação do cidadão, aperfeiçoando-a como uma fonte de legitimidade, e não um sistema democrático alternativo. Neste contexto, os recursos digitais ganharam destaque por possibilitarem aproximação do cidadão à administração pública, assegurarem novos meios de prestação de serviços, ampliarem os meios de transparência e prestação de contas, participação, inclusão e coesão social. Restando visível a importância da inclusão digital no quadro da administração pública do século XXI.

3.2. Participação popular e meios de democratização do Estado

O direito é instrumento de transformação social, de garantia da cidadania e da dignidade da pessoa humana, bem como são fundamentos do Estado Democrático de Direito. Assim, o direito deve cooperar para a realização e participação da sociedade na vida pública.

Conforme a lição de Ferdinand Lassale[34], uma Constituição "de nada serve o que se escreve numa folha de papel se não se ajusta à realidade, aos fatores reais e efetivos do poder." Neste sentido, o autor compreende que é a força do povo que estrutura e delimita o poder e dessa forma a Constituição deve se ajustar a realidade, para alcançar sua finalidade.

Sabe-se que é função basilar do Estado a garantia do bem comum. Por isso, o cidadão pode e deve participar, independentemente do meio de partici-

---

[32] NETO, Diogo de Figueiredo Moreira , "O Direito Administrativo Do Século XXI: Um Instrumento De Realização Da Democracia Substantiva," *Revista de Direito Administrativo Constitucional,* 11, n.º 45 (2011), p. 115.

[33] MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva, *Transparência Administrativa: Publicidade, Motivação E Participação Popular* (Editora Saraiva, 2010), p. 323.

[34] LASSALLE, Ferdinand, *Que É Uma Constituição?* (São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933. Versão para eBook …, 1864), p. 63.

pação para concretização do bem comum, pois a democracia está em constante processo de construção e se fortalece na medida em que o povo participa da vida pública do Estado. A participação popular pode se dar de forma administrativa e política, por meio do processo eleitoral, processo administrativo, participação em órgãos e conselhos de consulta.

Contudo, para viabilizar a participação popular é essencial que os cidadãos tenham acesso às informações do Estado, por meio da transparência, publicidade, processualização e utilizem de todas as demais formas de participação que a administração pública, democraticamente, disponibilize para que possam reivindicar boas condutas do gestor estatal. Deste modo, as ferramentas de participação popular são fundamentais para aproximação entre sociedade e Estado.

3.3. A inclusão digital e os novos mecanismos de democratização do Estado

As mudanças políticas e sociais acarretadas pelos tempos modernos tem levado a administração pública a modificar sua forma de agir. Os tempos modernos exigem que o Estado acompanhe as alterações e utilize a modernidade a favor dos cidadãos. Neste sentido, Jacques Chevallier[35] alega que uma das principais tendências é a redução na utilização de mecanismos tradicionais na relação entre o Estado e o cidadão, o que passará a ser, cada vez mais, feito por meio das tecnologias da informação e da comunicação, o que transforma "o sentido da relação de poder".

O Marco Civil da Internet, Lei 12.925 de 23 de abril de 2014[36], estabelece de forma expressa no caput do art. 7.º, que: "O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania […].

Desta forma, devem ser criados novos mecanismos de participação dos cidadãos para que estes se sintam envolvidos na tomada de decisão e nos destinos da autarquia, através de associações, que são os instrumentos mais comuns de participação coletiva ou outros meios disponibilizados pela administração pública com os quais as câmaras municipais devem conversar e concertar-se.

Em conformidade com a tendência do século XXI e as palavras de Jacques Chevallier, há uma crescente participação do cidadão na tomada de decisão do Estado e utilização, cada vez mais abrangente, das tecnologias para o desempenho da função pública e efetivação da democratização. Neste sentido, têm sido criadas aplicações com intuito de aproximar as pessoas a administração pública.

---

[35] CHEVALLIER, Jacques, "O Estado Pós-Moderno", op. cit., pp. 200-201.

[36] Brasil, "Marco Civil Da Internet, Lei 12.925 De 23 De Abril De 2014," http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm.

No contexto brasileiro, exemplificando o processo de democratização da administração pública sobretudo na política, vale citar a aplicação *Nosso Mandato*[37], a qual recentemente alterou o nome para *Tem meu voto*, objetiva ser um canal de comunicação direta com os cidadãos. Com intuito de apresentar a política de forma participativa, democrática e transparente, a ferramenta permite que a sociedade acompanhe, em tempo real, as votações nas casas legislativas, podendo vir inclusive a opinar como deseja que o seu representante vote. O *site* da aplicação enumera as seguintes funções: I) acompanhamento dos projetos de lei em votação e possibilidade de votar como deseja que o parlamentar vote; II) envio de problemas da cidade para providências junto aos órgãos responsáveis; III) agendamento de reuniões com o parlamentar ou com um membro de sua equipe; IV) gestão transparente: acompanhamento dos gastos e economias mensais do gabinete; V) acompanhamento do andamento dos projetos de lei dos parlamentares; VI) envio de sugestões de projetos de lei; VII) espaço para opinar sobre a distribuição do orçamento público; VIII) informações sobre o parlamentar; IX) propostas de mandato.

Além das funcionalidades voltadas às questões políticas, duas utilidades da aplicação devem ser destacadas, quais sejam a possibilidade de notificar problemas na prestação dos serviços públicos e solicitação de agenda com membros do legislativo. Os parlamentares usuários da plataforma podem analisar o nível de satisfação dos eleitores em relação ao seu mandato.

É indiscutível o potencial das ferramenta digitais para proporcionarem maior democratização da administração pública através de mecanismos de transparência, tomada de opinião, processualização, dentre outros. Contudo, não se pode afirmar e/ou constar o intuito dos gestores públicos em aumentar a participação popular e os meios de seu exercício. Do mesmo modo, não é possível certificar se a população terá maior interesse em participar da administração pública através dos novos instrumentos digitais[38].

Pode-se dizer que o caminho da administração pública da atualidade tende a ser cada vez mais tecnológico, contudo, tendo em vista os cidadãos excluídos digitais e o efetivo interesse em participar da gestão pública, não podemos afirmar que será mais democrática.

---

[37] Nosso Mandato, https://www.nossomandato.com.br/.

[38] SILVEIRA, Alessandra; FROUFE, Pedro, "Do Mercado Interno À Cidadania De Direitos: A Proteção De Dados Pessoais Como a Questão Jusfundamental Identitária Dos Nossos Tempos", *UNIO-EU Law Journal*, n.º 4, (2018), p. 17.

Conclusões

Com a evolução das TIC, foram possíveis inúmeros benefícios para o desenvolvimento humano, levando a transformações sociais. Contudo, muitos cidadãos não têm acesso a essas tecnologias, e assim estão excluídos. Neste sentido, pode-se afirmar que a exclusão digital integra uma estrutura de outras desigualdades, como por exemplo a econômica, faixa etária, racial e até mesmo algorítmica. Assim, a exclusão digital, colabora para aumentar o nível de desigualdade social, ao mesmo tempo que demanda ações consistentes do Estado para mitigar a exclusão digital.

Conclui-se que o conceito de inclusão digital é amplo e complexo, ultrapassa os limites do acesso ao computador e *internet.* Desse modo, o conceito abrange cinco habilidades: operacional (capacidade de usar as ferramentas); informativa (capacidade de pesquisa, interpretar e utilizar informações na internet); comunicacional (capacidade de utilizar as ferramentas digitais para se comunicar); estratégica (capacidade de utilizar o meio digital para se alcançar objetivos) e por fim a criação de conteúdo (capacidade de agregar valor em ambiente virtual).

A *internet* oferece novas ferramentas, que possibilitam aos cidadãos um amplo acesso à informação, acompanhamento das ações governamentais, manifestação livre de suas opiniões e participação na administração pública.

A inclusão digital deve ser encarada como direito e não apenas uma necessidade, mas um valor que acrescenta ao ser humano potencialidades e maneiras de se realizar como tal, realçando e ativando outros direitos inerentes a sua condição como a liberdade, a igualdade a dignidade, daí decorre a importância do reconhecimento do direito a inclusão digital como um direito fundamental.

No que se refere a democratização da administração pública, através de ferramentas digitais, sabe-se que o Estado, está num processo de transição digital para implementação de instrumentos para modernização da administração pública. Aparentemente, o principal objetivo do Estado seria a modernização da administração pública, a fim de oferecer aos cidadãos serviços mais eficientes, além de possibilitar uma maior participação nas tomadas de decisões da administração pública. Contudo, não se pode afirmar que o gestor público tenha o interesse em oportunizar uma maior participação popular, ao mesmo passo ainda é cedo para concluir se os cidadãos demonstram maior interesse em participar da administração pública por meio dos novos mecanismos digitais.

Por fim, o Estado tem o dever de mitigar o aparecimento de novas desigualdades sociais do ponto de vista da inclusão digital, possibilitando ao indivíduo o direito de exercer a cidadania de forma plena.

Referências bibliográficas

BAPTISTA, Patrícia, CAPECCHI, Daniel, "Se O Direito Administrativo Fica, O Direito Constitucional Não Passa: Perspectivas Do Direito Público Contemporâneo Sobre Uma Velha Questão." *Revista de Direito da Cidade* 8, n.º 4 (2016): 1938-60.

BOBBIO, Norberto, NOGUEIRA, Marco Aurélio, *O Futuro Da Democracia: Uma Defesa Das Regras Do Jogo.* Rio de Janeiro Paz e terra 2000.

BONAVIDES, Paulo, *Teoria Constitucional Da Democracia Participativa.* 3.ª ed. São Paulo Malheiros 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional.* Coimbra: Livraria Almedina 1993.

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* 31, n.º 1 (2019): 69-75.

CASTELLS, Manuel, *Redes De Indignação E Esperança: Movimentos Sociais Na Era Da Internet.* Rio de Janeiro Editora Schwarcz-Companhia das Letras, 2017.

CHEVALLIER, Jacques, *O Estado Pós-Moderno*, 2009.

GODOY, Marilia Gomes Ghizzi; OLIVEIRA, Elenice Esteves de, "Canclini, Néstor García. Diferentes, Desiguais E Desconectados: Mapas Da Interculturalidade." *Revista da Universidade Vale do Rio Verde* 12, n.º 2 (2014): 1075-77.

INSTITUT, Goethe. "Direitos Digitais Fundamentais "Uma Discussão Política Necessária"." https://www.goethe.de/ins/br/pt/kul/sup/ads/20997866.html.

JÚNIOR, Wallace Paiva Martins, *Transparência Administrativa: Publicidade, Motivação E Participação Popular.* Editora Saraiva, 2010.

LASSALLE, Ferdinand, *Que É Uma Constituição?* : São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933. Versão para eBook …, 1864.

LEMOS, André, "Cidade Digital: Portais, Inclusão E Redes No Brasil." (2007).

LEMOS, André, LÉVY, Pierre, *O Futuro Da Internet: Em Direção a Uma Ciberdemocracia Planetária.* Vol. 13, São Paulo: Paulus, 2010.

MORAES, Alexandre de, *Constituição Federal Comentada.*. Rio de Janeiro: Forense 2018.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira, "O Direito Administrativo Do Século Xxi: Um Instrumento De Realização Da Democracia Substantiva." *Revista de Direito Administrativo Constitucional* 11, n.º 45 (2011): 13-38.

PEREZ, Marcos Augusto, "A Administração Pública Democrática: Institutos De Participação Popular Na Administração Pública." 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M., *O Direito Ao "Esquecimento" Na Sociedade De Informação.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SCHWARZELMULLER, Anna, "Inclusão Digital: Uma Abordagem Alternativa." *VI CINFORM: Encontro Nacional de Ciência da Informação* (2005).

SILVA, Elsa Costa e, "Desafios Sociais E Políticos Do Mercado Único Digital E Da Crescente Conectividade: Literacia Digital E Poder De Rede." *UNIO Law Jornaul EU* 4 n 2 (2018): 43-52.

SILVEIRA, Alessandra; FROUFE, Pedro, "Do Mercado Interno À Cidadania De Direitos: A Proteção De Dados Pessoais Como a Questão Jusfundamental Identitária Dos Nossos Tempos", *UNIO-EU Law Journal*, n.º 4 (2018): 4-20.

TAKAHASHI, Tadao, *Sociedade Da Informação No Brasil: Livro Verde.* Ministério da Ciência e Tecnologia (MCT), 2000.

DO DIREITO À CIDADE ÀS SMART CITIES: REFLEXÕES CRÍTICAS COM VISTAS A CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO À CIDADE INTELIGENTE

Cecília Bojarski Pires[1]

RESUMO: O presente artigo, desde um aporte filiado à tradição da Teoria Crítica do Direito e socorrendo-se dos instrumentos internacionais e regionais europeus, procura estabelecer uma aproximação entre os conceitos de direito à cidade e de *smart cities* com intuito de demonstrar o encaminhamento para a construção do que convencionou-se chamar de direito à cidade inteligente. Nesse contexto, parte-se do pressuposto que a busca pela concretização das cidades inteligentes nada mais é do que o uso das novas tecnologias em um esforço pela efetivação do direito à cidade. Assim, delimitando-se espacial e circunstancialmente o tema ao contexto pandêmico das cidades europeias, objetiva-se demonstrar que a busca pela concretização de cidades que sejam inteligentes pode exprimir um importante passo para que seja construída uma alternativa à maneira como se vivem e habitam as cidades. Na sequência, oferecem-se algumas reflexões críticas sobre os compromissos que devem ser encartados para que as *smart cities* sejam, de facto, aptas a efetivar o direito à cidade inteligente, notadamente naquilo que diz respeito às diretrizes normativas de planejamento urbano, às políticas públicas urbanísticas e urbanas a serem empregadas, assim como ao modelo de governança a ser adotado. Por fim, ousa-se oferecer alguns

[1] Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidade do Minho. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense. Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Investigadora Junior do Centro de Investigação em Justiça e Governação da Universidade do Minho. Integrante do Grupo de Estudos e Pesquisas Críticas em Direito e Capitalismo, vinculado do CNPq. Editora-Assistente na Revista Culturas Jurídicas (RCJ/LC – UFF). Advogada. ORCID: https://orcid.org/0000-0003-1432-5618.

questionamentos que poderão vir a servir de guião reflexivo aos que pretendem se debruçar sobre o estudo das cidades inteligentes.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à Cidade. *Smart Cities*. Direito à Cidade Inteligente.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Do Direito à Cidade às *Smart Cities*. 2.1. Do Direito à Cidade. 2.2. Das *Smart Cities*. 3. O Direito à Cidade (Inteligente). 4. Um Novo Paradigma para um Planejamento Urbano Transformador. 5. Considerações Finais. Bibliografia Citada. Bibliografia Consultada.

ABSTRACT: First off all, is important to point that this article is based on the Critical Theory of Law as a methodological framework. In this way will be analyzed the European international and regional instruments to establish an approximation between the concepts of right to the city and smart cities in order to point in the direction of the development of a new right, what was conventionally called the right to the smart cities. In this context, the realization of the right to the smart cities is nothing more than the use of new technologies applied for the realization of the right to the city. Thus, with the theme delimited to the pandemic context of European cities, the objective is to demonstrate that the realization of the smart cities can mean an important step towards the construction of an alternative lifestyle in the cities. Also, some critical reflections are made about the commitments that must be performed so that the smart cities are able to contribute to the effectiveness of the right to the (smart) cities, notably in what concerns the normative guidelines of urban planning, urban public policies, as well as the governance model to be adopted. Finally, we dare to offer some propositions that may serve as a reflective guide for the smart cities researchers.

KEYWORDS: Right to the City. Smart Cities. Right to the Smart Cities.

SUMMARY: 1. Introduction. 2. From the right to the City to Smart Cities. 2.1. The Right to the City; 2.2. The Smart Cities. 3. The Right to the (Smart) Cities; 4. A new Paradigm for Transforming Urban Planning; 5. Final Considerations; 6. Referenced Bibliography; 7. Bibliography.

1. Introdução

Em março de 2020 a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou a COVID-19 causada pelo coronavírus SARS-CoV-2 uma pandemia. Desde então, mais de um ano se passou e em maior ou menor grau todos os países do mundo se veem obrigados a lidar com as consequências econômicas e humanitárias causadas pela pandemia, assim como seguem implementando medidas que visam frear a propagação do vírus e salvar vidas.

Todavia, de acordo com os ensinamentos de Boaventura de Souza Santos (2020), o vírus não pode ser considerado o único responsável pela crise que se atravessa, uma vez que os resultados experimentados são igualmente fruto de um modelo econômico que opera com uma versão que se sujeita cada vez mais à lógica do setor financeiro, relegando inúmeras vezes os direitos humanos a um segundo plano. Assim, a pandemia apenas precipitou e escancarou as contradições do sistema, bem como a emergência de uma alternativa ao modo de vida atual seja praticada.

As epidemias fazem parte da história mundial e foram muitas vezes estrategicamente utilizadas como meio para dominar e dizimar povos inteiros, instrumentalizando conquistas territoriais, a expansão de mercados comerciais e a acumulação de capital. Além disso, as doenças "aparecem sobretudo associadas a populações que vivem em moradias fixas, em vilas ou cidades" (SOUSA JUNIOR; MENESES, 2020, p. 69), estando diretamente relacionadas ao adensamento populacional e ao modo de vida urbano desequilibrado, tendendo a atingir de maneira mais incisiva as classes menos privilegiadas que vivem segregadas no ambiente das cidades e sofrem com a falta ou ineficiência de acesso a direitos básicos como água tratada, saneamento básico, habitação condigna, sistema de saúde adequado, alimentação segura, entre outros.

De maneira geral, ainda que não seja possível falar em uma uniformização de efeitos, até mesmo a parcela da população que ocupa uma posição mais confortável no que diz respeito ao acesso a direitos no espaço das cidades é vítima de epidemias e da atual pandemia da COVID-19, principalmente em decorrência da crescente destruição da vida no planeta e do modo precário e predatório com que ainda se dá a relação com o meio ambiente[2] e a vida nos centros urbanos.

Nessa lógica, sintetiza BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS (2020), p. 59:

> *"O vírus é uma co-criação entre humanos e natureza, uma co-criação decorrente do modo como os seres humanos têm interferido nos processos naturais, sobretudo desde o século XVI. Essa longa duração é a mesma do capitalismo, do colonialismo e do patriarcado modernos".*

Nesse sentido, vislumbra-se que a pandemia da COVID-19 é fruto da nossa contemporaneidade, que é marcada pela predominância global de um modelo econômico puramente aliado à lógica do capitalismo financeiro responsável

[2] Além disso, deve ser considerado que "a atual pandemia intervém em um momento em que três crises estruturais na relação entre as sociedades hegemônicas contemporâneas e o sistema Terra se reforçam reciprocamente, convergindo em direção a uma regressão econômica global, ainda que com eventuais surtos conjunturais de recuperação. Essas três crises são, como reiterado pela ciência, a emergência climática, a aniquilação em curso da biodiversidade e o adoecimento coletivo dos organismos, intoxicados pela indústria química", cfr. MARQUES, Luiz (2020).

pela implementação e perpetuação das desigualdades sociais, de modelos de cidades marcadamente mercantis, e pela crescente destruição do meio ambiente. Por isso, é fundamental que haja uma mudança de paradigma global no que diz respeito à maneira como a sociedade se relaciona com o mercado, com as cidades, com o meio-ambiente e com as pessoas (SOUZA SANTOS, 2020). Com isso, também o modelo de cidade pós-pandemia terá que ser outro.

Assim, delimitando o tema ao contexto das cidades, às questões urbanas e à emergência das chamadas *smart cities* no ambiente europeu, objetiva-se demonstrar que a busca pela concretização de cidades que sejam inteligentes pode constituir uma parte da alternativa, ou seja, um começo importante para que, desde o ambiente das cidades, haja a construção de uma sociedade comprometida com novos valores e que esteja aberta a dialogar, incorporar e respeitar outras culturas e saberes existentes. Isso porque, ao menos formalmente, as *smart cities* parecem pretender balizar e viabilizar a implementação de um modelo de planejamento urbano holístico e calcado em uma governança participativa. Todavia, para que tal projeto encontre êxito, é fundamental que a prática das cidades inteligentes não seja feita de modo a servir como mero instrumento que viabilizará a sobrevida do modelo econômico dominante atualmente praticado e que o Direito seja fortalecido em seu papel de garante dos direitos humanos, notadamente por meio da participação popular e do exercício da cidadania.

Isto posto, apresentar-se-ão reflexões a respeito das *smart cities* e, especificamente, do papel que deve ser exercido pelos instrumentos de ordenação e planejamento urbano para que as cidades sejam de fato inteligentes e funcionem como espaços democráticos de exercício da cidadania a partir de uma perspetiva ampla, interdisciplinar e crítica. Para isso, empreender-se-á um esforço em demonstrar pontos de conexão existentes e de necessária observância entre as conceções existentes a respeito das *smart cities* e o conceito de direito à cidade cunhado originalmente por Henri Lefebvre (1968) e reverberado posteriormente por Castells, Harvey, entre outros.

Ademais, analisar-se-ão alguns instrumentos internacionais e regionais europeus no intuito de levantar elementos e diretrizes que devem estar presentes na implementação das cidades inteligentes, bem como bibliografia que trate do tema.

Em termos metodológicos, o artigo realizar-se-á a partir do paradigma sociocrítico, uma vez que filiar-se-á à tradição da Teoria Crítica do Direito. Especialmente, opta-se pela adoção das conceções encartadas pela "escola jurídica"

denominada *O Direito Achado na Rua*[3], e pelas lições de Luiz Fernando Coelho (2013). Pese tratar-se de uma "escola" brasileira e, portanto, não europeia, entende-se que suas lições são proveitosas mesmo em um contexto europeu, isso porque o *Direito Achado na Rua* parte do pressuposto de que é preciso recorrer ao direito que se revela na sociedade, ou seja, nas ruas, nas demandas populares e nos ambientes onde a vida em sociedade é desenvolvida. Tal ideia, parece estar em consonância com aquilo que pretende-se, precisa-se e espera-se que sejam as *smart cities*: um projeto construído a partir da participação de todos, "sem deixar ninguém para trás", uma vez que *O Direito Achado na Rua* é comprometido com a ideia de um "projeto constituído desde uma múltipla perspetiva epistemológica, orgânica e prática, emergindo assim na Universidade de Brasília (UnB) como fruto e enunciação de uma nova *práxis* para o Direito" (SOUZA JUNIOR, 2015). Ainda, a técnica a ser utilizada será qualitativa e baseada no método indutivo, uma vez que se trata daquela na qual "o investigador pretende desvendar a intenção, o propósito da ação" (COUTINHO, 2020, 28).

Frise-se que não se intenciona trazer respostas; pelo contrário, por tratar-se de um tema que está em pleno desenvolvimento e que ganha novo fôlego diante da pandemia da COVID-19, a pretensão é apresentar algumas considerações inicias e estimular que as reflexões sobre o assunto se propaguem desde uma abordagem crítica do Direito e do que deve vir a ser o seu papel em um contexto de emergência das *smart cities*.

---

[3] O Direito Achado na Rua foi desenvolvido a partir das ideias e pensamentos resultantes da chamada Nova Escola Jurídica Brasileira (NAIR), da qual um dos expoentes era o Professor Roberto Lyra Filho. De acordo com o Professor José Geraldo de Sousa Junior, que deu andamento ao plano, o projeto do Direito Achado na Rua "se voltava para orientar o trabalho político e teórico que consiste em compreender e refletir sobre a atuação jurídica nos movimentos sociais e, com base na análise das experiências populares de criação do direito: 1. Determinar o espaço político no qual se desenvolvem as práticas sociais que enunciam direitos, a partir mesmo de sua constituição extralegal, como por exemplo, os direitos humanos; 2. Definir a natureza jurídica do sujeito coletivo capaz de elaborar um projeto político de transformação social e elaborar a sua representação teórica como sujeito coletivo de direito; 3. Enquadrar os dados derivados destas práticas sociais criadoras de direitos e estabelecer novas categorias jurídicas para estruturar as relações solidárias de uma sociedade alternativa em que sejam superadas as condições de espoliação e de opressão entre as pessoas e na qual o direito possa realizar-se como um projeto de legítima organização social da liberdade. Atualmente, trata-se de uma linha de pesquisa, devidamente certificada na Plataforma Lattes de Grupos de Pesquisa do CNPq, e nos programas de Pós-Graduação – Mestrado e Doutorado – em Direito (Faculdade de Direito da UnB) e Direitos Humanos e Cidadania – Mestrado e Doutorado – CEAM (Centro de Estudos Avançados Multidisciplinares da UnB), e como disciplinas da Graduação e na Pós-Graduação em Direito (Faculdade de Direito da UnB). Além disso, houve a produção de uma série de títulos literários sendo o mais recente o 9.º volume, lançado em 2019, sob o título: *O Direito Achado na Rua: Introdução Crítica ao Direito Urbanístico.* Há, ainda, uma adensada e refinada bibliografia, fruto da difusão do projeto e do diálogo que ele proporciona, para o que muito contribuiu a formação de coletivos com a mesma denominação em várias universidades e centros de pesquisa no Brasil". SOUZA JUNIOR, José Geraldo de (2019), pp. 2779 e 2780.

2. Do Direito à Cidade às *Smart Cities*

2.1. Do Direito à Cidade

A categoria "direito à cidade" foi apresentada inicialmente por Henri LEFEBVRE na obra *Le droit à la ville* (1968). De acordo com HARVEY (2014), a referida obra de Lefebvre foi muito influenciada pelo contexto histórico que se ia desenvolvendo no período em que foi escrita e pelos movimentos sociais que atuavam no próprio ambiente das cidades, que funcionavam como palco para a manifestação das crises decorrentes do modo de produção capitalista e, ao mesmo tempo, verdadeiras arenas de resistência e de busca por novos meios de superação de tais crises.

Nessa conceção, o direito à cidade não se confunde, como é natural, com uma simples demanda por infraestrutura urbana, ele vai além disso. Assim, haveria "necessidades específicas que não se satisfazem pelos equipamentos levados em consideração pelos urbanistas. São as necessidades de uma vida criadora, de obra, de informação, de simbolismo, de imaginário, de atividades lúdicas, e não de produtos consumíveis" (FROTA, 2019, p. 164). Nesse viés, para que seja alcançado, é necessário que haja um movimento de rutura com o modo de produção capitalista do espaço e com os seguintes fatores: com a forma hierarquizante e segregadora com que o espaço é produzido e gerido; e com os instrumentos de planejamento urbano, com projetos urbanísticos, políticas públicas e leis que têm como função precípua viabilizar a intervenção dos aparelhos de Estado sobre a organização do espaço e das diferentes instâncias da formação social com o único objetivo de assegurar a reprodução ampliada do sistema, ou seja, de assegurar a reprodução estrutural do modo de produção dominante e excludente. Daí ser possível vislumbrar, desde o conceito de Lefebvre, que o direito à cidade se aproxima mais de uma utopia orientadora de uma forma mais justa de viver nas cidades, uma vez que pretende o espaço urbano como o local onde domina o efêmero sem repressões e de maneira espontânea, onde os cidadãos buscam construir coletivamente um direito unitário e que sirva para todos.

Atualmente, o conceito de direito à cidade ainda está em disputa, sendo sua obra um desafio teórico-político que serve como plataforma de busca pela efetivação de direitos urbanos e de direitos humanos. De acordo com HARVEY (2014), o direito à cidade é um significante vazio e seu conteúdo depende de quem irá preenchê-lo. Nesse sentido, muitos são os que buscam integrar o conceito.

De acordo com ALFONSIN (2019), o grande ponto de virada sobre o direito à cidade se deu através do reconhecimento formal alcançado pela categoria na Conferência Habitat III (Quito, 2016), com a menção em um documento de Direito Internacional Público. Isso porque ainda em 2002, durante o II Fórum

Social Mundial, foi apresentada uma minuta para o que viria a ser a Carta Mundial pelo Direito à Cidade. Tal minuta foi internacionalmente rececionada por diversos movimentos sociais e passou a ser mundialmente concebida até servir como instrumento de *advocacy* junto às Nações Unidas.

Assim, um dos grupos de trabalho que compunham os debates da Nova Agenda Urbana, produzida no bojo da Conferência Habitat III, foi responsável por debater justamente o direito à cidade.[4] Os debates à respeito do tema não constaram da redação final da Nova Agenda Urbana, mas restou consignada a seguinte definição para o direito à cidade:

> *Direito à cidade é um novo paradigma que fornece uma estrutura alternativa para repensar a urbanização e as cidades. Tem como perspectiva o cumprimento eficaz [no território das cidades] de todos os direitos humanos acordados internacionalmente.*
>
> *(Documento de Políticas da Habitat III, p. 30)*

Por fim, o próprio documento da Nova Agenda Urbana fez referência expressa à categoria direito à cidade, e restou lançada a ideia de que o direito à cidade se trata de um novo paradigma na conceção das cidades.

Ressalte-se, ainda, que a já referida Carta Mundial pelo Direito à Cidade, que deu o tom das discussões travadas sobre o tema na Conferência Habitat III, apresentou uma compreensão holística do direito à cidade:

> *O Direito à Cidade é definido como o usufruto equitativo das cidades dentro dos princípios de sustentabilidade, democracia, equidade e justiça social. É um direito coletivo dos habitantes das cidades, em especial dos grupos vulneráveis e desfavorecidos, que lhes confere legitimidade de ação e organização, baseado em seus usos e costumes, com o objetivo de alcançar o pleno exercício do direito à livre autodeterminação e a um padrão de vida adequado. O Direito à Cidade é interdependente a todos os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, concebidos integralmente, e inclui, portanto, todos os direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais que já estão regulamentados nos tratados internacionais de direitos humanos. Este supõe a inclusão do direito ao trabalho em condições equitativas e satisfatórias; de fundar e afiliar-se a sindicatos; de acesso à seguridade social e à saúde pública; de alimentação, vestuário e moradia adequados; de acesso à água potável, à energia elétrica, o transporte e outros serviços sociais; e uma educação pública de qualidade; o direito à cultura e à informação; à participação política e ao acesso à justiça; o reconhecimento do direito de organização, reunião e manifestação; à*

[4] "A preparação da Conferência foi marcada pela participação popular e os conteúdos da Nova Agenda Urbana organizados em 10 *Policy Units*. A *Policy Unit* n.º 1 foi chamada de "*The right to the city and cities for all*". ALFONSIN, Betânia (2019), p.223.

> *segurança pública e à convivência pacífica. Inclui também o respeito às minorias e à pluralidade étnica, racial, sexual e cultural, e o respeito aos migrantes.*
>
> *O território das cidades e seu entorno rural também é espaço e lugar de exercício e de cumprimento de direitos coletivos como forma de assegurar a distribuição e o desfrute equitativo, universal, justo, democrático e sustentável dos recursos, riquezas, serviços, bens e oportunidades que brindam as cidades. Por isso o Direito à Cidade inclui também o direito ao desenvolvimento, a um meio ambiente sadio, ao desfrute e preservação dos recursos naturais, à participação no planejamento e gestão urbanos e à herança histórica e cultural".*
>
> *(Carta Mundial pelo Direito à Cidade. Artigo 1. Direito à Cidade).*

Note-se que, no viés encartado pelos instrumentos supracitados, embora o direito à cidade possa ter sido considerado como algo menos abrangente daquilo que considerou Lefebvre, restou entendido como uma espécie de conceito guarda-chuva, ou seja, que abarca sob sua proteção inúmeros outros direitos, ganhando maior destaque a componente que diz respeito ao seu carácter coletivo, ou seja, a necessidade de que todos os cidadãos participem de forma equitativa e democrática da construção dos instrumentos urbanos na busca por cidades justas, inclusivas e sustentáveis[5].

2.2. Das *Smart Cities*

Mais recentemente, de forma mais avançada no contexto dos países centrais[6], o desenvolvimento e a ascensão das diversas Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC), da Inteligência Artificial (IA), a era da Internet das Coisas (IoT) e o grande volume de informações (*big data*) vêm promovendo inúmeros reflexos e mudanças na dinâmica social, econômica e espacial[7]. Nesse contexto, há um forte movimento na busca pela implementação de cidades inteligentes, as chamadas *smart cities*, que funcionariam, então, como uma espécie de novo paradigma urbano que pretende viabilizar a vida saudável nas cidades, uma vez que

---

[5] Faz-se referência à distinção feita por Marcuse entre "direito na cidade" e "direito à cidade", sendo o segundo mais amplo do que o primeiro, uma vez que o "direito na cidade" teria um carácter fragmentado que engloba diversos direitos separadamente, fato que poderia fragilizar as demandas coletivas. Por outro lado, o "direito à cidade" teria como objetivo englobar uma visão de sociedade diferente, portando uma carga de transformação. Todavia, entende-se aqui que cada uma das lutas pelos diversos direitos fazem, também, parte do direito à cidade e, ao mesmo tempo, possuem um potencial transformador desde que estejam comprometidas com a promoção coletiva de cidades inclusivas.

[6] Faz-se referência aos países centrais do capitalismo global.

[7] Entende-se que a dinâmica espacial se relaciona diretamente com o sistema político, social, ideológico, econômico e cultural.

dados apontam que até 2050 80% da população mundial deve habitar as cidades (COMISSÃO EUROPEIA, 2007).

A definição do que vem a ser uma *smart city* é ampla, não possuindo uma unidade terminológica definida. Todavia, parece possível afirmar que se trata de um conceito que pode ser desenvolvido a partir de diversas perspetivas, sendo "polissémico, englobando condições de cidade e projetos urbanos bastante diversos, ainda que possuam um elemento em comum: a centralidade atribuída ao papel das tecnologias digitais e ao recurso de grandes volumes de informação (*big data*) no uso, gestão e planeamento da cidade"[8].

As definições a respeito do que são as *smart cities* também tendem a variar em alguma medida conforme a área do conhecimento que as elaboram, ou seja, do enfoque que é dado, bem como das realidades locais e regionais em questão, isto é, a depender de quais são as questões urbanas mais urgentes a serem tratadas.

Entretanto, ao realizar uma revisão bibliográfica na busca por uma definição para as *smart cities*, R. Campos (2016), verificou que as nomenclaturas cidade virtual; cidade digital; tele cidade; cidade baseada no conhecimento; comunidades eletrônicas; espaços comunitários eletrônicos; cidade flexível e vila cibernética são utilizadas para representar cidades com redes digitais e aplicativos eletrônicos que conectam informações. Porém, para além disso, comunidades inteligentes são aquelas cidades que possuem função tecnológica que vai além do conceito de cidade virtual, uma vez que a tecnologia deverá ter uma função: a de melhorar a vida da comunidade. Por fim, as cidades inteligentes, ou *smart cities,* em inglês*,* seriam aquelas nas quais a tecnologia é utilizada de maneira interligada e de forma criativa engendrando uma conexão entre as instituições e os cidadãos. Nesse viés, a participação dos cidadãos e a existência de uma governança participativa mostra-se, também nas *smart cities*, um traço determinante para sua caracterização.

Ainda, GUIMARÃES e XAVIER (2016), propõem, a partir de um exercício de revisão de literatura com base no uso geral do termo *smart city*, a existência de uma tríade de princípios e fundamentos que comporiam seu conceito, quais sejam: ambientais; de inovação tecnológica e comunicação digital; e de desenvolvimento humano.

Nesse sentido caminha a delimitação do que sejam as *smart cities* no contexto europeu. De acordo com informações veiculadas na página oficial na internet da Comissão Europeia, é possível verificar que o referido órgão executivo da União Europeia entende que as *smart cities* não se resumem à utilização de tecnologias da informação e comunicação para instrumentalizar a efetivação

[8] FERRÃO, João (2020), 33-35.

de direitos urbanísticos e para solucionar as questões urbanas desde cima. Pelo contrário, para que uma cidade seja inteligente, a interatividade e a participação da população envolvida é um fator primordial, de modo que a construção deve ser feita de maneira horizontal.

Além disso, documentos como a Carta de Leipzig sobre as Cidades Europeias Sustentáveis (2007), a Agenda 2030 das Nações Unidas (2015), a Nova Agenda Urbana das Nações Unidas (2016), a Agenda Urbana para União Europeia (2016) e a Nova Carta de Leipzig (2020), entre outros compromissos, além de fazerem referência à implementação das cidades inteligentes quando tratam da necessidade de adoção de abordagens inovadoras, trazem os pontos principais, referenciais estratégicos sobre os quais tendem a fundamentar-se as diretrizes normativas de planejamento urbano e as ações e políticas públicas urbanísticas no contexto dos Estados-Membros da União Europeia. De forma geral, o que se pretende com tais instrumentos é fixar parâmetros voltados para a promoção de um desenvolvimento urbano sustentável e resiliente que integre os pilares social, ecológico e económico. Assim, respetivamente, há previsão de que o planejamento urbano arranque e avance alicerçado em três escalas: cidade justa, cidade verde e cidade produtiva. A cidade justa é aquela que é inclusiva para todos os cidadãos, independentemente do género, estatuto socioeconómico, idade ou origem, e que inclua políticas de diminuição da pobreza e das desigualdades sociais, que prime pela promoção da habitação condigna, do acesso à saúde, à educação, aos serviços sociais, à segurança, à segurança alimentar, entre outros direitos em espécie. Por sua vez, a cidade verde é aquela que assegura o acesso a espaços verdes e de lazer, e que prevê mecanismos de adaptação climática (incluindo infraestrutura verde), transição energética, uso sustentável do solo e soluções baseadas na natureza, mobilidade urbana, utilização de energias limpas e de fontes renováveis, eficiência energética e que adote soluções baseadas na natureza que sejam capazes de assegurar a proteção da biodiversidade e a regeneração de ecossistemas. Por fim, a cidade produtiva é aquela que adota meios capazes de promover o emprego e a capacitação de seus cidadãos.

Ademais, outro ponto de destaque é aquele que trata da necessidade de que haja um processo de participação que envolva os cidadãos e todos os atores relevantes para elaboração de políticas urbanas, de modo que seja realizada uma governança inclusiva, participativa e multinível.

Sendo assim, e de acordo com tais instrumentos, parece haver uma coincidência entre o que se pretende para o desenvolvimento urbano das cidades e o conceito de direito à cidade que restou consignado na Carta Mundial pelo Direito à Cidade. Indo além, e considerando a crescente ascensão das *smart cities*, depreende-se também que será inteligente a cidade que for capaz de promover todos as dimensões supracitadas de forma aliada ao uso das novas tecnologias.

3. O Direito à Cidade (Inteligente)

Tendo em conta e entrecruzando as considerações já realizadas sobre os conceitos de direito à cidade e das *smart cities,* é possível pressupor que para que as cidades sejam inteligentes é necessário que o direito à cidade[9] seja garantido. Entretanto, no contexto atual, o uso das novas tecnologias conjugado a promoção do direito à cidade faz com que as cidades sejam ainda mais inteligentes, ou seja, há um fortalecimento do componente *smart*. Entretanto, da mesma forma, cidades que façam uso das novas tecnologias, mas que não promovam o direito à cidade para todos, continuarão não sendo cidades inteligentes. Ademais, o conceito de *smart cities* que vem sendo encartado no plano internacional, notadamente no europeu, enfatiza um ponto vital da conceção de direito à cidade: o de que a estruturação do planejamento urbano das *smart cities* seja coletivo, inclusivo, ativo e que ninguém seja deixado para trás. Assim, vislumbra-se que se esteja caminhando para a construção e para a implementação de um direito à cidade inteligente, que pode ser inicialmente entendido como um direito coletivo dos cidadãos que, a partir da implementação de um modelo de governança participativo, exercerão a cidadania de maneira ativa, mas agora beneficiando-se das novas tecnologias para construírem um planejamento urbano que possibilite o acesso a um modelo de cidade que seja mais justa, mais verde e mais produtiva para todos. Daí a opção pelo emprego da palavra inteligente entre parenteses, uma vez que parece ser apenas uma espécie de incremento do conceito de direito à cidade. Feito tal esclarecimento, daqui para frente referir-se-á ao direito à cidade inteligente sem o uso dos parenteses.

Todavia, na prática, para que as *smart cities* possam funcionar como um paradigma de transformação urbana apto a modificar o modo como as relações sociais urbanas se dão e, consequentemente, contribuir para a construção de um estilo de vida comprometido com novos valores, é primordial que o uso das novas tecnologias e todo o processo de transição digital que irá viabilizar a efetivação do direito à cidade inteligente por meio da implementação das *smart cities* esteja alicerçado na busca pela concretização e preservação dos direitos humanos, bem como priorize um modelo de governança que seja, de facto, participativo. Nesse cenário, as diretrizes de planejamento urbano e as políticas públicas no contexto das cidades terão papel fundamental.

CASTELLS (2009), ao tratar das questões urbanas desde uma perspetiva que aliou investigações teóricas e práticas, verificou que os processos de urbanização são diretamente influenciados pelo modo de produção capitalista e que, consequentemente, a ideologia produzida pela classe dominante é levada a cabo através da planificação urbana, que se impõem por meio do uso político-jurídico

[9] Refere-se ao direito à cidade na forma estabelecida no âmbito da Nova Agenda Urbana e da Carta Mundial pelo Direito à Cidade, literalmente apresentada nesse artigo.

do Direito, designadamente no que diz respeito às legislações urbanísticas e às políticas públicas que tratam das questões urbanas. Assim, o próprio desenho das cidades é manejado, em maior ou em menor escala, para assegurar a reprodução ampliada do sistema e dos interesses do capital em detrimento dos direitos e necessidades dos cidadãos.

Daí, infere-se que, para que as *smart cities* representem um marco para a construção de uma nova era de organização do espaço urbano, será necessário que elas sejam operadas dentro da lógica do direito à cidade, ou seja, que estejam compromissadas com o que agora convencionamos chamar de direito à cidade inteligente, não propriamente rompendo com os instrumentos de planejamento urbano, com os projetos urbanísticos, com as políticas públicas e com as leis urbanísticas, mas de modo estratégico, de maneira que tais instrumentos sejam produzidos com base em relações horizontais e não sob a batuta exclusiva da necessidade de perpetuação do sistema, que se alimenta da necessidade que os espaços sejam produzidos e geridos de forma hierarquizante e segregadora.

Nesse sentido, as reflexões e estudos existentes que se debruçam sobre as possíveis causas para os diversos problemas urbanos já existentes devem ser considerados, uma vez que não devem as *smart cities* aprofundar tais questões. Pelo contrário, caso se pretenda buscar um novo modo de viver e habitar as cidades, devem ser superadas as contradições já existentes.

Nesse contexto, de acordo com MASCARENHAS (2014), nas últimas três ou quatro décadas, em nome das necessidades geradas pelas transformações gerais do capitalismo, as cidades passaram a ocupar um papel ainda mais central na produtividade e reprodução do sistema[10]. Assim, a inserção das cidades na nova economia globalizada fez emergir o fenômeno, já antevisto por David HARVEY (2005), do empreendedorismo urbano ou empresariamento urbano. Em uma de suas vertentes, as cidades deixam de ser um espaço para os cidadãos e passam a funcionar como uma espécie de vitrine que visa atrair recursos e investimentos. Por conseguinte, saem vencedoras as cidades mais atrativas ao capital. Como consequência, trava-se uma competição global entre as cidades que buscam alcançar, a qualquer preço, protagonismo no cenário mundial. Então, para que

[10] No intuito de detalhar a afirmativa apresentada, de acordo com SÁNCHEZ, "uma série de fenômenos significativos vêm exercendo intensa pressão sobre os instrumentos tradicionais de planejamento urbano. Dentre estes fenômenos podemos destacar: em primeiro lugar, o dinamismo das mudanças econômicas mundiais, as turbulências geopolíticas, as incessantes inovações tecnológicas e as mudanças nas atitudes socioculturais; em segundo, os diversos agentes econômicos – velhos e novos – em sua atuação no meio urbano passam a exigir de forma explícita o cumprimento de uma série de requisitos de competitividade como condições para sua permanência na cidade, o que tem obrigado os agentes públicos a considerar estas exigências e levá-las em conta nos momentos de decisões; em terceiro, a integração de países em blocos e a abertura dos mercados em nível global têm dado lugar a uma abertura de rivalidade entre cidades para captar investimentos, criar empregos, atrair turistas e financiamentos públicos". SÁNCHEZ, Fernanda (1999), p. 116.

esse posto seja conquistado, muitas cidades passam por processos de privatização dos espaços públicos e redefinição de sua imagem (nos mais diversos âmbitos) que se dá por meio da implementação — levada a cabo pelo exercício de uma governança urbana específica[11] —, de um modelo de planejamento urbano que — ignorando as necessidades das comunidades locais e fundamentando-se em legislações urbanísticas e em políticas públicas que visam promover a "revitalização", "requalificação" "ordenamento", "desenvolvimento", "modernização" urbana —, transformam as cidades em produtos que, uma vez inseridas na lógica mercadológica, não podem ser acessadas por todos os cidadãos, que passam a exercer agora o papel de consumidores. Com os investimentos, esse processo passa a ser retroalimentado, isto é, para obterem maiores lucros, os investidores mobilizam esforços e fazem uso dos mecanismos de planejamento urbano para que a cidade possa ser explorada de acordo com os seus interesses. Portanto, ainda que haja algum grau de prosperidade económica e desenvolvimento, nem sempre isso se traduzirá em benefícios para a sociedade em geral.

Todavia, ressalte-se que há outros métodos e objetivos[12] pelos quais os interesses do capital buscam se estabelecer nas cidades, mas a consequência é quase sempre a mesma: cidades legalmente transformadas em mercadorias. Ainda, importante frisar que não se desconhece que os contextos políticos e económicos de cada região são distintos e que, à vista disso, a realidade assumirá contornos mais ou menos particulares. Contudo, o presente artigo propõe-se a refletir desde causas e resultados de caráter geral e abstrato.

Comumente, a gestão empresarial das cidades acaba por afetar o acesso ao direito à cidade e aos direitos humanos de uma parcela dos cidadãos. Nesse contexto, uma das sequelas é a ocorrência do fenômeno da gentrificação. O conceito de gentrificação foi cunhado em 1964 pela socióloga Ruth GLASS e des-

---

[11] Sobre o modelo de governança urbana ao qual refere-se, esclarece MASCARENHAS: "a gestão urbana empreendedorista pressupõe não apenas a presença de um governo local, mas uma coalizão de forças denominada de governança urbana, que tem como premissa a atuação conjunta do governo local, da iniciativa privada e da sociedade civil." Ainda, tal modelo é nutrido pela lógica do mercado que alimentada pelas agências multilaterais e pelos consultores internacionais, passa a dar o tom dos discursos e práticas das administrações urbanas. MASCARENHAS, Gilmar (2014), p. 55-56.

[12] De acordo com SÁNCHEZ, as mudanças nas políticas urbanas e no planejamento urbano, de forma geral, estruturam-se basicamente desde dois aportes: o city marketing e o plano estratégico. Nesse sentido, o city marketing "constitui-se na orientação da política urbana à criação ou ao atendimento das necessidades do consumidor, seja este empresário, turista ou o próprio cidadão" (ASHWORTH & VOOGD, 1991; COOKE, 1990), já os planos estratégicos "propõem atuações integradas a longo prazo, dirigidas à execução de grandes projetos que combinam objetivos de crescimento econômico e desenvolvimento urbano, com um sistema de tomada de decisões que comporta riscos, com a identificação de cursos de ação específicos, formulação de indicadores de seguimento e envolvimento de agentes sociais e econômicos ao longo do processo" (GÜELL, 1997). SANCHÉZ, Fernanda (1999), p. 115.

crevia o processo de substituição de famílias da classe operária por famílias de classe média no centro de Londres. Tal processo se dava, justamente, em virtude da requalificação ocorrida nos edifícios habitacionais da região. Desse modo, a valorização do local gerada pelas mudanças empreendidas afastava e segregava as famílias que passavam a não ter mais condições de ali estarem.

Por sua vez, atualmente, a gentrificação é produzida não apenas em decorrência da requalificação dos espaços habitacionais, mas também é fruto das mudanças nas políticas urbanas e no planejamento urbano que se dão em virtude dos diversos processos que desembocam na mercantilização das cidades e no modelo de gestão empresarial que nelas tende a se desenvolver. Assim, a mudança ocorrida no próprio perfil urbano afasta da vida e do cotidiano das cidades uma parcela da população.

Dessa forma, a gentrificação costuma afetar de maneira mais direta os cidadãos que possuem menos condições financeiras e que, consequentemente, ao serem afastados das zonas mais estruturadas das cidades, passam a ter ainda menos acesso aos direitos que são abarcados pelo guarda-chuva do direito à cidade e dos direitos humanos e, ainda, são tolhidos do sentimento de pertencimento à cidade, fato que deixa seus interesses e necessidades ainda mais distantes do alcance dos planejamentos urbanísticos e das políticas públicas.

4. Um Novo Paradigma para um Planejamento Urbano Transformador

Tendo em conta as informações e as reflexões supra apresentadas, passa-se a ponderar de que maneira é possível evitar que as *smart cities* sirvam à lógica de planejamento urbano que vem atualmente sendo empregada em muitas cidades. Para isso, passa-se a apresentar algumas hipóteses a serem trabalhadas.

Em linhas gerais, um dos intuitos do Direito e do sistema jurídico é garantir que a dignidade e os direitos humanos de alguns não sejam sacrificados em nome do poder e dos interesses dos mais fortes. Todavia, em muitos países, em maior ou menor grau, com uma ou outra característica distinta, não é incomum que o Direito e seus instrumentos sejam utilizados de modo contrário, ou seja, para legitimar a atuação de "poderosos contra oprimidos" (SOUSA SANTOS, 2020, p. 33), bem como para assegurar que os interesses econômicos preponderem sobre os próprios direitos dos cidadãos. Assim, aplicando tal raciocínio para o contexto das *smart cities*, o "capital tecnológico", que acabará por ocupar um papel de destaque, não pode tornar as cidades inteligentes um mero instrumento para obtenção exclusiva de lucros.

Nesse sentido, a primeira reflexão apresentada é aquela que diz respeito ao fato de que é preciso impedir a massificação de um projeto de *smartização* das

cidades como um negócio, uma corrida que acirre o posicionamento competitivo e o uso das cidades como mero instrumento de *marketing* e com carácter especulatório na busca por novos investimentos que não irão beneficiar todos os cidadãos. As *smart cities* devem ser, ao contrário do que tem sido feito muitas vezes com as cidades, encaradas como um projeto apto a efetivar o direito à cidade de toda a gente.

Assim, considerando não apenas o carácter coletivo do direito à cidade, como também o entendimento que é presente nos diversos instrumentos internacionais e, notadamente, nos produzidos no contexto europeu que dão conta de que para além do uso das novas tecnologias, as *smart cities* devem se pautar em uma governança inteligente e participativa, entende-se que será, justamente, o modelo de governança efetivamente implementado que poderá funcionar como um ponto crucial para impedir que as *smart cities* deixem de ser a esperança para o desenvolvimento de um novo modelo de vida nas cidades, e passem a ser apenas aquilo a que popularmente se refere como "mais do mesmo". Outrossim, frise-se que os modelos de *smart cities* a serem realizados pelos instrumentos de planejamento urbano, apesar de estarem atrelados à objetivos gerais e mais ou menos definidos, deverão ser particulares, uma vez que concebidos a partir de interações entre sujeitos específicos, de modo que não se pretende propor a universalização de um protótipo único.

Para isso, necessário será o fortalecimento do papel administrativo do Estado, desde que pautado por um comprometimento real com um novo modelo de cidade orientado para a promoção do direito à cidade inteligente e dos direitos humanos. Portanto, é importante que haja um modelo de governança inovador e que rompa com a irrestrita submissão ao mercado, bem como preveja instrumentos de controle mercadológico, de modo que as parcerias firmadas com o setor privado não venham a servir somente aos interesses deste, mas acima de tudo estejam comprometidas e coordenadas com a promoção e fortalecimento do direito à cidade inteligente, dos direitos humanos e da cidadania.

Além disso, o modelo de governança a ser implementado, no que diz respeito principalmente à atuação dos atores sociais, deve estar comprometido com

objetivos e metas que precisam ser construídas a partir da atuação efetiva da sociedade. Ou seja, deverá prevalecer o modelo de cidadania em seu viés ativo[13].

Com isso, a participação dos agentes sociais deve ser realizada de forma efetivamente ampla e de ponta a ponta, ou seja, para além de haver uma atuação inclusiva dos cidadãos, é preciso que ela seja respeitada em todas as etapas do processo de planejamento urbano, isto é, tanto na elaboração e concretização das diretrizes urbanísticas e na estruturação das políticas públicas, como na fiscalização.

Ademais, é preciso assegurar que todos os agentes sociais tenham a possibilidade de envolverem-se de modo efetivo com tal planejamento. Sendo assim, é primordial que a participação não fique limitada à mera previsão normativa e tampouco seja puramente autorizativa daquilo que é previamente produzido pelos poderes estatais. Para isso, é necessário também que os meios tecnológicos a serem utilizados alcancem a todos e sejam suficientemente aptos a ampliar o debate, sob pena de se estabelecer uma espécie de gentrificação digital.

Ainda, entende-se que a participação ampla dos cidadãos é vital em razão de seu interessante e múltiplo potencial: será capaz de funcionar não apenas como uma espécie de travão a prevalência dos interesses meramente mercadológicos, como também irá propiciar que a concretização do planejamento urbano nas *smart cities* alcance a todos, e não apenas uma parcela da população, evitando, assim, o aprofundamento da gentrificação. Ademais, apenas um planejamento urbano que conheça e considere as reais necessidades de todos os envolvidos será capaz de solucionar as questões urbanas e efetivar o direito à cidade, agora em sua versão inteligente.

Nesse sentido, tendo em conta o que é encartado pela matriz do *Direito Achado na Rua*, entende-se que o ideal é que os instrumentos de planejamento urbano, projetos urbanísticos, legislações urbanísticas e políticas públicas sejam construídas com base naquilo que se apresenta na própria sociedade, ou seja,

---

[13] Enzo BELLO, após apresentar o debate teórico contemporâneo sobre a conceção de cidadania como titularidade de direitos, assim como expor seu pensamento crítico, a partir de Karl Marx e dos pensadores marxistas, à conceção da cidadania como mera titularidade de direitos, conclui que, considerando que direitos não são autorrealizáveis, qualquer compreensão unicamente normativa ou de orientação moral da cidadania é deficiente. Nesse sentido, a ideia de cidadania como status de direito (cidadania passiva) não é suficiente para que os direitos sejam alcançados. Assim, há em tal conceção uma crise de efetividade. Portanto, para que os direitos sejam cumpridos, é necessário que a vertente ativa da cidadania seja retomada. Para isso, é preciso que haja ênfase na participação política, "incorporando-se e aprimorando-se seus novos elementos no século XXI: espaços e formas de manifestação e atores políticos". Portanto, não basta que haja a previsão meramente formal de uma ampla participação e que para isso haja o uso das novas tecnologias. É necessário que todos os agentes sociais participem e tenham condições de participar ativamente do processo de construção das diretrizes normativas de planejamento urbano e das políticas públicas urbanísticas. Isso é o que aqui considera-se cidadania ativa. BELLO, Enzo (2013), p. 163-165.

que se recorra ao direito que está nas ruas[14] e que se revela através das demandas populares, na *práxis* social. Assim, de acordo com SOUZA JUNIOR (2019, p. 2785), permite-se que haja uma "abertura de consciência de novos sujeitos envolvidos para uma cultura de cidadania e de participação democrática", uma vez que os próprios processos sociais de luta por direitos podem, inclusive, levar ao reconhecimento jurídico-formal de novos direitos, fato que é extremamente salutar para o fortalecimento não só da cidadania, como da democracia. Ainda, pensar o Direito, especificamente os instrumentos urbanísticos, desde uma perspetiva crítica e progressista, "permite compreender a dinâmica social em que se insere o direito para ser instrumento de realização de decisões políticas democráticas e de efetivação de direitos humanos no espaço urbano" (CAFRUNE; KONZEN, 2019, p. 86), conforme infere-se ser a principiologia anunciada como norte a ser perseguido nos instrumentos internacionais e regionais a respeito do que devem ser as cidades inteligentes.

Por fim, considerando que intenciona-se colaborar para o desenvolvimento e execução de um projeto de *smart cities* que funcione como alternativa aos modelos urbanos atualmente em vigor, a partir das ponderações apresentadas, ousa-se propor alguns questionamentos que podem vir a servir de guião reflexivo inicial para pensar a realização das cidades inteligentes, quais sejam: a) como será a participação dos cidadãos na construção das *smart cities* para além do regramento formal: efetiva ou contemplativa?; ativa ou passiva?; legitimadora ou transformadora?; b) quem serão os cidadãos nas *smart cities*?; c) com que modelo de cidadania deverão estar as *smart cities* comprometidas?; d) será possível o desenvolvimento de um novo modelo de cidadania a partir da incorporação efetiva de novos agentes sociais na construção das *smart cities*?; e) com quais interesses irão estar comprometidas as diretrizes normativas de planejamento urbano e as políticas públicas urbanísticas nas *smart cities*?; f) de que forma as ferramentas tecnológicas poderão contribuir também para o alargamento do debate a respeito das reais necessidades dos cidadãos sem que se gere um processo de gentrificação digital?; g) quais mecanismos devem estar presentes nas diretrizes normativas de planejamento urbano e nas políticas públicas para que não reste aprofundada a gentrificação, ou seja, para que as cidades não sejam inteligentes apenas para alguns?; h) quais canais podem ser abertos para que haja uma real interação entre os governos, as instituições, e os cidadãos, ou seja, para que se tenha uma governança participativa e inteligente?

---

[14] Frise-se que a expressão "ruas" é utilizada, originalmente, como uma metáfora, uma vez que é nas ruas que as relações sociais humanas se desenvolvem de maneira coletiva. Todavia, no presente trabalho, tal uso acaba por assumir também um sentido literal. Além disso, é preciso ter em conta que "o fenômeno jurídico é socialmente produzido e a esfera pública é inafastável do processo de criação, reinvenção e ressignificação do direito". CAFRUNE, Marcelo; KONZEN, Lucas (2019), p. 85.

5. Considerações Finais

A pandemia da COVID-19 escancarou o fato de que um novo modo de vida e de relações humanas, com o território e com a natureza, deve ser urgentemente desenvolvido e posto em prática.

Nesse contexto, as cidades assumem cada vez mais um papel de extrema importância, não apenas por seus espaços funcionarem como facilitadores da disseminação de doenças em virtude do adensamento populacional que concentram, como também por congregarem, na forma de problemas, as contradições do sistema capitalista. Por isso, a implantação de um novo modo de viver as e nas cidades parece ter se tornado inadiável. Assim sendo, a ideia de promoção de cidades inteligentes que vem ganhando força no cenário mundial, especificamente no contexto europeu, pode representar um paradigma alternativo de planejamento urbano apto a tornar a vida nas cidades menos sofrível e mais saudável e inclusiva.

Todavia, para que as *smart cities* funcionem, de facto, como um norte apto à execução de uma metamorfose urbana, é vital que sua implementação, não somente sob o aspeto da previsão formal, mas sobretudo em sua perspetiva prática, balize-se na necessidade de que as cidades sejam defrontadas como um espaço público de demanda e fruição de direitos, e não como uma mercadoria. Da mesma maneira, os habitantes das cidades devem ser encarados como cidadãos, demandantes e titulares de direitos, e não como consumidores. Portanto, é fundamental que as normativas urbanísticas, bem como as políticas públicas que se desenvolvam e visem operacionalizar as cidades inteligentes, atuem fora da lógica de um modelo econômico que seja comprometido em primeiro lugar com os interesses privados, e que não se permitam regular pela exclusiva vontade do mercado. Assim, evitar-se-á o acirramento das desigualdades sociais e o agravamento dos processos de gentrificação; o desenvolvimento de modelos de cidades marcadamente mercantis; a crescente destruição ambiental, entre tantas outras questões urbanas que vem sendo enfrentadas, em maior ou menor grau, no âmbito das cidades.

Ainda, desde a análise de instrumentos internacionais e regionais europeus, bem como de aportes teóricos, principalmente da conjugação das categorias do direito à cidade — notadamente no que diz respeito a sua carga crítica e disruptiva — e das *smart cities,* buscou-se apontar para o possível encaminhamento no sentido de que haja o desenvolvimento de um direito à cidade inteligente, que pode funcionar como uma meta a ser observada e atingida quando da implementação das *smart cities*.

Nessa conjuntura, tendo em conta não apenas o caráter coletivo que deve ser assumido pelo direito à cidade inteligente, bem como tudo que é encartado pelos diversos instrumentos internacionais e regionais europeus, vislumbra-se

que as *smart cities* devem estar pautadas em um modelo de governança que, para ser inteligente, deve ser inovador, descolado da irrestrita submissão ao mercado e efetivamente participativo, além de estar comprometido com a implantação de um novo modelo urbano que seja voltado para a efetivação de direitos.

Todavia, — por se entender que a temática das *smart cities* ainda está em pleno desenrolar, e considerando que no presente trabalho optamos por não realizar uma abordagem empírica ou centrada em um paradigma específico de *smart city*, mas que se tomou a decisão de oferecer um panorama do tema desde uma abordagem geral — não se oferecerá conclusões, mas já foram expostas reflexões construídas desde um esforço crítico.

Tendo em conta que se pretendeu propor, principalmente aos estudiosos do Direito, a realização de um exercício de enfrentamento do tema a partir da Teoria Crítica do Direito, foram sugeridos alguns questionamentos que acabam por fazer repensar os próprios conceitos de cidadania e de democracia, tão fundamentais no direito à cidade e no que eventualmente seja o direito à cidade inteligente.

Em síntese, o que é possível afirmar desde agora diz respeito ao facto de que as *smart cities* não podem ser encaradas como um modelo urbano a ser implantado a partir de um prisma puramente teórico-formal vertical e descolado da *práxis* social. Sendo assim, não é possível construir algo novo sobre estruturas ultrapassadas e problemáticas. Da mesma forma, por mais promissora que pareça ser a referência das *smart cities*, designadamente em um contexto pandêmico no qual repensar as cidades é vital, não parece salutar encarar o tema com um olhar demasiadamente ideal e acrítico. Isto posto, é preciso considerar as experiências e problemas urbanos do passado, e mesmo do presente, com um olhar arguidor e transdisciplinar para que se tenha tempo de evitar que as tão promissoras cidades inteligentes do amanhã não sejam "só um ontem com um novo nome"[15].

Bibliografia

a) Citada

ALFONSIN, Betânia, "Repercussões da Nova Agenda Urbana no Direito Público e Privado no Brasil e na América Latina: o papel do direito à cidade", in: *Curso de Direito à Cidade: teoria e prática*. (BELLO, Enzo; KELLER, Renê), 2. ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2019, pp. 217-230.

[15] Trata-se de verso da canção AmarElo (2020), de autoria do *rapper* brasileiro Emicida.

BELLO, Enzo, *A cidadania na luta política dos movimentos sociais urbanos*, EDUCS: Caxias do Sul, 2013.

CAFRUNE, Marcelo; KONZEN, Lucas P., "Direito e espaço urbano: uma perspectiva crítica e progressista", in: *O Direito Achado na Rua: introdução crítica ao direito urbanístico* (SOUZA JUNIOR, José Geraldo et al.), UnB, Brasília, 2019, pp. 83-86.

CAMPOS, R., "O discurso internacional das cidades inteligentes: a estratégia smart city Berlin", 7.º *Congresso Luso Brasileiro para o Planejamento Urbano, Regional, Integrado e Sustentável: contrastes, contradições e complexidades*, 2016.

CASTELLS, Manuel, *A questão Urbana*. Paz e Terra: São Paulo, 2009.

COELHO, Luiz Fernando, *Teoria Crítica do Direito*. Del Rey: Belo Horizonte, 2013.

COUTINHO, Clara Pereira, *Metodologia de Investigação em Ciências Sociais e Humanas: teoria e prática*. 2.ed. Almedina: Coimbra, 2020.

FERRÃO, João, "A cidade contra a pandemia. Mais smart ou pós-smart?", *Smart Cities*, n.º 30, 2021, pp. 32-35.

FROTA, Henrique Botelho, "O direito à cidade: desafios para a construção da utopia de uma vida transformadora" in: *O Direito Achado na Rua: introdução crítica ao direito urbanístico.* (José Geraldo de Souza Junior, et al), v. 9, UnB, Brasília, 2019, pp. 163-172.

GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar; XAVIER, Yanko Marcus de Alencar, "Smart cities e direito: conceitos e parâmetros de investigação da governança urbana contemporânea", *Revista de Direito à Cidade*, n.º 4, 2016, pp. 1362-1380.

HARVEY, David, *Cidades Rebeldes*. Martins Fontes: São Paulo, 2014.

HARVEY, David, *A produção capitalista do espaço*. 2. ed. Annablume: São Paulo, 2005.

LEFEBVRE, Henri, *O direito à cidade*. Centauro: São Paulo, 2008.

MARCUSE, Peter, "O direito nas cidades e o direito à cidade", in: *Ciudades para todos. Por el derecho a la ciudad: propuestas y experiencias.* (SUGRANYS, Ana Mathievit), Habitat International Coalitation, Santiago do Chile, 2010, pp. 89-102.

MARQUES, Luis, "Serão as próximas pandemias gestadas na Amazônia?", *EcoDebate*, 2021, issn 2446-9394.

MASCARENHAS, Gilmar, "Cidade mercadoria, cidade-vitrine, cidade turística: a espetacularização do urbano nos megaeventos esportivos", *Caderno Virtual de Turismo*, v. 14, s. 1, 2014, pp. 52-65.

SÁNCHEZ, Fernanda, "Políticas urbanas em renovação: uma leitura crítica dos modelos emergentes", *R.B. Estudos Urbanos e Regionais*, n.º 1, 1999, pp.115-132.

SANTOS, Boaventura de Sousa, *O futuro começa agora: da pandemia à utopia*. 1.ed. Boitempo: São Paulo, 2021.

SOUZA JUNIOR, José Geraldo de, "O Direito Achado na Rua: condições sociais e fundamentos teóricos", *Direito e Práxis*, v. 10, n.º 4, 2019, pp. 2776–2817.

SOUZA JUNIOR, José Geraldo de, *O Direito Achado na Rua: concepção e prática*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2015.

VILARES, Eliza; ZINCA, Rita, "A Nova Carta de Leipzig. O referencial estratégico para o desenvolvimento urbano integrado, sustentável e resiliente das cidades europeias", *Smart Cities*, n.º 30, 2021, pp. 36-38.

b) Consultada

BAUMAN, Zygmunt, *Confiança e medo na cidade*. Antropos: Lisboa, 2016.

BERNER, Neil; MARCUSE, Peter; MAYER, Margaret, "Cities for people, not for profit: an introduction" in: *Cities for people, not for profit: critical urban theory and the right to the city* (MARCUSE, Peter et al.), Routledge, Londres, 2012, pp.1-10.

HARVEY, David, "O direito à cidade: a qualidade da vida urbana virou uma mercadoria. Há uma aura de liberdade de escolha de serviços, lazer e cultura – desde que se tenha dinheiro para pagar", *Revista Piauí*, ed. 82, 2013.

HORKHEIMER, Max, *Teoria Tradicional e Teoria Crítica*. Rio de Janeiro: s/d.

MAGALHÃES, Alex Ferreira, "Existem instrumentos urbanísticos "progressistas" ou "regressistas"? Reflexões sobre uma possível "entrada" para pensar criticamente o direito urbanístico", in: *O Direito Achado na Rua: introdução crítica ao direito urbanístico.* (José Geraldo de Souza Junior, et al), v. 9, UnB, Brasília, 2019, pp. 179-186.

SOUZA JUNIOR, José Geraldo de, *Para uma crítica da eficácia do Direito*. Sergio Antonio Fabris: Porto Alegre, 1984.

NUEVO PARADIGMA EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS EN LA SOCIEDAD DIGITAL: HACIA LA PERSONALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS A TRAVÉS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

***Paula Mª Tomé Domínguez*[1]**

RESUMEN: El presente estudio tiene como objetivo realizar un análisis de la evolución del concepto de servicio público y de su régimen jurídico desde el siglo XX hasta los hoy denominados Servicios de Interés General (SIG) con el fin de realizar una reflexión sobre la transformación de este en una prestación personalizada y proactiva, cuestión posible gracias a la incorporación de sistemas de Inteligencia Artificial en el seno de las Administraciones públicas. Las implicaciones jurídicas de esta nueva realidad en términos de protección de los derechos y libertades de los administrados también serán abordadas brevemente con el fin de arrojar luz de cara a futuras regulaciones en materia de IA y provisión de servicios públicos personalizados.

PALABRAS CLAVE: Inteligencia artificial, personalización de servicios públicos, Servicios de Interés General (SIG).

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Evolución del concepto de servicio público. 3. Breve aproximación al régimen jurídico de los Servicios de Interés General (SIG).

[1] Personal investigador en Formación en el Área de Derecho Administrativo de la Universidad de Salamanca. Contrato predoctoral financiado por la Junta de Castilla y León en virtud de la Orden de 12 de diciembre de 2019, de la Consejería de Educación, por la que se convocan ayudas destinadas a financiar la contratación predoctoral de personal investigador, cofinanciadas por el Fondo Social Europeo. (BOCyL de 23 de diciembre de 2019).

4. Siglo XXI. Inteligencia Artificial: servicios públicos personalizados y proactivos. 4.1. Inteligencia Artificial y servicios públicos personalizados y proactivos ¿En qué consiste? 4.2. Consideraciones jurídicas en torno a la incorporación de la IA en las Administraciones públicas. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

ABSTRACT: This paper aims to carry out an analysis of the evolution of the concept of public service and its legal regime from the 20th century to what is now known as Services of General Interest (SGI) in order to reflect on its transformation into a personalized and proactive service, an issue made possible thanks to the incorporation of Artificial Intelligence systems within public administrations. The legal implications of this new reality in terms of protecting the rights and freedoms of the citizens will also be briefly addressed in order to shed light on future regulations on AI and the provision of personalized public services.

KEYWORDS: Artificial Intelligence, personalized public services, Services of General Interest (SGI).

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Evolution of the concept of public service. 3. Brief approach to the legal regime of Services of General Interest (SGI). 4. XXI Century. Artificial Intelligence: personalized and proactive public services. 4.1. Artificial Intelligence and personalized and proactive public services. What does it consist of? 4.2. Legal considerations around the incorporation of AI in Public Administrations. 5. Conclusions. 6. Bibliography.

1. Introducción

La provisión de los llamados servicios públicos por parte de las Administraciones Públicas ha sufrido una evolución acompasada al desarrollo económico y social y al establecimiento de diferentes modelos socioeconómicos de convivencia en las sociedades occidentales. Tal es así que, partiendo de una provisión de servicios conceptualizada como la esencia misma del Derecho Administrativo, e incluso como la vocación última del Estado, idea que se origina en el S. XIX en Francia de la mano de la llamada Escuela de Servicio Público (Duguit, Jezè, Hariou), hemos llegado a un estadio evolutivo en el cual se concibe el servicio público como una actuación más de las Administraciones Públicas cuyo fin último consiste en garantizar el acceso de los ciudadanos a determinados servicios considerados esenciales, en condiciones de calidad, con independencia de quién gestione ese servicio o incluso, quién sea el titular, a través de diferentes técnicas jurídico-administrativas de intervención, siempre y cuando el propio mercado no sea capaz de proveer dicho servicio cumpliendo con los principios básicos aparejados al mismo. El puente entre estos dos modelos (S. XX) es la configuración de esta actividad prestacional como una actuación más de los po-

deres públicos en aras del interés general, y siempre bajo la titularidad y gestión pública, utilizando la técnica innata al servicio público, como es la *publicatio,* la más intensiva en cuanto a intervención y modulación del servicio, en cuanto a que el sector económico referido pertenece de forma omnicomprensiva al ente público en cuestión.

Pues bien, como decíamos, la evolución ha modificado los cimientos mismos de la Teoría de Servicio Público y ha dado paso a la introducción de operadores privados, en mayor o menor medida en función del sector económico, y ha relegado al Estado a un papel regulador y garante, más que prestador, como ha ocurrido en otros ámbitos del Derecho Público. Así, pareciera que poco más podríamos añadir a esta nueva forma de gestionar los servicios públicos, que, hablando más propiamente, podríamos referir como Servicios de Interés General, atendiendo al marco normativo de la Unión Europea. No obstante, la irrupción de la Inteligencia Artificial (IA) ha revolucionado el modelo de prestación de servicios, incidiendo de manera determinante en el sector privado, lo cual nos sugiere su traslación al entorno público en no demasiado tiempo, teniendo en cuenta las enormes ventajas en términos de eficiencia, eficacia y de calidad. Así, la incorporación de la IA en el sector público en lo que a prestación de servicios públicos se refiere se antoja como una verdadera oportunidad de progreso y como un revulsivo que de pie al entendimiento de los mismos, no ya como un bien colectivo, que también, si no como un servicio de calidad adaptado a las características y circunstancias de cada ciudadano.

Sin embargo, los riesgos inherentes a la IA son evidentes en lo que tiene que ver con la protección de los derechos fundamentales de los usuarios, la seguridad jurídica proporcionada a las empresas y/o entidades públicas -como consecuencia de un deficiente e incluso inexistente marco normativo en este sentido-, y en lo relativo a las garantías jurídicas del procedimiento administrativo previo sin olvidar el régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, que tiene su particular trascendencia en lo que se refiere al funcionamiento de tecnologías basadas en IA en la prestación de servicios públicos *strictu sensu.*

En este sentido, lo que se pretende con este estudio es realizar un recorrido sobre la evolución de la prestación de servicios públicos y analizar el nuevo reto al que nos enfrentamos como es la personalización de estos servicios desde un punto de vista jurídico-administrativo (exponiendo la principal, y aún escueta, normativa existente al respecto) y su trascendencia para los derechos fundamentales de los usuarios o ciudadanos.

2. Evolución del concepto de servicio público

Servicio público como concepto, y como realidad jurídica, surge en Francia en el siglo XIX de la mano de autores, administrativistas, como Duguit, Hariou y Jezé, entre otros, quienes fueron firmes defensores de esta configuración de la actuación administrativa hacia la provisión de servicios públicos como objetivo final del Estado, hablando de que incluso el fin primordial del Estado era la consecución de la "soberanía social" más allá de la personificación de la soberanía en el mismo o de otras consideraciones que parecieran lógicas de atribución a la configuración del Estado moderno tal y como lo conocemos[2].

Digamos que la posición en torno a los llamados servicios públicos era tan maximalista que anulaba cualquier otra vertiente del Estado en ese sentido. Si bien es cierto que esto era posible porque la conceptualización de servicio público era tan amplia y difusa que impregnaba cualquier actuación de las Administraciones públicas, que directa o indirectamente incidiera sobre los administrados. Este momento histórico, para algunos autores es denominado "la teoría del servicio público"[3] como consecuencia de la lógica imperante y de la necesidad de concreción y delimitación del concepto, desde un punto de vista jurídico, dio pie a una nueva etapa por la cual se comenzó a concebir el servicio público como una serie de actividades concretas, que si bien beben y aún lo siguen haciendo de las claves que aportó Duguit en relación a este concepto, se centraliza en este punto en las técnicas empleadas para proveer ese servicio, siendo la *publicatio* la herramienta por excelencia en la primera mitad del S. XX. Esto suponía un dominio omnicomprensivo por parte de las Administraciones públicas de un sector o una actividad considerada esencial, restringiendo el acceso a la iniciativa privada a la misma en términos de titularidad (sin perjuicio de la posible gestión indirecta por entidades privadas)[4].

Así las cosas, siempre se mantuvieron y se han mantenido, aún teniendo presente esta evolución y su necesaria integración en un entorno de libre competencia[5], las notas características del concepto acuñado por Duguit, como mencionábamos, que son las siguientes: se trata de una actividad prestacional que se realiza por parte de los poderes públicos a través de diferentes herramientas de intervención como consecuencia de la incapacidad del mercado de proveer

[2] TORNOS MAS, J. (2016), p. 195.

[3] CARLÓN RUIZ, M. (2009), pp. 475 y ss.

[4] SÁNCHEZ MORÓN, M. (2019), pp. 787-835.

[5] PEDRAZA CÓRDOBA, J. (2014), p. 302.

ese servicio a toda la ciudadanía un servicio que es considerado esencial[6], en el sentido de que de la existencia de los mismos depende la consecución efectiva de la "interdependencia social", lo que hoy denominaríamos, de una forma aproximada, cohesión económica y social.

A continuación, el desarrollo económico, tecnológico y social, así como todas aquellas consideraciones vinculadas a la modificación en las demandas de la ciudadanía, más exigente en la calidad, oferta y, en definitiva, eficacia en la prestación de ciertos servicios, dio paso a la incorporación de operadores privados ya hacia finales del siglo XX, deriva hacia la gestión privada o hacia la privatización de muchos sectores estratégicos por la que se caracterizó los últimos años del siglo pasado. La introducción de la iniciativa privada en la provisión de algunos servicios considerados hasta el momento "públicos", en el sentido de titularidad o de gestión, fue una realidad que determinó el paso a una nueva etapa histórica en este sentido[7].

El argumento generalizado para este cambio de paradigma se remitía básicamente a la eficiencia y eficacia en la gestión, cuestión que no necesariamente inclina la balanza hacia el operador privado, sino que dicha conclusión debe ser el resultado de un análisis pormenorizado a nivel económico-financiero, jurídico-administrativo y de análisis de eficacia de las políticas públicas para cada caso[8]. La modificación fue gradual, con una progresiva incorporación de la gestión indirecta, sin afectación de la titularidad, para continuar con la privatización de servicios en algunos sectores, lo que conlleva traslación de la titularidad al ente privado.

Evidentemente, la intensidad de intervención por parte de los operadores privados ha variado en cada sector en función de sus características intrínsecas y por tanto, su alcance no ha sido equivalente. En este sentido, la heterogeneidad es la norma en lo que llamamos servicios públicos y se han desarrollado diferentes técnicas de intervención jurídico-administrativas, que garanticen de un modo u otro, las notas características del servicio público, su prestación a toda la ciudadanía teniendo presentes los principios que rigen su provisión, en virtud de su carácter de esencialidad[9]. En este sentido, se diseñan herramientas de intervención que juegan enormemente con las dos realidades protagonistas en este punto, la titularidad y la gestión.

---

[6] La STC 26/1981, de 17 de julio señala que "un servicio no es esencial tanto por la naturaleza de la actividad que se despliega como por el resultado que con dicha actividad se pretende. […] Para que el servicio sea esencial deben ser esenciales los bienes o intereses que quedan satisfechos" (FJ 10).

[7] MATÉS BARCO, J. M. (2008), p. 197 y ss.

[8] QUESADA LUMBRERAS, J. (2019), pp. 53-107.

[9] MALARET I GARCÍA, E. (2007), pp. 130-140.

Las herramientas que se utilicen dependen, entre otras cuestiones, del grado de liberalización que exista en el sector determinado y de la protección desde un punto de vista jurídico, incluso constitucional, que tenga el acceso a un determinado servicio. De tal manera que existen servicios, como los educativos, sanitarios y sociales que ostentan un especial grado de protección y que así aparece reflejado en nuestro texto constitucional, si bien a diferente rango[10].

Como veníamos diciendo, los llamados "servicios públicos" se consideran "Servicios de Interés General" (SIG), nomenclatura con la que se pretendía alejar de las reminiscencias de la gestión o titularidad exclusivamente pública que ha marcado su origen y desarrollo hasta hace no demasiado tiempo, a esta realidad de las sociedades europeas. Así, existen diferentes subtipos de SIG tales como los Servicios de Interés Económico General y los Servicios Sociales de Interés General, con carácter general, sin perjuicio de la idiosincrasia y variedad que caracteriza a cada uno de los Estados miembros a este respecto[11].

3. Breve aproximación al régimen jurídico de los Servicios de Interés General (SIG)

Los Servicios de Interés General tienen su origen en la Comunicación sobre los Servicios de Interés General en Europa del año 1997, que es resultado de un profundo análisis en el seno de las instituciones de la UE en el que se llegó a plantear la aprobación de un Carta Europea de Servicios Públicos, cuestión que se descartó, al igual que ocurriría a principios de los años 2000, cuando se plantea la elaboración de una directiva a este respecto. El argumento en ambos casos es el mismo: cada Estado miembro posee un sistema diferente a este respecto, influenciado por condicionantes históricos, culturales y económicos, que impiden una excesiva homogeneización normativa, por lo que se recurre generalmente a las Comunicaciones como texto orientativo de las políticas comunitarias. Por otro lado, como complemento a esa comunicación, se añade el Informe al Consejo Europeo de Laeken: los servicios de interés general, que abordará cuestiones relativas a la viabilidad económica y empresariales de los operadores prestadores de SIG[12].

De manera prácticamente unísona se produce la aprobación del Tratado de Ámsterdam donde por primera vez se incluye el concepto de SIEG (art. 16), reconociendo a estos como principios rectores de la política comunitaria y con

[10] TORNOS MAS, J. (2016), p. 197.

[11] COMISIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Un marco de calidad para los servicios de interés general en Europa*. COM (2011) 900 final.

[12] TOMÉ DOMÍNGUEZ, P. M. (2021).

carácter posterior, en el año 2003, se aprobó el Libro Verde sobre Servicios de Interés General y el Libro Blanco sobre los Servicios de Interés General (2004)[13]. A continuación, se aprobaron varias directivas sectoriales que afectaban a ámbitos concretos de prestación de SIEG, fundamentalmente, y comunicaciones que han enmarcado el ámbito de actuación de los Estados miembros en lo que se refiere a los SIG, siendo estas la Comunicación de la Comisión de 20 de noviembre de 2007, "Servicios de interés general incluidos los sociales: un nuevo compromiso europeo" y la Comunicación de la Comisión "Un marco de calidad para los servicios de interés general en Europa" del año 2011.

De esta manera el régimen jurídico básico de los SIEG en la UE se comprende de la última comunicación referida, y los preceptos a los que se hace alusión a los mismos en el derecho originario de la UE, tales como los arts. 14, 92, 102, 106 y 107 TFUE y el Protocolo nº26 TFUE, por un lado, y por otro lado, el art. 36 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, las directivas sectoriales aplicables a cada sector, como señalábamos; por ejemplo, la Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas, y a los arts. 56-62 TFUE que abordan la libre prestación de servicios en la UE, cuestión materializada a través de la llamada Directiva Bolkestein[14], no aplicable, no obstante, a todos los sectores económicos de provisión de SIG, como se especifica en el propio texto legal.

Si analizamos de una manera más pormenorizada cada uno de estos preceptos, podemos destacar, en primer lugar, que el Protocolo nº26 reconoce por un lado los SIG como valores y señas de identidad de la UE, y resaltando la capacidad de los Estados miembros de gestionar, financiar y organizar estos servicios como consideren siempre que se respete lo dispuestos en los Tratados, señala que en la provisión de los SIG se deben garantizar unas condiciones mínimas "de calidad, seguridad y accesibilidad económica, igualdad de trato y promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios" que se corresponden con los principios clásicos rectores de la actividad prestacional de las Administraciones públicas en forma de servicio público. No obstante, el propio protocolo excluye a los Servicios Sociales de Interés General de las previsiones establecidas en los Tratados, por encontrarse excluidos del mercado en el sentido de que no desarrollan una actividad económica con ánimo de lucro, sobre la que fuera de aplicación las normas de la competencia.

---

[13] Las comunicaciones de la Unión Europea referidos en este apartado se corresponden con: DOCE C-17/4 de 19 de enero de 2001, COM (2001) 598 final de 17 de octubre de 2001, COM (2003) 270 final de 21 de mayo de 2003, COM (2004) 374 final de 12 de mayo,, COM (2007) 725 final de 20 de noviembre de 2007, COM (2011) 900 final de 20 de diciembre de 2011.

[14] Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior.

Por su parte, el artículo 14 TFUE es extraordinariamente importante, puesto que supone la base jurídica que permite el desarrollo de legislación por parte de las instituciones europeas sosteniendo que "el Parlamento Europeo y el Consejo establecerán dichos principios y condiciones [económicas y financieras] mediante reglamentos, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, sin perjuicio de la competencia que incumbe a los Estados miembros, dentro del respeto a los Tratados, para prestar, encargar y financiar dichos servicios". Sin embargo, como hemos comprobado, esto no se ha producido hasta el momento actual.

Así mismo, en el artículo 36 de la Carta de Derechos Fundamentales (equiparable en valor jurídico a los Tratados, en virtud del art. 6 TUE) se da cuenta del valor de los SIG en las sociedades europeas de tal manera que se reconoce el derecho de acceso a los mismos sin especificar, empero, el alcance de dicho acceso, a qué tipo de servicios o en qué términos, cuestión que se cuida de relegar al ámbito interno de actuación de los Estados miembros, huyendo de una configuración rígida y delimitadora en este sentido, por las razones ya especificadas (idiosincrasia de cada Estado miembro desde el punto de vista social, cultural, histórico que da pie a una prestación de servicios, sobre la cual la UE solo puede destacar "el derecho al acceso" bajo ciertos principios, sin atentar a lo dispuesto en los Tratados y el reconocimiento de los SIG como valor y criterio rector de las políticas y actuaciones de la UE).

Por su parte, es muy importante en tanto en cuanto nos encontramos en un entorno de libre prestación de servicios y de salvaguarda de la competencia entre los operadores por parte de la UE, tener muy presente la normativa en materia de competencia, fundamentalmente las normas marco básicas establecidas en los Tratados, entre ellas el art. 102 TFUE que establece la prohibición de abuso de posición dominante por parte de los operadores; algo que cobra especial relevancia cuando estos provean servicios de interés general bajo técnicas de intervención jurídico-administrativas, que si bien pretenden garantizar los principios de acceso universal, en condiciones de calidad, etc., al servicio, afectan de un modo u otro al libre mercado. En este sentido, las normas de la competencia, como iremos señalando, se pueden modular o incluso excepcionar en determinadas circunstancias, y en la tarea de clarificar cada uno de estos extremos, la jurisprudencia del TJUE[15] ha jugado un papel muy relevante, que explicaremos posteriormente.

De esta manera, también el art. 106 TFUE viene a corroborar lo que estamos sosteniendo, y es que los Estados miembros, con carácter general no podrán, como decíamos, vulnerar el derecho de la competencia recogido en los Tratados, en la prestación de SIG, ya sean prestados por empresas públicas o

[15] DÍEZ-PICAZO, L. M. (2009), pp. 417-419.

privadas. Sin embargo, existe una importante puntualización, y así lo ha confirmado la jurisprudencia, y es que esta prohibición permanecerá vigente siempre que la misma no impida la consecución de un interés general a satisfacer por el operador al que se ha conferido esa finalidad[16]. Así mismo, este artículo, unido al art. 14 TFUE, ya mencionado, faculta a las instituciones europeas en el desarrollo de normativa con base en la provisión de SIG, en este caso alude a directivas.

Finalmente, hay que destacar que muchos operadores privados encargados de proveer un determinado SIG en virtud de norma legal, pueden ser receptores de fondos públicos, de un modo u otro, momento en el cual entra en juego el art. 107 TFUE, vinculado al art. 93 TFUE, por el cual se establece la prohibición general de las ayudas de Estado, considerándose que no son compatibles con el mercado interior, siempre que falseen la competencia, puesto que generan privilegios para determinados operadores. No obstante, el art. 93 TFUE supone una excepción clara a esta prohibición señalando que "serán compatibles con los Tratados las ayudas […] que correspondan al reembolso de determinadas obligaciones inherentes a la noción de servicio público".

En particular a nivel interno, en relación con los SIG desde el punto de vista de la UE, estos se enmarcan constitucionalmente en los arts. 128 y 38 CE en una suerte de binomio que alimenta un juego regla excepción. Así, el artículo 28 CE reconoce la posibilidad de reservar al sector público de manera exclusiva el control de un sector o actividad económica considerada esencial en virtud del interés general. Esto supone básicamente el reconocimiento constitucional de la clásica técnica ya mencionada de la *publicatio*, que supone en última instancia la dispensa de las normas de la competencia a un sector de actividad concreto[17].

En este punto, se debe realizar un contrapeso con el derecho constitucionalmente protegido en el art. 38, como es la libertad de empresa. Así, teniendo en cuenta el marco general, cada sector o cada servicio de interés general en particular se regulará por su normativa específica, si bien cabe resaltar que este binomio entre ambos preceptos constitucionales se encuentra especialmente presente en los llamados servicios de interés económico general y no en otros como los servicios sociales de interés general.

Así, las diferentes técnicas que podemos encontrar, diseñadas teniendo presentes las particularidades técnicas de cada sector y características sociales, culturales o económicas, son, entre otras, la conservación de reservas públicas

---

[16] DE LA QUADRA SALCEDO, T. (2011), pp. 3-22.

[17] FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2003), p. 11; CARLÓN RUIZ, M. (2009), pp. 464-535. Bien es cierto que algunos autores consideran que se debería hacer una reinterpretación de este precepto, de tal manera que incorporara cualquier tipo de técnica de intervención jurídico-administrativa, algo que tendría más sentido en el momento actual donde las herramientas son muy variadas y el operador privado cada vez está más presente.

de carácter parcial en los servicios postales, la separación funcional en el transporte ferroviario, la concesión de derechos exclusivos o especiales a entidades de prestación de servicios o la imposición de obligaciones de servicio universal (OSU)[18] en sus diversas variantes como las obligaciones de servicio público impuestas a los operadores de un sector completamente liberalizado como es el de las telecomunicaciones[19].

Finalmente, debemos hacer una breve alusión a la jurisprudencia existente, que ha sido determinante de la interpretación de la ponderación entre el derecho a la competencia y el cumplimiento del interés general a través de la prestación de servicios considerados esenciales[20]. De esta manera, tenemos por un lado el llamado Paquete Altmark (Sentencia Altmark, Decisión de la Comisión 2005/842/CE de 28 de noviembre de 2005, en relación con el mencionado art. 106.2 TFUE, y el Marco comunitario sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público de 29 de noviembre de 2005. El paquete Altmark nos permite determinar cuando una determinada compensación por prestación de servicio público a un operador (por no resultar rentable esa obligación que se confiere de servicio público, generalmente) es conforme a la competencia y los Tratados, ya que, como sabemos, en general están prohibidas las ayudas de estado. En este sentido, la Sentencia Altmark señala que no se tratará de ayudas de Estado cuando no pueda determinarse claramente que dicha compensación sea una ventaja económica al operador beneficiario como criterio genérico, que concreta en una serie de criterios menores que nos permitirían analizar caso por caso.

También es importante tener presente la Sentencia Corbeau (1993)[21] y la Sentencia Almelo (1994), puesto que establecen las bases por las cuales se permitirá la reserva parcial e incluso absoluta al Sector Público de una actividad en un sector determinado en la medida en que ello sea necesario para la consecución

[18] CUBERO MARCOS, J. I. (2011), pp. 132-137

[19] Cada una de las herramientas debe respetar los principios tradicionales del servicio público configurados por Roland: continuidad, regularidad y universalidad—Leyes de Roland— (Roland, 1957) y los principios recogidos en la Comunicación de la Comisión del año 2000 en relación con la elección de operador de prestación de servicios de interés general o de las técnicas aplicables, siendo estos: principio de neutralidad, principio de libertad de los Estados (para decidir qué servicios y en qué intensidad son prestados) y el principio de proporcionalidad (adecuación, necesidad y proporcionalidad).

[20] MATÉS BARCO, J. M. (2008), pp. 215-225.

[21] El TJUE expresó en la Sentencia Corbeau en relación a la concesión de derechos exclusivos: "permitir que los Estados miembros confieran a empresas, a las que encomiendan la gestión de SIEG, derechos exclusivos que puedan obstaculizar la aplicación de las normas del Tratado sobre la competencia, en la medida en que, para garantizar el cumplimiento de la misión específica confiada a las empresas titulares de los derechos exclusivos, sea necesario establecer restricciones a la competencia, o incluso, excluir toda competencia de otros operadores económicos".

de la llamada misión de interés general fijada legalmente, siempre con carácter excepcional y cumpliendo rigurosamente con el principio de proporcionalidad[22].

4. Siglo XXI. Inteligencia Artificial: servicios públicos personalizados y proactivos

4.1. Inteligencia Artificial y servicios públicos personalizados y proactivos. ¿En qué consiste?

El término de Inteligencia Artificial fue acuñado por John McCarthy, M.L. Minsky, N. Riochester y C.E. Shannon en 1955, en el marco de un proyecto de investigación por el cual pretendían que una "maquina" resolviera problemas que en ese momento solo era capaz de abordar la inteligencia humana[23]. En ese momento histórico se comienza a hablar de IA débil y de IA fuerte, siendo la primera de ellas aquella que es capaz de realizar numerosas operaciones pero que no alcanza un mínimo nivel, digamos, de inteligencia o desarrollo cognitivo que permita aprender de ciertas asociaciones o "razonar" determinadas decisiones, cuestión que la IA fuerte sí podía afrontar (respondería preguntas, seleccionaría información en función de la petición realizada etc.). Esta clasificación pronto quedaría obsoleta ante el exponencial avance tecnológico que dio pie a nuevas modalidades de IA y a nuevas clasificaciones[24].

En este sentido, la UE, que recientemente ha presentado una extensísima propuesta de reglamento en relación con la IA[25], define a la misma como "sistemas que manifiestan un compartimiento inteligente pues son capaces de analizar su entorno y pasar a la acción con cierto grado de autonomía, con el fin de alcanzar objetivos específicos"[26]. Igualmente, otros autores diferencian diferentes ramas de desarrollo de la IA, tales como el *machine learning* (aprendizaje automático), que abordaremos con posterioridad, el diseño de sistemas expertos, la planificación automática, etc.[27].

---

[22] DÍEZ-PICAZO, L. M. (2009), p. 415.

[23] *Vid.* MCCARTHY, J. MINSKY, M. L. ROCHESTER, N. SHANNON, C. E. (1955).

[24] *Vid.* SCHERER, M. U. (2016), pp. 358-369.

[25] Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council, *Laying down harmonised rules on artificial intelligence (artificial intelligence act) and amending certain union legislative acts,* COM (2021) 206 final.

[26] COMISIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Inteligencia artificial para Europa*, SWD (2018) 237 final.

[27] *Vid.* RAMIÓ, C. (2019).

De este modo, el aprendizaje automático constituye uno de los máximos exponentes de la IA, por detrás del *deep learning,* que es un desarrollo del anterior, por el cual el propio algoritmo encargado de las asociaciones causales y de tomar decisiones en función de parámetros definidos por los diseñadores, comienza a "aprender" por sí mismo determinadas inferencias o patrones regulares, de tal manera que es la propia "máquina" la que evoluciona y "aprende" a través de procesos causales que en ocasiones escapan al entendimiento del propio creador o diseñador. Igualmente, el *deep learning* es un aprendizaje automático pero que realiza la modelización de forma autónoma[28], en lugar de realizarse por los diseñadores, como ocurre en un primer momento con su hermano pequeño el *machine learning*[29].

En este sentido, los datos son esclarecedores, y es que, en el sector privado, la IA está ampliamente implementada en la prestación de servicios a la ciudadanía[30], constituye un reto clarísimo su incorporación en el sector público con un régimen de garantías mínimo que pueda dar un marco de actuación a una tecnología que, sin duda alguna, está llamada a generar un incremento de la eficiencia y eficacia en la prestación de servicios públicos[31], cuestión que parece que el Plan Naviona España Digital 2025 considera una prioridad de actuación[32].

Hasta el momento actual se ha manifestado la introducción de IA en la creación de redes de transporte más eficaces, en la gestión de los residuos y en la mejora en ciertos sistemas de instalaciones de suministros básicos como electricidad o agua. No obstante, esta realidad no precisa de personalización, es decir, la IA no se presume en esas realidades al servicio de las demandas individuales de cada ciudadano, como se aspira que ocurra en el futuro en otro tipo de servicios, cuestión que a nivel jurídico constituye un reto, del cual daremos unas breves pinceladas en este texto.

De esta manera, se están produciendo avances, aún pendientes de consolidar, en los servicios de información al ciudadano, interactivos y proactivos, en servicios sanitarios (a través de *chatbots* que interactúan con los pacientes), edu-

[28] SOLAR CAYÓN, J. I. (2019), pp. 21-34.

[29] VALERO TORRIJOS, J. (2019), pp. 82-96.

[30] VELASCO RICO, C. I. (2020), p. 6.

[31] GOBIERNO DE ESPAÑA. MINISTERIO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y TRANSFORMACIÓN DIGITAL. *Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial*, 2020.

[32] En GOBIERNO DE ESPAÑA. MINISTERIO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y TRANSFORMACIÓN DIGITAL. *Plan España Digital 2025*, 2020, pp. 69-70, se señala "convertir a España en un referente en la transformación hacia una Economía del Dato, impulsar la IA como motor de innovación y crecimiento económico social, inclusivo y sostenible, desarrollar un marco ético y jurídico para la IA basado en valores compartidos, preparar a España para las trasformaciones socioeconómicas que origina la IA y fortalecer la competitividad a través de las actividades de I+D en el conjunto de las Tecnologías Habilitadoras Digitales (THD)".

cativos (evaluación y orientación pedagógica personalizada, aplicación de metodologías docentes específicas…) y en menor medida en servicios sociales[33]. Esto es así porque para poder gestionar este tipo de cuestiones tan personalizadas, aunque parezca paradójico, en muchas ocasiones hay factores propiamente humanos que intervienen en el proceso decisional y que, por el momento, no han podido ser desarrollados por IA, se trata de todo aquello relacionado con el conocimiento previo o el *background* y con cuestiones vinculadas a la inteligencia emocional o cualquier otra opción que suponga una asociación causal variable.

Así las cosas, como puede ser bien entendido, la personalización no responde más que a la adaptación de los servicios, en este caso, al perfil y a las demandas particulares de cada ciudadano, teniendo en cuenta sus características particulares, en consonancia con los datos en poder de la Administración pública en cuestión[34]. A la personalización en sí misma, se une la llamada proactividad, que supone una anticipación por parte del prestador del servicio, con base en los datos del usuario o ciudadano en su poder, en la prestación o sugerencia de un tipo de actuación en concreto. Esto puede tener importantes efectos en términos de pruebas diagnósticas en lo que a servicios sanitarios se refiere o de refuerzo educacional dirigido.

Para poder desarrollar estos servicios públicos personalizados y proactivos, basándose en la tecnología de la IA, esta debe apoyarse en el instrumento de la llamada "minería de datos"[35], que tomará los mismos de los datos facilitados por los ciudadanos para generar una serie de inferencias que nos permita dicha personalización. En este punto hay que tener especialmente en cuenta la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público[36], de esta manera se podría crear una base de datos común que alimentara la tecnología de IA implementada para generar patrones personalizados, en aras de la prestación de un servicio digitalizado y universalmente accesible desde un punto de vista geográfico[37].

La minería de datos, como hemos mencionado, nos lleva a la elaboración de perfiles a partir de los cuales se tomarían decisiones automatizadas, sin embargo, esto no está permitido *ex* art. 22 Reglamento General de Protección

---

[33] OBSERVATORIO DEL SECTOR PÚBLICO (OSPI) IECISA. *Inteligencia Artificial y su aplicación en los Servicios Públicos.* Documento de conclusiones. 2017.

[34] COMISIÓN EUROPEA. *Future-proofing e-Government for a Digital Single Market*, 2015.

[35] En ROJAS, F. M., GÓMEZ SANTAMARÍA, C. (2014), pp. 31-40, se define la minería de datos como un "modelo para proporcionar un conocimiento acerca de pronósticos, riesgos, probabilidades, recomendaciones, búsqueda de secuencias y agrupaciones".

[36] VALERO TORRIJOS, J. (2017), pp. 443-458.

[37] TOMÉ DOMÍNGUEZ, P. M. (2020), pp. 341-364.

de Datos (RGPD) salvo determinadas excepciones, como la existencia del consentimiento previo, alegar y probar el interés legítimo de la Administración para llevar a cabo esta actuación, o, en virtud del art. 6.1.e) RGPD, alegar razones de interés público para tomar una decisión automatizada en base a la elaboración de perfiles, entre otras[38]. En este punto, como vemos la Administración tendría varias herramientas para poder conseguir el objetivo final de prestar servicios de forma personalizada y proactiva (con anticipación) partiendo de perfiles elaborados a partir de minería de datos que originan una decisión automatizada final. Sin embargo, aún existiendo cualquiera de estas causas, se debe configurar un marco jurídico robusto que garantice la protección de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos en su relación con la Administración pública, marco que ya ha comenzado a desarrollarse a partir de la normativa en materia de protección de datos, pero que resulta insuficiente y que demanda un régimen jurídico propio.

Finalmente, hay que mencionar que existen otros obstáculos a la implementación de la IA en las Administraciones públicas con fines de servicio público, tales como las inercias burocráticas que impiden la inclusión de innovaciones en el seno de la Administración[39], la deficiente, y fundamentalmente desigual, implementación de la Administración electrónica y de la interoperabilidad[40] como valor añadido (me atrevería a decir, imprescindible) de la misma que impide la creación de una base de datos común accesible y funcional que alimente el sistema de IA unido a reticencias por parte de determinados sectores sociales que consideran una exaltación de lo individual que no corresponde en este tipo de servicios[41].

4.2. Consideraciones jurídicas en torno a la incorporación de la IA en las Administraciones Públicas

Si nos centramos en analizar cuál es la previsión normativa o el alcance regulatorio existente en el momento actual en nuestro país, en lo que tiene que ver con la incorporación de la IA en el seno de las Administraciones públicas para cumplir con sus diversos cometidos, nos encontramos como precepto base el artículo 41 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP). Este artículo se refiere concretamente a las consideraciones técnico-formales que envuelven las actuaciones administrativas automatizadas; sin embargo, es patente que no aborda el contenido de fondo de los sistemas de

[38] *Vid.* AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (AEPD) (2020), p. 53.

[39] CAMPOS ACUÑA, M. C. (2019), p. 81.

[40] DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, J. L. (2019), pp. 95-114.

[41] COTINO HUESO, L. (2017), pp. 140-141.

IA y de la toma de decisiones automatizadas en base a sistemas, por ejemplo, de *machine learning* o *deep learning*. Así, este precepto señala que:

> *Artículo 41. Actuación administrativa automatizada.*
>
> *1. Se entiende por actuación administrativa automatizada, cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración Pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público.*
>
> *2. En caso de actuación administrativa automatizada deberá establecerse previamente el órgano u órganos competentes, según los casos, para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente. Asimismo, se indicará el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación.*

No obstante, es reseñable que en este caso se refiere a situaciones en las que no existe intervención humana en el proceso decisional, cuestión que, por otro lado, no es recomendable en la prestación de determinados servicios públicos. Aún así, este artículo nos da una idea de cómo debería realizarse la configuración a futuro del tema que nos ocupa, sobre todo en términos de garantías (art. 41.2 LRJSP). En este punto, existen algunos criterios aportados por la doctrina que aportan algo de luz entre el binomio discrecionalidad de la Administración para tomar ciertas decisiones y la toma de decisiones automatizadas[42].

Así mismo, también es importante abordar el régimen de responsabilidad al que se verían sometidas las Administraciones públicas por el uso de algoritmos, de sistemas de IA, en la gestión de los servicios públicos prestados. En este sentido, como es conocido, entraría en juego la responsabilidad patrimonial de la Administración, régimen jurídico que ampara las situaciones de perjuicio ocasionado a un administrado por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Hablamos de un tipo de responsabilidad objetiva y directa que

---

[42] MARTÍN DELGADO, I. (2009), p. 371. El autor señala que "la clave para la determinación del ámbito de aplicación de la actuación administrativa automatizada en relación con la cuestión de la discrecionalidad radica en el cumplimiento de dos presupuestos: de un lado, la inalterabilidad en la adopción de la decisión o, dicho en otras palabras, el manejo por parte del sistema de información de los mismos criterios utilizados por las personas físicas integrantes del órgano que tiene encomendada la competencia decisora; de otro, el respeto de todas y cada una de las garantías derivadas de los principios de legalidad, seguridad jurídica y defensa de los administrados. Siendo esto así, sólo cuando exista discrecionalidad política o discrecionalidad técnica no parametrizable le estará vedado a la Administración el uso de medios electrónicos en la adopción de su actuación administrativa sin intervención de persona humana. En definitiva, deberá ser la concreta norma reguladora del procedimiento, que es la encargada de habilitar la automatización de la actuación administrativa, la que delimite su ámbito de actuación en atención a los criterios que acaban de ser expuestos".

será asumida cuando se cumplan los criterios de causalidad y de antijuridicidad pertinentes, entre otras consideraciones, con la salvedad, no exenta de controversia en este punto, de que "el estado de la ciencia" no permitiera dilucidar de forma anticipada el daño que se iba a producir al administrado. Decimos que esta cuestión es controvertida porque, en el ámbito de los sistemas de IA, existe un efecto, el denominado "efecto caja negra", por el que llega un momento en el cual el propio diseñador desconoce las inferencias causales y los patrones que está desarrollando el sistema, ya que, como hemos mencionado, la "máquina" aprende de manera autónoma y evoluciona, generando nuevas asociaciones, lo que puede conllevar que se "desconozca" el estado de la técnica o de la cuestión, y que el creador argumente en ese sentido para eludir esta responsabilidad.

No obstante, existen mecanismos para intentar paliar esa deficiencia de "control" del sistema, tales como la rendición de cuentas constante, el control externo de los sistemas de IA a través de agencias independientes que realicen auditorías periódicas, y de la propia asunción de responsabilidades a través de las indemnizaciones que sean preceptivas, más allá de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, centrándose también en lo que corresponda en el ámbito civil.

En relación a este último punto, la Comisión publicó un Informe relativo a la seguridad en el uso de IA y al régimen de responsabilidad civil aparejado[43], que, junto a las consideraciones de orden interno, debe tenerse en cuenta para recurrir a una posible acción de regreso, una vez finalice el procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración, contra el contratista encargado de diseñar el sistema de IA que ha causado un perjuicio probado en los administrados (cuando sea un tercero el proveedor del mismo y no la propia Administración). No obstante, se deben tener presentes cuestiones de no menor calado, como es la existencia o no de personalidad jurídica del algoritmo[44], lo que daría pie a otro tipo de consideraciones, aún en proceso de estudio y determinación.

En otro orden de cosas, la trascendencia de la normativa en materia de protección de datos es indudable teniendo en cuenta la ingente cantidad de datos de carácter personal que las Administraciones deben manejar y poner a disposición del algoritmo para desarrollar un servicio público personalizado. En este punto debemos tener especialmente presente lo relativo a la elaboración de perfiles (art. 22 RGPD), los principios del tratamiento recogidos en el art. 5 RGPD, la licitud que le acompaña (art. 6 RGPD) y el art. 9 RGPD, que recoge el tratamiento específico de las categorías especiales de datos (como los datos que se pu-

[43] COMISIÓN EUROPEA. Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo. *Informe sobre las repercusiones en materia de seguridad y responsabilidad civil de la inteligencia artificial, el internet de las cosas y la robótica.* COM (2020) 64 final.

[44] *Vid.* FERNANDO PABLO, M. M. (2021), pp. 119-128.

dieran usar para gestionar la prestación de servicios sanitarios) que, con carácter general, está prohibido, salvo autorización expresa. Así mismo se debe realizar una evaluación de impacto cuando una decisión se base en la elaboración de perfiles, *ex* art. 35.3.a) y 36 RGPD y, si de la misma se determinara que existe un riesgo alto, es preceptiva la consulta con la autoridad de control pertinente en ese caso cuando se trate de datos relacionados con la salud pública o cuestiones de protección social (servicios sanitarios y sociales).

Así mismo, se deben tener presentes una serie de principios y garantías tales como la no discriminación en la toma de decisiones automatizadas, originada por sesgos incluidos inconscientemente en el diseño de los algoritmos, o que ellos mismos desarrollan (en esto es determinante la mala calidad de los datos), el respeto al principio de legalidad, la garantía de seguridad jurídica y el principio de transparencia que fomentará la confianza de la ciudadanía en las soluciones de IA aplicadas por la Administración pública[45].

Teniendo presentes estas notas características, sin perjuicio de la existencia de otras y de su tratamiento con mayor profundidad que focalizamos para próximos estudios sectoriales, podemos concluir que existen numerosos retos presentes y futuros en la implementación de la IA como herramienta de prestación de servicios públicos personalizados y proactivos, tales como disipar lo máximo posible la opacidad que envuelve a esta tecnología, configurar herramientas que nos permitan erradicar los sesgos de la IA, los retos que presenta la responsabilidad en la toma de decisiones, ser capaces de articular normativa flexible que se acompase a la evolución tecnológica pero que no ponga en riesgo la seguridad jurídica[46], etc.

Para ello, se plantean algunas soluciones tales como generan todo un cuerpo normativo partiendo de postulados éticos que orienten al actuación de los poderes públicos en este sentido, y también, ser capaces de aunar elementos técnicos con jurídicos, diseñar sistemas de IA que autorregulen su alcance o involucrar a los creadores en todas estas cuestiones a través de una suerte de autorregulación de la IA mediante códigos de conducta o herramientas similares[47].

---

[45] COMISIÓN EUROPEA. *Libro blanco sobre la Inteligencia Artificial. Un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza*. COM (2020) 65 final.

[46] CERRILLO I MARTINEZ. A. (2019).

[47] COMISIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano*, COM (2019) 168 final.

5. Conclusiones

En definitiva, la evolución conceptual y el encaje jurídico de la provisión de servicios de interés general, que de un modo simplificado, hemos nombrado a lo largo de este trabajo como "servicios públicos", nos ha llevado hasta el momento actual en el cual la provisión de los mismos se basa en un criterio de finalidad (satisfacer una misión de interés general considerada esencial para la consecución de la cohesión social y económica) con independencia de la titularidad o modalidad de gestión de los mismos, siendo el papel de las Administraciones públicas, en algunos casos más regulador que prestador, cuestión que se manifiesta a través de las técnicas de intervención jurídico-administrativas existentes.

No obstante, más allá de estas consideraciones en cuanto al modo de prestar y al régimen jurídico de los servicios de interés general, interesa especialmente conocer cómo se está produciendo un cambio de paradigma en virtud del cual, asemejándose a lo que ocurre en el sector privado, el administrado en este caso, demanda servicios cada vez más personalizados, eficientes, eficaces, inmediatos y adaptados a sus circunstancias particulares. Se ha producido una traslación, por el momento conceptual (con manifestaciones prácticas *in crescendo* pero aún residuales), del servicio público como provisión colectiva y homogénea a una provisión individualizada y heterogénea. Ello ha sido posible gracias a la minería de datos, la elaboración de perfiles y la toma de decisiones automatizadas que permite la IA, cuestión que suscita enormes interrogantes en cuanto a su inclusión en el funcionamiento ordinario del sector público en lo que a provisión de servicios se refiere, sobre todo en lo relativo a las garantías jurídicas y a la protección de los derechos y libertades de los administrados.

Bibliografía

a) Referenciada en el texto

CAMPOS ACUÑA, M. C.: "Inteligencia artificial e innovación en la Administración Pública: (in)necesarias regulaciones para la garantía del servicio público". *Revista vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. esp. 3, 2019, pp. 74-91.

CARLÓN RUIZ, M.: "Nuevas técnicas para nuevos tiempos: del servicio público al servicio universal" En MUÑOZ MACHADO, S., ESTEVE PARDO, J.: *Derecho de la regulación económica. I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel. Madrid, 2009, pp. 464-535.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A.: "El impacto de la inteligencia artificial en el derecho administrativo, ¿nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas? *Revista General de Derecho Administrativo,* núm. 50 (2019).

COTINO HUESO, L.: "Big data e inteligencia artificial. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales". *Dilemata,* núm. 24, 2017, pp. 131-150.

CUBERO MARCOS, J. I. (2011). Regulación, iniciativa pública económica y libre competencia: hacia un modelo sin inmunidades. *Revista de Administración Pública*, núm. 184, 2011, pp. 121-155.

DE LA QUADRA SALCEDO, T.: "Servicios de Interés General, misión pública, interés común y ayudas públicas a la extensión de banda ancha". *Noticias de la Unión Europea*, núm. 313, 2011.

DÍEZ-PICAZO, L. M.: "Los servicios de interés económico general en el ordenamiento comunitario" en MUÑOZ MACHADO, S., ESTEVE PARDO, J.: *Derecho de la regulación económica. I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel. Madrid, 2009, pp. 410-424.

DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, J. L.: "Interoperabilidad administrativa y protección de datos personales: claves para garantizar el derecho a una buena administración". *Tabula: revista de archivos de Castilla y León*, núm. 22, 2019, pp. 95-114.

FERNÁNDEZ FARRERES, G.: "El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo en la nueva economía". *Justicia Administrativa: Revista de derecho administrativo,* núm. 18, 2003, pp. 7-21.

FERNANDO PABLO, M. M.: "Inteligencia artificial y derecho administrativo: De la precaución a la garantía de los derechos", en TERRÓN SANTOS, D., DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, J. L. (Dirs.), TOMÉ DOMÍNGUEZ, P. M. (Coord.): *Inteligencia artificial y defensa. Nuevos horizontes*, Thomson Reuters Aranzadi. Pamplona, 2021, pp. 119-128.

MALARET I GARCÍA, E.: "Administración pública y regulación económica" en AA. VV., *La autonomía municipal. Administración y regulación económica. Títulos académicos y profesionales*, Thomson Reuters Aranzadi. Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (AEPDA).. Pamplona, 2007, pp. 127-160.

MARTÍN DELGADO, I: "Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada". *Revista de Administración Pública*, núm. 180, 2009, pp. 353-386.

MATÉS BARCO, J. M.: "Empresas, sociedad y servicios públicos: del Estado prestador al Estado regulador". *Revista Empresa y Humanismo,* núm. XI, 1, 2008, pp. 187-230.

MCCARTHY, J. MINSKY, M. L. ROCHESTER, N. SHANNON, C. E: *A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence*, 1955.

PEDRAZA CÓRDOBA, J.: *Competencia efectiva y servicios de interés económico general. El caso de las telecomunicaciones,* Tirant lo Blanch. Valencia, 2014.

QUESADA LUMBRERAS, J.: "Título III. Aspectos jurídico-administrativos" en CASTILLO BLANCO, F. (Dir.), VILA TIERNO, F. (coord..): *Público y privado en la gestión de servicios públicos: restructuración, externalización y reversión a la Administración*, INAP investiga. Madrid, 2019, pp. 53-107.

RAMIÓ, C: *Inteligencia artificial y Administración Pública. Robots y humanos compartiendo el servicio público*, Catarata. Madrid, 2019.

ROJAS, F. M., GÓMEZ SANTAMARÍA, C: "Funcionalidades de la minería de datos". *Revista Ingeniería y Región*, núm. 12, 2014, pp. 31-40.

ROLAND, L. *Prècis de Droit Administratif,* Dalloz, París, 11.ª ed., 1957.

SÁNCHEZ MORÓN, M.: "Capítulo XVIII. Actividades de servicio público y ayudas públicas". En M. SÁNCHEZ MORÓN: *Derecho administrativo: parte general,* Tecnos. Madrid, 2019, pp. 787-835.

SCHERER, M. U: "Regulating Artificial Intelligence Systems: Risk, Challenges, Competencies and Strategies". *Harvard Journal of Law and Technology*, vol. 29, núm. 2 Spring, 2016, pp. 354-398.

SOLAR CAYÓN, J. I.: *La Inteligencia Artificial Jurídica. El impacto de la innovación tecnológica en la práctica del Derecho y el mercado de servicios jurídicos,* Thomson Reuters-Aranzadi. Pamplona, 2019, pp. 21-34.

TOMÉ DOMÍNGUEZ, P. M.: "Acceso a internet como servicio esencial en zonas rurales: retos y nuevas técnicas de intervención administrativa en la provisión de Servicios de Interés Económico Genera (SIEG)" en AA. VV: *Economía, Empresa y Justicia. Nuevos retos para el futuro*, Dykinson. Madrid, 2021.

TOMÉ DOMÍNGUEZ, P. M: "Capítulo XVI. Servicios de Interés General (SIG) en el Medio Rural: condición necesaria pero insuficiente para paliar la despoblación" en FERNANDO PABLO, M., DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, J. L. (Dirs.): *Rural Renaissance: derecho y medio rural*, Thomson Reuters Aranzadi. Pamplona, 2020, pp. 341-364.

TORNOS MAS, J.: "El concepto de servicio público a la luz del derecho comunitario". Revista de Administración Pública, núm. 200, 2016, pp. 193-211.

VALERO TORRIJOS, J: "El acceso y la reutilización de la información del sector público desde la perspectiva de la reforma de la administración electrónica" en MARTÍN DELGADO, I. (Dir.): *La reforma de la Administración electrónica: Una oportunidad para la innovación desde el Derecho*, 2017, pp. 443-458.

-"Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración". *Revista catalana de dret públic*, núm. 58, 2019, pp. 82-96.

VELASCO RICO, C. I.: "Personalización, proactividad e inteligencia artificial. ¿Un nuevo paradigma para la prestación electrónica de servicios públicos? *IDP: Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 30, 2020.

b) Otra bibliografía de interés

CERRILLO I MARTINEZ, A.: Com obrir les caixes negres de les administracions públiques? Transparència i rendició de comptes en l'ús dels algoritmes". *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 58, 2019, pp. 13-28.

-"La protección de datos como freno de la personalización de los servicios públicos". *CLAD XXIV.* Buenos Aires, 2019.

-"El derecho para una inteligencia artificial centrada en el ser humano y al servicio de las instituciones". *IDP Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 30, 2020, pp. 1-6.

COSCULLELA MONTANER, L., LÓPEZ BENÍTEZ, M.: "Derecho Público Económico" en L. COSCULLELA MONTANER, L., LÓPEZ BENÍTEZ, M.: *Derecho público económico*, Iustel. Madrid, 2008, pp. 23-32.

CUTLER, T., WAINE, B., BREHONY, K: "A new epoch of indivualization? Problems with the "personalization" of public sector services". *Public Administration*, vol. 85, núm. 3, 2007, pp. 847–855.

LAGUNA DE PAZ, J. C.: "El servicio universal" en DE LA QUADRA-SALCEDO, T.: *Derecho de la regulación económica. IV. Telecomunicaciones*, Iustel. Madrid, 2009, pp. 389-431.

MARTÍ DEL MORAL, A., & DE LA TORRE MARTÍNEZ, L.: "Las obligaciones de servicio público" en DE LA QUADRA-SALCEDO, T: *Derecho de la regulación económica. IV. Telecomunicaciones*, Iustel. Madrid, 2009, pp. 355-387.

MILLS, M.: *Artificial Intelligence in Law: The State of Play 2016,* Thomson Reuters Legal Executive Institute. 2016.

A ATIVIDADE FUNCIONAL DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA E A SUA EVOLUÇÃO FACE À INDÚSTRIA 4.0 E À INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Luís Manuel Pica[1]

RESUMO: A utilização dos dados pessoais constitui um dogma cada vez mais alicerçado nos vários estratos da vida social, assumindo o tratamento destes uma nova centralidade no devir das novas necessidades que se apresentam na sociedade. Mostrando-se como o alavancar das novas formas de gestão industrial, a *bigdata,* o recurso aos sistemas *cloud* e a análise dos dados armazenados nestas bases de dados e aliada à internet das coisas permite uma gestão quase perfeita na concretização do desiderato da premissa custo-benefício, permitindo aos agentes económicos obter grandes benefícios para a gestão da sua atividade.

De entre a análise para obtenção dos maiores benefícios possíveis não se pode negligenciar a gestão das obrigações fiscais inerentes à atividade dos agentes económicos. Assumindo-se estas como um fator muitas das vezes decisivo na tomada de decisões dos agentes económicos, será de todo idóneo que a gestão e o planeamento fiscal, realizados com recurso ao tratamento dos dados pessoais e da sua análise pela inteligência artificial na obtenção de novos métodos para obtenção de benefícios, sejam feitas com vista a concretizar a premissa do menor custo e maior ganho para este. Contudo, não poderá o legislador ser imune ao devir da sociedade, negligenciado os agentes tributários de ferramentas que permitam um combate assertivo a estas novas possibilidades que permitem a realização de planeamentos e esquemas que se mostram altamente complexos e

[1] Investigador Integrado Não Doutorado no JusGov – Centro de Investigação e Governança da Escola de Direito da Universidade do Minho. Doutorando em Ciências Jurídicas-Públicas na Escola de Direito da Universidade do Minho. Assistente convidado no Instituto Politécnico de Beja.

que são realizados quase de forma automatizada pela inteligência artificial com base nos dados armazenados em grandes bases de dados que os agentes económicos têm ao seu dispor.

PALAVRAS-CHAVE: Dados Pessoais; Definição Perfis; Obrigados Tributários; Gestão Sistema Fiscal; Inteligência Artificial

SUMÁRIO: 1. A Inteligência Artificial e a sua implementação no sistema tributário; 2. A análise de risco e de criação de perfis em matéria tributária; 3. As redes sociais e o recurso à inteligência artificial na atividade funcional da administração tributária; 4. A posição dos contribuintes face à indústria 4.0 e a sua adoção pelo direito tributário.

ABSTRACT: The use of personal data is a resource based on the various rooted of social life, assuming the treatment of these a new centrality in the future of the new necessities that are presented in society. Being how the leverage of new forms of industrial management, bigdata, the use of cloud systems and the analysis of data stored in these databases and allied to the "Internet of Things" allows an almost perfect management in the realization of the desiderate of the cost-benefit, allowing economic agents to obtain great benefits for the management of their activity.

Among the analysis to obtain the greatest possible benefits, the management of tax obligations inherent to the activity of economic agents cannot be forgotten. Assuming these as a decision factor of economic agents, it will be appropriate that the management and tax planning, carried out using the processing of personal data and their analysis by artificial intelligence in obtaining new methods for obtaining benefits, is made as a means of realizing the premise of the lowest cost and greater gain for this. However, the legislator cannot be immune to the future of society, forgotten the tax agents of tools that allow an assertive fight against these new possibilities that allow the realization of planning and schemes that are highly complex and that are carried out almost in an automated way by artificial intelligence based on the data stored in large databases that economic agents have at their disposal. It will be necessary that the law evolves with the future of society and instruments are implemented to fill the gaps in conventional instruments.

KEYWORDS: Personal Data; Profiling; Taxpayer's; Tax System; Intelligence Artificial

SUMMARY: 1. Artificial Intelligence and this implementation in the tax system; 2. Risk analysis and the creation of tax profiles; 3. Social networks and the use of artificial intelligence in the functional activity of the tax administration; 4. Rights of taxpayers in the industry 4.0 and its adoption by tax law.

1. A Inteligência Artificial e a sua implementação no sistema tributário

O advento da indústria 4.0 e da inteligência artificial suscitaram um conjunto de premissas que inegavelmente advêm da sua implementação nos vários sistemas tributários, as quais assentam numa conceção teleológica dos objetivos estratégicos da Administração Tributária e os quais oscilam com vista ao fomento do cumprimento das obrigações tributárias por parte dos contribuintes e na luta contra a evasão e fraude fiscal[2]. Uma melhora no cumprimento íntegro das obrigações tributárias de cada um dos obrigados tributários deve obter-se por via de uma panóplia variada de tarefas essenciais dos funcionários dos serviços tributários competentes, designadamente a investigação e comprovação da evasão e fraude fiscal, mas também auxílio no entendimento e cumprimento das obrigações a que os contribuintes estão adstritos. Falamos de situações patológicas, mas, também, em situações *ex ante* em que os obrigados tributários, em virtude da complexidade das obrigações e da obscuridade que as normas tributárias têm, se mostram impedidos ou dificultados a cumprir as obrigações que sobre eles impendem. A massificação das obrigações tributárias e as consequentes e ulteriores tramitações subsequentes trazem subjacente a necessidade de realizar uma análise exaustiva aos resultados das atuações de controlo dos efeitos que estes induzem no comportamento fiscal dos contribuintes, de modo a concretizar que o ideal de regularização das obrigações tributárias se converta numa ferramenta adicional no momento de conseguir uma melhora no cumprimento voluntário das mesmas.

A digitalização da sociedade no seu conjunto e da atividade económica em concreto produzem uma importante modificação na forma de organização do setor empresarial e das grandes organizações, nomeadamente num contexto económico e funcional. Veja-se que o exponencial deste fenómeno adveio dos fenómenos da globalização e da abertura dos mercados, enfatizados com a chegada das novas tecnologias que permitiram encurtar quase ao instante as relações comerciais estabelecidas entre os vários agentes económicos. Os benefícios derivados e que se mostraram inegáveis num plano económico traz subjacente problemáticas de diversa índole que não podem ser negligenciadas num plano social e, também, jurídico[3].

A fim de dar resposta a estas novas necessidades, os órgãos tributários tiveram a necessidade de se reinventar e de implementar novos mecanismos que lhes permitam a obtenção de informação estruturados e vocacionados para a facilitação da deteção de situações de incumprimento e para a supervisão e contro-

[2] PICA, Luís Manuel (2020), pp.17 e s.

[3] HOLMES, D. (2017).

lo dos atos em matéria tributária referentes aos impostos que compreende o seu sistema tributário. A obtenção de informação, a sistematização e análise da mesma, a execução de atividades concretas ou o impulso da cooperação nacional e internacional para atuar sobre este mundo digital em constante desenvolvimento e processo de evolução mostram uma necessidade que não pode aqui ser negligenciada. É neste contexto que as novas tecnologias instrumentalizam, também, uma importante ferramenta na gestão nos vários domínios sociais, entre elas em matéria de gestão do sistema fiscal, revelando um importante meio funcional, quer dos contribuintes e demais obrigados tributários e, também, dos próprios agentes e funcionários dos serviços tributários competentes[4]. A importância dos instrumentos aludidos, como se referiu *supra,* é compreendida num quadro de necessidade imprescindível, de tal forma que as leis gerais tributárias dos vários ordenamentos jurídicos consagraram diversas normas jurídicas que regulam a utilização das novas tecnologias no plano fiscal. Como refere o CENTRE FOR PUBLIC IMPACT[5] na sua obra sobre os impactos da inteligência artificial nos sistemas fiscais atuais, "*many tax agencies are exploring the use of advanced analytics and AI to meet their two main public functions in the 21st century. The first is to manage tax compliance in order to detect and prevent illegal behaviour; the second is to provide services and education to taxpayers to help them comply more easily*".

Consequentemente, a criação de rácios e padrões, que permitam uma análise setorial direcionada para os contribuintes que apresentem discrepâncias evidentes entre a sua capacidade económica calculada e a que derive de uma série histórica dos seus rendimentos e manifestações de riqueza, permitirá um controlo mais assertivo sobre a atividade destes contribuintes. As criações de indicadores de risco oferecem aos órgãos tributários um controlo mais abrangente, tanto num fomento do cumprimento das obrigações tributárias, como a nível de supervisão e controlo sobre a verdadeira capacidade contributiva das mesmas face ao declarado[6]. É neste campo que a *bigdata* e a inteligência artificial se insurgem como verdadeiros instrumentos capitais na gestão desta análise de dados e na atuação automática que intervém na prática de atos massificados que se mostrem convenientes aos fins pretendidos, conseguindo uma atuação célere e eficiente face aos desideratos pretendidos e aos resultados que se pretendem atingir. Assim, sempre que os sistemas de inteligência verifiquem indícios de incumprimento que apresentem uma claridade evidente, será de todo idóneo que a mesma atue em conformidade com o adequado, contra restando os efeitos nocivos advindos do incumprimento ou das omissões praticadas.

---

[4] OECD (2016); OECD (2016)[2]; OECD (2019).

[5] BGC FOUNDATION (2018), p. 2.

[6] KATAL WAZID E GOUDAR (2013), p. 404.

No contexto apresentado, a compreensão da análise de riscos associada à *bigdata e ao social analytics* irão procurar uma atuação prioritária num conjunto de tarefas que permitirão uma variação positiva em setores estratégicos no combate à evasão e fraude fiscal, nomeadamente:

1 Fontes de informação e avanços tecnológicos vocacionados à análise de riscos, os quais estão na base de qualquer processo de seleção de contribuintes. Para este efeito serão necessários processos de planificação que atuem sobre distintas fontes de informação, tanto de natureza interna como internacional, de modo a facilitar estrategicamente os modelos de seleção dos dados obtidos pelos serviços tributários competentes. No âmbito internacional ganham uma importância acrescida, face ao novo standard internacional de intercâmbio de informação impulsionado pelo Fórum Global de Transparência em matéria de informação tributária, os modelos de intercâmbio de informação tributária automáticos, permitindo desenvolver importantes trabalhos de análise e otimização da informação tributária obtida, de modo a garantir uma maior transparência que se pretende que se converta numa realidade e que consequentemente leve a uma maior dificuldade na ocultação de ativos e riqueza, de modo a garantir a correta tributação e declaração das riquezas existentes e precedentes de diferentes ativos financeiros situados no exterior.

2 A informação recebida pela Administração Tributária tem vindo a ser paulatinamente incrementada devido à apresentação do denominado "*country-for-country*", de modo a evitar a erosão das bases tributáveis e da transferência dos benefícios (BEPS) para Estados, países ou territórios fiscalmente mais favoráveis. Também os modelos implementados pela Diretiva 2016/881 do Conselho, de 25 de maio de 2016, cujo enfoque esteve direcionado para as grandes multinacionais, recolhe um grande número de atividades quanto aos territórios em que estas operam. Com base nestes dados é possível a criação de perfis e de sistemas de deteção de riscos que sistematizam e delimitam os riscos e permitem um melhor seguimento destas atividades de risco[7]. Os controlos dos tributos internos através de sistemas automatizados de análise de riscos em matéria de preços de transferência baseado em todo um conjunto de informações disponíveis sobre operações vinculadas com que atualmente conta a Administração Tributária, fazendo uso efetivo dos dados e informações à disposição dos meios inspetivos como consequência do projeto BEPS, tanto no âmbito da OCDE como da União Europeia, entre os quais se destacam os procedimentos de intercâmbio de informação automático de informação sobre diversos factos.

[7] COSTA, Inês da Silva (2021), p. 42; MAVRIKI, Paola; KARYDA, Maria (2018), pp. 3 e s.

3 a) Controlo em matéria de concessão e manutenção de benefícios fiscais, permitindo comprovar os pedidos de concessão de isenção ou benefícios fiscais, bem como a sua manutenção. Procura-se, assim, proceder a uma intensificação das atuações de controlo tendentes a comprovar o adequado cumprimento dos requisitos específicos previstos para a correta aplicação do regime fiscal especial que concede estes benefícios e isenções. b) Controlo nas atuações dos contribuintes e na análise da informação, pois a atividade económica manifesta-se nos últimos anos num ambiente em constante evolução, merecendo os modelos de negócio de análise por parte da Administração Tributária, não podendo negligenciar a atividade daqueles que apresentam maior perfil de risco tributário. Mostra-se axiomático a necessidade de consolidar as diferentes vias de obtenção de informação que permitam dispor de informações sobre os montantes, a natureza e a identificação das partes que se encontram envolvidas na relação comercial num conjunto alargado da atividade económica. Os dados requeridos mostram-se assim necessário para que a Administração Tributária realize um controlo exaustivo da correta tributação destes negócios, evitando condutas lesivas de evasão e fraude fiscal.

A integração de critérios delimitativos e de diretrizes interventivas que delimitam a atuação dos serviços tributários para sequenciar uma linha de atuação lógica e procurando sacar a máxima eficiência a estes instrumentos permite a racionalização da utilização da inteligência artificial e do tratamento massificado de dados tributários, revelando uma migração para uma atividade eminentemente dependente dos dados pessoais e do recurso aos meios informáticos e automatizados.

Porém, é neste denominador comum, a análise de grande volume de informações e o tratamento automatizados de dados, que reside a problemática associada ao equilíbrio entre a forma de obtenção e o tratamento dos dados tributários, e consequentemente a criação de perfis e de áreas de risco, e a posição jurídica dos obrigados tributários face à atuação dos órgãos tributários competentes.

2. A análise de risco e de criação de perfis em matéria tributária

A análise de riscos em matéria tributária compreende uma atividade que procura teleologicamente a mitigação dos efeitos negativos que podem advir de uma utilização abusiva e indesejada – ou até mesmo fraudulenta – do sistema fiscal em que o obrigado tributário se insere, procurando-se encontrar previamente a atuação de potenciais contribuintes que putativamente terão uma pre-

ponderância para a prática de atos evasivos em matéria tributária. Neste sentido, veja-se que a OCDE[8] assumiu expressamente que "*tax risk assessment is a key element of modern tax administration. Risk assessment tools allow tax authorities to identify indicators that suggest particular taxpayers or arrangements may pose an increased risk to their jurisdiction, where further compliance activity may be required, or a reduced risk, which may mean less compliance activity, or more targeted compliance activity, is possible. This should facilitate improvements in the allocation of limited resources to the areas of greatest risk, while at the same time giving a tax authority an indication of where economic activity has been taxed correctly, reducing the burden on lower-risk taxpayers*".A análise de riscos e a criação de perfis detalhados dos contribuintes têm vindo a ser uma prática adotada pelos vários Estados na busca incessante pela melhor obtenção de receita fiscal e, indiretamente, pela concretização das finalidades tributárias a que estão adstritos, conseguindo, assim, uma busca eficiente da verdade material subjacente à relação jurídica tributária. Desenvolvendo a importância que a análise de riscos e, portanto, a definição de perfis compreende na gestão dos vários sistemas fiscais, a OCDE veio no seu paper sobre Risk Management afirmar que a gestão de risco é essencial para lograr o objetivo de combater as várias formas de fuga e evasão às obrigações tributárias, sendo que esta gestão de risco envolve uma avaliação do risco que compreende duas fases distintas[9]:

> Primeira fase (avaliação de risco ou *Risk Assessment*): compreende a identificação de contribuintes com vista à criação de um perfil individualizado de cada um deles, de forma detalhada, e que compreende um conjunto de informações cujo desiderato procura o combate aos atos praticados por este e que tem como objetivo final a sonegação de receita fiscal para o Estado;
>
> Segunda fase (armazenamento dos dados e dos perfis criados ou *Risk-led resource allocation*): compreende o armazenamento dos dados e dos perfis criados de cada um dos contribuintes, bem como a consequente criação de instrumentos de mitigação que sejam adotados das sequências para que sejam praticadas e tomadas as decisões baseadas no tratamento dos dados e dos perfis criados.

Com a criação de perfis e a análise de potenciais atividades de risco praticadas pelos obrigados tributários, será possível fornecer um contexto ideal para que a inteligência artificial venha tomar as decisões, segundo a alocação de recursos (incluindo decisões de se concentrar menos em áreas que apresentam risco baixo ou insignificante), de modo a identificar e levar à atenção do órgão legislativo pertinente, as áreas onde a lei não está abstratamente e objetivamente

[8] OECD (2017), p. 15.

[9] OECD (2007), p. 2.

a atuar de forma satisfatória e desejada, ou está produzindo custos de conformidade inaceitavelmente altos e, ainda, apoiado por perfis de risco específicos, reunir as evidências para fazer um caso para recursos adicionais ou financiamento do governo[10]. Veja-se que países como o Chile, Brasil, Países Baixos, Espanha, Austrália ou a Índia, têm vindo a implementar, ainda que adotando mecanismos e instrumentos de recolha e tratamento distintos, diversos meios de recolha e tratamento de dados que procuram a identificação de potenciais zonas de risco e o seguimento de potenciais contribuintes que sejam identificados como constituindo um risco significativo no incumprimento das suas obrigações tributárias[11].

Contudo, não podemos deixar de referir as grandes potencialidades que advêm da implementação destes sistemas de tratamento massificado de dados e consequente criação de perfis de risco, pois quer numa ótica puramente funcional, como numa ótica subjetivista, estes instrumentos revelam um conjunto variado de benefícios. No que diz respeito à perspetiva subjetivista dos próprios contribuintes, pode-se referir que os benefícios identificados - para além dos existentes e não identificados - vão desde a concentração da atividade funcional dos órgãos tributários para aqueles contribuintes com maior potencial de risco, excluindo da alçada de atuação de vigilância aqueles contribuintes que apresentem uma taxa de risco mais baixa; e ainda a colaboração por parte dos obrigados tributários na criação dos seus perfis e de terceiros, permitirá ajudará a mitigar possíveis efeitos negativos advindos da criação incorreta e imutável sobre determinada pessoa, evitando possíveis atos lesivos para os visados, designadamente inspeções e aplicação de medidas e a consequente prática de atos que derivem de um perfil incorreto e inexato, criando, assim, um perfil mais adequado e assertivo. Como refere a OCDE[12], "*in all cases, tax risk assessment can be a dynamic process, which is flexible to the level of tax risk identified. Where it appears clear at an early stage that the level of potential tax risk posed by a taxpayer is low, a decision may be made at that time that no further assessment or compliance action is required. Where such a decision cannot be reached, further analysis and enquiries may be conducted in order to determine the most appropriate next steps*".

Do referido, é possível um dimensionamento subjetivo que consagra uma variação algébrica e que consequentemente determinará que os perfis criados tenham dimensões distintas e de acordo com o próprio perfil do contribuinte. A título meramente exemplificativo, será fácil conceber que um perfil de um contribuinte cuja única fonte de riqueza tributável é o seu salário, não terá a dimensão de um contribuinte que atua a nível multinacional, com interação num

[10] SCARCELLA, L. (2019), p. 2

[11] LAVERMICOCCA, C. (2011), p. 90.

[12] OECD (2017), p. 15.

número variado de jurisdições e com recursos a um variado número de instrumentos que passam por países, estados ou territórios fiscalmente mais variáveis e que adotam formas jurídicas distintas com aproveitamento fiscal de todos esses instrumentos que o direito põe à sua disposição. Foi nesta senda dogmática, que a OCDE veio identificar uma variabilidade dimensional que permitem uma gestão da avaliação de risco, indo de acordo com as necessidades que cada um dos contribuintes oferece[13]. Encontramos, assim, tipos de perfis que se podem dividir em índices de padrões de natureza subjetivista e de natureza objetivista:

- *Contribuintes com altas estruturas comerciais e fiscais*: compreende, subjetivamente, um conjunto de contribuintes cuja extensa atividade de negócios e o grande número de questões fiscais que lhe estão associadas, representam um risco fiscal potencial, merecendo uma especial atenção por parte dos órgãos fiscais na supervisão dos atos tributários que devam ser praticados por este conjunto de contribuintes;
- *Contribuintes com baixa qualidade para o processo de gestão tributária*: compreende, subjetivamente, um conjunto de contribuintes que, ainda que tenham uma pequena importância ou atividade relevante para efeitos fiscais, não têm uma estrutura adequada que lhes permita uma adequada prática das obrigações tributárias a que estão adstritos, merecendo, por isso, uma especial atenção face aos padrões existentes;
- *Comportamentos adotados pelos contribuintes*: diz respeito às escolhas feitas por cada obrigado tributário, eventualmente quanto a declarações tributárias, falta de cooperação em eventuais atos que lhe sejam solicitados, bem como o eventual incumprimento de obrigações tributárias. Falamos de um critério dimensional de natureza objetiva e que diz respeito aos atos praticados pelos contribuintes, os quais determinam que, em maior ou menos medida, irão determinar um perfil mais ou menos prejudicial perante as obrigações tributárias a que está adstrito;
- *Contribuintes e o seu acordo perante a lei*: este critério delimita motivos psicológicos e sociológicos que advêm do desacordo dos contribuintes relativamente aos órgãos tributários, aos órgãos políticos e à gestão dos dinheiros públicos e à sua redistribuição, sendo que um maior descontentamento irá gerar um aumento significativo do risco de incumprimento das obrigações tributárias.

É importante, por último, ressalvar que a gestão de risco e a criação de perfis dos obrigados tributários assenta numa relação causal complexa, pois numa relação jurídica constituída sob a égide de um sistema fiscal de natureza

[13] OECD (2007), pp. 4-5.

eminentemente privatizado[14], a sua classificação quanto aos elementos subjetivos não pode ser entendida como resumida ao binómio sujeito ativo e sujeito passivo, compreendendo-se no seu espetro funcional como uma relação de natureza triangular, ou mesmo multipolar, no qual intervêm um conjunto variado de sujeitos[15]. Por este motivo, tanto os consultores fiscais e os intermediários, designadamente as entidades financeiras e bancárias, acabam por se revelar como sujeitos passivos que intervêm com uma importante conotação na criação de perfis de na análise de atividades de risco.

Neste sentido, alguns órgãos fiscais, nomeadamente no ordenamento jurídico anglo-saxónico, têm procurado uma relação de cooperação o mais ampla possível com os consultores fiscais, procurando uma importante e estreita colaboração, a fim de estes darem uma melhor e estreita orientação aos seus clientes, indo de encontro às interpretações dos serviços fiscais, bem como, inversamente, permitindo a obtenção de dados e informações que permitam aos órgãos competentes a criação de perfis e a criação de atividades de risco. Procurando dotar os serviços competentes de informação, também a partir de 2012 têm vindo a ser fomentadas a transmissão automática de informações em matéria tributária, nomeadamente por via dos *Foreign Account Tax Compliance Act*[16] e das várias diretivas europeias que têm vindo a ser aprovadas e cujo desiderato nuclear reside na implementação de medidas análogas de intercâmbio automático de informação tributária[17].

A complexidade subjetiva sob a qual se desenvolve esta atuação funcional dos órgãos tributários, e que vem merecendo especial destaque pelos seus claros benefícios em matéria funcional e teleológica destes, acautela, contudo, a forma como a mesma deve ser implementada num ecossistema regulatório baseado em critérios dogmáticos que se afiguram como importantes alicerces dos Estados modernos, designadamente os primados do princípio da dignidade da pessoa humana enquanto expressão de um quadro de Estado de Direito Democrático que deve ser respeitado pelo Estado e pelos órgãos administrativos.

---

[14] SILVA, Hugo Flores da (2014), pp. 23 e s.

[15] ROCHA, Joaquim Freitas da; SILVA, Hugo Flores da (2019), p. 35.

[16] BLANK, D.; MASON, R. (2014), p. 1245.

[17] SORIANO, Alberto Gil (2012), pp. 43 e s.

3. As redes sociais e o recurso à inteligência artificial na atividade funcional da administração tributária

O tratamento massificado de dados tributários constitui, conjuntamente com o recurso à inteligência artificial, um dos novos instrumentos que permitem uma restruturação da atividade funcional da Administração Fiscal.

Colocadas as questões *decidendas,* deve o Estado providenciar por novas abordagens que permitam a concretização das normas materiais associadas às manifestações de riqueza. Veja-se que não ignoramos, nem fraquejam, questões de índole jurídica substantiva, designadamente quanto à modelação das relações jurídicas tributárias estabelecidas entre o Estado e os contribuintes, mas sim quanto às próprias normas de habilitação que permitem a atuação jurídica funcional da Administração Tributária para simultaneamente prosseguirem fins formais e materiais, em função da necessidade de premência de resposta face às ameaças advindas do forte contexto económico complexificado e muitas vezes opaco.

A *data analytics* pressupõe aqui uma importante solução em tempos de evolução tecnológica que torna os dados pessoais e a inteligência artificial alimentada por estes um instrumento de inegável importância. Veja-se que, em vários contextos, a possibilidade de recolha e tratamento dos dados dos contribuintes permite a identificação tempestiva de situações de incumprimento de obrigações tributárias, bem como a criação de perfis de risco que permite controlar com maior eficiência setores concretos da economia que se mostram tendencialmente mais propícios a eventuais situações de evasão e fraude fiscais. Também os mecanismos automatizados com recurso a estes dados conseguem atuar funcionalmente, seja pela *unidade* ou mesmo pela *pluralidade,* contra eventuais práticas ilícitas e desconformes aos princípios estruturantes do Estado de Direito[18].

Dito isto, convém ressalvar que o Estado deve selecionar estrategicamente os instrumentos e os meios pelo quais deverá obter a informação considerada relevante para efeitos tributários, sob pena de atuar desproporcionadamente na instituição de medidas consideradas lesivas para a esfera jurídica dos contribuintes. É nesta senda dogmática que o legislador encontrou, como apoio de trabalho para a obtenção de informação, uma das maiores bases de dados sobre os sujeitos, como são os meios sociais e designadamente as redes sociais[19]. Podemos, pois, com propriedade afiançar que as redes sociais constituem verdadeiras plataformas online que permitem aos seus usuários gerar um perfil no qual podem partilhar informações e dados pessoais sobre si mesmo ou sobre terceiros, assim

[18] NOVAIS, Jorge Reis (2021), pp. 23 e s.

[19] RIBEIRO, João Sérgio; CARRERO, José Calderón (2019), p. 29-37.

como interatuar de forma espontânea com outros usuários a fim de comunicar e partilhar interesses convergentes e comuns. Redes como o *Facebook, Youtube, WhatsApp, Twitter, Instagram,* ou *LinkedIn* acabam por se revelar verdadeiros bancos de dados que se erguem como uma importante fonte de informação cujo potencial é incalculável, pois poderá servir para um conjunto de interesses, nomeadamente interesses de natureza tributária. É nesta necessidade por parte dos Estados e na disponibilidade que marcam estas grandes redes sociais enquanto banco de dados e informações que convergem os interesses que devem legitimar o acesso para fins de natureza diversa.

Face ao exposto, vários sistemas tributários com o intuito de racionalizar a atividade dos seus órgãos administrativos tributários têm vindo a implementar verdadeiros sistemas baseados em *bigdata* que procuram o controlo de possíveis situações de evasão e fraude fiscal. O recurso às bases de dados das redes sociais permite um controlo sobre vários setores da economia, designadamente naqueles onde existam uma preponderância para o incumprimento das obrigações tributárias a que os obrigados tributários estão adstritos. Para isto, podem os agentes e funcionários da Administração Tributária coletar dados e informações existentes nas redes sociais, nomeadamente através da habilitação que aqueles passam a ter quanto às informações que os sujeitos publiquem nas redes sociais e que sejam de acesso livre. Deste modo, consegue-se averiguar se efetivamente existe conformidade com as declarações submetidas e o que realmente expõem das suas vidas nas redes sociais. Num contexto prático, pode-se pensar que se um sujeito expõe na sua rede social numerosas informações (gráficas ou textuais) em que demonstra uma vida luxuosa sem declarar meios suficientes para os ter, poderá significar a admissibilidade da existência de discrepância entre a riqueza demonstrada e a declarada. Também em matéria de determinação de domicílio poderá a informação mostrar-se valiosa para determinação da localização das riquezas demonstradas e que devam ser objeto de tributação.

Com o desiderato de implementar um novo sistema tecnológico, têm vindo a ser introduzidos importantes projetos orientados à deteção de atos de evasão e fraude fiscal por parte de agentes económicos. Contudo, é uma implementação que deve mostrar um conjunto de pressupostos e de etapas para uma efetivação correta e concreta do tratamento dos dados coletados e da sua aplicação aos factos concretos que se pretendem concretizar.

Em primeiro lugar, devem ser identificadas quais as bases de dados sociais que se configuram como obtendo os dados mais fiáveis e aqueles cuja exatidão se mostram necessários à finalidade pretendida pelos órgãos tributários. Veja-se que se falamos em dados relativos a questões filosóficas, políticas ou mesmo de saúde, os mesmos, ainda atingindo uma natureza de dados sensíveis, não se mostram relevantes (em primeira análise) aos fins tributários prosseguidos pelos serviços tributários. Pelo contrário, se falarmos de dados pessoais alojados em

bases de dados como Youtube, Facebook, Instagram ou mesmo páginas como *Only Fans,* será possível vislumbrar manifestações de riqueza, ainda que de forma direta ou indireta. Assim, a primeira fase consiste na identificação das bases de dados e dos dados que realmente se revelam necessários face aos desideratos prosseguidos, procurando-se uma tarefa de prognose prévia que pretende a identificação dos dados e a sua coleta para posterior tratamento comparativamente à finalidade que se pretende concretizar, *in casu* a busca da verdade material em matéria tributária.

Em segundo lugar, realizada a identificação de quais as bases de dados em que se pretende coletar os dados pessoais dos contribuintes, procurar-se-á uma identificação geral e objetiva dos critérios que irão selecionar os contribuintes, não podendo, aqui, existir uma atuação discricionária, discriminatória ou atentatória de princípios fundamentais como o princípio da igualdade, da dignidade da pessoa humana ou da proporcionalidade. Muitas das vezes, o recurso a estes instrumentos carece da utilização da inteligência artificial e dos sistemas de informação e comunicação existentes, pois estes permitem um tratamento maximizado de dados e informações de forma quase instantânea, não sendo possível pelos recursos humanos que a Administração Tributária possui o tratamento e a realização desta tarefa em tempo útil, ou pelo menos sem descurar outras tarefas tão ou mais importantes que esta. Deste modo, requer-se que os sistemas inteligentes que selecionam as bases de dados, os dados a coletar e a seleção dos contribuintes sejam programados com algoritmos que permitam dar cumprimento aos primados da boa-fé, da igualdade, da dignidade da pessoa humana e do respeito pela proporcionalidade, sob pena de ilicitude do procedimento.

Em terceiro lugar e realizado todo o planeamento sob a recolha dos dados pessoais dos obrigados tributários, deverá dar-se concretização às tarefas *supra* aludidas de modo a obter a informação necessária e dar-lhe o tratamento que se mostre adequado aos desideratos pretendidos. Assim, nesta fase se mostrará necessário a recolha dos dados pessoais pretendidos a fim de os mesmos serem armazenados nas bases de dados que as administrações possuam, a fim de lhe dar um posterior tratamento.

Em quarto lugar, os dados coletados e que se encontram armazenados irão ser objeto de tratamento por parte dos órgãos competentes, podendo servir para constituição de perfis de setores de risco ou atividades cuja aptidão possa ser tendencialmente vocacionada para a prática de atos de evasão e fraude fiscal, bem como a criação de perfis vocacionados para determinada classe de contribuintes cuja aptidão seja idêntica. Porém, podem servir, ainda, para detetar possíveis sistemas artificiosos criados por contribuintes ou especialistas que visem unicamente o diferimento ou desoneração da obrigação tributária devida[20].

[20] SANCHES, José Saldanha (2007).

Em quinto e último lugar, com base no tratamento dos dados pessoais coletados e armazenados, irão ser praticados os atos subsequentes que irão permitir a mitigação das situações patológicas da relação jurídica tributária, corrigindo a situação tributária como se nunca tivesse existido qualquer incumprimento por parte dos obrigados tributários. É nesta fase, como se referiu *supra,* que a implementação da inteligência artificial e do tratamento automatizado dos dados permitirá dar execução aos atos que se considerem necessários à concretização dos desideratos a prosseguir pelos serviços tributários competentes.

Procurar-se-á adotar as medidas consideradas necessárias e adequadas para dar respostas aos mecanismos de evasão e fraude fiscal, de modo a atuar em conformidade com os primados de busca da verdade material e tributação conforme a capacidade contributiva demonstrada e que mereça a atenção por parte das normas jurídico-tributárias. Deste modo, consegue-se uma atuação mais célere, adequada e proporcional aos interesses existentes, aos métodos utilizados por ambas as partes e às medidas corretivas ou de salvaguarda necessárias.

4. A posição dos contribuintes face à indústria 4.0 e a sua adoção pelo direito tributário.

Concebida a ontologia e sistematologia da *big data analytics* e a sua adoção no arquétipo funcional dos órgãos tributários dos Estados modernos, cabe-nos a delimitação concetual das repercussões que a mesma assume na perspetiva dos obrigados tributários e das implicações que tem na sua esfera jurídica, uma vez que estaremos perante uma verdadeira atuação que se assume como possivelmente lesiva dos direitos e interesses legalmente protegidos destes.

Primo, devemos ter em consideração que a coleta de dados e de informações permite a criação de perfis altamente detalhados sobre pessoas e a sua qualidade, sendo especialmente problemática quando a mesma diz respeito a uma pessoa individualizável ou os dados tratados respeitam a uma pessoa individualizável na qual as decisões vão repercutir especialmente. Esta figura jurídica encontra-se, hodiernamente, consagrada como uma figura pertencente ao direito das coisas e à proteção de dados pessoais, o qual se configura como uma importante matéria em ascensão na área jurídica, dada a sua relevância no mundo económico, social e jurídico, e a necessidade de tutela dos titulares dos dados e do perfil criado por aquele.

A noção de definição de perfil é dada, atualmente, pelo novo Regulamento Geral de Proteção de Dados, aprovado pelo Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, o qual pode ser definido, segundo o n.º4 do artigo 4.º, como "qualquer forma de tratamento automatizado de dados pessoais que consista em utilizar esses dados pessoais para avaliar certos aspetos pessoais de uma pessoa singular, nomeadamente para analisar ou

prever aspetos relacionados com o seu desempenho profissional, a sua situação económica, saúde, preferências pessoais, interesses, fiabilidade, comportamento, localização ou deslocações". Porém, e como referiu o Grupo de Trabalho do Artigo 29.º[21], "*automated decisions can be made with or without profiling; profiling can take place without making automated decisions. However, profiling and automated decision-making are not necessarily separate activities. Something that starts off as a simple automated decision-making process could become one based on profiling, depending upon how the data is used*".

Destarte, revela-se uma verdade insofismável assumir que desta definição legal podem ser retirados três requisitos substantivos *sine quo non* para que determinada atuação possa ter classificada como compreendendo uma atividade envolvendo definições de perfis[22], nomeadamente:

i tem de ser uma forma de tratamento automatizada;

ii tem de ser efetuada sobre dados pessoais;

iii o seu objetivo deve ser avaliar os aspetos pessoais de uma pessoa singular.

Ou seja, poderá dizer-se, em termos breves, que a definição de perfis acaba por compreender a atuação tendo por base unicamente o tratamento dos dados pessoais, os quais tratados conjuntamente e segundo algoritmos predeterminados se destinam a avaliar aspetos económicos, pessoais ou sociais com vista à avaliação de futuros atos que poderão ser praticados pelo titular dos dados. Esta definição de perfil pode ir desde a análise dos dados para presumir os rendimentos que determinada pessoa irá obter num determinado ano fiscal, para avaliar a sua situação económica ou mesmo para avaliar a possibilidade de atuar com vista à ocultação de rendimentos em países ou territórios fiscalmente mais favoráveis. Por exemplo, com base nas informações obtidas por via da troca automática de informações e das próprias informações obtidas por via das normas internas, poderá criar-se o perfil de determinado contribuinte que, investindo frequentemente na compra e venda de imóveis e cedendo-os a título de arrendamento, retirando os frutos daí obtidos, fácil será perceber que o mesmo obterá rendimentos imobiliários, devendo ser declarados para efeitos fiscais, mesmo que os rendimentos sejam obtidos por imóveis localizados em qualquer outro Estado, desde que o titular dos mesmos seja aqui residente. Caso o contribuinte em causa não declare qualquer rendimento na categoria devida, poderá a Administração Tributária, com base nas informações obtidas, decidir automaticamente pelos atos procedimentais e processuais devidos pela omissão desta obrigação declarativa do obrigado tributário. As políticas criadas pela legislação interna,

[21] GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29 (2017), p. 8.

[22] GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29 (2018), p. 7.

mas, também, pela própria União Europeia, permitem, assim, disponibilizar por via do tratamento das informações disponibilizadas um perfil muito preciso e assertivo sobre o padrão de determinado obrigado tributário, podendo, com base neste perfil criado, ser correlacionada determinadas atividades que poderão ser imputáveis ao titular dos dados[23].

Secundo, revela-se evidente num plano sistemático e jurídico que esta criação de perfis dos obrigados tributários afigura-se de uma enorme influência no combate às práticas lesivas de evasão e fraudes fiscais internacionais, pois permite, em tempo útil, o combate e prevenção contra condutas desconformes aos desideratos de arrecadação de receita fiscal pelos Estados. Porém, esta possibilidade não pode ser deixada discricionariamente pelas entidades responsáveis pelo tratamento dos dados pessoais, uma vez que, tratando-se da previsão de putativos atos de contribuintes, sem que estes se cheguem sequer a verificar minimamente, entrando num domínio puramente subjetivo e presuntivo, podem estas condutas se revelar como verdadeiramente lesivas dos direitos fundamentais dos contribuintes, devendo, consequentemente, encontrar-se um ponto de equilíbrio que permita a satisfação de ambas as posições jurídicas[24].

Assim, facilmente se compreende a necessidade de disposição interventiva por parte do Direito, no sentido de procurar mitigar os efeitos negativos advindos da implementação massiva destes instrumentos por parte das várias entidades que se dedicavam ao tratamento destes *megadados* para determinação de condutas ou práticas dos titulares destes dados, combatendo, por isso, possíveis práticas abusivas da privacidade destes. Tornara-se, assim, necessária a regulamentação positiva por parte do Direito no sentido de dar a possibilidade aos titulares dos dados tributários de intervirem no sentido de expressarem o direito à autodeterminação informativa, enquanto direito fundamental constitucionalmente consagrado, permitindo a estes conhecerem esta criação de perfil, inspecionando, corrigindo ou solicitando o apagamento de quaisquer dados que fossem tratados incorretamente, isto é, em desconformidade com os princípios jurídicos norteadores desta matéria.

Neste sentido, o novo Regulamento Geral de Proteção de Dados, aprovado pelo Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, vem instituir um conjunto alargado de medidas e instrumentos cujo desiderato reside, principalmente, na regulamentação deste instituto jurídico, aproximando-o dos próprios sujeitos titulares dos dados e informações que servem de base às criações de perfis e posterior tomada de decisão automatizada. Este monumento legislativo vem delimitar que a criação de

---

[23] POLITOU, Eugenia; ALEPIS, Efthimos; PATSAKIS, Constantinos (2019), p. 2; POLITOU, Eugenia (2019) [2], p. 307.

[24] *Idem.*

perfis apenas pode ser implementada por determinada organização, desde que se estabelecem um conjunto de medidas adequadas que concretizem a tutela dos direitos, liberdades e garantias dos titulares dos dados. Ou seja, apenas quando cumpridos um conjunto de requisitos que visam a tutela dos dados pessoais e o exercício do direito à autodeterminação informativa do seu titular, poderá o tratamento dos dados ser feito com o desígnio de criação de perfis e tomada de decisões baseadas nestes.

Neste sentido, o perfil de um determinado contribuinte apenas poderá ser realizado quando este seja informado da decisão que possa ser tomada em consequência do perfil criado e quando esta decisão vise a produção de efeitos jurídicos que afetem significativamente a sua esfera jurídica. Conforme se encontra ancorado no art. 22.º, n.º 1 do citado diploma legal, "o titular dos dados tem o direito *de não ficar sujeito* a nenhuma decisão tomada *exclusivamente* com base no tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis, que *produza efeitos na sua esfera jurídica ou que o afete significativamente de forma similar*" (*sublinhados* nossos). Assim, o tratamento dos dados e a tomada de decisões automatizadas baseadas em perfis criados pela Administração Tributária apenas poderão ser realizados quando, cumulativamente, se encontrem preenchidos três requisitos materiais, nomeadamente[25]:

i O contribuinte esteja informado que a decisão tomada automaticamente possa afetar a sua esfera jurídica;

ii O obrigado tributário possa exercer, atempadamente, o direito de que a decisão tomada seja feita com intervenção humana, nomeadamente pelo responsável pelo tratamento dos dados;

iii O tratamento seja autorizado pela legislação em vigor.

Deriva deste entendimento, o consagrado no considerando 60 do Regulamento Geral de Proteção de Dados, o qual delimita que os princípios do tratamento equitativo e transparente exigem que o titular dos dados seja informado da operação de tratamento de dados e das suas finalidades, impendendo, ainda, sobre o responsável pelo tratamento o dever de informar sobre a criação e existência de definição de perfis e das consequências que daí derivam. A reiterada compreensão deste direito fundamental dilata este entendimento através do considerando 63, o qual configura a conceção de que cada titular de dados deverá ter o direito de conhecer e ser informado, nomeadamente, das finalidades para as quais os dados pessoais são tratados, quando possível do período durante o qual os dados são tratados, da identidade dos destinatários dos dados pessoais, da lógica subjacente ao eventual tratamento automático dos dados pessoais e, pelo menos quando tiver por base a definição de perfis, das suas consequências.

[25] PICA, Luís Manuel (2020), p. 34.

Com efeito, sucede que o considerando 71 do Regulamento Geral de Proteção de Dados é aquele que, efetivamente, acaba por se mostrar mais assertivo e acutilante nas suas afirmações, uma vez que consagra que "o titular dos dados deverá ter o direito de não ficar sujeito a uma decisão, que poderá incluir uma medida, que avalie aspetos pessoais que lhe digam respeito, que se baseie exclusivamente no tratamento automatizado e que produza efeitos jurídicos que lhe digam respeito ou o afetem significativamente de modo similar, como a recusa automática de um pedido de crédito por via eletrónica ou práticas de recrutamento eletrónico sem qualquer intervenção humana. Esse tratamento inclui a definição de perfis mediante qualquer forma de tratamento automatizado de dados pessoais para avaliar aspetos pessoais relativos a uma pessoa singular, em especial a análise e previsão de aspetos relacionados com o desempenho profissional, a situação económica, saúde, preferências ou interesses pessoais, fiabilidade ou comportamento, localização ou deslocações do titular dos dados, quando produza efeitos jurídicos que lhe digam respeito ou a afetem significativamente de forma similar. No entanto, a tomada de decisões com base nesse tratamento, incluindo a definição de perfis, deverá ser permitida se expressamente autorizada pelo direito da União ou dos Estados-Membros aplicável ao responsável pelo tratamento, incluindo para efeitos de controlo e prevenção de fraudes e da evasão fiscal, conduzida nos termos dos regulamentos, normas e recomendações das instituições da União ou das entidades nacionais de controlo, e para garantir a segurança e a fiabilidade do serviço prestado pelo responsável pelo tratamento, ou se for necessária para a celebração ou execução de um contrato entre o titular dos dados e o responsável pelo tratamento, ou mediante o consentimento explícito do titular. Em qualquer dos casos, tal tratamento deverá ser acompanhado das garantias adequadas, que deverão incluir a informação específica ao titular dos dados e o direito de obter a intervenção humana, de manifestar o seu ponto de vista, de obter uma explicação sobre a decisão tomada na sequência dessa avaliação e de contestar a decisão. Essa medida não deverá dizer respeito a uma criança".

Tertio, não podemos deixar de anunciar que este instituto jurídico deve imperativamente ser aproveitado perante um contexto proporcional e regulatório, ainda que em prejuízo de todos os benefícios que se possam daí retirar. Consequentemente, torna-se necessário afirmar que o titular dos dados goza de um conjunto de direitos que poderá fazer valer perante o responsável pelo tratamento dos dados, *in casu* os serviços tributários dos Estados, tendo em consideração a existência deste tratamento por parte desta, bem como que o tratamento dos dados deverá ser feito em respeito pelos critérios *supra* apontados.

Numa primeira aproximação, a implementação de critérios razoáveis que determinem o exercício do direito à autodeterminação informativa por parte dos obrigados tributários compreenderá que estes deverão ser notificados do teor

das decisões automatizadas que poderão ser tomadas tendo por base a criação destes perfis, podendo este requerer a atualização, retificação ou apagamento das informações quando se mostrem desconformes com a realidade que visam demonstrar, ou os mesmos deixem de ser necessários aos desideratos a prosseguir (cf. art. 13.º, n.º 2, f) do Regulamento Geral de Proteção de Dados). Com efeito, deverá ser outorgado, ainda, o direito de o obrigado tributário consultar todas as informações que os serviços tributários competentes tenham em sua posse, devendo-lhe ser facultada, sem demoras ou custos associados, as informações solicitadas, sempre e quando não visem a oneração ou dilação dos desideratos prosseguidos pela Administração (cf. art. 15.º, n.º 1, h) do Regulamento Geral de Proteção de Dados).

Note-se que o tratamento dos dados tributários por parte dos órgãos tributários competentes e a criação de perfis com base à tomada de decisões automatizadas que se mostrem necessárias ao combate à evasão e fraude fiscal apenas poderá ser realizada quando facultadas e cumpridas as normas relativas à tutela da privacidade e dos dados pessoais dos obrigados tributários, gozando este de um conjunto de instrumentos que poderá fazer valer contra a utilização abusiva deste instrumento jurídico. A elaboração dos mesmos passará, assim, pela comunicação ao contribuinte da existência dos perfis criados e podendo estes exigir que nenhuma decisão seja tomada unicamente por recurso aos serviços informatizados e tendo em consideração os dados tratados e os perfis criados. Todo o tratamento e a tomada de decisões que sejam feitas em desconformidade com o disposto *supra* deve ser considerado um tratamento ilícito e, portanto, consequentemente anulado tudo quanto processado ulteriormente tendo por base estas decisões e perfis criados em desconformidade com os preceitos *supra* citados.

Assim, o conjunto de atos que compreende o tratamento dos dados tributários por parte dos órgãos tributários competentes assenta em critérios de legitimidade para coletar os dados necessários e os tratar para os fins que são considerados, a qual acaba por se expressar ontologicamente atribuída pelos desideratos e pelo fim publicista que a obrigação tributária tem subjacente[26]. Veja-se que os serviços tributários prosseguem a concretização de um interesse público subjacente à sua atividade, designadamente por via da cobrança dos impostos devidos, da averiguação do cumprimento das obrigações fiscais, ou mesmo por via do auxílio e cooperação que é ministrado aos contribuintes. É nesta senda axiológica que o Regulamento Geral de Proteção de Dados procurou dar resposta a esta legitimidade dos órgãos tributários, legitimando o tratamento dos dados sem consentimento do titular dos dados, já que a prossecução de um interesse público permite que a entidade competente venha recolher e tratar os

[26] ROCHA, Joaquim Freitas da; SILVA, Hugo Flores da (2019), pp. 40 e s.

dados para concretização desses fins (cf. art. 6.º, n.º 1, e) do Regulamento Geral de Proteção de Dados)[27].

Em todo o caso, veja-se que os dados tributários acabam por ser objeto de um tratamento para fins distintos dos inicialmente previstos, pois se os mesmos foram colocados livremente pelo seu titular em páginas cuja abertura este permite de forma mais ou menos condicionada, deve aqui equacionar-se se será legítimo o tratamento para fins distintos dos inicialmente previstos. A fim de dar resposta a esta questão, o Regulamento Geral de Proteção de Dados acaba por delimitar concetualmente a legitimidade de tratamento para fins distintos daqueles que inicialmente foram previstos, desde que os serviços tributários tenham legitimidade segundo força as normas do Direito da União ou da legislação interna do Estado-Membro, ou seja, conforme preceitua o art. 6.º, n.º 3, b) do Regulamento Geral de Proteção de Dados, "a finalidade do tratamento é determinada com esse fundamento jurídico ou, no que respeita ao tratamento referido no n.º 1, alínea e), deve ser necessária ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento". Acresce o n.º4 do citado preceito legal que podem ser objeto de tratamento os dados pessoais para fins que não sejam aqueles para os quais os dados pessoais foram recolhidos sem consentimento do titular dos dados *ou com base em disposições do direito da União ou dos Estados-Membros, desde que constituam uma medida necessária e proporcionada numa sociedade democrática para salvaguardar os objetivos referidos no artigo 23.º*, n.º 1" do mesmo diploma legal.

Tertio, o desenvolvimento axiológico que temos vindo a esgrimir durante todo este trabalho, leva-nos ao cerne do tema em estudo, pois a definição de perfis assenta, especialmente, nos dados de natureza simples, ou seja, o tratamento automatizado de dados pessoais e a criação de perfis sobre contribuintes apenas se encontra legitimada quando os dados que se encontram na base da criação do perfil não são classificados como dados de natureza sensível. A criação de perfis e a tomada de decisões automatizadas apenas poderá ser feita em relação aos dados de natureza sensível quando exista um motivo de interesse público subjacente e sejam aplicadas medidas adequadas para salvaguardar os direitos e liberdades e os legítimos interesses do titular (cf. art. 22.º, n.º 4 ex vi art. 9.º, n.º 1 e n.º 2, g) do Regulamento Geral de Proteção de Dados)[28]. Por este motivo, poderão os serviços tributários competentes proceder à elaboração de perfis tendo em consideração os dados que têm em sua posse, quer se tratem de informações consideradas simples ou de natureza sensível (estas com as limitações impostas normativamente), devendo, no entanto, comunicar ao contribuinte a existência dos perfis criados e podendo estes exigir que nenhuma decisão seja tomada uni-

[27] MONTEROS, Juan Espinosa de los (2007), p. 15.

[28] CARRERO, José Calderón (2009), p. 105.

camente por recurso aos serviços informatizados e tendo em consideração os dados tratados e os perfis criados. Todo o tratamento e a tomada de decisões que sejam feitos em desconformidade com o disposto *supra* deve ser considerado um tratamento ilícito e, portanto, consequentemente anulado tudo quanto processado ulteriormente tendo por base estas decisões e perfis criados em desconformidade com os preceitos supra citados.

É nesta senda dogmática que não podemos olvidar as novas realidades latejantes e que se assumem como violadoras dos estigmas clássicos que se ergueram outrora como pilares funcionais e jurídicos das realidades que antecederam. A nova realidade de *midia* deixou de lado a realidade média, e ascensão da globalização e da abertura dos mercados enfatizou uma realidade que existia, mas que se mantinha obscurecida num plano interno dos Estados. A evasão e a fraude fiscais, enquanto males endémicos, assumem uma terrível violação dos interesses estaduais e das finalidades sociais que compreendem a atuação dos Estados modernos. Por isso, a implementação destas novas realidades acaba por ser uma inevitabilidade que merece atenção e que não se pode negar no atual contexto social. Contudo, a mesma deve imperar sobre um ecossistema regulatório justo e proporcional aos interesses em jogo, não podendo adotar-se uma ideia cujo cariz tenha na sua base ideais totalitários e que extravasem os direitos e interesses legalmente protegidos dos sujeitos envolvidos.

Por este motivo, estando na base da criação de perfis e na análise de setores de risco, os dados pessoais tributários dos contribuintes, assumindo-se nas várias aceções que as legislações dos Estados compreendem, deve o legislador adotar mecanismos que permitam uma adoção destes instrumentos, salvaguardando a posição jurídica dos obrigados tributários. Ainda que em detrimento dos benefícios que se poderiam obter, a implementação dos instrumentos de inteligência artificial e criação de perfis inteligentes cuja base tenha dados pessoais simples e, principalmente, sensíveis dos obrigados tributários, é permitida e assim desejada, porém em conformidade com os direitos de privacidade na definição de perfis e na tomada de decisão automatizada, os quais devem passar por um teste de proporcionalidade e devem fornecer medidas de proteção e tutela dos direitos e interesses fundamentais do titular dos dados. No entanto, as salvaguardas que precisam ser adotadas não são listadas ou exemplificadas, portanto, permanece bastante vago quais medidas que os Estados deverão adotar, mencionando-se, contudo, direitos de acesso, retificação ou apagamento dos dados pessoais que sejam incorretos ou não se mostrem necessários aos desideratos públicos dos serviços tributários competentes[29].

[29] SCARCELLA, L. (2019), pp. 11 e s.

Conclusão

Terminamos enfatizando algo que viajou abscondido em cada uma das reflexões apontadas: não se é destituído de soluções mágicas que habilitem o autor a oferecer a solução definitiva para uma querela que se inicia, mas que surge para perdurar futuramente. Pretende-se, unicamente, dar um humilde contributo a uma problemática que, apesar de *sui generis,* se avoca como relevante no ordenamento jurídico dada as especificidades e vicissitudes que cada um dos contrapontos apresenta. Arrogar-nos de certezas num terreno que se considera "pantanoso" e desnivelado é, no mínimo, assumir soberbia e arrogância.

Contudo, podemos afirmar algumas premissas que interessam concluir: a primeira, a *big data analytics* ergue-se como um dos instrumentos que surge tendencialmente como uma ferramenta de grande relevância para a concretização de interesses tributários por parte do Estado, uma vez que constituem importantes fontes de dados e informações que permitirão, quando bem utilizados, aferir importante manifestações de riqueza por parte dos contribuintes. Contudo, não se poderão encontrar fórmulas matemáticas nem ciências exatas para encontrar respostas a esta problemática, devendo averiguar-se caso a caso para encontrar uma melhor solução ao problema colocado, face às problemáticas jurídicas que se colocam na sua implementação.

Uma segunda premissa a concluir insurge-se na contraposição e no difícil equilíbrio dos textos legais, pois a implementação deste instrumento, apesar de inovador, questiona sobre valores axiológicos que colocam em dúvida a sua legitimidade face aos primados legais vigentes. Por esse motivo, caminhamos com algumas notas positivas e procuramos encontrar soluções e formular propostas de acordo não só quanto aos textos legais, mas, também, à coerência do sistema jurídico enquanto um todo e uno, sem contradições e hierarquicamente bem organizado e equitativamente distribuído.

Não podemos, assim, viver acorrentados a ideais platónicos, dogmatizando um mundo ideal e ignorando o latejar da realidade e das problemáticas associadas, procurando, assim, dotar o intérprete de algumas soluções que *mui* humildemente nos parecem adequar os interesses de todos os intervenientes.

Bibliografia

a) Citada

BGC FOUNDATION, *Artificial intelligence in taxation A case study on the use of AI in government*. CENTRE FOR PUBLIC IMPACT, 2018.

CARRERO, C. *El derecho de los contribuyentes al secreto tributario: fundamentación y consecuencias materiales y procedimentales,* 2009.

COCKFIELD, A., "Protecting Taxpayer Privacy Rights Under Enhanced Cross-Border Tax Information Exchange: Toward a Multilateral Taxpayer Bill of Rights." *University of British Columbia Law Review,* Vol. 42, 2010.

COCKFIELD, A., "Big Data and Secrecy". *18 Fla. Tax Rev. 483, University of Florida*, 2016.

COCKFIELD, A., HELLERSTEIN, W., & LAMENSCH, M., *Taxing Global Digital Commerce.* The Netherlands: Wolters Kluwer, 2020.

D. BLANK, J., & MASON, R., "Exporting FATCA". *142 Tax Notes, Forthcoming NYU Law and Economics Research Paper,* Nº. 14-05 , pp.1245-1250, 2014.

DADOS, G. D., *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679, 2017,* Retrieved from http://ec.europa.eu/justice/data-protection/index_en.htm

DADOS, G. D., *Orientações sobre as decisões individuais automatizadas e a definição de perfis para efeitos do Regulamento (UE) 2016/679,* 2018: Retrieved from *https://www.cnpd.pt/bin/rgpd/docs/wp251re.*

FEDAGHI, S., "Experimentation with personal identifiable information". *Intelligent Information Management, 4(4)*, 2012, pp.123–133.

LAVERMICOCCA, C., "Tax risk management practices and their impact on tax compliance behaviour - The views of tax executives from large Australian companies". *eJournal of Tax Research. 9*, 2011, pp.89-115.

MAVRIKI, P., & KARYDA, M., "Profiling With Big Data: Identifying Privacy Implications For Individuals, Groups And Society". *Corfu, Greece: 12th Mediterranean Conference on Information Systems (MCIS), 2018.*

NOVAIS, J. R., *Princípios Estruturantes do Estado de Direito.* Coimbra: Almedina, 2021.

OECD, *Working Paper 5: Risk Management.* Tax Intermediaries Study, 2007.

OECD. *Advanced Analytics for Better Tax Administration,* Organisation for Economic Cooperation and Development, 2016[1], disponível em https://www.oecd.org/publications/

advanced-analytics-for-better-tax-administration-9789264256453-en.htm [consultado a 26.05.2021].

OECD, *Technologies for Better Tax Administration: A Practical Guide for Revenue Bodies,* Organisation for Economic Cooperation and Development, 2016[2], disponível em https://www.oecd.org/publications/technologies-for-better-tax-administration--9789264256439-en.htm [consultado a 26.05.2021].

OECD. *Unlocking the Digital Economy – A Guide to Implementing Application Programming Interfaces in Government,* Organisation for Economic Cooperation and Development, 2019, disponível em http://www.oecd.org/ctp/unlocking-the-digital-economy-guide-to-implementing-application-programing-interfaces-in-government.htm [consultado a 26.05.2021].

PICA, L. M., "The New Challenges Of Artificial Intelligence, Profiling And Bigdata Analysis By Tax Administrations: Will The Right To Meet These New Challenges Be Shown?", *Top 10 Challenges of Big Data*, 2021, pp.87-102.

POLITOU, E., "Profiling tax and financial behaviour with big data under the GDPR". *Computer Law & Security Review*, 2019.

RIBEIRO, J. S., & CARRERO, J., "Limite ao uso da inteligência artificial no controlo fiscal: a experiência francesa (Décision n.º 2019-796 DC)". *Cadernos de Justiça Tributária,* n.º 26, Out-Dez, 2019.

SANCHES, J. S., *Os Limites ao Planeamento Fiscal.* Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

SILVA, H. F., & ROCHA, J. F., *Teorial Geral da Relação Jurídica Tributária.* Coimbra: Almedina, 2019.

STEFANELLI, S., "Diritto e Intelligenza artificiale. Alcune riflessioni nell'ambito del paradigma argomentativo". *Informatica e diritto, XXV Annata,* Vol.VIII, n.º1, 1999.

b) Outra

BATHAEE, Y, "The Artificial Intelligence Black Box anda the Failure of Intent and Causation". *Harvard Journal of Law & Technology,* Volume 31, Number 2 Spring, 2008, pp.890-938.

BARBOSA, M. M., "Inteligência Artificial, E-persons e Direito: Desafios e Perspetivas". *Revista Jurídica Luso Brasileira,* Vol. 3, N.º6, 2017, pp.1475 - 1503.

COSTA, I. D., "A proteção da pessoa na era dos big data: a opacidade do algoritmo e as decisões automatizadas". *Revista Eletrónica de Direito,* N.º 1 (Vol. 24), 2021, PP.34-82.

ETZIONI, A., "A cyber age privacy doctrine: More coherent, less subjective, and operational". *Brooklyn Law Review,* 80(4), 2015, pp.1263–1308.

HILDEBRANDT, M., "Who is Profiling Who? Invisible Visibility". Gutwirth S., Poullet Y., De Hert P., de Terwangne C., Nouwt S. (eds), *Reinventing Data Protection?. Springer*, 2009.

MASSENO, M. D., "Protegendo os cidadãos- consumidores em tempos de Big Data: uma perspetiva desde o Direito da União Europeia". *Revista Portuguesa de Direito do Consumo,* n.º 89, 2017.

MASSENO, M. D., "Como A União Europeia Procura Proteger os Cidadãos - Consumidores em Tempos de Big Data". *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM,* Vol. 14, nº 3, 2019.

MASSENO, M. D. Retrieved from Se, hoje, a IA constitui a maior das ameaças à Privacidade e às Liberdades… que respostas dá o RGPD europeu?, 2020: https://www.academia.edu/43367440/Se_hoje_a_IA_constitui_a_maior_das_ameaças_à_Privacidade_e_às_Liberdades_que_respostas_dá_o_RGPD_europeu?email_work_card=title

MASSENO, M. D., "Na Borda: Dados Pessoais e Não Pessoais nos dois Regulamentos da União Europeia". *CyberLaw by CIJIC,* n.º 9, 2020.

OJANEN, T., "Privacy is more than just a seven-letter word: The Court of Justice of the European Union sets constitutional limits on mass surveillance: Court of Justice of the European Union Decision of 8 April 2014 in Joined Cases C-293/12 and C-594/12, digital right". *European Constitutional Law Review,* 10(3), 2014, pp.528–541.

PESCIOTTA, D., "I'm not dead yet: Katz, Jones, and the Fourth Amendment in the 21st century". *Case Western Reserve Law Review,* 63, 2012, p.187.

RIAHI, Y., "Big Data and Big Data Analytics: Concepts, Types and Technologies". *International Journal of Research and Engineering,* Vol. 5, Nº. 9, September-October, 2019, pp.524-528.

RICO, L. R. "La Elaboración De Perfiles En El Contexto Del Marketing Personalizado" . COMUNICACIONES EN PROPIEDAD INDUSTRIAL Y DERECHO DE LA COMPETENCIA N.º 86, Enero-Abril, 2019, pp.137-155.

SCHWARTZ, P., & SOLOVE, D., "The PII problem: Privacy and a new concept of personally identifiable information". *New York University Law Review,* 86, 2011, pp.1814–1894.

SPENGLER, F. M., "A Crise Do Estado E A Crise Da Jurisdição: (In)Eficiência Face À Conflituosidade Social". *Revista Brasileira de Direito,* IMED, 7, 2011.

STEFANELLI, S., "Diritto e Intelligenza artificiale. Alcune riflessioni nell'ambito del paradigma argomentativo". *Informatica e diritto,* XXV Annata, Vol. VIII, n.º 1, 1999.

VASQUES, S., *Manual de Direito Fiscal.* 3ª Edição, Almedina, 2021.

LA NUEVA GOBERNANZA Y SOCIEDAD DIGITAL

Olmedo Arrocha Osorio[1]

RESUMEN: El presente artículo analiza el impacto de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) en la sociedad digital y cómo este nuevo y disruptivo escenario obliga a los gobiernos y Administración pública a redefinir su relación con los ciudadanos mediante una actualización del enfoque de gobernanza.

PALABRAS CLAVES: Gobernabilidad; Gobernanza; Sociedad Digital; Gobierno Digital; Protección de Datos; Tecnología.

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- Gobernabilidad vs Gobernanza. 3.- Sociedad Digital. 4.- Gobernanza Digital. 5.- Protección de Datos Personales (Tecnología vs Privacidad). 6.- Gobierno Digital. 7.- Desafíos.8.- Conclusiones. 9.- Bibliografía.

ABSCTRACT: This article analyzes the impact of the Technologies of Information and Communication (TIC) in the Digital Society and how this new and disruptive scenario forces governments and public administratios to redesign their relationship with citizens through an update of Governance.

KEYWORDS: Governability; Governance; Digital Society; Digital Government; Data Protection; Technology; Law.

SUMMARY: 1- Introduction. 2- Governability vs Governance. 3- Digital Society. 4- Digital Governance. 5- Personal Data Protection (Technology vs Privacy). 6- Digital Government. 7- Challenges. 8- Conclusions. 9- Bibliography.

[1] Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, Sala Civil. Coordinador del Sistema Automatizado de Gestión Judicial del Órgano Judicial y Coordinador de la Modernización del Proceso Civil. Doctorando de la Universidad de Salamanca.

1. Introducción

La introducción y uso de la tecnología en la vida cotidiana ha contribuido a la aparición de nuevos espacios, nuevas formas de participación, socialización, nuevas maneras de relacionarse y de pensar el mundo en el cual vivimos. Hay innovación, pero también hay redefinición. Hemos pasado de la cultura a una *cibercultura*. Hay procesos socioculturales que han emergido con las tecnologías. Esta evolución ha producido un cambio en las relaciones sociales y las interacciones, generándose una alteración sociológica y discursiva.

A partir de internet, la revolución digital ha provocado un salto cuántico, acelerado y/o disruptivo, con relación a las revoluciones industriales que le han antecedido, todas las cuales han producido transformaciones sociales, económicas y tecnológicas.

Vivimos en una sociedad digital en pleno desarrollo. Quien no se había dado cuenta lo ha tenido que enfrentar, hasta traumáticamente, como consecuencia de la pandemia.

La gobernabilidad se está viendo afectada como consecuencia del fenómeno tecnológico que ha superado la capacidad de legitimar el ejercicio del poder. Las necesidades y demandas sociales por mejores servicios públicos siguen sin suficiente oferta para satisfacerlas. Y, a ello, se le suma que los nuevos "ciudadanos" demandan tener acceso a las tecnologías y participar más en las decisiones, en tanto no existe planes para convertirse a lo digital y, si los hay, se requiere de más inversión.

Esto ha generado que el Estado, que antes era el protagonista de la captación y tratamiento de los datos personales, haya cedido, mediante una especie de alianza, al sector privado visible e invisible para que sea quien se encargue de ello, con el riesgo que no existe control legislativo suficiente y necesario que garantice el buen uso de dichos datos y la integridad de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En este contexto transita el nuevo orden de la sociedad digital, necesitando, justamente, más orden.

2. Gobernabilidad vs Gobernanza

Es necesario distinguir los conceptos de gobernabilidad y gobernanza, para delimitar apropiadamente el objeto de desarrollo del presente trabajo.

Al hablar de gobernabilidad, se considera al Estado como el agente central de la conducción de la sociedad; por tanto, se trata de *"la capacidad, excluiva, del gobierno de gobernar a la sociedad; haciéndose énfasis en la legitimidad y eficacia en el ejercicio de la función pública*".

Se trata de una dinámica en la que el Estado es el principal actor en la conducción social, bajo el modelo de Estado Bienestar o Estado Benefactor.

Por otro lado, para hablar de gobernanza debemos mencionar a Michel Crozier, Samuel Huntington y Joji Watanuki, quienes, a propósito de problemas del control gubernativo de las democracias de la décaca de los 70, escribieron el "Informe de la Comisión Trilateral sobre la gobernabilidad en las democracias", en el que identificaban una "sobrecarga" del Estado benefactor, ante demandas y presiones de diversos grupos sociales, que producía crisis en la finanzas estatales y su consecuente pérdida de capacidad para resolver los problemas económicos y sociales.

En dicho informe se propuso la idea de traspasarle a la sociedad civil tareas y responsabilidades que se entendían exclusivas de los poderes del Estado.

Así pues, se inicia el acuñamiento del concepto de *gobernanza*, para asociarlo a la capacidad del Estado de articulación con estos actores sociales para que coadyuven en la oferta de solución a las necesidades. Dicho concepto adquirió mayor uso con la globalización, que genera una transición de Estado Benefactor a Estado Neoliberal, abandonando el intervencionismo estatal para permitir más espacio a la participación e iniciativa privada, sin que con ello desaparezca la presencia del Estado, el cual pasa de ser regulador a ser regulado, dedicando gran parte de sus esfuerzos a articularse con la sociedad.

En la *gobernanza* se comprende que los actores sociales y privados tienen diferentes agendas e intereses y, por tanto, distintas visiones, muchas veces contradictorias entre sí, por lo que hay que construir habilidades que te permita encontrar consensos, que no significa unanimidad.

La *gobernanza* es un modelo que aspira a un mayor diálogo y negociación en el ejercicio de gobierno, en el cual gobernados y gobernantes establecen una relación de horizontalidad.

Esta requiere tanto mayores espacios y voluntad de parte del Estado en brindarlos, como participación, involucramiento y ejercicio de ciudadanía efectiva de parte de la sociedad. Y, aunque puede resultar desgastante, produce mayor legitimidad en las decisiones y más gobernabilidad.

3. Sociedad Digital

A partir de internet, la sociedad se ha construido sobre la base de descubrimientos, técnicas, dispositivos y aparatos creados por el ser humano, que han acabado construyendo un mundo propio vinculado a nuestras vidas. Ya no se trata de herramientas e instrumentos que alternativa u opcionalmente utilizamos. Más bien, son parte de nuestra vida diaria y los llevamos con nosotros, habiendo logrado influir en nuestro comportamiento y hábitos; en

muchas ocasiones, condicionando nuestra propia identidad. Además, estamos hiperconectados, superándose el concepto de soberanía y fronteras.

Estas Tecnologías de la Informática y la Comunicación (TICs) dejan de nosotros una cantidad de datos. Por ejemplo, sobre nuestra ubicación, nuestros gastos, nuestros gustos, nuestras inclinaciones y preferencias, nuestras relaciones, nuestras opiniones, nuestra personalidad, etc.

Sin lugar a dudas, esta *revolución digital*[2] nos ofrece oportunidades, ventajas, avances y progreso en muchas facetas de la vida humana. Temas impensables están por venir. Sin embargo, también representa retos y riesgos que requieren de un nuevo contrato social, tal cual lo postulaba Thomas Hobbes en Leviatán.

Esta revolución es conocida, para algunos, como la Tercera Revolución Industrial. Es precedida por la Revolución Agrícola, surgida en el siglo XVIII, que redefinió la propiedad agraria pero que también introdujo maquinaria para aumentar la producción. Luego, surgió la Primera Revolución Industrial, que hizo uso de los excedentes de mano de otra que emigró del campo a la ciudad, por la tecnificación agrícola, convirtiéndose en trabajadores urbanos y en consumidores de otros productos. Posteriormente, aparece la Segunda Revolución Industrial, caracterizada por el conjunto de transformaciones socioeconómicas, basados en nuevas fuentes de energía como gas, petróleo y electricidad, además de nuevos sistemas de transporte (como aviones y autos), sin soslayar los medios de comunicación como teléfono y radios, todo lo cual ocurre entre 1850 a la Primera Guerra Mundial (1914) y otras dos Industriales.

En síntesis, la revolución digital emerge de lo analógico a lo digital, a partir de 1950 hasta 1970 con las computadoras digitales y el mantenimiento de registros digitales. Siendo un punto de propulsión mayor la aparición de internet.

Además del alcance social, también se está impactando la economía y sus modelos[3]. El ritmo de crecimiento de la economía digital, que representa 20% del Producto Interno Bruto (PIB) mundial, es siete veces superior al resto de la economía. Indicadores económicos del Foro Económico Mundial (World Economic Forum)[4] señalan que un aumento de 10% en el índice de digitalización de un país genera un incremento de un 0,75% en el PIB per cápita y un descenso del 1,02% en la tasa de desempleo. En cuanto a la transmisión de

---

[2] DE RIVA, José Manuel. "La Revolución Digital. Concepto y alcance". En *Revista del Instituto de Estudios Económicos. Revolución Digital.* No. 1 y 2. Madrid, España. 2016., pp. 3-14.

[3] Sobre activos digitales y los mercados de capital digital recomiendo http://www3.weforum.org/docs/WEF_Digital_Assets_Distributed_Ledger_Technology_2021.pdf

[4] Ver https://es.weforum.org

información, para el 2005 se registraban 4,7 terabits/segundo; para el 2014 se transmitían 211,3 terabits/segundo. Igual comportamiento ha tenido el número de usuarios conectados a la red mundial. Por ejemplo, en Centroamérica, las PYMES están menos digitalizadas (menos de 10 trabajadores) pero representan alrededor del 80% al 90 % del total del tejido empresarial, pero un 25 % disponen de una web corporativa.

Lo cierto es, con la disrupción de las Tecnologías de la Informática y la Comunicación (TICs), si es que había alguna duda de los gobiernos en que tenían que evolucionar hacia otra manera de administrar la cosa pública, resulta indiscutible que ya no pueden continuar con los mismos métodos que marcaban una distancia entre los administrados con la administración, entre la sociedad y el gobierno. Y es que, si realmente se quiere que las decisiones no solo cuenten con validez formal sino también con legitimidad y eficacia, se deberá evolucionar antes que los cambios llegan por revolución, tomando en cuenta que lo único que no cambia es el cambio.

Si bien se venía desarrollando la *gobernanza* como modelo de gestión gubernamental, con base en un mundo tangible, se requiere romper paradigmas, para gobernar, ahora, en un contexto cada vez más digital, que supone, contrariamente, un mundo de intangibles.

Al hablar de *sociedad digital* debemos abordar el tema del rol de la persona, del individuo, del ser humano, en este orden social. Algunos tratadistas han acuñado el término *posthumanismo* para referirse a la tendencia antropológica y sociológica que permite, a través del uso adecuado de las nuevas tecnologías de la información y la comunión, potenciar a la humanidad a pesar de las autolimitaciones que ha impuesto el propio contexto natural y social. De allí, se vienen desarrollando los derechos humanos de acceso a internet, derechos humanos de tercera, derechos humanos de última generación[5].

Ahora bien, debemos tener cuidado en no confundir el *posthumanismo* o *transhumanismo* con el *infrahumanismo*. No se trata de deshumanizar sino de re-humanizar. El avance de una sociedad digital no debe obtenerse a partir de sacrificar o negar los valores de la propia humanidad. Por tanto, subyace un

[5] https://computerhoy.com/noticias/internet/onu-declara-acceso-internet-como-derecho-humano-47674 (Recuperado el 24 de mayo de 2021). El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó una resolución para la "*promoción, protección y el disfrute de los derechos humanos en Internet*". El documento establece que el acceso a Internet será considerado, de ahora en adelante, un derecho básico de todos los seres humanos. La resolución anima a todos los países a proveer a sus ciudadanos de acceso a la red y condena a las naciones que alteran esta libertad. Entre los derechos humanos de tercera generación se encuentra, entre otros, el derecho a un desarrollo sostenido y el derecho a la protección de datos personales. En tanto, los de última generación hace referencia al derecho a la tecnologías de la información y de la comunicación (TIC).

riesgo para los derechos humanos y libertades fundamentales que debe generarnos reflexión.

Como consecuencia de lo anterior, también se ubica en vulnerabilidad el concepto de democracia y la economía de mercado. Y es que, en algunos países el desarrollo tecnológico es mucho mayor que en la mayoría, provocando una brecha que abona más a la desigualdad. Por ejemplo, desde el 2013 los Estados Unidos inició el desarrollo de una investigación relacionada con interfaces entre el cerebro humano y las computadoras, bajo el noble propósito de hacer un mapeo del cerebro para comprender y, así, procurar soluciones a enfermedades relacionadas con el cerebro humano (alzheimer, parkinson, esquizofrenia, depresión, etc.)[6].

Pero el peligro no está en el avance o descubrimiento en sí mismo, sino en el mal uso que se le pueda dar. Estamos hablando de la posibilidad de crear una sociedad de superdotados o seres potenciados con mayor capacidad, lo cual antes dependía del azar de combinaciones genéticas, en detrimento de países donde ni siquiera existe en su población acceso a Internet.

Pero, esta manipulación de la información no solo se limita al contexto genético, pues trasciende a lo político, configurándose una especie de oligopolio mundial de la tenencia y manejo de dicha información[7]. Sin lugar a dudas, "las transformaciones de las NTIC producen un tipo particular de relación entre el actor político y el ciudadano en el origen de nuevos populismos (…) pero podríamos interrogarnos cómo la distinción izquierda/derecha que ha acompañado la gestión de lo político desde el siglo XVIII se borra en provecho de la emergencia de nuevos partidos políticos centrados en las necesidades, aspiraciones y problemas de la gente y apoyados básicamente en la gestión de sitios y plataformas web (…) el pueblo de la web se abre camino en esta nueva esfera pública"[8].

Al decir de Yuval Noah Arari, en su libro "21 lecciones para el siglo XXI", la humanidad está perdiendo la fe en el relato liberal que ha dominado la política global en las últimas décadas, en el momento en que la fusión de la biotecnología y la infotecnología presenta grandes desafíos para la humanidad.

---

[6] El programa *Brain Research through Advancing Innovative Neurotechnologies* (BRAIN) se inició en la administración de Barack Obama en abril de 2013 con una inversión de 3 mil millones de dólares. Ver www.braininitiative.nih.gov/index.htm (Recuperado el día 24 de mayo de 2021)

[7] Ver HARARI, Yuval Noah. "Los cerebros hackeados votan". En https://elpais.com/internacional/2019/01/04/actualidad/1546602935_606381.html (Recuperado 25 de mayo de 2021)

[8] ESCUDERO CHAUVEL, Lucrecia. "El pueblo de la Web. Consecuencias de la mediatización y transformación de la esfera política". En https://www.academia.edu/42749136/El_pueblo_de_la_Web_Enunciacion_digital_y_transformacion_de_la_esfera_politica?email_work_card=reading-history (Recuperado el día 27 de abril de 2021)

Plantea que, a partir de la década de los 90, internet ha cambiado el mundo a través de una revolución que han dirigido los ingenieros más que los partidos políticos. En tanto, las masas no han realizado por completo que la biotecnología y la inteligencia artificial, en el futuro, no los tiene en cuenta. Así, vaticina que en el siglo XXI las revueltas populistas no se generarán bajo el argumento o discurso que es contra de una élite económica que explota, sino contra una élite económica que ya no los necesita[9].

Las nuevas tecnologías de la información y comunicación no deben conducir a la disminución de valores de la humanidad. Aunque, en realidad, dichos valores existen en la medida que el ser humano siga siendo importante y no se conciba enajenado por haber dejado de ser útil, que es el riesgo que se recoge en la visión aniquiladora y descarnada del párrafo anterior.

Este enfoque de exterminio futuro de la dignidad y esencia humana, disminuyéndose a modo desechable, impactaría, incluso, la configuración de Estado, tal como se concibe en la actualidad. Es volver a la visión del hombre como vehículo de efectividad social y no como realidad social. Siendo que el Estado es producto de la evolución social, fue necesario crear un poder por encima de la sociedad misma para configurar un orden que armonizara los distintos intereses de los sectores sociales en colisión constante. Y nace con una característica básicamente territorial.[10]

Francis Fukuyama considera a la extinción del Estado como una "fantasía", increpando a Karl Marx quien predijo que pasaría a partir de la revolución y toma del poder del proletariado. Igualmente, se refiere a Michael Hardt y Antonio Negri, que se apartan de la globalización, propugnando por la "abolición de la injusticia económica desautorizando la soberanía de los Estados y sustituyéndola por una multitud interconectada"[11].

Esta transformación de la sociedad a lo digital seguirá a pasos agigantados, haciendo necesario la adaptación y actualización de los seres humanos. Recuérdese que Darwin, en su teoría sobre la evolución de las especies, explicó que quien trasciende o sobrevive no es necesariamente el más fuerte sino el que mejor se adapta a las nuevas circunstancias.

Las generaciones más jóvenes pertenecen a los *Millenials* (generación Y o milénica), y las que están infantes y adolescentes pertenecen a la generación Z. Son altamente amigables con la tecnología. En diez o veinte años estas serán

---

[9] HARARI, Yuval Noah. *21 Lecciones para el Siglo XXI.* Penguin Random House Grupo Editorial. Barcelona, España. 2019.pp. 21-27.

[10] Cfr. HELLER, Herman. *Teoría del Estado.* Fondo de Cultura Económica. México. 1995.

[11] FUKUYAMA, Francis. *Los Orígenes del Orden Político.* Ediciones Deusto. España. 2016, p. 37.

las generaciones de relevo, que demandarán el uso de las TIC en cualquier actividad de la vida.

4. Gobernanza Digital

Frente a la *sociedad digital* se actualiza la *gobernanza* para pasar al estado de *gobernanza digital.*

La integración constante de nuevas tecnologías en la vida cotidiana de las personas, las empresas y los gobiernos; como la computación en la nube; redes sociales tecnología móvil; internet de las cosas (IoT); big data; está ayudando a abrir relaciones que trascienden las esferas pública, privada y social.

Este nuevo entorno digital ofrece oportunidades para relaciones más colaborativas y participativas, dando forma a las prioridades políticas, colaborando en el diseño de servicios públicos y participando en su entrega.

Brinda soluciones más coherentes e integradas a desafíos complejos. La participación digital y la producción de servicios está cambiando las expectativas de las personas sobre sus relaciones con los gobiernos. Como resultado de esta interacción se necesitan nuevos enfoques de *gobernanza* pública para apoyar este cambio. Debe ocurrir una anticipación a las necesidades de los ciudadanos y las empresas con el fin de que puedan determinar sus propias necesidades y abordarlas en asociación con los gobiernos.

La noción de ciudanía más actualizada no solo se refiere a la relación entre un individuo o persona y un territorio. Por tanto, la *ciudadanía digital* no se limita a la pertenencia a una comunidad. No obstante, *ciudadanía digital* y *gobernaza digital*[12] son conceptos que se complementan e interrelacionan. La primera se enfoca en la participación en lo político y económico; en tanto, la segunda se concentra en el uso de soluciones de las TIC en los servicios del sector público. De allí que tengan una íntima relación con el funcionamiento de la democracia actual.

Hay tres elementos que han cambiado la relación social entre los ciudadanos y entre los ciudadanos con la administración pública, tales como la comunicación, los servicios en línea y la *datification.* Como corolario, se presentan desafíos relacionados con la regulación de los temas digitales, el acceso a los servicios privados y públicos en línea, la transparencia en la accion pública y las nuevas formas de participación ciudadana, que han captado la atención de juristas y legisladores.

---

[12] Véase MANTELERO, Alejandro. "Ciudanía y Gobernanza Digital entre Política, Ética y Derecho". En *Sociedad Digital y Derecho.* Ministerio de Industria, Comercio y Turismo Red.Es. Boletín Oficial del Estado. Madrid 2018, pp. 159-164.

A partir del Estado bienestar, en la decada de los 60 y 70, los gobiernos necesitaron recopilar y organizar una gran cantidad de datos para evaluar la condición de las personas, planificar y proporcionar servicios públicos. Así pues, se ubica una primera etapa de digitalización y *datafication* de la sociedad, dándole protagonismo al gobierno en esta actividad de procesamiento de datos. Era un acuerdo tácito ciudadanía/gobierno, para la recopilación de sus datos, a cambio de recibir bienestar y valor agregado.

Luego, poco a poco, en una segunda etapa, el sector privado inicia un proceso de *datafication,* para recoger información que facilitara la actividad de cadenas de suministro, la logística y las gestión de pedidos, dando paso a la revolución del *marketing,* para los 80 y 90. A este nivel, el protagonismo paso del sector público al sector privado, en relación a la captación de datos de forma masiva. Ello ha permitido el auge del comercio por Internet (comercio electrónico; e business). Con ello, se ha generado un nuevo contexto y tipo de relación entre los ciudadanos, el sector privado y el sector público.

Cuando, antes, el rol primordial en la captación de datos estaba a cargo del sector privado, había una voluntad tácita de los ciudadanos que permitían su suministro a cambio de obtener una mejor calidad de vida. No obstante, al tomar prestancia la dinámica del sector privado para lograr la captación de datos, ello sucede a través de sitios o aplicaciones gratuitas que permiten recibir los datos bajo la modalidad de acuerdos de privacidad y de aceptación que pocas veces se leen. Dichos datos son luego usados para ser procesados, sin tener certeza de su finalidad.

Todos, quienes hacemos uso de internet, tenemos una *huella digital*, un rastro o retrato de nuestra actividad en línea, una marca que dejamos cada vez que navegamos e interactuamos en internet. Lo que compartimos o comentamos en redes sociales, la información que buscamos, las compras que hacemos online, las aplicaciones que usamos desde dispositivos móviles y todas nuestras interacciones vía internet, van formando una recopilación de información que se basa en nuestro comportamiento online y va quedando grabada, proporcionado un perfil del individuo.

Cada vez que accedemos a un sitio web, revelamos información personal al dueño del sitio, como nuestra dirección IP, que puede incluir nuestra información geográfica o el navegador o sistema operativo que usamos.

Entonces, hay una asociación público privada para la recolección de datos, que se traduce en una expresión particular de *gobernanza digital* (tómese en cuenta el concepto de gobernanza que se incluyó al principio del presente trabajo). Esta colaboración no se limita al servicio sino a los datos asociados para acceder al servicio y las informaciones generadas por el servicio. Por tanto, se hace necesario salvaguardar a las personas y comunidades del riesgo po-

tencial de decisiones políticas relacionadas con *gobernanza digital* que puedan minar la autodeterminación de los ciudadanos[13].

Ante este escenario, existiendo el riesgo que en virtud a la *gobernanza digital* se haga un uso inadecuado y no autorizado de los datos personales, capaz de invadir los derechos fundamentales, la intimidad, la privacidad y la identidad misma del ser humano, se han establecido reglas que gobiernen los datos y les brinden protección.

5. Protección de Datos Personales (Tecnología vs Privacidad)

En el marco de la 34.ª Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de Datos y Privacidad, celebrado en Uruguay, José Clastornik, director ejecutivo de AGESIC, expuso la necesidad de tratar con equilibrio el uso y crecimiento de la tecnología con la privacidad, para poder generar confianza. Mencionó que un Gobierno Electrónico debe abarcar cuatro dimensiones: gestión pública moderna, eficaz y eficiente; buen uso de las tecnologías de la información; ciudadanía participativa y gobierno abierto; seguridad y confianza. A la vez, en dicho evento, al referirse al mismo tópico, Brad Smith, Consejero General y Vicepresidente Ejecutivo de Asuntos Legales y Corporativos de Microsoft Corporation, manifestó que se requiere algo nuevo, prácticas justas de la información que hayan sido respaldadas y aprobadas internacionalmente como la transparencia y la responsabilidad; lo cual requiere de tres aspectos: la regulación de la privacidad con reglas de juego claras; autorregulación en el flujo de las normas para que la tecnología pueda avanzar; y la innovación basada en el mercado; concluyendo que no hay privacidad si no hay transparencia[14].

Con relación al origen y evolución de la normativa de protección de datos personales[15], conviene traer a la referencia la crítica de William Pitten en 1763, pronunciada contra la normativa denominada *Cider Bill* emitida por el parlamento inglés, enfocada en la reivindicación de la protección personal del individuo ante el poder del rey, lo cual a su juicio, incluía también el hogar. Así, acuñó la celebre frase "la casa de cada uno es su castillo" (*a man´s house as his castle),* que luego se convirtió en un principio básico del Derecho inglés. La *Castle Doctrine,* sirvió de inspiración para que el juez estadounidense Thomas

[13] Idem. p. 165.

[14] Ver https://web.archive.org/web/20170917114107/http://privacyconference2012.org/espanol/sobre-la-conferencia/noticias/Las-nuevas-reglas-del-juego-conferencia-sobre-tecnologia-y-privacidad (Recuperado el 26 de mayo de 2021).

[15] NISA ÁVILA, Javier Antonio. En https://elderecho.com/origen-juridico-historico-la-proteccion-datos-evolucion-las-diferentes-teorias-juridicas-la-protegido (Recuperado el 26 de mayo de 2021).

M. Cooley escribiera que dicha doctrina es la expresión jurídica garantista de la inmunidad del ciudadano en su domicilio frente a la acción del gobierno y por extensión de la protección en su persona, propiedad y documentación personal incluso frente a un proceso judicial. A partir de esta difusión doctrinal, la jurisprudencia de Estados Unidos, a través de la Suprema Corte, se asienta en ella y emite las decisiones *Miller vs United States (1958), Ker Vs California (1963),* que luego son matizadas en las decisiones *Wilson vs Arkansas (1995)* para evitar destrucción de pruebas y en *Hudson vs Michigan (2006),* a partir de una apretada votación de 5-4, sobre anulación de pruebas incautadas como producto de allanamientos ilegales.

El origen más claro del campo de la protección de datos lo encontramos en Estados Unidos en el ensayo publicado como artículo en la *Harvad Law Review* como "The Right to Privacy" por Warren y Brandeis en 1890 donde se establece lo que ahora se considera la definición más aceptada sobre la *privacy*. La privacidad se entiende de forma general como aquel derecho a ser dejado solo o a no ser molestado ("the right to be let alone"). Es destacable la decisión en *Pavesick vs New England Life Insurance Company (1905).*

En Europa son Reino Unido y Alemania los precursores de este derecho. Así, en el primero, en 1961 se presenta un proyecto (proyecto Mancroft) de ley para la regulación y protección de la privacidad. A este intento le sucedió otro de 1967 (proyecto Lyon). Sin embargo, no fue hasta 1972, con el informe rendido por un comité, que se abrió paso al documento conocido como *White papper,* emitido en 1979, introduciendo el concepto de protección de datos personales derivados del tratamiento de datos informatizados. Posteriormente, se aprueba el *Data Protection Act* (1984).

En Alemania se inicia la regulación de esta materia mediante la Ley de Hesse en 1970, sobre secreto de las comunicaciones. En 1977 se aprueba una Ley contra el uso ilícito de los datos personales.

La Comunidad Europea aprobó el Convenio No. 108 para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, el 28 de enero de 1981.

Vale mencionar que la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) consagra el derecho a la intimidad en su artículo 12, al decir que toda persona debe ser protegida ante injerencias arbitrarias en su vida privada, familia, domicilio o correspondencia, así como de ataques contra su honra y reputación.

Este precepto convencional encuentra reproducción y confirmación en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966. A nivel europeo, es recogido en el Conven-

ción Europea de Derechos Humanos en el artículo 8. Mientras que, en América, se consagra en el contenido del artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En mi país, Panamá, se aprobó la Ley 81 de 26 de marzo de 2019 "Sobre Protección de Datos Personales", con el fin de establecer los principios, derechos, obligaciones y procedimientos que regulan la protección de datos personales, considerando su interrelación con la vida privada y demás derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, por parte de las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, lucrativas o no, que traten datos personales. Así pues, se podrá efectuar tratamiento de datos personales, siempre que lo haga con arreglo conforme a lo permitido en la ley, debiendo respetarse el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los titulares de los datos.

En dicha excerta legal se estipula que el tratamiento de datos debe regirse tomando en cuenta que la obtención debe hacerse sin engaño ni medios fraudulentos (principio de lealtad); solo para los fines determinados sin destinarlos a un propósito diferente para el cual fueron solicitados y más allá del tiempo necesario (principio de finalidad); solo los que sean pertinentes a la finalidad (principio de proporcionalidad); deben ser exactos y actualizados (principio de veracidad); se debe garantizar la seguridad en su custodia (principio de seguridad); se debe informar al titular de los datos de todos los derechos que le amparan (principio de transparencia); se debe guardar el secreto y confidencialidad (principio de confidencialidad); se debe recolectar con consentimiento previo (principio de licitud); el titular tiene derecho a obtener una copia de los datos personales de manera estructurada (principio de portabilidad).

Sin lugar a dudas, la tarea de lograr una regulación jurídica de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en sus alcances presentes y, sobre todo, los que están por venir, resulta, de suyo, un gran desafío. Sin embargo, es necesario para no generar una situación de antítesis del propósito del ser humano, al decidir formar ciudades y sociedades para convivir solidariamente.

6. Gobierno Digital

Como resultado de todo este proceso, teniendo como objetivo principal a los ciudadanos, nace el concepto de *gobierno digital*, el cual busca crear valor público, facilitando la vida de los ciudadanos a través de procesos digitales, eficientes, amigables y accesibles.

El gobierno digital se refiere al uso de las tecnologías de información y telecomunicaciones en el marco de las estrategias de modernización del Es-

tado, con el objetivo de crear valor público. El valor público está relacionado con el desarrollo social, la gobernanza, la garantía de derechos, la satisfacción de necesidades y la prestación de servicios de calidad.

El gobierno digital se apoya en el ecosistema digital del gobierno, que incluye actores del gobierno, organizaciones no gubernamentales, empresas, asociaciones de ciudadanos e individuos que apoyan la producción y el acceso en los datos, servicios y contenidos a través de la interacción con el gobierno.

El gobierno digital debe permitir un dialogo permanente entre los actores del ecosistema y proporcionar medios digitales ágiles, sencillos y útiles para el ciudadano.

Entre sus impactos y beneficios podemos mencionar: a) transparencia y control social; b) mejoramiento del funcionamiento del sector público con reducción y ahorro de costos financieros; c) reducción de tiempos de flujos de procesos y actividades; d) mejoramiento en la eficiencia y eficacia de los servicios públicos; e) participación de los ciudadanos en la toma de decisiones, generando legitimidad y respaldo; f) oferta de servicios públicos amigables, fáciles, sensillos, intuitivos y accesibles; g) competitividad;

h) promoción de la innovación.

La disrupción que ha marcado las nuevas tecnologías de la información y comunicación, ha cambiado las perpectivas en todo ámbito. La administración pública no es una excepción. La relación transfronteriza que ofrece las infotecnologías, la internet en sí, las internet de las cosas, el comercio electrónico, el big data, la impresión 3D, ha comenzado a socavar el poder y control de los gobiernos, superados por esta realidad, muchas veces con métodos intangibles pero con resultados materiales, como la fuerza de gravedad que no se siente pero que se experimenta y se siente. Por ejemplo, los temas tributarios por los ingresos o ganancias, que viene a ser, desde la doctrina tributaria y desde el punto de vista teórico, una fuente muy importante para obtener recursos que permitan reinvertirlos en el bienestar de la propia población, bajo un esquema de solidaridad y redistribución de las riquezas.

Hoy día no se puede hablar de administración pública soslayado del concepto de *administración electrónica,* como la dinámica que permite la relación de los gobiernos con los ciudadanos a través de las TIC, incluyendo una transformación organizativa y nuevas capacidades, con el propósito de brindar una mejor calidad de vida, todo lo cual requiere de una redefinición de las políticas públicas para fortalecer la institucionalidad democrática. Es

decir, se trata de superar el paradigma burocrático para renovarse en el modo de organizarse y en su desempeño.[16]

Sin embargo, como se se anotó, este proceso de cambio en la manera y forma de gobernar, puede desmandarse si el Derecho no interviene para permtir un equilibrio, de tal suerte no se convierta, paradojicamente, en una causa de afectación de derechos fundamentales y derechos humanos. Y así ha sido, los acontecimientos y la evolución social ocurre primero y, luego, se aborda el fenómeno a nivel jurídico.

La arquitectura de las nuevas políticas públicas de los gobiernos, deben involucrar las TIC, pero lejos de tratarla con "fetichismo", sino como un medio para alcanzar progreso y desarrollo económico, trascendiendo el crecimiento ecónomico. Hay países con un alto grado de crecimiento ecónomico pero con una alta tasa de pobreza y pobreza extrema, como consecuencia que no hemos logrado transmitir e impactar la riqueza teórica en bienestar general de la población gobernada.

Por otro lado, hay que redifinir al ciudadano en su dimesion humana, para no verlo como un sujeto abstracto, sino con identidad y dignidad.

También, estos cambios deben ser piloteados bajo la perspectiva interdisciplinar, entre tecnólogos y juristas, con participación ciudadana.

Se trata pues de evitar que la transformación digital se convierta en una sociedad distópica, procurando no detener pero sí moderar la fuerza con que ha venido y seguirá irrumpiendo la revolución tecnológica en el entorno de la vida, sin vuelta atrás. En este sentido, los gobiernos deben generar mejores servicios públicos desmantelando la visión tramitológica con la que se puede sentir el deber cumplido. Estos servicios deben migrar hacia los servicios en línea en la medida de lo posible y se debe hacer una administración más transparente y accesible a través de *gobierno abierto.*[17]

7. Desafíos

¿Quién hubiera pensado hace algunas décadas que la transformación digital llegaría a ser parte de las prioridades de la agenda internacional?

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de las Naciones Unidas propugna con la Industria, Innovación e Infraestructura, señalando que los avances tecnológicos también son esenciales para encontrar soluciones per-

[16] Ver DELGADO, Isaac Martin "El acceso electrónico a los servidores públicos: hacia un modelo de administración digital auténticamente innovador". En *Sociedad Digital y Derecho.* Ministerio de Industria, Comercio y Turismo Red.Es. Boletín Oficial del Estado. Madrid, 2018, pp. 179-201.

[17] Ver OSZLAK, Oscar. "Gobierno Abierto: Hacia un nuevo paradigma de gestión pública". En https://www.oas.org/es/sap/dgpe/pub/coleccion5rg.pdf (Recuperado el 27 de mayo de 2021).

manentes a los desafíos económicos y ambientales, al igual que la oferta de nuevos empleos y la promoción de la eficiencia energética. Otras formas importantes para facilitar el desarrollo sostenible son la promoción de industrias sostenibles y la inversión en investigación e innovación científicas. Sin embargo, diagnostica que más de 4.000 millones de personas aún no tienen acceso a internet y el 90 por ciento proviene del mundo en desarrollo; y 2.600 millones de personas no tienen siquiera acceso a electricidad. Reducir esta brecha digital es crucial para garantizar el acceso igualitario a la información y el conocimiento, y promover la innovación y el emprendimiento.

En el 2017, el G-20 propuso centrar la discusión de la transformación digital como una herramienta de soporte para el crecimiento inclusivo en un mundo cada vez más interconectado, pero también como un instrumento que requiere ser regulado para que los beneficios sean repartidos y aplicables a todos los sectores de la población. Los ministros del G-20 admitieron la importancia urgente de permitir entornos de políticas públicas transparentes, abiertas y competitivas que puedan favorecer el cumplimiento de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.

Para alcanzar dicha meta hay desafios y barreras que superar, como: a) alfabetización digital; b) cerrar la brecha digital, que no permite igualdad en el acceso y cobertura a internet y a las herramientas tecnólogicas. En América Latina somos más de 600 millones, y la mitad de las personas no están conectadas. Menos de la mitad de los países cuentan con un Plan o Agenda Digital. Y solo el 7% de los trámites se realizan en línea; c) armonización de la normativa jurídica que procure la protección de datos; d) generar datos y gobiernos abiertos; e) garantizar el respeto a la privacidad y a la dignidad del ser humano; f) alcanzar cultura de transparencia y rendición de cuentas; g) garantizar seguridad cibernética.

Todos estos retos se sintetizan en dos pilares: (1) generación de confianza y (2) lograr alcance o cobertura.

Se requiere: (1) Generar *gobernanza,* mediante liderazgo y visión, capacidad y coherencia, regulación, arquitectura e infraestructura de datos. (2) Generar *confianza*, mediante ética, respeto a la privacidad requiriéndose consentimiento, transparencia, seguridad. (3) Generar *valor público* mediante planificación, ejecución y evaluación.

Resulta oportuno preguntarse: ¿es conveniente dejar la gobernanza de la sociedad digital, en manos de quienes diseñan e innovan la nuevas tecnologías de la información y comunicación? La respuesta a esta pregunta requiere otro ensayo.

Finalmente, quiero llamar a la atención, metafóricamente, en el sentido que de los creadores de la cinta cinematográfica "El mundo está lleno de des-

igualdad por una mala distribución de las riquezas", nos llega la segunda parte de la saga, denominada: "La transformación digital como posible precursor de mayor desigualdad y menor protección de las garantías y libertades". Ahora bien, seguramente esta última película inspirará otros estudios más enjundiosos y profundos que el presente.

8. Conclusiones

(a) Es necesario buscar el equilibrio entre la tecnología y los derechos fundamentales.

(b) Los Gobiernos deben actualizarse tanto en su organización como en su forma de brindar servicios, para lo cual las TIC deben ser planificadas estratégicamente para que agreguen valor y bienestar al ciudadano, y para que mantengan el orden y paz social.

(c) El nuevo orden requiere vencer un nuevo desafío de desigualdad, ahora con la brecha digital que existe ante una sociedad digital.

(d) La revolución digital debe ser encauzada de forma que no se convierta en fuente de distopía de la sociedad.

Bibliografía

DELGADO, Isaac Martin. "El acceso electrónico a los servidores públicos: hacia un modelo de administración digital auténticamente innovador". En *Sociedad Digital y Derecho.* Ministerio de Industria, Comercio y Turismo Red.Es. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2018.

DE RIVA, José Manuel. "La Revolución Digital. Concepto y alcance". En *Revista del Instituto de Estudios Económicos. Revolución Digita*, núms. 1 y 2, Madrid, España. 2016.,

ESCUDERO CHAUVEL, Lucrecia. "El pueblo de la Web. Consecuencias de la mediatización y transformación de la esfera política". En https://www.academia.edu/42749136/El_pueblo_de_la_Web_Enunciacion_digital_y_transformacion_de_la_esfera_politica?email_work_card=reading-history

FUKUYAMA, Francis. *Los Orígenes del Orden Político.* Ediciones Deusto, España, 2016.

HARARI, Yuval Noah. "Los Cerebros hackeados votan". En https://elpais.com/internacional/2019/01/04/actualidad/1546602935_606381.html

HARARI, Yuval Noah. *21 Lecciones para el Siglo XXI.* Penguin Random House Grupo Editorial. Barcelona, 2019.

HELLER, Herman. *Teoría del Estado.* Fondo de Cultura Económica, México, 1995.

MANTELERO, Alejandro. "Ciudanía y Gobernanza Digital entre Política, Ética y Derecho". En *Sociedad Digital y Derecho.* Ministerio de Industria, Comercio y Turismo Red.Es. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2018.

NISA ÁVILA, Javier Antonio. En https://elderecho.com/origen-juridico-historico-la-proteccion-datos-evolucion-las-diferentes-teorias-juridicas-la-protegido

OSZLAK, Oscar. "Gobierno Abierto: Hacia un nuevo paradigma de gestión pública". En https://www.oas.org/es/sap/dgpe/pub/coleccion5rg.pdf

LA OPORTUNIDAD DE EMPEZAR A ENTENDER TECNOLÓGICAMENTE EL DERECHO

Carlos Espinosa Pulido[1]

RESUMEN: El advenimiento de un fuerte y profundo cambio tecnológico de cubrimiento global provocado por el avance de las tecnologías de control numérico al punto de hablar de inteligencia artificial, junto con la insuficiencia que las formas o práctica jurídica han tenido para resolver varias problemáticas de las sociedades de hoy, exige pensar en una reconfiguración del entendimiento del Derecho que lo explique en función de lo que se pretende con él, y al mismo tiempo, que otorgue herramientas que evalúen su funcionamiento puntual dentro de un medio dado. Y el concepto de "tecnología" puede perfectamente proveer esa nueva forma de comprenderlo, sin renegar de sus desarrollos históricos. Sin embargo, ello exige a su vez rescatar el concepto de "tecnología" de sus acepciones populares y mediáticas, para comprender que la tecnología se halla más presente de lo que pensamos en muchos procesos de la sociedad, y tiempo más atrás de lo que "prima facie" puede considerarse. Resuelto este inconveniente nocional, se puede brindar un esbozo de cómo sería pensar el Derecho como tecnología, qué particularidades tendría la "tecnología jurídica" y qué prospectivas nuevas se contemplan a futuro para garantizar la continuidad de "lo jurídico" en la humanidad.

PALABRAS CLAVE: Derecho, Tecnología, Tecnologías Sociales, Paquete Tecnológico, Ordenamiento Jurídico, Norma Jurídica, Orden Social, Control Social.

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Rescatando la noción original de tecnologia; 3. Tecnologías sociales; 4. Fenomenología tecnológica del derecho; 5. Una breve perspectiva sobre el fenómeno tecnológico jurídico; Bibliografía.

[1] Abogado. Doctorando en Administración, Hacienda y Justicia en el Estado Social (Universidad de Salamanca).

ABSTRACT: The araising of a strong and profound technological change with worldwide coverage generated of last numerical control technologies which goes up to artificial intelligence (AI) processes, along with the insufficiency that legal forms and practices have had to solve different issues from actual societies, makes think about a reconfiguration of Law understanding which explains itself, based on what is it pretended from it as well and explanations of itself related with the purposes expected by society; and, in same manner, giving tools that its punctual functioning whitin any given environment. And the notion of "technology" can gives that new way of comprehension. Nonetheless, this also requires rescuing the concept of technology from their popular and media sense, to understand that technology is more present that we think in many proceses and affairs of life we considered, "prima facie". Once this conceptual issued is resolved, a general overview of technology can be given, useful to think about Law as a technology, to look at singularities related with this form of comprehension, and to offer prospectives of that which can be seen as warrantys for the continuity of legal matters in humanity, facing to future.

KEYWORDS: Law, Technology, Social Technologies, Technological Package, Legal System, Legal Rules, Social Order, Social Control.

SUMMARY: 1. Introduction; 2. On rescue of original concept of technology; 3. Social technologies; 4. Technological phenomenology of law; 5. A little perspective about law-technological phenomenon. Bibliography

1. Introducción

El hecho jurídico, la evidencia de la regulación social de las conductas, es algo tan cierto y presente a través del curso evolutivo de la humanidad, como la existencia y el tratamiento de las enfermedades, los instintos de conservación y perpetuación, la apropiación y cuidado de los recursos vitales, y hasta la solución concreta de los conflictos comunitarios. Y a la par de la sofisticación y el crecimiento de las sociedades, el Derecho (entendido como el complejo de normas y principios de carácter imperativo y observancia social) se ha venido especializando (ramificando), pero además su comprensión o entendimiento se viene replanteando con una frecuencia cada vez más apremiante, forzado por las nuevas circunstancias de la contemporaneidad. Los tiempos actuales exigen que sea rescatado un abordaje del Derecho en favor de sus destinatarios o usuarios, no solamente para la recuperación de su auténtico valor, sino ante la amenaza que hoy le constituyen, no solo su extravío entre distintas especulaciones respecto de él, sino la emergencia de otros métodos para organizar la sociedad que, si bien se presentan como más eficientes (para los intereses de quienes buscan implantarlos), también se manifiestan más impositivos, impersonales y alienantes de lo que se pudiera haber dicho de algunas formas jurídicas. En la denominada

postmodernidad, la crisis en muchas concepciones y paradigmas socialmente establecidos ha comprometido diversas instituciones de varios órdenes en la civilización occidental, poniendo en juego su eficacia, su credibilidad, su aceptación, e incluso su validez esencial o razón de ser. El Derecho no se ha escapado de ello, sustraído cada vez más, a expensas de sus destinatarios (la sociedad), de sus propósitos teleológicos originales de seguridad social, y hasta llegando a desproveerse de ellos, pues en muchas ocasiones pareciera que ya no responde a los grupos humanos a los cuales se debe (mucho menos a sus necesidades), sino que más bien se esmera en armonizar con las "olas" ideológicas del momento, o con los intereses políticos (casi siempre ocultos) de la coyuntura local o internacional. Por consiguiente, la necesidad de formular un nuevo enfoque sobre el Derecho no se trata de crear un caprichoso remozamiento conceptual, o de darle una presentación *fashion* a lo jurídico acorde con los actuales tiempos, sino de recuperar la importancia de estudiar y analizar la funcionalidad y operatividad del Derecho dentro de sus correspondientes comunidades, buscando devolverle el compromiso social (al margen de la percepción ética o moral que se tenga) con la que durante muchas épocas contaba, y permitiéndole dar - nuevamente - la cara a las hoy más complejas y grandes comunidades humanas. Y esa nueva óptica valorativa puede darse abordando al Derecho *tecnológicamente*.

2. Rescatando la noción original de *tecnologia*

Una gran paradoja de los tiempos actuales (que quizá podría ser la mayor) es aquella donde, cuando en el mundo vivimos más rodeados de tecnologías que nunca, y contamos con más complejos y completos *mundos artificiales*[2] que en ningún otro momento de la historia, entre la gente común (pero muy frecuentemente también dentro de la academia universitaria), no se tiene una idea clara y adecuada de lo que la "tecnología" es. La sociedad humana contemporánea ha incurrido en un proceso de estancamiento cultural masivo que se ha hecho cada vez más notorio, si se toman en referencia, particularmente, las últimas tres décadas que llevamos…una etapa que bien podría ser calificada de *involución cultural*, en la que es particularmente significativo el problemático asunto relacionado con la devaluación de la calidad de la comunicación: ha sucedido que el empleo del lenguaje connotativo o "simbólico" (en oposición al denotativo o descriptivo) en la redacción de las noticias ha sido una de las herramientas más eficaces – y audaces – para resignificar muchas cosas y sucesos para la gran audiencia que, sin más (especialmente en las tres últimas décadas) acepta la cre-

[2] BRONCANO, 2001. El concepto acuñado por él alude a todo el conjunto de artefactos (aparatos) que el hombre ha diseñado y creado para su supervivencia y bienestar, junto con las nuevas condiciones de vida y relaciones sociales que gracias a la irrupción de ellos se han producido, transformando todo el contexto de desenvolvimiento del ser humano.

dibilidad de lo que los medios masivos le muestren, de modo que prácticamente cualquier palabra puede significar cualquier cosa.

La noción de *tecnología* ha sido una de las grandes víctimas en este último proceso, sin que las voces disidentes se hayan dejado escuchar como se debiera. De hecho, y teniendo como factor añadido la manera como en esta última ola tecnológica se va incrementando cada vez más la rapidez para fabricar e innovar aparatos y se ha complejizado y universalizado la programación informática y las plataformas cibernéticas al servicio de aquellos y de sistemas complejos de acciones concretas, ha ocurrido que para el gran público el hablar de "tecnología" es algo que necesariamente tiene que ver con computadores, software, electrónica y pantallas inteligentes. Si algo no cuenta con lo anteriormente referido, entonces "no" es tecnológico. Y esta perorata ya se encuentra prácticamente proliferada y afianzada en los cinco continentes y en los diversos ambientes profesionales (incluidos el empresarial, el educativo y – claro – el jurídico), olvidándose de hecho que, antes que nada, la tecnología emerge como un concepto (contenido mental), que alude a la forma en que se deben ejecutar las cosas, se ha de poner en marcha una actuación o un conjunto de actuaciones, o se concibe algo para obtener un resultado tangible o producto a sabiendas, siendo este mismo la respuesta o la solución a un problema que se tiene, o a un desafío que se enfrenta. Hablamos del análisis o estudio de maneras de hacer determinadas cosas para obtener determinados resultados, encaminados a modificar el entorno existente.

Aunque también a la variabilidad que se encuentra alrededor del concepto contribuye el juego propio de cada idioma con respecto a todo aquello que tiene en frente para definir, describir y/o atribuir; pero también buena parte se debe a la tradición científica de cada cultura lingüística y su contexto particular. OSORIO nos llama la atención de cómo la "tecnología" fue inicialmente *technology*, por gracia del descubrimiento y "uso" del concepto en medio de la revolución industrial vivida en Inglaterra y los Estados Unidos durante el transcurso de los siglos XVIII y XIX, a pesar de que el mismo tuviera un empleo "limitado, en función de las artes prácticas o el conjunto de las artes prácticas y no el conjunto increíblemente variado de fenómenos, herramientas, instrumentos, máquinas, organizaciones, métodos, técnicas, sistemas y la totalidad de todas estas cosas y otras similares en nuestra experiencia[3]". Las mismas experiencias operativas y productivas tuvieron una denominación diferente en la "Europa Continental", recibiendo (particularmente en Francia) la denominación de *técnica (tecnique)*, siendo aceptada así la denominación por teóricos como SÉRIS, ELLUL, AUZIAS y otros para señalar a "la totalidad de los métodos a los que se ha llegado racionalmente y que tienen una eficacia absoluta (para una fase de desarrollo dada)

[3] WINNER (1979).

en todos los campos de la actividad humana[4]". Así igualmente sería entendida en Alemania, y en otros territorios europeos como España, en donde existe una línea definida de teóricos de la tecnología como QUINTANILLA, BRONCANO, VEGA ENCABO, LIZ y otros, que han fundamentado sus análisis y prospecciones bautizando el fenómeno genérico con la palabra *técnica* por encima de cualquier otro término[5]. La polémica sobre la naturaleza de la *tecnología* y su relación con conceptos muy cercanos a esta se torna aún más escabrosa al invitar al debate al término *ciencia* (que, ya como su "mentora", su "socia" o su "sirvienta calificada" tiene hoy día una relación con aquella, virtualmente insoluble), añadiéndole conflictos de jerarquía y continencia que ya se encontraban dentro de la relación entre *tecnología* y *técnica* (de la que se reivindica por varios epistemólogos su semejanza con aquella, mientras otros propenden por la paternidad de la *técnica*, otros más por la evolución de la *técnica* en *tecnología*, en fin…).

Así las cosas, *¿qué viene a ser la tecnología entonces?* En el corrillo de los epistemólogos de la tecnología tal vez se hallen más de acuerdo con el concepto que con los términos; y es que, de hecho, hay quienes prefieren hablar de *técnica*, y no de *tecnología*, y hasta existe un teórico que, ante la mutua dependencia que se ha presentado entre la investigación científica y el desarrollo tecnológico en décadas más recientes, considera que lo adecuado es hablar de *tecnociencia*[6]. Para empezar, en la tecnología va envuelta una acción o un conjunto de acciones que, además, tienen influencia en el estado de cosas natural existente; acciones o actuaciones que son de por sí acciones de intervención, la cual, además, se caracterizan por ser susceptibles repetirse, con el objeto de obtener los mismos resultados que a través de ellas se están persiguiendo, o inclusive mejores, ya que su ejecución puede ser mejorada gracias al ensayo y error por medio del cual se valoran éste tipo de operaciones. Sin embargo, valga el momento para decir

---

[4] ELLUL (2004). Los ELLIOT en el mismo sentido comentan cómo, a diferencia de lo que ocurre con el vocablo inglés *technician* con relación a *technics*, los términos franceses *technique* y *technicien* – al menos el manejo que le dan ELLUL y MEYNAUD - tienen más amplitud semántica: *"Y así, por ejemplo,* technicien *no sólo significa 'ayudante de ingeniería' como sucede en el Reino Unido, sino* cualquier *otro tipo de experto o especialista* (ELLIOT, 1980: pp. 301)*"*.

[5] Sin embargo es conveniente aclarar que no todos éstos teóricos desconocen la presencia efectiva del término *tecnología*; lo que sucede es que hay quienes la equiparan indistintamente con la palabra *técnica* – dándole clara preferencia a esta última –, o supeditando aquél término a este, como es el caso de QUINTANILLA (1988), quien, como luego profundizaremos, somete la aparición de la tecnología a un momento específico de la historia moderna, con sus correspondientes circunstancias (pp. 57 y ss.).

Por otro lado tenemos que las *Meditaciones sobre la Técnica* del gran filósofo español José ORTEGA Y GASSET podrían ser la primera gran reflexión hispanohablante sobre la tecnología, a la cual desde aquella disertación viene bautizada como *técnica*. Menciona AGAZZI que en el italiano también, *"así como en otros idiomas,* (…) *se utilizan ambos términos con significado similar* (AGAZZI, 1997: pp. 1)*"*.

[6] LATOUR citado por NIINILUOTO,1997, p. 286.

que eso que se acaba de describir, esas actuaciones, esas operaciones, son lo que conocemos como *técnicas*. La técnica deviene a tecnología gracias a su "componente científico"; y ese componente científico consiste en la posesión de la razón o fundamento sobre el funcionamiento de esas técnicas[7]. ARISTÓTELES en su tiempo se refería a la *tekhné* y a la *epísteme*; sin embargo, aunque se pudiera pensar (mal entendidamente) que ambos conceptos, aunque afines, venían separados (ya que en la segunda noción se averiguaba por el conocimiento de las verdades particulares a través de sus causas, y en la primera, por el conocimiento de las verdades prácticas a través –también– de razones o causas), es justamente esta metodología, ese estilo de conocer, lo que liga a la tecnología con la ciencia[8], siendo factible (como en realidad pasa), que una tecnología se base, ya sea en una ciencia que terminó apadrinándola, ya en una teoría tecnológica elaborada de acuerdo a los mismos métodos de operación nocional de la ciencia; y que en uno y otro caso, diversas técnicas se hallen articuladas con una tecnología, en situaciones concretas.

Hoy día, los enfoques sobre la tecnología aún siguen siendo diversos; no obstante, todos ellos de alguna manera van referidos al hacer con un propósito, y siempre mediando una transformación del entorno. Es así como podemos concluir –aunque sea, provisionalmente–, que la práctica tecnológica se refiere a los procesos humanos concretos (individuales o de grupo) de solución de problemáticas, mejoramiento de condiciones o simple transformación del área espacial de desenvolvimiento vital, con fundamentos procedimentales y/o teóricos de tipo y/o estilo científico, dirigidos a resultados mensurables, concretos o tangibles.

La anterior formulación nos lleva por consecuencia a identificar unas características presentes en cualquier tecnología:

1. *Sistematicidad:* Las tecnologías suelen ser sistemas. Esto quiere decir que vienen comprendidas por componentes que se hallan en mutua interacción, y al mismo tiempo, en función general de lo pretendido por la tecnología de la que participan.
2. *Finalismo:* Toda tecnología está para algo dentro de un contexto o escenario (singular, colectivo, social), que incide sobre este, y suele ir referido a una solución o a un mejoramiento.
3. *Versatilidad utilitaria:* Los productos o resultados de una tecnología tienen una prescripción de uso que no agota su utilidad. El usuario o destinatario de ellos puede usarlos de otros modos, además del uso prescrito.
4. *Variabilidad:* El carácter concreto que tienen las tecnologías hace que ellas puedan cambiar. No existe tal cosa como una "tecnología inmutable".

[7] AGAZZI, 1997; LÓPEZ VALLÉS, 2008, p. 20.

[8] AGAZZI, 1997.

Siendo tan concreta y tan variable la tecnología, *¿es susceptible de ser estudiada, entendida? La respuesta es sí. Lo que sucede, es que el entendimiento tecnológico viene concentrado, por la* naturaleza de su objeto, en tres aspectos referidos a cualquier tecnología: su método, sus variables y/o componentes y sus efectos y resultados. En el primer aspecto hablamos de heurística tecnológica, en el segundo, de análisis tecnológico, y en el tercero, de una evaluación tecnológica.

La *heurística*, tal como las raíces del término lo proponen, trata sobre la metodología de invención o descubrimiento de algo, que en el caso de la tecnología, bien podría decirse que es la subyacente en el desarrollo de la solución práctica del problema retante. Sin embargo, mayor atención tiene en este caso la configuración de *teorías operativas* que, sea como proyección de leyes o principios científicos, o como un reflejo de método de éstas, marcan la planificación y ejecución de una tecnología dada a través de reglas tecnológicas, definidas por Mario BUNGE como "instrucciones para realizar un número finito de actos en un orden dado y con un objetivo también dado[9]". También nos señala el mismo profesor que "una regla es fundada si y sólo si se basa en un conjunto de fórmulas de leyes capaces de dar razón de su efectividad. (Y…) Para decidir que una regla es efectiva, es necesario, aunque no suficiente, mostrar que ha tenido éxito en un alto porcentaje de casos", y además, "tenemos que saber por qué es efectiva: debemos separarla o aislarla y conseguir una comprensión de un modus operandi (p. 76)". Ahora: a diferencia de los principios científicos, los criterios que rigen a las reglas tecnológicas no son criterios de verdad, sino de eficiencia.

En cuanto al *análisis tecnológico* propiamente dicho, entendiendo como tal la posibilidad de identificar los elementos componentes y factoriales de una tecnología, y poder caracterizarla a través de ellos y de sus fenómenos de transformación y movimiento, digamos – por lo pronto – que toda tecnología se enfrenta a condiciones de corporeidad[10], integración (o empaquetabilidad)[11], siste-

[9] BUNGE, 2004: p. 75.

[10] Si esa tecnología viene (re)presentada en un método, o en un artefacto, o en un sistema específico.

[11] Si dentro de una tecnología determinada vienen integradas otras tecnologías y técnicas.

maticidad[12], tangibilidad (o palpabilidad[13]), limpieza o impacto[14] y dinámica[15]; que además viene como resultado de unas operaciones tecnológicas originarias o de mera traslación o fluidez (definiendo como operaciones tecnológicas, aquellas que hacen que se halle presente y disponible determinada tecnología en el lugar en el cual la requerimos); y que cualquier tecnología también se halla en un campo al cual pretende aplicarse, ha de contar con una plataforma nomopragmática que describe bajo qué formulaciones regladas ha de operar, unos elementos de mediación a través de los cuales se manifiesta su operación (como insumos[16], instrumentación[17], agentes[18]), un *diseño* que la configura a partir de una representación estructurada o modelo, junto con un plan o sentido de operación; y, por supuesto, un producto o resultado y unos usuarios o receptores de esa tecnología, a los cuales ella iría destinada.

Finalmente, para cerrar ya esta parte, hay que decir que por lo que es y busca una tecnología, y por los efectos –colaterales– que puede generar, es imprescindible evaluar su desempeño. Hay varias maneras de evaluarla, pero por lo pronto sepamos que puede ser evaluada internamente (a propósito de sus resultados), comparativamente (con relación a otras tecnologías dirigidas a asuntos similares en el continuum del tiempo) y externamente (a propósito de sus efectos externos queridos y no queridos). Hay que entender que cualquier tecnología no viene propiamente promovida desde la "iniciativa" de las personas (entendiendo aquí "iniciativa" como "ocurrencia"): las tecnologías de alguna manera vienen suscitadas por el contexto de realidad de una comunidad mayor o menor de personas afectadas, y esa suscitación viene por lo general expresado en forma de problemas. Es decir –y reiterándolo una vez más–: las tecnologías aparecen

[12] Cómo están articuladas dentro de una tecnología, otras, y otras técnicas. Se habla aquí que la tecnología que le da sentido a su uso y propósito es la tecnología *medular*, y las demás tecnologías y técnicas que la facilitan son *periféricas*.

[13] Si aquello en lo que una tecnología se representa es de primera mano palpable o no (como un teléfono, o un gato hidráulico, por ejemplo).

[14] Si la generación de una tecnología produce efectos o resultados no previstos (y usualmente no deseados), distintos (y adicionales) a lo que busca producir.

[15] Con qué frecuencia una tecnología ha de ser renovada para que produzca los mismos productos, con el mismo nivel de satisfacción para el *usuario* (destinatario de los resultados o productos tecnológicos).

[16] Elementos impersonales requeridos para operar una tecnología determinada.

[17] Herramientas o *artefactos* requeridos para poner en funcionamiento una tecnología determinada. Usualmente ocurre que son instrumentación diseñada *específicamente* para el desenvolvimiento de dicha tecnología

[18] Individuos que con el conocimiento de operación de una tecnología determinada, participan para ponerla en curso. Los hay de distintos tipos, pero por ahora hablemos de los *intervinientes* (los que la ponen en marcha) y los de *control* (los que verifican su adecuado funcionamiento).

como *respuestas* a los problemas que la humanidad en sus contextos concretos (o también en su contexto general) se encuentra para tener una vida agradable y conveniente. Este sentido funcional de las tecnologías es la base justificativa de la tarea o actividad de evaluación. Y por eso es algo inherente de cualquier tecnología su posibilidad de ser evaluada, ya que ellas existen para la solución de problemas o problemáticas determinadas; si no las resuelven, su cuestionamiento sería algo esperado, al igual que la subsiguiente reformulación de las mismas, ya a modo correctivo, sustitutivo o extintivo[19].

3. Tecnologías sociales

El avance tecnológico de la humanidad salta a la vista: nos hallamos en la cuarta ola tecnológica, que se inició con el perfeccionamiento de todos los procedimientos y operaciones basadas en el control numérico o computación, posteriormente aliados con las formas inalámbricas y espaciales de comunicaciones, y que ha desembocado en la mega-administración de datos (*big data*, *mining data*) y la inteligencia artificial (*machine learning*). A pesar de todo ello, del cambio tecnológico dramático que estamos empezando a atravesar, no por eso debe olvidarse (y no puede ser de otro modo) que la tecnología *es* un concepto. Solo de esta forma se puede abordar un entendimiento posible de las que pueden denominarse "tecnologías sociales", tratándose ellas de modos de resolver dilemas, desafíos o problemas que tiene la humanidad en su conjunto, o en comunidades específicas, tocantes con su convivencia cotidiana o general y con su evolución y desenvolvimiento. Como ya se vislumbrará, es dentro de este marco en el que podría tener espacio una comprensión tecnológica del Derecho, la cual además, y por consecuencia, permitiera proveer instrumentos para analizar y evaluar un sistema jurídico determinado, ya sea en su conjunto, o a nivel de sus subsistemas.

Así pues, las tecnologías sociales pueden ser entendidas como sistemas artificiales de acciones y actuaciones[20] suficientemente definidas, fundamentados en necesidades, deseos y/o acciones concretas de una sociedad determinada que pretenden ser satisfechas mediante una participación o interacción (total o parcial) de dicha sociedad "usuaria", planteada desde requerimientos propuestos por cada tecnología social específica. Tales tecnologías, a su vez, suelen venir res-

---

[19] No se debe olvidar en este punto que dentro del campo conceptual de la evaluación se presenta con mucha facilidad la posibilidad de *comparar*, en este caso, *tecnologías*, en aras del mejoramiento de una o la sustitución de una por otra *mejor*, tal y como indicaba en su momento QUINTANILLA (1989: p. 21), siendo tal circunstancia la *causa eficiente* del denominado *cambio tecnológico* (*ibídem*.: p. 89) (HETMAN, 1977: p. 38) (CARVAJAL, 2002: p. 139).

En un sentido similar, pero) concentrado en el peso del juicio social al momento de hacer una selección tecnológica, BROOKS (1977), también citado en el primer capítulo.

[20] Siendo no intencionales las unas, e intencionales las otras.

paldadas en una periferia conformada por otras tecnologías y técnicas de apoyo que se articula gracias a un diseño y una base tanto teórica como nomopragmática previos, fundamentadas en el conocimiento de una serie de características humanas generales y sociales usualmente presentes. La articulación entre médula y periferia es la que se termina articulando en los conocidos paquetes tecnológicos (sociales, para lo que aquí nos ocupa).

Si estamos de acuerdo en que básicamente el primer hombre consistía en "un cerebro que controla una mano y es capaz de articulación vocal (porque no podemos desconocer la importancia del lenguaje en todo este desarrollo) (CHAUCHARD, *op. cit.*: p. 108)", debemos de poner en la mesa un aspecto más de carácter doble: el aprendizaje. Sucede que el ser humano es una especie que madura biológicamente más tarde que muchos otros individuos animales (incluso la gran mayoría de los primates), y alcanza más lentamente su pleno desarrollo: este tiempo transcurrido de desarrollo lo ha aprovechado tanto en lo individual como en lo colectivo para moldear su conducta y su saber, tanto a nivel de los conocimientos adquiridos como de los instintos regulados. Pero además de ello, los seres humanos contamos con la *única* ventaja de poder recoger (y claro, valorar) el conocimiento adquirido por generaciones anteriores a la nuestra.

En paralelo con la humanización del "sapiens", aparece la socialización (o también sea dicho, el desarrollo de la sociabilidad). La "ley de participación" de LEVY-BRUHL es una primera evidencia de ello[21]. Y alrededor de todo esto, conocimiento, actitudes, descubrimientos, obras, inventos, socialización, aflora la cuestión de la cultura, asunto eminentemente humano, y que, sea para hablar de un grupo humano en específico o de la humanidad en general, envuelve todo ese acervo de actos, rasgos e indicios humanos que marcan una no reversa en el *homo sapiens* que lo compelen a la sociabilidad. Dentro de la sociabilidad, hay un factor característico y fundamental que la concreta, y es, el orden.

La curiosidad científica se ha dirigido en general al descubrimiento del orden en diversos campos, situaciones y fenómenos, es decir, a qué obedece su desarrollo y/o su desenvolvimiento. El caos, que se constituye en su contrario, muchas veces resulta siendo un camuflaje o una apariencia de un orden oculto que hay que descubrir. Si la observación del comportamiento en las sociedades animales da cuenta de la existencia de un orden existente en ellas (como fue revisado inmediatamente antes), y que marca la constante de este en toda la na-

[21] Ley de Participación: Concepto del filósofo francés Lucien Lévy-Bruhl (1857-1939), que sostiene que las personas con una mentalidad rústica o primitiva creen que, de alguna manera, existe una "participación" entre los individuos y los objetos miembros de una representación colectiva. Ven una suerte de comunicación mística y de interrelación en las representaciones colectivas, ignorando las contradicciones que resultan evidentes para quienes no son primitivos. En esta participación, las partes del colectivo se consideran tanto como integrantes del mismo como por sí mismas (LEVY-BRUHL, 1986: pp. 88 y ss.).

turaleza, en las sociedades humanas también es de esperar la existencia de un orden. Sin embargo, los soportes del orden de las sociedades humanas (es decir, todo eso sobre lo cual se basa u opera, la fuente explicativa de su presencia) son distintos a los de los animales sociales, pues aquellos corresponden a un nivel diferente respecto a los patrones de orden de éstos últimos (tanto como distintos cualitativamente son unos y otros). Por otra parte, es fácil reconocer, *prima facie*, que tales órdenes son en principio relativos, ya que son diferentes como diferentes son los contextos en los que ellos se asientan. A pesar de ello, que no se signifique con ello que los distintos órdenes no se puedan someter a valoración: damos por supuesto que lo que busca cualquier sociedad humana es *su* permanencia a través del tiempo (para no hablar de su proliferación, lo cual puede sujetarse perfectamente para abrir una polémica); de ahí que (como además lo muestra la historia de la humanidad, y también una amplia y desapasionada observación sociológica comparada), se pueda determinar (e inclusive establecer identificación de causas) sobre órdenes sociales más aptos para la permanencia que otros, con la consideración de muchos factores de contexto que, además, deben ser observados de una manera dinámica, como por ejemplo, crecimiento demográfico, aprovechamiento del medio ambiente con garantía de recursos futuros, incremento del nivel cultural promedio, nivel de armonía y bienestar, etc.

Como fue señalado anteriormente, ha sido muy característica, muy peculiar, la respuesta del *homo* contemporáneo frente a su entorno natural; y, por supuesto, su dominio social se ha visto indeludiblemente impregnado de sus propias características. Ese es el mundo artificial con el que BRONCANO (2000) define el ambiente construido por el propio ser humano, y cuya influencia alcanza a marcar las condiciones del ambiente físico natural de la tierra de una manera capital; influencia de la que, desde luego, no se sustrae su propio ambiente humano (es decir su entorno social).

Dicho todo lo anterior, digamos que las tecnologías sociales tienen una notoria particularidad: la participación de los seres humanos, no solamente como agentes técnicos y usuarios tecnológicos[22] sino también como instrumentos (a través de elementos tan propiamente humanos como pueden ser el lenguaje y/o el comportamiento –entiéndase–, o también como agentes no intenciona-

[22] Y aquí me adelanto con una peculiaridad de las tecnologías sociales en cuanto al usuario: Que, aunque pueden ser aprovechadas por personas individualmente consideradas en situaciones concretas, *están desarrolladas justamente para el aprovechamiento de* cualquiera *de las personas que se hallan bajo su alcance, un grupo de ellas, o todas las de la sociedad bajo el alcance de la tecnología determinada.* Mientras que yo, usuario de una máquina de afeitar, la uso para mí porque la compré, y cualquier otro comprador puede decir lo mismo, una tecnología social como por ejemplo *la escuela*, *la cárcel* o *la prensa* no viene diseñada para un individuo en particular. Dicho de otro modo: las tecnologías sociales se diseñan *para destinatarios plurales e indeterminados* de la sociedad para cuyo alcance se han diseñado.

les) y hasta como *inputs-outputs*[23] (el caso de la escuela es proverbial). El motivo es obvio: son tecnologías diseñadas para una sociedad.

Así las cosas, la pregunta que seguidamente puede caber, sería: *¿la sociedad también podría ser diseñadora?* Se trata de una pregunta aparentemente muy sencilla, pero que desprende un planteamiento tan profundo como es el referido a cuál es la naturaleza que una tecnología social existente o futura debería tener para llamarse así, y no tener otro nombre. Una inquietud tan profunda requiere estructurar un esquema teórico que cubra las posibilidades direccionadoras de las tecnologías sociales disponibles como existentes (que ya ha habido). Tales direccionamientos pueden ser entendidos fácilmente mediante una metáfora intelectual que los puede describir "gráficamente", y puede situarlos en arquetipos [24]. Estos paradigmas son, el arquetipo ingenieril y el arquetipo arquitectural. Mientras que en el arquetipo ingenieril ese orden social se diseña y promueve a partir de un conjunto de diseñadores para un grupo social (en el cual no necesariamente esos diseñadores participan), el arquetipo arquitectural exige la participación del mismo grupo social destinatario en el diseño de su orden, ya en general, ya en aspectos puntuales.

4. Fenomenología tecnológica del derecho

Para una compilación de ensayos críticos sobre el derecho anotaba Carlos María CARCOVA algo que hoy ninguno de nosotros puede desconocer: "Actualmente las teorías éticas, políticas, sociales y jurídicas, han abandonado los compartimentos estancos y se interceptan en un productivo espacio de formación interdisciplinar. Por eso, no debe sorprender que los juristas se ocupen de

---

[23] Desde una lógica de sistema es fácil entender que el *input* de una tecnología comprende los insumos que el proceso tecnológico ha de transformar en el producto esperado por el usuario, que es el *output*.

[24] Solo para mencionar, dos ejemplos: 1) La radionovela como abstrayente de la realidad fue puesta a experimentación por primera vez en 1938 a través de la radionovela de Orson Wells *Halloween*, *"basada en La Guerra de los Mundos de H. G. WELLS. Seis millones de personas oyeron la emisión que de una manera realista describía una fuerza invasora marciana que aterrizaba en la Nueva Jersey rural. A pesar de afirmaciones repetidas y claras de que el espectáculo era ficticio, aproximadamente el 25% de los oyentes pensó que era verdadero, con algunos derechamente entrando en pánico. Los investigadores del Proyecto Radio encontraron que una mayoría de la gente que se aterrorizó no había pensado que hombres de Marte habían invadido; ellos realmente pensaron que los alemanes eran los que habían invadido* (MINNICINO en: https://www.absolum.org/ot_escuela_frankfurt_correccion_politica.htm); 2) El Instituto Tavistock del Reino Unido, que en un principio fue creado como un centro médico para tratamiento de pacientes con traumas postbélicos luego, a través de lo aprendido y mediante el diseño de varios experimentos encontró formas de control social en un abanico que va desde los conciertos masivos de música hasta el control por drogadicción (ESTULIN, 2013). De este lugar vienen las denominadas técnicas de "lavado de cerebro (*brainwashing*)".

la economía o de la literatura o del psicoanálisis o del tiempo (Posner, Dworkin, Legendre, Ost), a la vez que economistas, antropólogos o psicoanalistas se ocupan del derecho[25]". No obstante lo anterior, y sin entrar en detalles (para no dañar, entre otras, el acuerdo al que podríamos llegar todos alrededor de ello), bien podríamos decir, con baja exposición a la réplica, que cuando hablamos de Derecho, hablaríamos de regulación social, y que tal regulación social se lleva a cabo por medio de una herramienta básica (o artefacto básico) cual es la norma jurídica, de cuya claridad y conocimiento dependería su eficacia. Y desde ese acuerdo básico, con toda una tradición de historia del conocimiento, de evolución de la sociedad, de sus instituciones y de la vida humana de varios siglos tras nosotros, viene una pregunta interesante: Siendo así el Derecho, *¿qué sería entonces?* Cárcova, en el mismo ensayo antes mencionado, nos enseña algunas posibilidades:

> *El derecho de la modernidad tardía es, al mismo tiempo: una tecnología elaborada por siglos, un discurso justificatorio portador de criterios axiológicos, un modo de transformar poder político en práctica societal, un mecanismo a través del cual se limita el ejercicio arbitrario de la autoridad y se consagran garantías recíprocas incluidas en el pacto de convivencia, una ideología práctica, un saber estilizado, etc.*[26].

Por tanto, el carácter práctico del Derecho y sus intenciones de acción, contemplables ya sea desde un programa político, una axiología social, o unos intereses colectivos, ya tradicionales, ya de clase, nos evidencia que el Derecho no es una mera expresión artística cultural, siempre pretende algo; y esa pretensión suele ir de la mano de los que lo "hacen", independientemente de que entendamos ese "hacer" desde una perspectiva formal (los legisladores, por ejemplo[27]), o más real (quién impulsa la creación de las normas). Por otra parte: aunque es innegable el carácter político que tiene el derecho a la hora de vincular, o de "empalmar" al poder con la sociedad, no podemos caer en el pecado de confundir el continente con el contenido.

La epistemología también evoluciona, y su evolución trae como resultado la reconfiguración de los mapas del conocimiento. Los paradigmas concebidos por Kuhn no solamente se encuentran en las ciencias físicas y naturales para que ellas se reinventen rompiendo aquellas, sino que eso también pasa con las ciencias sociales, e inclusive, pueden hacer que desde la epistemología puedan reconsiderarse ciertos axiomas. Ciertamente hoy se cuestiona la neutralidad de

---

[25] CÁRCOVA, 2001: p. 36

[26] *Ibídem*: p. 22

[27] En una tecnología jurídica, los legisladores y reglamentadores se constituyen en *agentes generadores*, por ejemplo.

la ciencia, a pesar de sus pretensiones de encuentro con la verdad; pero esa no es una preocupación de la tecnología, ya que su interés radica en la efectividad, en la utilidad de lo que hace. Y en ese orden de razonamientos es que en aquella ocasión, BUNGE cuestionó el llamado "derecho natural", por parecerle un contrasentido: "no hay nada más artificial que el derecho, que es creación del hombre. No encontramos las leyes en las canteras, en las minas o en los bosques, sino que el derecho es una creación típicamente humana, como lo es la ingeniería [28]". Frente a la única confrontación de ópticas disponible, según él, entre formalistas (positivistas) y realistas, anota: "esta confrontación no es necesaria, no es inevitable. Hasta creo que el derecho hay que verlo a la vez como un cuerpo de ideas, códigos, opiniones, deliberaciones de los jurisconsultos, etc., y también como una herramienta social que se va transformando junto con las sociedades a las que sirve[29]". Una "ingeniería", podría decirse –también–, tal vez filosófica, o social, o moral. Y viene al cuento una anécdota formulada por el maestro BUNGE en esa misma conferencia:

> *Una vez le pregunté a un positivista jurídico, Carlos Cossio, el famoso jurisconsulto y profesor de filosofía del derecho de la Universidad de Buenos Aires: '¿No cree usted que haya leyes injustas?' 'No' –me respondió–, 'porque la justicia está definida por la ley. Justo es aquello que se sujeta a la ley'. Lo que es una monstruosidad moral y una monstruosidad política, porque la ley es una creación humana, un artefacto, algo artificial que, como toda creación humana, puede ser imperfecta. Este es el punto de vista del positivismo lógico[30] (p. 54).*

El instrumento (artefacto) principal de la tecnología jurídica, como bien dijimos atrás, sería la norma jurídica. Esa herramienta lógica, ante el derecho, no es meramente lógica: cuenta con un componente práctico que se supone respaldado por una infraestructura política tanto física[31] como social, y así mismo una legitimidad social sin la cual, difícilmente una norma podría ser observada[32]. Hablamos de una herramienta que no solamente tiene vocación restrictiva o prohibitiva (basada en proposiciones condicionales directas o articuladas del tipo "si haces A, te ocurrirá B"), sino también podría tenerla prescriptiva (indi-

---

[28] BUNGE, 1996: p. 37.

[29] *Ibídem*: p. 38

[30] *Ibídem*: p. 54.

[31] Y aquí me atrevería incluso a añadir *económica*: Existen normas maravillosas en nuestros países que no se pueden llevar a cabo porque sencillamente requieren unos elementos de infraestructura física y facilidades de recursos que solamente se pueden surtir con unos fondos que, si no vienen ya previstos, o la ley no los dispone, la hacen *ineficaz* (al menos desde una óptica tecnológica).

[32] Otro elemento importante a considerar, digno de un análisis más profundo, sería la *tradición legal de observancia* de una sociedad (como por ejemplo la nuestra), que lleva a la convicción de obedecer y de emplear leyes, incluso cuando son injustas o perjudiciales.

can maneras de actuar o de hacer), y hasta descriptiva[33], o creativa –inclusive–. Y a la par de dicho artefacto básico, encontramos uno más complejo, que es el ordenamiento jurídico, en el cual varias normas jurídicas se asocian entre sí y con otras preposiciones lingüísticas destinadas a orientar aquellas, y entre todas darle sentido a una conducta o situación humana (o afín con la sociedad), a partir de un marco previo de principios y axiológico proveniente de un diseño político[34].

Desde aproximadamente un siglo atrás hasta las fechas actuales (con una notoriedad mayor desde hace dos décadas), tenemos en frente de nosotros sociedades humanas de masas, con niveles de educación y cultura promedio superiores a los de siglos anteriores, en medio de conflictos que – paradójicamente – aún persisten, y otros tantos nuevos, a los que la comprensión jurídica tradicional parece estar llegando tarde muy repetidamente, pidiendo – por tal motivo – auxilio de ramas del conocimiento que a mi consideración personal no entienden los propósitos últimos del derecho, como es el caso de la economía. De ahí la emergencia de un enfoque tecnológico del Derecho, que se hace mayor si consideramos que en la actual globalización es fácil verse con "transplantes", adaptaciones, e –incluso– iniciativas originales de quehaceres e instituciones que surgen de uno y otros estilos jurídicos, y terminan implantados en otros diferentes, siempre en busca – al menos, en apariencia – de permitir el logro de los fines de cada Estado de Derecho en concreto que aparece involucrado en estos intercambios.

Así las cosas, el quid de esa tecnología social denominada como Derecho viene a consistir en la formulación articulada y sistemática de enunciados imperativos (principalmente, porque suelen estar rodeados de otros tipos de enunciados) conocidos como normas (jurídicas), las cuales han de ser entendidas, observadas y empleadas (muy usualmente bajo la actitud de la obediencia) por una sociedad específica que se halla cohesionada dentro de la forma política que genera el sistema (tecno)jurídico. Los propósitos, tanto del sistema jurídico, como de los diversos *paquetes* específicos que llega a tener, no han de diferir de los proyectados desde esa misma forma política (igualmente específica); y es que se puede decir que todas las diversas tecnologías jurídicas de alguna manera determinan modos de orden, control y promoción sociales pretendidos por cuenta de aquella figura o forma política. Ahora, como ya se insinuaba, los sistemas jurídicos desplegados desde tales figuras, vienen a ser complejos megapaquetes tecnológicos sociales, compuestos a su vez por paquetes jurídicos más específicos diseñados mediante políticas públicas presentadas de forma explícita o tácita desde la forma política, en coordinación con otros "nodos" políticos de

[33] Hay quienes consideran que una norma jurídica descriptiva no es una norma jurídica. Pero en mi opinión, su presencia en la ley tiene un propósito, y es el de invitar al ciudadano a aprovecharla y cumplir las demás disposiciones que se encuentran articuladas a ella.

[34] La plataforma heurística de la que se hablaba anteriormente.

la sociedad interesados estrictamente en tales paquetes en particular. Hay que insistir en que estos no pueden entrar en contraposición del sistema o mega-paquete jurídico, y mucho menos con la heurística con la que la forma política ha dispuesto su despliegue del mismo (y por extensión, de esos paquetes). Por cierto, en congruencia con el área de acción específica de dichos paquetes, estos han de contar con una periferia tecnológica (componentes logísticos –orgánico-estructurales–, técnicos, físico-estructurales y tecnológico-operativos –tanto de tipo lógico-conceptual, como de otros tipos–) específica, al servicio de lo que a través de ellos[35] se pretende, en arreglo con su plataforma nomopragmática y su diseño. Como tecnologías sociales que son, los sistemas jurídicos (y los paquetes jurídicos específicos que los componen) cuentan además con un diseño tecnológico (otro motivo por el cual el Derecho se apartaría de la ciencia y se acercaría a la tecnología, donde el diseño es una noción propia), lo que permite que, además de la viabilidad de ser calificables, tengan la necesidad de ser supervisables. Ahí es donde, en el caso del Derecho, emerge el papel de los jueces, quienes no son los usuarios del derecho (porque, *ad finis*, estos son: la sociedad y/o la forma política que los aglutina), sino los agentes de control del sistema jurídico y de sus correspondientes paquetes. Junto con estos agentes de control, debemos destacar también a los agentes genéticos (quienes producen las normas) y los intervinientes (quienes por la naturaleza del respectivo paquete o sus intereses revertibles en el mismo, participan en su desenvolvimiento). Pero además existen los agentes ejecutivos, que para determinados paquetes jurídicos marcan la diferencia entre un "derecho" eficaz o ineficaz[36].

Uno de los puntos más interesantes que brinda una óptica tecnológica del Derecho, es su posibilidad de ser evaluado o calificado: establecer la calidad de resultados de un sistema jurídico determinado, o de un paquete determinado del mismo. Evaluar un paquete jurídico exige primero que todo, determinar el tipo de evaluación que se va a efectuar. El más recomendado desde una perspectiva personal, es el que denomino calificación tecnológica, a través del cual una tecnología puede ser medida a partir de unas variables intrínsecas (efectividad, idoneidad, factibilidad) y otras extrínsecas (riesgo e impacto), con base en una escala de logro para cada variable, de modo que para cada una de ellas se determinan unos criterios propios que comprueban el logro del paquete a partir de la obtención total, suficiente o no obtención de la misma, teniendo en cuenta que, no obstante ellas apuntan a un sentido previo de algo buscado, su concreción dentro de cada paquete tecnológico se perfecciona o afina a partir de lo formulado desde la heurística del sistema jurídico y/o el paquete jurídico particular para calificar.

---

[35] Los paquetes normativos. O dicho también de otra manera, los *paquetes tecno-jurídicos medulares*.

[36] Los más característicos de estos agentes vendrían a ser los cuerpos de policía.

5. Una breve perspectiva sobre el fenómeno tecnológico jurídico

De una representación tecnológica del Derecho, como la que se acaba de sintetizar como resultado de este trabajo de reflexión e investigación, se derivan aspectos que, entendiéndolo así, exigen nuevas posiciones en relación con varios aspectos y elementos de esas "máquinas jurídicas" que hemos identificado, y que por supuesto tienen que devenir en propuestas reformatorias para un mejor funcionamiento de las mismas. Pueden llegar a ser innumerables; sin embargo, vamos a dar relevancia a los siguientes cinco frentes, cinco aspectos del Derecho dignos de ser replanteados desde una perspectiva tecnológica:

1 Siendo las normas (y en particular, las leyes), los artefactos medulares de la tecnología jurídica, habría que tener mucha atención con su oportuna y adecuada elaboración, condiciones ambas que, especialmente en muchos Estados del hemisferio occidental que se hallan sometidas en su ingeniería política al denominado principio de "división de poderes", simplemente no se cumplen. Pareciera que la "autonomía" legislativa de los cuerpos legislativos (usualmente llamados Congresos) fuera en estas formas políticas específicas una garantía de la deficiencia legal, traducida en inflación legislativa, leyes inobservadas que se dirigen al desuso y normas con efectos inesperados (impactos colaterales). Para decirlo de una forma sencilla, la libre iniciativa legislativa en los congresos suele resultar en términos prácticos en una iniciativa paralela a la emprendida desde los elaboradores de las políticas públicas (léase gobiernos); problema que, desde una óptica tecnología del Derecho, no nos sería difícil de asumir en su estudio integral y propositivo.

2 Algo asociado con la problemática anterior toca con el papel que han de asumir los jueces como agentes de control dentro de las tecnologías jurídicas. Aunque de cierta forma ya desempeñan dicho papel (sobre todo a nivel de las altas Cortes y los Tribunales Constitucionales), es importante reparar en algunas cuestiones relacionadas con el futuro funcional de dicho papel: El juez (en general), no es el destinatario del Derecho. Si bien ha sido muy tradicional (teórica y prácticamente) que los jueces reformulen o "creen" Derecho, a propósito de los conflictos que tienen que entrar a resolver, se tiene que entender que tales conflictos son en realidad oportunidades para confirmar o corregir el paquete jurídico que se ha puesto en su consideración. Con ello quiero significar que en primer lugar (sí, incluso por encima de la resolución del conflicto) se encuentra la guardia del Derecho formulado como el papel principal de este agente de

control-juez[37]. Esto entonces debería facultarlo para hacer correcciones al paquete jurídico en oportunidades que no necesariamente obedezcan a la respuesta de la iniciativa por parte de un agente u operador interviniente o "tercero" que acude a su intervención[38]. (claro, dependiendo si estamos hablando de un juez en un nivel de control operacional o de uno en un nivel de control directivo)[39]. Desde luego, la heurística del propio sistema jurídico es la que habría de establecer los marcos de intervención (tanto en alcance como en forma), tanto de un tipo de juez como del otro.

3 El buen funcionamiento de un sistema jurídico, al igual que de sus paquetes subintegrados depende, además de la forma altamente calificada con que hayan sido producidos, del empleo que se les dé, e incluso de la adecuada forma en que sean corregidos y ajustados por los mecanismos de control y los agentes que los ejecutan. Y la eficacia de una tecnología jurídica en general (y la de los paquetes con mayor "sensibilidad" en la ciudadanía común) va a terminar dependiendo de una acertada y cualificada articulación entre la formación de ciudadanos en la educación básica y una respuesta complementaria, profunda y –de cierto modo– exclusiva desde la educación legal superior. Esto, para hablar de la importancia, tanto de la educación legal profesional, como también de la educación cívica básica. Dicha educación cívica debe ir más lejos del respeto a los símbolos patrios, semblanzas de amor histórico y lecciones de urbanidad: se les debe dar a conocer a los estudiantes la estructura del Estado, los derechos fundamentales y los mecanismos que un sistema jurídico tiene tanto para la participación política como para la defensa legal directa (tanto de forma individual como comunitaria) de los ciudadanos. Es probable que haya quienes estimen este tipo de programa formativo a nivel básico como un riesgo para la estabilidad de las instituciones educativas, pero a esta inquietud habría que responder que, evidentemente, el suministro de contenidos debe ir en directa congruencia con el desarrollo psicosocial del estudiante y la inminencia o no de su salida del programa educativo, siendo entonces la enseñanza de los mecanismos de

[37] Estas afirmaciones se formulan, por si acaso, con una perspectiva *pragmática*, apenas adecuada para una concepción tecnológica del Derecho.

[38] Dicho en otras palabras, habría que reformular ese concepto de *oportunidad procesal* que coloquialmente no es otra cosa que la iniciativa judicial (ello, especialmente en el nivel directivo de control tecnológico).

[39] En la tecnología jurídica existirían dos tipos de agentes de control (jueces): el de nivel *directivo*, y el de nivel *operativo*. El de nivel *directivo* se encuentra más "cercano" a la guardia de esa heurística y esa plataforma nomopragmática del sistema, ya que a su cargo está la custodia de todo el sistema jurídico. El *operativo* tiene a cargo el control de un paquete en particular, por lo que se encontraría sujeto a los términos generales del sistema (encabezados por la heurística y la plataforma nomopragmática del mismo), como a los dictámenes de sentido que surjan del juez de nivel directivo.

defensa legal ciudadana uno de los últimos temas de un programa de formación cívica (o mejor aún, de formación política). Y de aquí pasamos a lo relacionado con los niveles de formación jurídica profesional: porque, en efecto, consideramos que deben existir *niveles*, cuya profundidad de incidencia directa en las facultades de intervención profesional de los formados en Derecho brindadas por el Estado guarde la coherencia correspondiente. Esto, sin ir más lejos, nos lleva a la importante pregunta sobre si el abogado litigante (el personaje más típico del campo jurídico) debe serlo nada más con una licenciatura o "pregrado" en Derecho[40]. Y, por otro lado, también nos lleva a preguntar por cuáles de las interacciones ciudadanas con el sistema jurídico nacional deben ser liberadas del impropiamente llamado "derecho de postulación"; aunque claro –y vale reiterarlo–, esto último necesariamente pasa por un rescate de la educación política básica.

4 Hay algo que supuestamente en el campo jurídico muchos estudiosos y observadores de las cuestiones de Derecho "temen", y ya habría llegado, con todo, y que en la literatura y en el cine ya se preveían movimientos en este sentido: los procesos informáticos e infomecánicos ya llegaron, con la capacidad –dirán ellos– de suplantar muchas actividades humanas, pudiendo ser una de ellas la valoración de conflictos, el apoyo legislativo y la asesoría jurídico legal…y todo por el arribo de la denominada inteligencia artificial. Un elemento esencial en todo lo que tiene que ver con inteligencia artificial es el comentadísimo algoritmo, un conjunto de instrucciones inequívocas con una secuencia determinada, encaminadas a solucionar un problema o tipo o grupo de problemas, o cumplir con un objetivo. Así las cosas, un sistema artificial de inteligencia podría, *prima facie*, asimilar una jerarquía normativa, una aplicación típica, o un desarrollo de procedimiento; y ello, independientemente de la complejidad. Pero teniendo muy en claro que todos estos desarrollos al final se constituyen en tecnologías periféricas al servicio del Derecho, la pregunta es: qué capacidad podrían tener para suplantarlo. En relación con ello, hay que tener algo muy claro: siendo una tecnología social, la participación humana es un aspecto esencial del Derecho, no solamente desde la posición de usuario, sino también desde la posición de productor. Así las cosas, en una elucubración ficticia podría decirse, por ejemplo, que la situación de los robots frente a cualquier sistema jurídico habría de ser, a lo más, semejante a la que en algún momento tuvieron los esclavos, los peregrinos o los incapaces relativos, sin llegar a ser nunca sujetos de

[40] También esto nos lleva a preguntarnos por la validez de las denominables "prácticas habilitantes" de orden profesional que le permitan a un "licenciado" obtener las competencias de un "mágister" o de un "especialista".

Derecho (a menos que los robots llegasen a convertirse en actores políticos, que aún no lo veo tan sencillo –y no por dificultades técnicas–). Igualmente veo aún complicado considerar estos entes autómatas desde la perspectiva del agente intencional dentro del sistema jurídico. Siempre habrá detrás de los algoritmos, uno o un colectivo de seres humanos…Y, aunque sería materia de otro trabajo, un tema muy interesante para tratar a propósito de toda esta cuestión, es todo lo que podría envolver e implicar un concepto como el de la democracia del algoritmo[41]: materia ya urgente para nuestro futuro inmediato.

5 Y al lado de lo anterior (y ya como una conclusión general): en los últimos tiempos (y con los hechos globales que últimamente hemos tenido, y que son de público conocimiento), hemos presenciado cómo se han presentado tecnologías sociales que en términos de organización social y reacciones humanas han resultado ser más eficaces que el propio Derecho. Verbigracia: a la hora de hablar de organización de una sociedad, ha ocurrido que mediante tecnologías sociales que se valen de rasgos humanos distintos a los empleados por el Derecho (y enfatizando en dimensiones sociales diferentes), han logrado que los individuos de una sociedad tengan los comportamientos esperados por aquellos que han impulsado el desenvolvimiento de dichas tecnologías con carácter ingenieril. Para "aterrizar" el comentario, nos referimos a todo lo que pueden hacer los procesos masivos de comunicación, tanto los formalmente dispuestos para comunicar como los que se generan tras la "mampara" de la "industria del entretenimiento"[42], y que han venido reforzados a través del cambio en otros procesos sociales como, por ejemplo, la educación. tecnológicas de última generación, que justamente facilitan el éxito de ese propósito. Frente a ello se hace apremiante consolidar el liderazgo tecnológico del Derecho a partir de la reapropiación de sus fuentes heurísticas. A la gente poco le ha interesado el seguimiento y el control al poder, y hoy día está observando vivencialmente las consecuencias que pueden devenir de ello. Estamos diciendo (algo más fácil de decir que de ejecutar) que hay que recuperar el control político –o de la política– en nuestras sociedades. De ser necesario, habrá que reformularse las actuales formas políticas existentes, o pensar en otras completamente nuevas. Pero todo desde la iniciativa y la capacidad de los grupos humanos. Solo así podrán consolidarse otra vez tecnologías jurídicas renovadas de esencia ar-

[41] Entendiendo esta como el acceso que una comunidad social debe tener para conocer y entender los algoritmos de organización informática que pretenden implantárseles; y de esta manera, poder decidir sobre su conveniencia o inconveniencia.

[42] Al respecto recomendamos las exposiciones de ESTULIN (2005), MARTIN JIMENEZ (2020), e igualmente, BAÑOS (2020).

quitectural que recuperen su coordinación con los auténticos propósitos políticos de las sociedades humanas, y readquirir una amplia y profunda observancia.

Bibliografía

AGAZZI, Evandro. *El Bien, el Mal y la Ciencia*. Tecnos. Madrid. 1996.

AGAZZI, Evandro. "El Impacto Epistemológico de la Tecnología". *En: Impacto Epistemológico de la Tecnología (Seminario)*. Sevilla. Ags: Universidad de Sevilla & Universitá di Genoa. 7 y 8 de Abril de 1997.

ARISTÓTELES. *Moral a Nicómaco.* 1873. En: http://www.filosofia.org/cla/ari/azc01.htm

ATIENZA, Manuel. *Filosofía del Derecho y Transformación Social*. Trotta. Madrid. 2016.

AUZIAS, Jean Marie. *Cléfs pour le Tecnique*. Seylers. París. 1966.

BAÑOS BAJO, Pedro. *El Dominio Mental. La geopolítica de la mente.* Ariel. Barcelona. 2020.

BETANCUR, Cayetano. *Bases para una Lógica del Pensamiento Imperativo*. Temis. Bogotá D.E. 1968.

BIGELOW, Jacob. (Dig.). *Elements of Technology*. Gordon Bell Funding (Dig.). 2012.

BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Temis. Bogotá D.E. 1987.

BONILLA MALDONADO, Daniel. (Comp.). *Geopolítica del Conocimiento Jurídico*. Siglo del Hombre & Universidad de los Andes. Bogotá D.C. 2015.

BRONCANO, Fernando. *Mundos Artificiales. Filosofía del cambio tecnológico.* Paidós. México D.F. 2000.

BROOKS, Harvey. "El Proceso de Evaluación de la Tecnología". *En:* BROOKS, Harvey; HETMAN, François; SACHS, Ignacy. *La Evaluación Social de la Tecnología*. Nueva Visión. Buenos Aires. 1977.

BUNGE, Mario. *El Derecho como Técnica Social de Control y Reforma.* Universidad San Martín de Porres (Fondo Editorial de la Facultad de Derecho). Lima. 1996.

BUNGE, Mario. "Acción". *En:* MITCHAM, Carl y MACKEY, Robert (Eds). *Filosofía y Tecnología*. Encuentro (Colección Ensayos, núm. 201), Madrid. 2004.

CÁRCOVA, Carlos María. "Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho". En COURTIS, Cristian (Comp.). *Desde Otra Mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*. Madrid. Editorial Trotta. 2001.

CARVAJAL, Lizardo. *Fundamentos de Tecnología. Curso general y aplicado.* Faid Editores & Bolivariana Editores. Santiago de Cali. 2002.

CENTELLES, Felipe. *Sociotecnología*. Editorial Azacanes. Toledo. 1994.

CHEVALLIER, Jacques. *El Estado Postmoderno*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 2011.

CHAUCHARD, Paul. *Sociedades Animales, Sociedad Humana*. Eudeba. Buenos Aires. 1968.

ELLIOT, Ruth; DAVID. *El Control Popular de la Tecnología*. Editorial Gustavo Gili (Colección Tecnología y Sociedad). Barcelona. 1980.

ELLUL, Jacques. "El Orden Tecnológico". *En:* MITCHAM, Carl y MACKEY, Robert (Eds). *Filosofía y Tecnología*. Encuentro (Colección Ensayos, núm. 201), Madrid. 2004.

ESTULIN, Daniel. *El Instituto Tavistock*. Ediciones B. Barcelona. 2014.

GARVIA, Roberto (Ed.). *Conceptos Fundamentales de Sociología*. Alianza Editorial. Madrid. 1998.

GIDDENS, Anthony. *La Constitución de la Sociedad. Bases para una teoría de la estructuración*. Amorrortu Editores. Buenos Aires. 2011.

GIULIANO, Gustavo. *Interrogar la Tecnología. Algunos fundamentos para un análisis crítico*. Nueva Librería. Buenos Aires. 2007.

GROSSI, Paolo. *Mitología Jurídica de la Modernidad*. Trotta. Madrid. 2003.

GUTMANN, Amy. *Democratic Education*. Princeton University Press. Princeton. 2019.

HETMAN, François. "Etapas en la Evaluación de la Tecnología". *En:* BROOKS, Harvey; HETMAN, François; SACHS, Ignacy. *La Evaluación Social de la Tecnología*. Nueva Visión. Buenos Aires. 1977.

HUGHES, Thomas. *Networks of Power. Electrification in Western Society (1880-1930)*. John Hopkins University Press. Baltimore. 1983.

JAKOBS, Günther. ¿Ciencia del Derecho: técnica o humanística? Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 1996.

KELSEN, Hans (a). *Teoría General del Derecho y del Estado* (Traducción de Eduardo García Maynez). UNAM. México D.F. 2007.

KELSEN, Hans (b). *Teoría Pura del Derecho* (Traducción de Roberto José Vernengo). Porrúa. México D.F. 2007.

KUHN, Thomas. *La Estructura de las Revoluciones Científicas*. Fondo de Cultura Económica (Breviarios). México D.F. 2013.

NIINILUOTO, Ikka. Ciencia frente a Tecnología: ¿Diferencia o identidad? *Arbor*,

620. 1997. pp. 285-299.

LATOUR, Bruno. *Ciencia en acción. Cómo seguir a los científicos e ingenieros a través de la sociedad*. Labor. Barcelona.1987.

LEVY-BRUHL, Lucien. *El Alma Primitiva*. Península. Barcelona. 1986.

LOPEZ VALLÉS, José María. "Conceptos Generales de la Tecnología". *En: Introducción a la Ingeniería Audiovisual*. Universidad de Castilla-La Mancha (Escuela Técnica Superior de Ingenieros Industriales). 2008. *En:* http://edii.uclm.es/~jmlova/Archivos/IIA/.

MARTÍN JIMÉNEZ, Cristina. *La Verdad de la Pandemia. Quién, cómo y por qué.* Martínez Roca. Santiago de Chile. 2020.

MINNICINO, Michael. "El Nuevo Oscurantismo: la Escuela de Frankfurt y la 'pureza política'". *Benengeli (Revista de arte, ciencia y buen gobierno),* 2 (9). 1994. pp. 31-54.

MITCHAM, Carl; MACKEY, Robert (Eds). *Filosofía y Tecnología*. Encuentro (Colección Ensayos. No. 201), Madrid. 2004.

OSORIO, Carlos. Enfoques sobre la Tecnología. *En: Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología, Sociedad e Innovación*, núm. 2. 2002. *En:* https://www.oei.es/historico/revistactsi/numero2/osorio.htm.

PACEY, Arnold. *La Cultura de la Tecnología*. Fondo de Cultura Económica. México D.F. 1990.

PACEY, Arnold. *Meaning in Technology*. MIT Press. Cambridge. 1999.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. "El Derecho ante las Nuevas Tecnologías". *El Notario*, núm. 41 (ENSXXI). 2012. En: https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-41/548-el-derecho-ante-las-nuevas-tecnologias-0-8050094412686392.

PERLMUTTER, Howard. *Hacia una Teoría y una Práctica de las Instituciones Sociales. La nueva arquitectura social.* Editorial Fontanella. Barcelona. 1967.

PITT, Joseph. *Thinking About Technology. Foundations of the philosophy of technology.* Seven Bridges Press. New York. 2000.

POLYA, Giorgy. *Cómo Plantear y Resolver Problemas.* Trillas. México D.F. 1965.

POPPER, Karl Raimund. *La Sociedad Abierta y sus Enemigos.* Paidós Ibérica. Barcelona. 2006.

QUINTANILLA, Miguel Ángel. *Tecnología. Un enfoque filosófico*. Fundesco. Madrid. 1988.

RAMIREZ, Edgar Roy (Comp.). *Tras el Término Tecnología y Otros Ensayos*. Editorial Tecnológica de Costa Rica (Colección Etica, Ciencia y Desarrollo), Cartago. 1995.

ROCHER, Guy. *Introducción a la Sociología General*. Herder. Barcelona. 1973.

SERIS, Jean-Pierre. *La Tecnique*. Presses Universitaires de France (Colección *Les Grandes Questions de la Philosophie*). París. 1994.

SUBIRATS, Joan; KNOEPFEL, Peter; LARRUE, Corinne; VARONE, Frédéric. *Análisis y Gestión de Políticas Públicas*. Ariel. Barcelona. 2012.

TYLER, Tom. *La Obediencia del Derecho*. Siglo del Hombre, Universidad de los Andes & Pontificia Universidad Javeriana (Instituto Pensar). Bogotá D.C. 2014.

WINNER, Langdom. *Tecnología Autónoma. La Técnica Incontrolada como Objeto del Pensamiento Político*. Editorial Gustavo Gili. Barcelona. 1979.

ZIMAN, John. *¿Qué es la ciencia?* Cambridge University Press. Madrid. 2003.

Secção 2

DIREITO(S) E GARANTIAS PROCESSUAIS

A JUSTIÇA NA ERA DIGITAL

O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A PRÁTICA DE ATOS VIRTUAIS EM FEITOS CRIMINAIS DURANTE A PANDEMIA: UM EMBATE ENTRE A SAÚDE PÚBLICA E O DIREITO DE DEFESA

Murilo Strätz[1]

RESUMO: Trata-se de um estudo sobre o impacto geral, no processo criminal, da pandemia causada pelo Covid-19 e, em especial, nas audiências realizadas ao longo da persecução penal. Todo e qualquer réu em processo-crime e todo e qualquer preso têm o direito de serem levados, em tempo razoável, à presença da autoridade judiciária competente, tal como previsto em Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos e até mesmo no direito interno da maior parte das nações civilizadas. Em períodos de exceção, tal como o vivenciado na presente pandemia, o exercício desse direito passou a ser flexibilizado, de sorte que a interação com o juiz da causa nem sempre mais se dá de modo fisicamente presencial, senão mediante uma presença *ficta* ou desmaterializada. O presente artigo busca lançar luzes sobre o debate,

[1] Advogado da União (membro da Advocacia-Geral da União), doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade do Minho (Portugal) e em Direito Público pela *Université de Bordeaux* (França), Coordenador acadêmico, na Escola da Advocacia-Geral da União no Rio de Janeiro (EAGU/RJ), de Direito Processual e Métodos Alternativos de Solução de Conflitos e professor convidado dos Cursos de Pós-Graduação *lato sensu* da UERJ em Direito Processual Civil e em Advocacia Pública. Pesquisador junto ao "Laboratório de Justiça – JusLab", vinculado ao Centro de Investigação em Justiça e Governação (JusGov) da Universidade do Minho.

Disponível nas plataformas: http://lattes.cnpq.br/8583752627038082; https://orcid.org/0000-0002-8426-2424; https://www.cienciavitae.pt//pt/A81D-E2C4-932B.

a fim de descortinar elementos extrajurídicos que por vezes subjazem à nova conformação dos atos processuais remotos e das interações humanas mediadas por interfaces tecnológicas, das quais despontam as salas de audiência "desmaterializadas".

PALAVRAS-CHAVE: devido processo legal – audiência criminal – videoconferência.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A recente decisão do Conselho de Estado francês; 3. Fundamentos doutrinários da oralidade e imediatidade; 4. A legislação brasileira sobre o tema; 5. As posições do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ); 6. Conclusão; Bibliografia.

ABSTRACT: This is a study on the general impact of the Covid-19 pandemic on the criminal process, and especially on the hearings held throughout the criminal prosecution. Each and every defendant in criminal proceedings and each and every prisoner have the right to be brought, in a reasonable time, to the presence of the competent judicial authority, as provided in International Human Rights Treaties and Conventions and even in the domestic law of most civilized nations. In periods of exception, as experienced in the present pandemic, the exercise of this right has become more flexible, so that the interaction with the judge of the cause is not always physically present, but through a fictitious or dematerialized presence. This article seeks to shed light on the debate, in order to uncover extra-legal elements that sometimes underlie the new conformation of remote procedural acts and human interactions mediated by technological interfaces, from which "dematerialized" audience rooms stand out.

KEYWORDS: due process of law - criminal hearing – videoconference.

SUMMARY: 1. Introduction; 2. The recent decision of the French Council of State; 3. Doctrinal foundations of orality and immediacy; 4. The Brazilian legislation on the subject; 5. The positions of the Federal Supreme Court (STF) and the National Council of Justice (CNJ); 6. Conclusion; Bibliography.

1. Introdução

Embora a transição digital não seja uma realidade nova - na medida em que o mundo analógico há décadas vem sendo superado pelo poder irrefreável dos algoritmos e dos *bits* -, observou-se nos últimos anos uma inegável agudização desse processo.

O paroxismo dessa ascensão digital está a dar-se, infelizmente, com o atual momento pandémico que atravessamos, a todos obrigando a proceder a mudanças radicais nos modos pelos quais nos relacionamos, trabalhamos,

nos abastecemos com bens e serviços, nos divertimos, nos exprimimos. E o Direito obviamente não passa ao largo disso.

Nesse sentido, são as audiências e sustentações orais por videoconferência, os julgamentos virtuais e a prática de atos processuais por via eletrônica, tais como o peticionamento via plataformas computacionais e a juntada virtual de documentos aos processos judiciais, tudo atestado pelos certificados digitais de seus respectivos autores. No entanto, delicada é a prática de atos processuais virtuais e telepresenciais (portanto, não presenciais) quando se trata de processo criminal, de execução penal ou da oitiva de pessoa presa ou custodiada. Nesses casos, o distanciamento físico, apesar de necessário para mitigar o risco de contágio pelo Covid-19, pode representar dano irreparável ao direito de liberdade daquele que se encontra na posição mais vulnerável da relação processual penal e investigação policial, já que o seu acesso à autoridade judiciária não se faz senão de forma indireta e mediata.

No Brasil, as audiências em processos penais e de execução penal vêm sendo em regra realizadas por videoconferência durante a pandemia. Em relação às audiências de custódia, a sua realização por videoconferência deve ser excepcional, assim só se dando "quando não for possível a realização, em 24 horas, de forma presencial", na forma do que estabelece o artigo 19 da Resolução n.º 329/2020, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)[2].

Não faltam, porém, críticas à utilização desse modelo não presencial quando está em jogo o direito de liberdade, vale dizer, no âmbito do processo criminal e da execução penal. No bojo dessas críticas, chamou a atenção da comunidade jurídica a recente decisão proferida pelo Conselho de Estado francês, no sentido de suspender a possibilidade, mesmo durante a notória crise sanitária internacional, de utilização de videoconferência em audiências criminais[3]. Entendeu-se que as disposições normativas[4] permissivas dessas audiências virtuais « *portent une atteinte grave et manifestement illégale aux droits de la défense et au droit à un procès équitable* »[5], isto é, violam a cláusula do *due process of law*.

---

[2] Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3400. Acesso em 16/01/2021.

[3] Disponível em: https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/le-juge-des-referes-suspend-la-possibilite-d-utiliser-la-visio-conference-lors-des-audiences-devant-les-cours-d-assises-et-les-cours-criminelles. Acesso em 13/01/2021.

[4] Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000042532778?r=hgsxnGjiOv. Acesso em 23/12/2020

[5] Tais disposições constam do Decreto Presidencial n.º 2020-1401, de 18 de novembro de 2020. Disponível em: https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/le-juge-des-referes-suspend-la-possibilite-d-utiliser-la-visio-conference-lors-des-audiences-devant-les-cours-d-assises-et-les-cours-criminelles. Acesso em 23/12/2020.

É sobre tais questões que minha breve intervenção oral versou no II Encontro Ibérico de Doutorandos em Direito, realizado em formato de *webinar* nos dias 21 e 22 de janeiro de 2021, servindo de inspiração para o texto que vem a seguir.

2. A recente decisão do Conselho de Estado francês

No dia 27 de novembro de 2020, o Conselho de Estado francês decidiu que a utilização de videoconferência em audiências de processo criminal, sem a anuência do réu, mesmo que apenas na fase de alegações finais do Ministério Público e da defesa, é uma violação grave e manifestamente ilegal às cláusulas constitucionais da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal e, por consequência, ao direito que todos os litigantes têm a um julgamento justo e imparcial.

O órgão de cúpula da jurisdição administrativa em França suspendeu, assim, a previsão contida no artigo 2.º do Decreto Presidencial n.º 1401/2020.

A parte final desse artigo 2.º do Decreto n.º 1401/2020, promulgado pelo Presidente da República francesa em 18/11/2020, permitia que, após a audiência prevista no artigo 346.º do Código de Processo Penal francês[6] (último ato da instrução probatória, ocasião em que o réu é interrogado), as partes fizessem as suas alegações finais por meio de videoconferência[7]. Esse Decreto ampara-se na autorização geral contida na Lei n.º 290/2020, de 23/03/2020, que previa medidas de urgência para fazer face à pandemia causada pelo Covid-19 e que já havia sido em parte regulamentada pelo Decreto Presidencial n.º 303/2020, de 25/03/2020[8].

Entendeu *le Conseil d'État*, em Juízo Sumário (*Le Juge des Référés*), que a natureza oral do processo (princípio da oralidade processual) ganha espe-

---

[6] « *Article 346. Une fois l'instruction à l'audience terminée la partie civile ou son avocat est entendu. Le ministère public prend ses réquisitions. L'accusé et son avocat présentent leur défense. La réplique est permise à la partie civile et au ministère public, mais l'accusé ou son avocat auront toujours la parole les derniers* » (Disponível em : https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006071154/LEGISCTA00 0006167467/#LEGISCTA000006167467. Acesso em 13/01/2021).

[7] *L'Ordonnance n.° 2020-1401, du 18 novembre 2020, porte adaptation des règles applicables aux juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière pénale* : « *Article 2. (...) Les dispositions du présent article ne sont applicables devant les juridictions criminelles qu'une fois terminée l'instruction à l'audience mentionnée à l'article 346 du code de procédure pénale* » (Disponível em : https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000042532778?r=hgsxnGjiOv. Acesso em 14/01/2021).

[8] *L'Ordonnance n.° 2020-303, du 25 mars 2020, porte adaptation des règles de procédure pénale sur le fondement de la Loi n.° 2020-290, du 23 mars 2020, d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19* (Disponível em : https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000041755529/. Acesso em 13/01/2021).

cial destaque diante do sistema de íntima convicção dos jurados e do risco de severidade das penas que podem ser aplicadas por tribunais do júri e demais cortes criminais com competência para julgar crimes graves.

Salientou-se, também, que, durante as alegações finais da acusação e da defesa, a presença física das partes possui a natureza essencial, particularmente quando o acusado fala por último, de modo que, nestas circunstâncias, as limitações ligadas à pandemia, as vantagens da videoconferência e as supostas garantias que esta oferece não são suficientes para justificar a violação de princípios fundadores do julgamento penal e dos direitos das pessoas envolvidas no processo criminal[9].

E, com base no entendimento firmado pela Corte Constitucional francesa nas decisões n°s. 2019-778/DC, 2019-802/QPC e 2020-836/QPC, a decisão cassatória considerou também o direito do preso de, dentro de períodos razoáveis, ser fisicamente apresentado à autoridade judiciária competente para fiscalizar sua prisão.

Mas deve ser aqui registrado que a Corte não aboliu a possibilidade de videoconferência para atos processuais relativos a crimes menos graves, tampouco para a oitiva telepresencial de presos que já cumpram pena ou que apresentem alguma doença contagiosa grave, a depender das circunstâncias de cada caso, as quais devem sempre ser ponderadas pelo magistrado. Nesse ponto, não foram atendidos certos aspectos dos pedidos feitos pela associação de advogados criminalistas e demais entidades que haviam provocado a manifestação da Corte, no sentido de uma proibição ampla e geral do recurso a videoconferência para todo o processo penal. A Justiça no Brasil, conforme se verá nos próximos tópicos, parece seguir a mesma tendência, o que revela ser aparentemente minoritária a postura da Justiça francesa no que toca ao ponto.

Como se vê, em França, a balança que sopesa a plenitude do direito de defesa, de um lado, e a eficiência da máquina penal, de outro, parece pender em prol da primeira.

---

[9] « *Il relève que, devant la cour d'assises ou la cour criminelle, la gravité des peines encourues et le rôle dévolu à l'intime conviction des magistrats et des jurés confèrent une place spécifique à l'oralité des débats. Il souligne le caractère essentiel, durant le réquisitoire et les plaidoiries, de la présence physique des parties civiles et de l'accusé, en particulier lorsque l'accusé prend la parole en dernier. Dans ces conditions, les contraintes liées à l'épidémie, les avantages de la visio-conférence et les garanties dont elle est entourée ne suffisent pas à justifier l'atteinte ainsi portée aux principes fondateurs du procès criminel et aux droits des personnes physiques parties au procès* » (Disponível em : https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/le-juge-des-referes-suspend-la-possibilite-d-utiliser-la-visio-conference-lors-des-audiences-devant-les-cours-d-assises-et-les-cours-criminelles. Acesso em 15/01/2021).

3. Fundamentos doutrinários da oralidade e imediatidade

A doutrina tradicionalmente assente sobre devido processo legal e ampla defesa nos procedimentos criminais formou-se sob a égide analógica e presencial da sala de audiências material, vale dizer, aquele espaço físico reservado à presença corporal das partes e demais atores processais, como juízes, promotores, advogados, peritos, secretários, etc.

Nesse ambiente *real*, em contraposição ao *virtual* operado pelas audiências telepresenciais ou por videoconferência, as partes interagiam separadas umas das outras por centímetros ou, no máximo, por dois ou três metros de distância.

Três princípios processuais básicos norteiam a atuação do juiz e das partes em audiência, quais sejam: a oralidade, a imediatidade e a identidade física do magistrado. Segundo Giuseppe Chiovenda, o princípio da oralidade estabelece que as manifestações das partes, em audiência, deem-se de "viva voz", para que sejam ouvidas pelo juiz responsável pela causa[10]. Já o princípio da imediatidade, por sua vez, é corolário da oralidade e assenta sobre a necessidade de que o contato do juiz com as provas não seja mediado por nenhum outro agente que o próprio magistrado responsável pela instrução processual, a fim de que o acesso ao acervo probatório pela autoridade judicial seja direto, pessoal e imediato, sem intermediações. Guilherme Nucci ensina que é do princípio da oralidade que decorrem, como normas "consequenciais", os princípios da concentração (dos atos processuais em uma única audiência, desde que possível), da imediatidade e da identidade física do juiz (o mesmo juiz que colheu a prova, deve ser o que vai sentenciar a causa)[11]. Sobre o princípio da identidade física do juiz, afirma Ovídio Baptista da Silva, *verbis*:

> *"Os dois primeiros princípios, o da oralidade e o da imediatidade entre o juiz e as partes, ainda necessitam de um outro que lhes dá consistência e os torna efetivos. É o princípio segundo o qual o mesmo juiz que haja presidido a instrução da causa há de ser o juiz da sentença. Ora, se a oralidade, como se viu, tem por fim capacitar o julgador para uma avaliação pessoal e direta não só do litígio mas da forma como as partes procuram prová-lo no processo, não teria sentido que o juiz a quem incumbisse prolatar a sentença fosse outro, diverso daquele que tivera esse contato pessoal com a causa"*[12].

[10] CHIOVENDA, Giuseppe, 1945, p. 71.

[11] NUCCI, Guilherme, 2016, p. 59.

[12] SILVA, Ovídio Baptista da, 2000, p. 68.

A pergunta que se faz atualmente é: tais princípios continuam válidos para as audiências virtuais? Ou devem ser objeto de alguma ressignificação processual?

Para autores mais garantistas[13], a negativa da presença física do magistrado diante do preso ou réu criminal configura clara violação ao devido processo legal.

Fernando Antunes Soubhia sustenta ser o distanciamento físico do acusado uma reprovável medida de "assepsia" que resulta, não raro, na total perda de empatia, por parte do juiz, em relação àquele que já se encontra no lado mais vulnerável da relação processual penal[14].

A realidade institucional brasileira, no entanto, parece apontar em sentido diametralmente contrário, como se verá nos próximos tópicos, pois passou a admitir a realização de audiências por videoconferência em todas as hipóteses do processo penal.

4. A legislação brasileira sobre o tema

O art. 18.º da Lei n.º 11.419/2006 autoriza os órgãos do Poder Judiciário a regulamentarem a informatização do processo judicial. E o Conselho Nacional de Justiça detém atribuição para regulamentar a prática de atos processuais por meio eletrônico, nos termos do art. 196 do Código de Processo Civil (CPC), o que resultou na edição da Resolução CNJ n.º 185/2013, que instituiu o Processo Judicial Eletrônico (PJe) como sistema informatizado de processo judicial no Poder Judiciário.

---

[13] Para aprofundamento na teoria do garantismo penal, vide: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

[14] "Sabemos que a retirada do réu da sala de audiências com a realização de audiências por videoconferência é um anseio antigo da classe política e de alguns atores do sistema de justiça. Para além do atual momento, desde as primeiras tentativas de implementação os mesmos argumentos pró e contra o distanciamento físico do acusado preso vem sendo lembrados e esquecidos conforme o clima político do momento. A favor argumenta-se que se trata de medida de contenção de custos, segurança e celeridade. Contra, sustenta-se que se trata de medida de assepsia, violação do devido processo legal e do direito de presença do acusado". (...) "O compartilhamento do mesmo espaço físico, ainda que pelo breve período de realização da audiência, parece ser uma das últimas formas de se criar um mínimo de empatia entre atores do sistema de justiça e a pessoa acusada. Abrir mão dessa possibilidade não nos parece uma boa ideia" (SOUBHIA, Fernando Antunes, 2020, p. 2).

Os artigos 3.º, 185.º e 222.º, § 3.º, do Código de Processo Penal (CPP)[15] preveem, respectivamente, a aplicação analógica ao processo penal das normas processuais civis e o procedimento para interrogatório por videoconferência do acusado pelo juiz.

---

[15] "Art. 3.º. A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito".

"Art. 185.º. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado. (Redação dada pela Lei n.º 10.792, de 1.12.2003)

§ 1.º. O interrogatório do réu preso será realizado, em sala própria, no estabelecimento em que estiver recolhido, desde que estejam garantidas a segurança do juiz, do membro do Ministério Público e dos auxiliares bem como a presença do defensor e a publicidade do ato.

§ 2.º. Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades: I – prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento; II – viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal; III – impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217.º deste Código; IV – responder à gravíssima questão de ordem pública.

§ 3.º. Da decisão que determinar a realização de interrogatório por videoconferência, as partes serão intimadas com 10 (dez) dias de antecedência.

§ 4.º. Antes do interrogatório por videoconferência, o preso poderá acompanhar, pelo mesmo sistema tecnológico, a realização de todos os atos da audiência única de instrução e julgamento de que tratam os arts. 400.º, 411.º e 531.º deste Código.

§ 5.º. Em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor; se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso.

§ 6.º. A sala reservada no estabelecimento prisional para a realização de atos processuais por sistema de videoconferência será fiscalizada pelos corregedores e pelo juiz de cada causa, como também pelo Ministério Público e pela Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 7.º. Será requisitada a apresentação do réu preso em juízo nas hipóteses em que o interrogatório não se realizar na forma prevista nos §§ 1.º e 2.º deste artigo.

§ 8.º. Aplica-se o disposto nos §§ 2.º, 3.º, 4.º e 5.º deste artigo, no que couber, à realização de outros atos processuais que dependam da participação de pessoa que esteja presa, como acareação, reconhecimento de pessoas e coisas, e inquirição de testemunha ou tomada de declarações do ofendido.

§ 9.º. Na hipótese do § 8.º deste artigo, fica garantido o acompanhamento do ato processual pelo acusado e seu defensor.

§ 10.º. Do interrogatório deverá constar a informação sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.

Já o art. 222.º, § 3.º, do CPP[16] disciplina a oitiva por videoconferência da testemunha que resida fora da jurisdição do magistrado competente para a causa.

Ao disciplinar especialmente a realização de audiência de custódia, o art. 310.º do CPP exige "a presença do acusado", assim estabelecendo, *verbis*:

> *"Art. 310.º. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: (Redação dada pela Lei n.º 13.964, de 2019)*
>
> *I - relaxar a prisão ilegal; ou (Incluído pela Lei n.º 12.403, de 2011).*
>
> *II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312.º deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou (Incluído pela Lei n.º 12.403, de 2011).*
>
> *III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (Incluído pela Lei n.º 12.403, de 2011).*
>
> *§ 1º Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos incisos I, II ou III do caput do art. 23.º do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação. (Renumerado do parágrafo único pela Lei n.º 13.964, de 2019)*
>
> *§ 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares. (Incluído pela Lei n.º 13.964, de 2019)*

---

[16] "Art. 222.º. A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes.

§ 1.º. A expedição da precatória não suspenderá a instrução criminal.

§ 2.º. Findo o prazo marcado, poderá realizar-se o julgamento, mas, a todo tempo, a precatória, uma vez devolvida, será junta aos autos.

§ 3.º. Na hipótese prevista no caput deste artigo, a oitiva de testemunha poderá ser realizada por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, permitida a presença do defensor e podendo ser realizada, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento (Incluído pela Lei n.º 11.900, de 2009)"

> *§ 3º A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no caput deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão. (Incluído pela Lei n.º 13.964, de 2019)*
>
> *§ 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no caput deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva. (Incluído pela Lei n.º 13.964, de 2019)"*[17] *(sublinhou-se).*

Como se vê, de acordo com o diploma processual penal brasileiro, não há exceção legal para que a audiência de custódia não ocorra "com a presença do acusado". Tal exceção, como se verá abaixo, veio a ser prevista pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), e teme-se que vire regra o que deveria ser excepcional, mesmo depois da pandemia.

Também o Código de Processo Civil, por seu art. 236.º, § 3.º,[18] admite a prática de atos processuais por meio de videoconferência nos foros cíveis, o que não causa maiores celeumas, considerando que aqui não está em jogo o direito de liberdade. Não é por outra razão que a Resolução N.º 345, de 09/10/2020, que dispõe sobre o "Juízo 100% Digital" e dá outras providências, seja aplicável apenas aos feitos cíveis.

Coube ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) regulamentar, no plano infralegal, os aspectos relacionados à implementação das novas tecnologias ao processo judicial. Nesse sentido, segundo estabelece o art. 2.º da Resolução CNJ n.º 354/2020, de 19 de novembro de 2020, as sessões por "*videoconferência*" são o tipo de comunicação processual realizada a distância em ambientes de unidades judiciárias e/ou de estabelecimentos prisionais, enquanto que as sessões por "*telepresença*" referem-se às audiências e sessões realizadas a partir de ambiente físico externo ao fórum ou juízo, como escritórios de advocacia, órgãos do Mi-

---

[17] Anota-se que, conforme se verá com mais vagar adiante, o § 4.º está suspenso *sine die* por decisão liminar do Min. Luiz Fux, Presidente do STF.

[18] "Art. 236.º. Os atos processuais serão cumpridos por ordem judicial.

§ 1.º Será expedida carta para a prática de atos fora dos limites territoriais do tribunal, da comarca, da seção ou da subseção judiciárias, ressalvadas as hipóteses previstas em lei.

§ 2.º O tribunal poderá expedir carta para juízo a ele vinculado, se o ato houver de se realizar fora dos limites territoriais do local de sua sede.

§ 3.º Admite-se a prática de atos processuais por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real."

nistério Público e da Defensoria Pública e outros órgãos públicos ou privados não judiciários[19].

O art. 6.º desta Resolução estabelece, porém, que, para os réus que estejam presos na sede da comarca onde tramita seu processo e para os réus soltos, a realização de audiência por videoconferência só ocorrerá "a pedido da defesa"[20], o que demonstra haver direito subjetivo do réu a ser levado à presença física do magistrado. Portanto, apenas os réus presos em unidade prisional localizada fora da sede da circunscrição territorial do magistrado competente é que não poderão optar pela audiência presencial, devendo, assim, ser remotamente ouvidos a partir do local onde estão custodiados.

5. As posições do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)

Em 2015, o CNJ introduziu, por meio da Resolução CNJ nº 213/2015, a obrigatoriedade de realização de "audiências de custódia" no sistema processual penal brasileiro, com supedâneo na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 (reconhecendo o "Estado de Coisas Inconstitucional" da situação penitenciária brasileira e consignando a obrigatoriedade da apresentação da pessoa presa à autoridade judicial competente) e, entre outros diplomas internacionais, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas (art. 9.º, item 3, e

[19] "Art. 2.º Para fins desta Resolução, entende-se por:

I – videoconferência: comunicação a distância realizada em ambientes de unidades judiciárias; e

II – telepresenciais: as audiências e sessões realizadas a partir de ambiente físico externo às unidades judiciárias.

Parágrafo único. A participação por videoconferência, via rede mundial de computadores, ocorrerá:

I – em unidade judiciária diversa da sede do juízo que preside a audiência ou sessão, na forma da Resolução CNJ n.º 341/2020; e

II – em estabelecimento prisional."

[20] "Art. 6.º O réu preso fora da sede da Comarca ou em local distante da Subseção Judiciária participará da audiência por videoconferência, a partir do estabelecimento prisional ao qual estiver recolhido.

Parágrafo único. A pedido da defesa, a participação de réu preso na sede da Comarca ou do réu solto poderá ocorrer por videoconferência."

art. 14.º, item 3, "d")[21], na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, art. 7.º, item 5)[22] e na Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (art. 2.º, item 1)[23].

Tal louvável determinação do Conselho foi secundada pela nova redação que a Lei n.º 13.964/2019 deu ao já referenciado art. 310.º do CPP, estabelecendo que após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 horas após esta, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado.

Atendendo ao fato de tal "presença do acusado" ser fisicamente exigida pelo referido artigo 310.º do CPP, a Resolução N.º 329/CNJ, de 30/07/2020, veio regulamentar e estabelecer critérios para a realização de audiências e outros atos processuais por videoconferência, em processos penais e de execução penal, durante o estado de calamidade pública, reconhecido pelo Decreto Federal n.º 06/2020, em razão da pandemia mundial por Covid-19.

Tal Resolução assim versa, no art. 19, sobre a forma de realização de audiências de custódia durante a pandemia, *verbis*:

> *"Art. 19.º. Admite-se a realização por videoconferência das audiências de custódia previstas nos artigos 287.º e 310.º, ambos do Código de Processo Penal, e na Resolução CNJ n.º 213/2015, quando não for possível a realização,*

---

[21] Art. 9.º. (...): "3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença". "Art. 14.º. 3. "Toda pessoa acusada de um delito terá direito, igualmente, a, pelo menos, as seguintes garantias: d) De estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; de ser informado, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo e, sempre que o interesse da justiça assim exija, de ter um defensor designado ex-offício gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo" (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm. Acesso em 20/01/2021).

[22] Art. 7.º. (...) "5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condiciona a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo" (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em 20/01/2021).

[23] Art. 2.º. "1. Cada Estado Parte tomará medidas eficazes de caráter legislativo, administrativo, judicial ou de outra natureza, a fim de impedir a prática de atos de tortura em qualquer território sob sua jurisdição" (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm. Acesso em 20/01/2021).

> *em 24 horas, de forma presencial. (redação dada pela Resolução n.º 357, de 26/11/2020)"*[24].

Deve ser observado, contudo, que a redação original desse artigo 19 vedava expressamente a possibilidade de realização da audiência de custódia por vídeo videoconferência[25]. O que era proibido passou a ser excepcionalmente admitido a partir da nova redação dada pela Resolução n.º 357, de 26/11/2020, motivada por questões de política judiciária, considerando o despreparo do sistema judiciário brasileiro para fazer frente às dificuldades práticas de apresentação física do preso à autoridade judicial em plena pandemia.

Ao votar durante a 35.ª Sessão Virtual Extraordinária do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em que editada a Resolução que afastava *tout court* a possibilidade de realização de audiências de custódia por videoconferência, o então Presidente do CNJ afirmara, *verbis*:

> *"Audiência de custódia por videoconferência não é audiência de custódia e não se equiparará ao padrão de apresentação imediata de um preso a um juiz, em momento consecutivo a sua prisão, estandarte, por sinal, bem definido por esse próprio Conselho Nacional de Justiça quando fez aplicar em todo o país as disposições do Pacto de São José da Costa Rica"*[26].

Com efeito, o art. 14.º, item 3, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, garante a toda pessoa acusada o direito de estar presente em seu julgamento.

Da mesma forma, o art. 9.º, item 3, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o art. 7.º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também asseguram a toda pessoa presa o direito de ser conduzida à presença de um juiz.

Como se vê, a mudança de posicionamento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em relação à obrigatoriedade de realização de audiência de custódia presencial, dada a vedação de utilização de videoconferência pela redação anterior do artigo 19.º da Resolução n.º 329/2020, do CNJ, revela um retrocesso institucional em matéria de defesa dos direitos e garantias individuais fundamentais, dos quais a liberdade de ir e vir desponta como um dos mais importantes.

---

[24] Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3400. Acesso em 16/01/2021.

[25] "Art. 19.º. É vedada a realização por videoconferência das audiências de custódia previstas nos artigos 287 e 310, ambos do Código de Processo Penal, e na Resolução CNJ nº 213/2015" (revogado).

[26] Disponível em: https://www.cnj.jus.br/cnj-regula-videoconferencia-na-area-penal-com-veto-em-audiencia-de-custodia/. Acesso em 15/01/2021.

Por questões de conveniência e comodidade pessoal dos juízes – que não precisam mais deslocar-se fisicamente aos centros de custódia[27] -, encontra-se suspenso o direito do preso de ser conduzido à presença (física) de um magistrado em até 24h (vinte e quatro horas) contadas de sua prisão, em contrariedade ao que dispõem a Constituição e as leis brasileiras, bem assim os tratados e convenções internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil faz parte, já vistos acima.

A Constituição brasileira é prolixa, nos incisos de seu artigo 5.º, ao prever inúmeras exigências (que no Brasil constituem cláusulas constitucionais pétreas, logo, irrevogáveis até mesmo pelo Poder Constituinte Derivado) para que uma prisão não seja considerada ilegal, das quais se destacam as seguintes:

> *"LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei; LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal; LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem; LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada; LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial; LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança; LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel; LXVIII - conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém*

[27] Tanto o artigo 185.º, § 1.º, quanto o art. 310.º, *caput*, ambos do CPP, exigem as presenças físicas do magistrado e do preso: "Art. 185.º. (...) § 1.º. O interrogatório do réu preso será realizado, em sala própria, no estabelecimento em que estiver recolhido, desde que estejam garantidas a segurança do juiz, do membro do Ministério Público e dos auxiliares bem como a presença do defensor e a publicidade do ato"; e "Art. 310.º. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: (...)" (sublinhou-se).

> *sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder".*

Da leitura desses dispositivos constitucionais, percebe-se textualmente que deve ser de imediato colocado em liberdade o preso que foi privado de sua liberdade sem o devido processo legal, tal como aquele cuja prisão não foi comunicada "imediatamente ao juiz competente". Lê-se, também, que "a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária".

O advérbio "imediatamente" deveria afastar os atrasos de dias, meses e até de anos que se observam para o relaxamento de prisões ilegais no Brasil, sobretudo quando os privados de liberdade são aquelas pessoas também privadas de recursos econômicos e intelectuais, que em geral também são negras, vivem nas periferias das grandes cidades e integram os segmentos sociais mais marginalizados da sociedade[28].

Ora, exigindo a lei processual brasileira que o preso seja levado dentro de 24h à presença de um juiz, conclui-se ser ilegal a prisão que não observe tal mandamento. A propósito, é a própria lei que determina a soltura do preso em tais condições (CPP, art. 310.º, § 4.º), conforme já visto acima.

Tal § 4.º, todavia, encontra-se suspenso por determinação unipessoal do Sr. Presidente do Supremo Tribunal Federal.

Assim que a Lei n.º 13.964/2019 entrou em vigor, o Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, em decisão cautelar datada de 22/01/2020 e até hoje não incluída em pauta para julgamento pelo colegiado, determinou a suspensão, por prazo indeterminado, da implantação do referido "juiz de garantias", bem como afastou a possibilidade de relaxamento automático da prisão que não tenha sido submetida a "audiência de custódia" no prazo legal, tal como determinava a redação dada pela nova Lei ao art. 310.º, § 4.º, do Código de Processo Penal.[29]

Por mais incrível que isso possa parecer, o quadro é exatamente este: um Ministro do Supremo Tribunal Federal sozinho, que não foi eleito pelo povo,

---

[28] O sociólogo Luiz Eduardo SOARES observa, a propósito, que o encarceramento seletivo de jovens da periferia de grandes cidades caracteriza um modelo penal que trata de modo manifestamente desigual ricos e desafortunados: "Os jovens vão herdar o Brasil que estamos construindo. Um país que encarcera cada vez mais e o faz seletivamente, porque a lei que vale para uns, na prática, não vale para outros. Um país que está se credenciando para se tornar campeão mundial do encarceramento e que se esmera em produzir, nas prisões, o espetáculo grotesco da barbárie. Uma sociedade majoritariamente convencida de que, prendendo aceleradamente pobres e negros, está no caminho certo para reduzir a violência e fazer justiça" (SOARES, Luiz Eduardo, 2011, pp. 10-11).

[29] Disponível em http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435253 Acesso em 08/01/2021.

suspendeu, em decisão unipessoal proferida durante o recesso forense, partes importantes da nova Lei, a qual havia sido amplamente discutida nas duas Casas do Congresso Nacional antes da sua aprovação, em dois turnos, pelos 513 deputados e 81 senadores que a compõem, e da sanção do Presidente da República, supremo e mais votado mandatário da nação.

Georges Abboud enaltece as qualidades da nova Lei, cujo teor propõe-se a evitar que a decisão judicial sirva de instrumento puramente retórico (de conteúdo vago) e capaz de ser utilizado para qualquer situação[30]. Com a suspensão dessa lei determinada pelo Ministro Fux, perde o Direito, perde o jurisdicionado e perde a sociedade, mas ganham os justiceiros, os falsos moralistas e os demagogos, infelizmente.

Dworkin, ao tecer duras críticas ao pragmatismo[31] e ao convencionalismo[32], estabeleceu a distinção entre "argumentos de princípio" (*matters of principle*) e "argumentos de política" (*matters* of *policy*), cabendo a estes últimos fundamentar uma decisão calculada para promover o avanço de algum bem intrinsecamente coletivo ou alguma vantagem utilitarista, ao passo que aos primeiros caberia dar apoio a uma decisão fundamentada na integridade e na tradição do Direito já estabelecido.

E se as razões consequencialistas para fundamentar uma decisão forem boas, não poderia a política ter papel fundamental na produção de razões jurídicas?

Ao responder tal questionamento, Neil MacCormick defende que tanto as razões de correção (razões jurídicas) quanto as razões orientadas a objeti-

---

[30] "Só avançaremos como uma democracia constitucional quando nos for claro que só haverá independência do Judiciário se a dignidade da lei e a submissão dos juízes ao direito forem erguidas a estatura de valores civilizatórios inegociáveis. Afinal, juízes devem ser independentes para julgar de acordo com o direito e não se tornarem reféns de qualquer outra força, venha ela de onde for" (ABBOUD, Georges, 2020, p. 3).

[31] POSNER concebia o pragmatismo como a disposição de basear as decisões públicas em fatos e em consequências, em vez de baseá-las em conceitualismos e em generalizações, de modo a fazer o melhor possível em vista do presente e do futuro, sem o dever de atrelar-se às decisões do passado (POSNER, Richard A., 2012, p. 380).

[32] "O pragmático adota uma atitude cética com relação ao pressuposto que acreditamos estar personificado no conceito de direito: nega que as decisões políticas do passado, por si sós, ofereçam qualquer justificativa para o uso ou não do poder coercitivo do Estado. Ele encontra a justificativa necessária à coerção na justiça, na eficiência ou em alguma outra virtude contemporânea da própria decisão coercitiva, como quando ela é tomada por juízes, e acrescenta que a coerência com qualquer decisão legislativa ou judicial anterior não contribui, em princípio, para a justiça ou para a virtude de qualquer decisão atual. Se os juízes se deixarem guiar por esse conselho, acredita ele, então a menos que cometam grandes erros, a coerção que impõem tornará o futuro da comunidade mais promissor, liberado da mão morta do passado e do fetiche da coerência pela coerência" (DWORKIN, Ronald, 1999, p. 185).

vos (razões políticas ou consequencialistas) consistem nos dois lados da mesma moeda, uma vez que até mesmo os argumentos políticos devem ser, igualmente, universalizados, o que implicará o estabelecimento de uma norma de correção[33].

Isso não legitima, porém, os magistrados a substituírem uma prerrogativa processual claramente prevista em lei formal por um procedimento criado em seus gabinetes. Os direitos e garantias fundamentais são o limite institucional além do qual a criatividade judicial não pode estender-se, sem que seja considerada arbitrária.

6. Conclusão

Concluímos que a banalização das audiências criminais por videoconferência implica violação grave à lei processual penal, às cláusulas constitucionais da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal e, por consequência, ao direito supralegal que assiste a todo cidadão de ser julgado de modo justo e imparcial.

O distanciamento físico entre acusado e magistrado, além de diminuir o grau de empatia deste em relação àquele, dificulta sobremaneira o controle de legitimidade decisória que a defesa técnica deve exercer sobre o comportamento judicial durante o ato processual. Imagine-se, como exemplo, o juiz que lê na tela do computador enquanto o réu se manifesta. Para o advogado deste, não haverá como discernir se a imagem daquele rosto com ares de concentração na tela da vídeo-chamada representa a atenção do magistrado às palavras do acusado ou, ao revés, a um eventual texto que esteja sendo concomitantemente lido no computador do fórum.

Uma audiência presencial daria à defesa condições mais factíveis de controlar a conduta do juiz, assim como propiciaria a este melhor ensejo de absorver todos os detalhes do comportamento do réu, tais como eventuais indícios de coação ou reações corporais indicativas de atos-falhos ou manobras mendazes.

Porém, aqui não se nega, em tese, a possibilidade de realização por via remota de atos processuais, como a oitiva telepresencial do acusado, do preso e de seu defensor, desde que isso se dê de modo absolutamente excepcional e mediante justificativas concretas (amparadas em fatos) solidamente fundamentadas em decisão judicial.

O que reputamos inadmissível é tornar regra o que deveria ser excepcional. Sabe-se que muitas práticas criadas por ocasião da pandemia permanecerão depois dela. Esperamos que o processo penal por videoconferência não seja uma dessas práticas.

---

[33] MACCORMICK, Donald Neil, 2008, p. 160.

Por isso criticamos a mudança de posicionamento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em relação à obrigatoriedade de realização de audiência de custódia presencial, já que a desmedida flexibilização desta revela um retrocesso institucional em matéria de defesa de direitos e garantias individuais fundamentais, motivado por um utilitarismo que desrespeita comando legal expresso (CPP, art. 310.º, *caput*).

Entendemos que a eficiência judiciária e a comodidade dos juízes não podem justificar o sacrifício de direitos e garantias fundamentais expressos nos ordenamentos jurídicos interno e internacional. A corrosão da normatividade constitucional e legal, ainda que motivada por propósitos nobres, não é um caminho virtuoso para o aprimoramento do sistema penal, pois, conforme a História é pródiga de exemplos de tirania e arbitrariedade, o desprezo institucionalizado pelo Direito não melhora as sociedades, mas, pelo contrário, leva-as à barbárie e ao descrédito de suas instituições.

Por outro lado, o presente trabalho não advoga a paralisação pura e simples dos processos criminais durante a pandemia, tampouco a exposição de magistrados e servidores ao contágio pelo Covid/19. Propõe-se apenas que o funcionamento da Justiça não tenha como destinatários os seus próprios membros, a fim de que a máquina judiciária não se encerre, assim, como um fim em si mesma. Basta que medidas de proteção sanitária sejam usadas, pois é em prol do jurisdicionado que o processo penal deve desenvolver-se, com vistas a preservar os direitos e garantias do arguido, preso ou investigado, prerrogativas essas sem as quais não se pode falar em Estado de Direito.

Bibliografia

ABBOUD, Georges, "A (in)dignidade da legislação e o pacote 'anticrime'". Artigo publicado em 03/01/2020, na Revista Virtual *Consultor Jurídico*. Disponível em https://www.conjur.com.br/2020-jan-10/georges-abboud-indignidade-legislacao-pacote-anticrime. Acesso em 29/12/2020.

CHIOVENDA, Guiseppe, *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III. São Paulo: Saraiva, 1945.

DWORKIN, Ronald, *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRAJOLI, Luigi, *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MACCORMICK, Donald Neil, *Retórica e o Estado de Direito*. Tradução de Conrado Hübner. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souz,. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

POSNER, Richard A, *A problemática da teoria moral e jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

SILVA, Ovídio Baptista da, *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2000.

SOARES, Luiz Eduardo, *Justiça: pensando alto sobre violência, crime e castigo*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

SOUBHIA, Fernando Antunes, "A videoconferência como fator de descolamento emocional". Artigo publicado em 28/07/2020, na Revista Virtual *Consultor Jurídico*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jul-28/tribuna-defensoria-videoconferencia-fator-descolamento-emocional. Acesso em 25.01.2021.

TRANSFORMACIÓN DIGITAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA ESPAÑOLA: ESPECIAL ATENCIÓN AL USO DE LA VIDEOCONFERENCIA EN EL PROCESO PENAL

Jaime Criado Enguix[1]

RESUMEN: La tecnología avanza a unos niveles extraordinarios, y como no podía ser de otra manera, sus implicaciones ya forman parte, de forma irreversible de la Administración de Justicia. Esta realidad ha recibido un impulso por la situación de pandemia derivada del COVID-19, cuyas exigencias sanitarias de distanciamiento social han llevado al legislador, bajo el marco del Plan España Digital 2025, a través del RD 16/2020, de 28 de abril, y la posterior Ley 3/2020, de 18 de septiembre, a impulsar medidas procesales y organizativas, de carácter tecnológico en el ámbito judicial, en aras a evitar concentraciones en las sedes judiciales y agravar la situación actual.

Este trabajo profundizará en una medida tecnológica concreta: la videoconferencia, herramienta informática de indudable interés jurídico cuyo empleo en el proceso penal debe rodearse de las correspondientes garantías y ha de resultar proporcional e idóneo en relación con el fin pretendido, debiendo el tribunal rechazar su utilización cuando suponga un detrimento de los principios de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción y defensa que informan el proceso penal.

PALABRAS CLAVE: Tecnología, pandemia, principios procesales

[1] Becario de Investigación del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Granada.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Regulación actual del uso de la videoconferencia en el proceso penal: 2.1. En el marco jurídico supranacional. 2.2. En el marco jurídico nacional. 3. Utilidad de la videoconferencia en el proceso penal. 4. Requisitos legales para la utilización de la videoconferencia en el proceso penal. 5. Respecto de las garantías procesales en el orden penal. 6. Conclusiones. Bibliografía.

ABSTRACT: Technology is advancing at extraordinary levels, and as could not be otherwise, its implications are already an irreversible part of the Administration of Justice. This reality has received a boost from the pandemic situation derived from COVID-19, whose health demands of social distancing have led the legislator, under the framework of the Digital Spain 2025 Plan, through RD 16/2020, of 28 April, and the subsequent Law 3/2020, of 18 September, to promote procedural and organisational measures of a technological nature in the judicial sphere, in order to avoid concentrations in the judicial headquarters and aggravate the current situation.

This work will look in depth at a specific technological measure: videoconferencing, a computer tool of unquestionable legal interest whose use in criminal proceedings must be surrounded by the corresponding guarantees and must be proportional and suitable in relation to the intended purpose, with the court having to reject its use when it involves a detriment to the principles of orality, publicity, immediacy, contradiction and defence that inform criminal proceedings.

KEYWORDS: Technology, pandemic, procedural principles

SUMARY: 1. Introduction. 2. Current regulation of the use of videoconferencing in criminal proceedings: 2.1. In the supranational legal framework. 2.2. In the national legal framework. 3. Utility of videoconferencing in criminal proceedings. 4. Legal requirements for the use of videoconferencing in criminal proceedings. 5. Regarding the procedural guarantees in the criminal order. 6. Conclusions. Bibliography.

1. Introducción

Actualmente vivimos una situación especial, una situación de colapso judicial que no sólo trae causa de la obligatoria adaptación de la actividad judicial a las medidas sanitarias derivadas del COVID que han reducido excepcionalmente la presencialidad, sino que también se ha visto agravada por el incremento del número de litigios derivados del coronavirus, tales como: concursos a partir de enero de 2021, procedimientos resultantes de la inseguridad jurídica en materia de arrendamientos de locales comerciales y viviendas, despidos improcedentes, herencias familiares, situaciones de divorcio, etc. A su vez, no puede obviarse el hecho de que, en el momento de declararse el estado de alarma, han sido dictadas sentencias de indudable impacto jurídico-social, como la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE sobre la referencia al índice IRPH cajas y la Senten-

cia del Tribunal Supremo sobre las tarjetas *revolving* y la represión de la usura, sentencias de fechas 3 y 4 de marzo respectivamente del presente año y que, sin duda, tendrán su proyección sobre la litigiosidad en nuestro país. Todo ello junto con el teletrabajo y la realidad incontestable de que los órganos jurisdiccionales no pueden funcionar al cien por cien, han conformado un contexto de acumulación de procesos sin precedentes.

En este escenario, no cabe otra alternativa que apostar por una vía judicial digitalizada[2], que evite el contacto social y que los procedimientos judiciales se dilaten y sean inciertos. En este sentido, la primera respuesta institucional arranca con la declaración del estado de alarma por el ejecutivo a través del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. Este Real Decreto, entre otras medidas, perseguía digitalizar la justicia para evitar el contacto físico. Dicha norma fue derogada por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas en la administración de justicia, que viene a dar un paso más en el proceso de digitalización, y dedica el Capítulo III a todo un elenco de medidas procesales y organizativas que permitan el desarrollo telemático de determinados actos procesales. Otros instrumentos normativos, como el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia[3], ahondan en ese proceso de "digitalización de la justicia". Proceso que, desde antes de la situación de pandemia, llevaron a cabo otros países europeos e incluso, se hizo en nuestro país con la legislación administrativa[4].

No obstante, la incorporación de la tecnología en la esfera jurídica requiere de análisis y estudio, pues está en juego la viabilidad de un proceso justo[5]. El Tribunal Supremo, en el ámbito procesal penal, venía anunciando que el uso de la videoconferencia para el interrogatorio de los acusados implicaba "el sacrificio de la comunicación directa de aquel con su Abogado, y ello podría encerrar, como regla general, una inevitable erosión del derecho de defensa"[6]. No se trató de un pronunciamiento aislado, fueron varias las sentencias que respaldaron esta tesis relativa a la difícil implementación de la tecnología en el proceso penal, y,

---

[2] GARRIDO CARRILLO, F. J. (2008)

[3] Anteproyecto disponible en la siguiente URL: https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/APL%20Eficiencia%20Procesal.pdf

[4] Declaración manifiesta en la Exposición de Motivos VIII del Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia.

[5] Sobre el respeto y la garantía de los derechos fundamentales frente a los dispositivos tecnológicos, *Vid.* DE LA IGLESIA CHAMARRO, A. (2011), pp. 25-36.

[6] *Vid*. Sentencia del Tribunal Supremo 678/2005, 16/52005, que declara los límites del uso de la videoconferencia en el proceso penal.

en consecuencia, al perjuicio que ocasionaba a las garantías procesales del justiciable y al derecho a una tutela judicial efectiva[7].

Es un hecho que asistimos a una especie de "transición digital", un tiempo revolucionario que viene a cambiar los parámetros de nuestra justicia, con el fin de concebirla como una vía eficaz y resolutiva, sin largas listas de espera, trabas al acceso y una gestión burocrática ralentizada y opaca. En los tiempos que corren, de automatismo y eficacia, el modo actual de "vivir" y concebir la justicia resulta incoherente con los avances de la sociedad. Desde el punto de vista jurídico, este fenómeno jurídico-digital requiere de un análisis cuidado y detenido, ya que es primordial dotar a este proceso de plenas garantías jurídicas[8].

Y este minucioso análisis es necesario debido a que, a mi juicio, no tiene sentido alcanzar una justicia eficiente y rápida, si es a costa de una merma de los derechos y garantías procesales del justiciable. Esta conjugación entre lo tecnológico y lo jurídico debe concebirse como elementos compatibles con un fin común: una justicia eficiente, transparente y garante.

Por lo tanto, el objetivo de este trabajo no será otro que definir el marco legal del uso de la videoconferencia en la Administración de Justicia, con especial atención a las utilidades, requisitos y condicionamientos de su incorporación al proceso penal.

2. Regulación actual del uso de la videoconferencia en el proceso penal

2.1. En el marco jurídico supranacional

En el ámbito de la UE, el uso de la videoconferencia viene regulado, de manera restrictiva, en el artículo 10 del Convenio de la Unión Europea para la asistencia judicial en materia penal, de 29 de mayo de 2000. Además del Convenio, cabe mencionar la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo

Cabe señalar el artículo 10.4 del Reglamento (CE) Nº 1206/2001 del Consejo de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en

[7] A este respecto, resulta destacable la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7/11/2019, que declara que la instalación de una cámara de videovigilancia falsa, de apariencia idéntica a otras plenamente operativas, es susceptible de coartar la libertad de terceros.

[8] *Vid.* REMÓN PEÑALVER, J. (2006)

materia civil o mercantil, el cual señala que el órgano jurisdiccional requirente podrá solicitar al órgano jurisdiccional requerido que utilice los medios tecnológicos de comunicación en la realización de la obtención de pruebas, en particular la videoconferencia y la teleconferencia.

En el ámbito de la cooperación judicial en Europa[9], constituye un objetivo claro y firme la modernización de los sistemas judiciales de los Estados miembros, que ayudará a reducir las demoras, aumentar la seguridad jurídica y hacer que el acceso a la justicia sea más barato y fácil de utilizar. Tanto es así que la Comisión Europea, recientemente en diciembre de 2020, ha puesto en marcha un paquete de iniciativas para acelerar la digitalización de los sistemas judiciales e impulsar la formación de los profesionales de la justicia[10].

Además, se contempla la videoconferencia como soporte válido para la aportación de prueba en la fase de juicio oral, al amparo normativo de Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, en cuyos apartados 5 a 7 del art. 24 regula las condiciones para la utilización de la videoconferencia.

En materia de delincuencia organizada también se prevé un marco normativo para facilitar el uso de la videoconferencia como instrumento para aportar prueba, entre otros, la Convención de las NNUU contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000[11], o la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003[12].

---

[9] Sobre esta cuestión se expresa nuestro Tribunal Supremo a través de Sentencia 2.ª 161 de 17/3/2015, que establece que "la creación de un espacio judicial europeo ha hecho de la videoconferencia un medio reglado de extendida aplicación en los distintos instrumentos jurídicos llamados a regular la cooperación judicial entre Estados. De forma bien reciente, la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014 (EDL 2014/60572), relativa a la orden europea de investigación en materia penal, regula en los apartados 5 a 7 del art. 24 las condiciones para la utilización de videoconferencia , descartando cualquier género de dudas referidas a la identidad del declarante y el respeto a los derechos que como tal le asisten".

[10] A este respecto, *Vid.* GARCÍA-VARELA IGLESIAS, R (2020), que desarrolla y aporta una visión crítica acerca del nuevo paquete de iniciativas de digitalización de la Justicia adoptado por la Comisión Europea.

[11] Los arts. 18.18 y 24.2 se refiere a la videoconferencia, el primero como un modo de llevar a cabo la asistencia judicial recíproca a la hora de tomar declaración a testigos y peritos y el segundo como una medida de protección de testigos frente a posibles represalias.

[12] Los artículos 32.2 y 46 se refieren a la videoconferencia, como medida de protección de testigos, peritos y víctimas frente a posibles represalias y como modo de llevar a cabo la asistencia judicial recíproca a la hora de tomar declaración a testigos y peritos, respectivamente.

2.2. En el marco jurídico nacional

El uso de la videoconferencia y otras técnicas análogas se encuadra en un doble marco normativo, por un lado la Ley Orgánica del Poder Judicial (en lo sucesivo, LOPJ) , que establece un marco específico para el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales, y por otro lado, la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim), en la que se concretan en detalle los supuestos en que podrá admitirse la videoconferencia y los requisitos formales, en su caso, que hayan de ser observados para su válida utilización.

En concreto, la primera referencia legislativa a la utilización de la videoconferencia, aplicable a todos los órdenes jurisdiccionales, la encontramos en el art. 229.3 LOPJ, añadido por la disposición adicional única de la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional[13]. Dicho precepto ampara la celebración, vía telemática, de actos procesales de diversa índole, entre otros, las declaraciones, interrogatorios, careos, informes, etc.

Por su parte, la LECrim desarrolla esta posibilidad de utilización de los recursos tecnológicos distinguiendo según que su empleo se produzca durante la fase de instrucción o en el juicio oral. En concreto, la videoconferencia fue introducida de manera expresa mediante la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre que, además de modificar la LOPJ en los términos señalados, introdujo en el artículo 325 de la LECrim su posible utilización en la fase de instrucción para las comparecencias de los imputados, testigos o peritos, y en el artículo 731 bis LECrim para las sesiones del juicio oral, tanto para oír a los acusados como a los testigos o peritos, cuando el Juez lo acuerde de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia resulte particularmente gravosa o perjudicial.

Asimismo, en el ámbito de la responsabilidad penal del menor, la LO 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, reformó determinados preceptos de la LECrim con el objeto de que, en los casos de testigos menores de edad, el Juez pudiera acordar la utilización de cualquier medio técnico o audiovisual que permita la práctica de las pruebas que sean necesarias evitando la confrontación visual del testigo con el inculpado. Así se dispone en el artículo 448.3º LECrim, respecto a la práctica de la diligencia en la fase de ins-

[13] La Disposición adicional única de la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional, establece que: "Estas actuaciones podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal".

trucción de la declaración del testigo menor de edad[14], completando lo dispuesto en el artículo 455 LECrim, añadido por la LO 14/1999, de 9 de junio, respecto a la diligencia de careo entre el acusado y testigos menores de edad, que no se llevarán a cabo salvo que el juez lo considere imprescindible y no lesivo para el interés del testigo, previsión que se reitera para la práctica de esta diligencia en el plenario.

3. Utilidad de la videoconferencia en el proceso penal

A la luz de los instrumentos normativos citados, cabe afirmar que la videoconferencia constituye, al amparo de la ley, una herramienta válida para una serie de utilidades en el marco del proceso penal como, verbigracia, la práctica de pruebas en la fase de juicio oral (art. 731 bis LECrim), la declaración testifical de un menor de edad, o incluso la práctica de diligencias sumariales en la fase de instrucción (art. 325 LECrim).

También se admite el uso de la videoconferencia para hacer oír a la víctima residente en el extranjero, según dispone el art. 17.1.b) de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

Por otro lado, también se emplea esta herramienta tecnológica cuando concurren circunstancias que aconsejan la no presencia física de la víctima en la Sala y el contacto directo[15] con el acusado, especialmente en los procesos penales de violencia de género[16].

Respecto a la práctica de la prueba, el uso de la videoconferencia es amplio y versátil, ya que resulta muy útil en el procedimiento para la práctica de

[14] A este respecto, *Vid.* STS 331/2019, de 27 de junio, que desestima recurso de casación interpuesto por posible vulneración de derechos fundamentales del menor interrogado por videoconferencia en un procedimiento penal online.

[15] En este sentido, el art. 25.2.b) del Estatuto de la Víctima admite que durante la fase de enjuiciamiento puedan ser adoptadas medidas de protección para las víctimas, como aquélla que permite que éstas declaren sin estar presentes en la sala de vistas, mediante el uso de tecnologías de la comunicación

[16] GARRIDO CARRILLO, F. J. (2011).

auxilios judiciales, nacionales e internacionales[17] comisiones rogatorias, ruedas de reconocimiento, entrevistas de jueces de vigilancia penitenciaria con los reclusos, declaraciones, interrogatorios y entrevistas a menores en centros de internamiento por las Fiscalías o Juzgados de Menores, haciendo posible practicar prueba a distancia (testifical o pericial) sin necesidad de la presencia física ante el órgano juzgador, con lo que cambia la forma pero no el tipo de prueba[18]. Además, permite el seguimiento de un juicio oral que haya generado expectación o sea de interés público, con circuitos de conexión electrónico con más posibilidades de acceso que las limitaciones de espacio propias de las salas de vistas[19].

4. Requisitos legales para la utilización de la videoconferencia en el proceso penal

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos admite la utilización de la videoconferencia en los procesos judiciales siempre que se persiga una finalidad legítima y su concreta aplicación respete respetar los derechos de la defensa. Según el TEDH, estas finalidades legítimas son "la defensa del orden público, la prevención del delito, la protección de los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad de los testigos y de las víctimas de los delitos, así como el respecto de la exigencia de un plazo razonable en la duración de los procesos judiciales"[20].

El ordenamiento español, a fin de garantizar los principios de oralidad, publicidad e inmediación judicial, contempla y prima la celebración de actos judiciales en presencia física del Juez[21] en la sede judicial, con presencia de las partes y de la persona que interviene como testigo o perito y en audiencia pública. El art. 229.3 LOPJ admite el uso de la videoconferencia u otro similar para realizar actos judiciales siempre que se preserve la posibilidad de contradicción

[17] A mayor abundamiento, *Vid*. TIRADO ESTRADA, J. J. (2017), p. 158. Señala que el campo donde más se ha propiciado el uso de este instrumento tecnológico ha venido siendo la asistencia judicial internacional en material penal. En la UE, el Convenio Europeo relativo a la Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión reguló la práctica de las videoconferencias en su artículo 10, respecto tanto de testigos y peritos (párrafos 1 a 8), como de acusados (apartado 9), para cuando "no sea oportuno o posible" que la persona que se halla en el territorio de un Estado miembro comparezca en el territorio de otro Estado, cuyas autoridades tengan necesidad de oírla.

[18] ABA CATOIRA, A. (2009), pp. 9-38.

[19] A este respecto, *Vid*. VELASCO NÚÑEZ, E. (2002) p. 4.

[20] Es jurisprudencia que sienta el TEDH, apreciable en el apartado 72 de la STEDH 5-10-06, caso *Marcello Viola c. Italia*.

[21] El art. 229.2 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial establece que: "Las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas, se llevarán a efecto ante juez o tribunal con presencia o intervención, en su caso, de las partes y en audiencia pública, salvo lo dispuesto en la ley".

de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal.

Por tanto, según nuestro derecho interno, es requisito necesario que el Juez admita la celebración vía telemática como modalidad que excepciona el régimen general de asistencia, siempre que quede bien fundamentado. Ingente jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo ha visto plenamente justificada el uso de la videoconferencia. Así la STS 161/2015, de 17 de marzo, en su Fundamento de Derecho 1.D afirma que "la casuística jurisprudencial ha visto plenamente justificada la videoconferencia, por ejemplo, cuando un testigo residente en la península tiene que declarar en Mallorca, o cuando unos peritos de A Coruña tienen que declarar en Las Palmas de Gran Canaria. Con mayor motivo, por tanto, cuando el testigo reside en Gran Bretaña. El ATS de 19 de septiembre de 2002 contempla el supuesto de un testigo que está de baja médica durante un período de seis meses, y concluye que en tal caso es razonable acudir a la videoconferencia. En la STS 971/2004, 23-7-04 -EDJ 2004/159798-, por ejemplo, admitimos la validez de la declaración de un testigo prestada mediante videoconferencia desde Estados Unidos, antes incluso de su regulación expresa en nuestras leyes procesales".

Por tanto, la valoración y decisión del Juez es fundamental para acordar la celebración telemática de determinados actos procesales. Además de esta fundamentación, la utilización de esta técnica requiere el cumplimiento de los presupuestos y requisitos que, a falta de una regulación exhaustiva, han de extraerse de las normas[22] que la autorizan y la jurisprudencia dictada en su aplicación, y que ya hemos analizado en líneas anteriores.

Los requisitos[23], por tanto, que deben concurrir para la utilización de la videoconferencia en el proceso penal son:

- En primer lugar, en lo que se refiere al ámbito informático, la videoconferencia u otro mecanismo que se utilice efectivamente deberá permitir la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes. Se garantiza así la posibilidad de contradicción de las partes.

---

[22] Normas procesales que autorizan el uso de la videoconferencia: el art. 448 LECrim para la fase de instrucción y el art. 707.2º LECrim para el juicio oral.

[23] Requisitos que desarrolla GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A. (2019), p. 35, que cita y analiza la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 3/2002, de 1 de marzo, acerca de los actos procesales que pueden celebrarse a través de videoconferencia.

- En segundo lugar, como venimos anticipando, su utilización debe ser acordada por el Juez o Tribunal, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso concreto[24].
- La resolución judicial por la cual se acuerda la celebración telemática del acto judicial deberá revestir la forma de auto[25]. A este respecto ha de tenerse en cuenta que, al menos de momento, la videoconferencia no sustituye con carácter general la presencia física de las partes en la Sala del juicio, y precisamente, por su carácter excepcional, la resolución en la que se acuerde su utilización deberá estar debidamente justificada.
- De acuerdo al art. 229.3 LOPJ, el Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado o Tribunal que haya acordado la medida acreditará desde la propia sede judicial la identidad de las personas que intervengan a través de la videoconferencia mediante la previa remisión o la exhibición directa de documentación, por conocimiento personal o por cualquier otro medio procesal idóneo. A este respecto, GARRIDO CARRILLO[26] asevera que no hay un medio único para que el Letrado de la Administración de Justicia, desde la propia sede del Tribunal que ha acordado el uso de la videoconferencia, acredite la identidad de cualesquiera personas que intervengan en un procedimiento judicial por videoconferencia, citando medidas como la remisión de documentación (como el DNI), la exhibición directa de la documentación, por conocimiento personal o por la identificación por parte del Letrado de Administración de Justicia del tribunal donde acuda el testigo a testificar.
- Por último, a tenor del art. 453 LOPJ, corresponde a los Letrados de la Administración de Justicia, con exclusividad y plenitud, el ejercicio de la fe pública judicial, lo que quiere decir que las diligencias practicadas a través de videoconferencia deberán documentarse procediéndose a su grabación o mediante acta extendida por el Letrado de la Administración de Justicia, a quien corresponde garantizar la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido.

---

[24] El art. 731 bis LECrim, por ejemplo, dota esa opción tecnológica de cautelas que sólo justificarían su empleo cuando se acreditara la concurrencia de razones de utilidad, seguridad, orden público o, con carácter general, la constatación de un gravamen o perjuicio para quien haya de declarar con ese formato.

[25] Recuérdese los Autos citados (ATS 2314/2006, de 23/11/2006 y ATS 2171/2006, de 26/10/2006) que acuerdan la celebración telemática de determinados actos procesales.

[26] GARRIDO CARRILLO, F. J.: (2011) (2)

5. Respecto de las garantías procesales en el orden penal

La participación telemática utilizada y sus condiciones de ejecución han de respetar el contenido esencial de los derechos y garantías procesales[27], sin perjuicio de adaptaciones a la realidad tecnológica. Debe garantizarse el respeto de los principios de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción y defensa y que no se vulneren los derechos a la prueba y a la tutela judicial efectiva[28].

Hablamos del derecho a un proceso justo[29], algo que excede con mucho de un catálogo de derechos es, en definitiva, la consagración de las garantías que corresponden al acusado en un proceso penal.

En relación con el derecho de defensa[30], se ha de respetar la asistencia letrada efectiva, así como la igualdad de partes. No puede generarse situaciones de indefensión. Las partes deben tener igualdad de oportunidades para probar, contradictoriamente (principio de contradicción), con posibilidad de interrogar a testigos y peritos, así como a los acusados y víctimas.

En relación con el principio de publicidad, se ha de respetar el derecho a un proceso público en la fase de juicio oral[31], así como también ha de salvaguardarse el principio de inmediación. Este último ligado al principio de oralidad que, desde una perspectiva general, implica una relación directa e inmediata del Juez o Tribunal con las partes y sus defensores y con todo el material del proceso, excluyendo cualquier medio indirecto de conocimiento judicial.

Sobre la incidencia de este fenómeno digital en relación con los principios que informan el proceso penal, un sector amplio de la jurisprudencia ha reconocido reiteradamente que el uso de la videoconferencia garantiza la oralidad, la inmediación y la contradicción.

En primer lugar, en relación con el principio de publicidad, este no se resiente siempre que las partes declaren desde un lugar en el que exista posibilidad telemática de envío de la imagen y sonido a la Sala de Vistas donde celebra el juicio, lugar que habilitará un equipo receptor de la imagen y sonido. Se garantiza, además, un proceso público, siempre que se establezca un circuito de conexión

---

[27] El art. 229 de la LOPJ condiciona la utilización de la videoconferencia a que no se resientan los principios estructurales de contradicción y defensa. El art. 731 bis de la LECrim admite esa opción tecnológica cuando se acredite la concurrencia de razones de utilidad, seguridad y orden público.

[28] En este sentido, La Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial aprueba, a mediados de 2020, una Guía para la celebración de actuaciones judiciales telemáticas, con una serie de pautas para conciliar la aplicación preferente de los medios telemáticos con el pleno respeto a los principios y garantías del proceso.

[29] *Vid*. RUIZ VADILLO, E. (1995) p. 37.

[30] Sobre derecho de defensa, *Vid.* MATEI, D.; IONESCU, S.; VLADILA, L. M.: (2011), pp. 243-258.

[31] VERGER GRAU, J. (2008), pp. 413-451.

y acceso controlado, con pantallas que permitan la retransmisión de las actuaciones judiciales[32].

Por lo que respecta al principio de contradicción, la STS de 29/1/2015 se refiere expresamente a la "necesidad de salvaguardar el principio de contradicción", y aborda igualmente la aplicación del artículo 730 de la LECrim, ofreciendo un examen de la problemática de los testigos protegidos desde la perspectiva del derecho a un juicio público con todas las garantías[33]. Este principio queda garantizado siempre y cuando las partes puedan intervenir con igualdad de oportunidades en el juicio oral. Esta garantía sólo se vería mermada si se produjera cualquier ciberataque o caída de conexión que impidiera la intervención o declaración de cualquiera de las partes, en cuyo caso procedería la suspensión del juicio.

En relación con el principio de inmediación –respecto del cual sabemos que es prevalente la presencia física– la intención del legislador es que haya proximidad y prohibición de intermediación entre las partes y el Juez en la práctica de las pruebas, a fin de garantizar la calidad del juicio de convicción[34]. A mi juicio, sí se adapta el principio de la inmediación procesal a los avances tecnológicos, cabe el desarrollo del juicio y la práctica probatoria en garantía del referido principio[35], dado que esta tecnología constituye un medio para acercar en tiempo real a personas alejadas geográficamente y así permitir su interacción audiovisual, que es en definitiva lo que inspira al principio de inmediación, aunque no se haya pensado en la videoconferencia al redactar la ley[36].

En cuanto al principio de concentración, el uso de la tecnología es garante de la concentración o unidad de los actos procesales, pues evita suspensión de juicios por problemas de distancia física. Es más cómodo, factible y menos costoso la presencia virtual que la física.

Por último, me detengo en el derecho de defensa. Como he señalado, esta garantía vela, entre otras cuestiones, por la asistencia letrada efectiva de las par-

[32] El Alto Tribunal, mediante Sentencia de la Sala Segunda, de lo Penal, 331/2019 de 27/6/2019, afirma que no existe la más mínima afectación del principio de publicidad, sino que más bien "pueden mejorar las condiciones de publicidad de las actuaciones judiciales […].

[33] BAQUERO MARTÍN, A. (2017*)* p. 427.

[34] AMONI REVERÓN, G. A. (2013), p. 74.

[35] Vid. Sentencia de la Sala Segunda, de lo Penal, del Tribunal Supremo 331/2019 de 27de junio, rec. 1376/2018, en relación con el cumplimiento del principio de inmediación.

[36] CABEZUDO RODRÍGUEZ, N. (2005), p. 174. Señala la importancia de la presencia física y no virtual, "entendemos que la presencia física aporta referencias tales, como el propio lenguaje corporal, que no siempre quedan fielmente reflejados en la videoconferencia, sistema de reproducción de imágenes que, por su propia naturaleza, sólo permite la visión de plano fijo y sesgado del sujeto. Sin sublimar la importancia de la expresión corporal del sujeto, se trata de datos que no se deben desdeñar pues inciden habitualmente en las relaciones humanas".

tes en el proceso penal. En este sentido, según Sentencia núm. 678/2005, de 16 de mayo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, el letrado podría ver seriamente limitadas sus funciones de asesoramiento y asistencia. La sentencia incide en que el acusado debe tener garantizada su interacción activa con el abogado en el juicio oral, cuyo asesoramiento y asistencia cobran más relevancia y papel mediante un contacto directo y real[37] . Sin embargo, en palabras de MARTÍNEZ OSORIO[38], en la actualidad, las nuevas tecnologías de la información nos permiten una forma privada de este tipo de comunicación a través de los chats o los teléfonos móviles. A mi juicio, si se pone a disposición del imputado los medios técnicos para hacer efectiva la comunicación privada, este el derecho de defensa no resulta vulnerado[39].

6. Conclusiones

Estas innovaciones tecnológicas deben incorporarse al ámbito jurídico procesal en la medida en que son expresiones de una realidad social que el Derecho no puede desconocer. Tal incorporación será posible en la medida que respete los principios que informan el procedimiento judicial. En general, dichos principios no resultan afectados y se puede considerar prácticamente normalizada para la práctica de pruebas personales que por razón, entre otras, de la distancia geográfica entre la residencia de los testigos y peritos y la sede del Tribunal, supondrían una gran dificultad en su práctica y la consiguiente dilación.

No obstante, considero que el uso de la videoconferencia debe tener carácter subsidiario en relación con la declaración del acusado en el proceso penal, al considerar la presencia física un valor que preservar, solo sacrificable cuando concurran razones que, debidamente ponderadas por el órgano jurisdiccional, puedan prevalecer sobre las ventajas de la proximidad física y personal entre las fuentes de prueba y el Tribunal que ha de valorarlas, debiendo justificarse en cada caso concreto, respetándose el principio de proporcionalidad.

Respecto al uso de las tecnologías en el proceso penal no estamos ante un vacío legal, pero sí requiere la Ley de Enjuiciamiento Criminal una pronta y exhaustiva reforma que modernice el texto procesal, y lo adapte al contexto actual.

---

[37] A este respecto, léase también la Sentencia de 17/32015 dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que respecto a esta cuestión declara que "*el proceso penal no ha podido sustraerse al avance de las nuevas tecnologías […]*".

[38] MARTÍNEZ OSORIO, M.A (2011).

[39] STS, Sala Segunda, el 10/10/2008.

Bibliografía

a) Citada

ABA CATOIRA, Ana: "La tecnologización de la prueba en el proceso penal. la videoconferencia: objeciones y ventajas (realidad y futuro de la administración de justicia. la aplicación de las tics" en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 13, 2009, págs. 9-38.

AMONI REVERÓN, Gustavo Adolfo: "El uso de la videoconferencia en cumplimiento del principio de inmediación procesal" en *Revista IUS*, México, núm. 31, enero-junio de 2013, pp. 74.

BAQUERO MARTÍN, Araceli: *La videoconferencia en las garantías del proceso penal*, pág. 427, 2017, Sevilla.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás: "La administración de justicia ante las innovaciones tecnológicas: del entusiasmo a la desconfianza pasando por el olvido legal", en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 7, 2005, pág. 174.

DE LA IGLESIA CHAMARRO, Asunción: "La garantía de los derechos fundamentales frente a los dispositivos de videovigilancia utilizados por particulares". En *Derecho y nuevas tecnologías,* Coord. Herrán ORTIZ. 2011, págs. 25-36, España.

GARCÍA-VARELA IGLESIAS, Román: "El proceso de transformación digital en la Administración de Justicia española" en *Diario La Ley*, núm. 9731, 2020.

GARRIDO CARRILLO, Francisco Javier: *La oficina judicial: análisis de su nuevo diseño*, Tirant lo Blanch, 2008.

GARRIDO CARRILLO, Francisco Javier: "La fe judicial y la documentación de los actos judiciales en la Administración de Justicia digitalizada", en *Práctica de Tribunales, Revista de derecho procesal civil y mercantil*, núm. 79, 2011.

GUTIÉRREZ BARRENENGOA, Ainhoa: "El uso de la videoconferencia en el proceso penal, utilidades requisitos y limitaciones" en *REDS*, núm. 14, 2019, pág. 35.

MARTÍNEZ OSORIO, María Luis: "La videoconferencia en el proceso penal salvadoreño: posibilidad y límites de implementación" en *REDC*, núm. 79, abril-junio 2011.

LAVINIA-MIHAELA Vladila, STELUTA Ionescu, DANIL Matei: "El derecho de defensa" en *Revista de la Inquisición (Intolerancia y Derechos Humanos)*, Vol. 15, 2011, págs. 243-258.

REMÓN PEÑALVER, Jesús: "La lucha por la seguridad jurídica" en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez,* núm. extraordinario 2006.

RUIZ VADILLO, Enrique: "Los principios del proceso penal" en *Revista Aldaba*, núm. 24, 1995, pág. 37.

TIRADO ESTRADA, Jesús J.: "Videoconferencia en el proceso penal, cooperación judicial internacional y debido proceso" en *Revista secr. Trib. perm. revis*. Año 5, núm. 10, 2017,

pág. 158.

VELASCO NÚÑEZ, Eloy.: "La videoconferencia llega a los Juzgados", en *Diario La Ley*, núm. 5481, Año XXIII, 13 de febrero de 2002, Ref. D-49, pág. 1786, tomo 2, Editorial LA LEY, LA LEY 1278/2002, pág. 4.

VERGER GRAU, Joan: "Derecho a un proceso público" en *Revista peruana de derecho procesal,* núm. 10, 2008, págs. 413-451.

b) Otra

BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Tratado de derecho procesal penal*, Aranzadi, 2007.

BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, Juan: "La Tabla de Garantías de la víctima en el proyecto de reforma del proceso penal español". *Diario La Ley*, núm. 8518, 14 de abril de 2015.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás: "Los dispositivos audiovisuales al servicio de la Justicia. La videoconferencia y la grabación audiovisual de las vistas". *Inclusión digital: perspectivas y experiencias* / coord. por Nicolás CABEZUDO RODRÍGUEZ, 2011, págs. 181- 202.

DELGADO MARTIN, Joaquín: "Novedades del espacio judicial europeo penal". El Derecho Editores / Revista Derecho y Jueces El Derecho, núm. 43, febrero de 2008.

ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel: "La utilización de la videoconferencia en el proceso penal. Especial referencia a las declaraciones de menores de edad". Revista del poder judicial, núm. 77, 2005, págs. 223-241.

GLOVER, Helen: "La videoconferencia en juzgados y tribunales". *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, núm. 65, 2002, págs. 20-22.

A TRANSIÇÃO DIGITAL NA JUSTIÇA: AUDIÊNCIAS DE JULGAMENTO – O ÚLTIMO REDUTO

Paulo Linhares Dias[1]
Joana Lourenço e Castro[2]

RESUMO: Com o presente trabalho pretende-se, por um lado, fazer uma breve resenha histórica da evolução da transição digital da justiça no sistema judicial e no direito processual português, a qual veio a ser catalisada pela situação epidemiológica provocada pelo novo coronavírus (SARS-CoV-2). Analisam-se as soluções resultantes do "direito de emergência", numa perspetiva crítica, mas também enquanto ensinamento de *iure condendo,* percebendo quais as soluções que poderão assumir um carácter perene e em que termos.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A transição digital na justiça portuguesa: 1.1. A desmaterialização e tramitação eletrónica dos processos. 1.2. Um direito caracterizado pela parca regulação processual e pela ampla regulamentação da tramitação eletrónica. 2. O "Direito Processual de Emergência": 2.1. As normas processuais de emergência relativas à realização de diligências processuais. 2.2. Breve perspetiva de direito comparado 3. A "desmaterialização da sala de audiências" uma solução que veio para ficar? : 3.1. Breve perspetiva de Direito Comparado 3.2. Reflexão de *iure condendo*. 3.2.1. Os limites dos direitos fundamentais. 3.2.2. A necessidade de salvaguarda dos princípios processuais: 3.2.1. a) Princípio da igualdade das partes; 3.2.1. b) Princípio da oralidade e imediação; 3.2.1. c) Princípio do contraditório. Conclusões.

[1] Advogado, mestre em ciências jurídico-políticas – menção em Direito Administrativo pela FDUC e doutorando em Direito Público na FDUC.

[2] Advogada Estagiária, Licenciada em Direito pela FDUC. Colabora no texto mas não participou do evento, em virtude de o mesmo se encontrar reservado para doutorandos.

PALAVRAS CHAVE: Transição digital; desmaterialização de processos; audiência de julgamento; diligências processuais à distância.

ABSTRACT: This study aims, on the one hand, to provide a brief historical overview of the evolution of the digital transition of justice in the Portuguese judicial system and procedural law, which was catalysed by the epidemiological situation caused by the coronavirus (SARS-CoV-2). The solutions resulting from the "emergency law" are analysed, from a critical perspective, but also as a lesson of iure condendo, understanding which solutions may assume a perennial character and in what terms.

KEYWORDS: Digital transition¸ dematerialization of files; trial hearing; remote trial hearings.

SUMARY: Introduction. 1. The digital transition in Portuguese justice: 1.1. The dematerialization and electronic processing of proceedings. 1.2. A law characterized by the sparse procedural regulation and the extensive regulation of the electronic processing. 2. The "Emergency Procedural Law": 2.1. The emergency procedural norms regarding the accomplishment of procedural steps. 2.2. Brief comparative law perspective 3. The "dematerialization of the courtroom" a solution that is here to stay? : 3.1. Brief Comparative Law Perspective 3.2. Reflection de iure condendo. 3.2.1 The limits of fundamental rights. 3.2.2 The need to safeguard procedural principles: 3.2.1. a) Principle of equality of the parties; 3.2.1. b) Principle of orality and immediacy; 3.2.1. c) Principle of adversarial proceedings. Conclusions.

Introdução

A temática que agora se aborda é fruto de uma preocupação teórico-prática, resultante do "direito da emergência", na sequência da Pandemia provocada pelo coronavírus (SARS-CoV-2)/ COVID-19, e de uma transição, que é bem mais do que digital, sendo antes económica, social e cultural. Cabendo ao Direito a função primordial de ordenação social, não poderia este estar arredio desta nova realidade, pelo que foi particularmente feliz a escolha do tema do II Encontro Ibérico de Doutorandos em Direito, organizado pela Escola de Direito da Universidade do Minho e pela Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca: "Sociedade, Direito(s) e Transição Digital", cuja amplitude permitiu, como se pode ver, um vasto e diversificado conjunto de contributos.

A Pandemia provocada pelo coronavírus (SARS-CoV-2)/ COVID-19 trouxe uma nova dimensão à transição digital na justiça, i.e., as medidas restritivas à circulação e reunião das pessoas como forma de conter ou evitar os contágios pelo novo *coronavírus* levaram à necessidade de reinventar a organização de muitas funções públicas e privadas, deslocando-se para a esfera virtual muitas

dessas funções, *v. g.* ensino, justiça e organização do (tele)trabalho. Na justiça, a "desmaterialização da sala de audiências"[3] é uma realidade que entre nós, assim como na larga maioria dos sistemas jurídicos, foi imposta pelas medidas de mitigação e combate à pandemia, porém com uma dimensão para a qual os sistemas judiciários não estavam preparados, cultural, social e tecnologicamente. Perfeitamente adaptados à silenciosa (e cómoda) desmaterialização dos processos, alguns sistemas judiciários viram-se confrontados com a necessidade súbita de "virtualização"[4] dos sujeitos processuais.

A nossa abordagem é feita numa perspetiva de corte temporal, analisando os primórdios da transição digital da justiça em Portugal, que remonta aos inícios do Sec. XXI, com a desmaterialização dos processos e tramitação eletrónica dos mesmos. Passando depois à análise do "direito processual de emergência", na sequência do COVID 19, aí nos detendo sobre as questões que daí advêm. Porém, apesar das características próprias de soluções normativas de emergência, para uma realidade nunca antes conhecida, que não puderam ser objeto da necessária maturação do ponto de vista da dogmática jurídica, certo é que daqui poderão advir soluções para o futuro, essas sim, cuja reflexão se impõe.

A transição digital na justiça poderá assim, neste particular capítulo da "desmaterialização da sala de audiências", ser um legado do "direito processual da emergência", sendo curioso de notar que não é despicienda a doutrina e jurisprudência já existente sobre este tema[5].

---

[3] Na expressão de NAPOLITANO, Sebastiano,"Dall'Udienza Penale a Distanza all'aula virtuale", in *Sistema Penale,* Fascículo 7/2020 (web) e MAIELLO, Vicenzo "La smaterializzazione del processo penale e la distopia che diventa realtà" in *Archivio Penale,* Fascicolo n. 1 – Gennaio-Aprile 2020 (Web).

[4] Preferimos esta designação, porque no que às pessoas diz respeito, a "desmaterialização", invoca-nos a memória do filme "A Mosca", de David Cronenberg (1986), o filme de ficção científica conta a história de um cientista excêntrico que, depois da falha da sua autodesmaterialização, pela presença de uma mosca na câmara, lentamente se transforma numa criatura híbrida. Ainda que corramos alguns riscos da nova "sala de audiências" vir a ser também palco de soluções hibridas.

[5] Sendo de notar que já havia alguma doutrina "pré pandémica" que se debruçava sobre a desmaterialização da justiça, nas suas várias vertentes, vaticinando mesmo as salas de audiência virtuais como futuro, curiosamente tudo obras publicadas pouco antes da Pandemia. Vide: GONZÁLEZ CAMPO, Francisco de Asís "Justicia Electrónica y Proceso en España en 2018: Resultado de 25 años de uso de las TIC's en la justicia", in *Conpedi Law Review,* Vol. 4, n. 1, Zaragoza, Jan-Jun 2018; LICOPPE, Christian; DUMOULIN, Laurence, *Justice Et Visioconference : Les Audiences A Distance. De La Genèse A L'Institutionnalisation D'Une,* LGDC, Paris, 2017; SUSSKIND, Richard, *Online Courts and the Future of Justice*, Oxford University Press, Oxford,2019.

1. A transição digital na justiça portuguesa

1.1. A desmaterialização e tramitação eletrónica dos processos

A transição digital na justiça portuguesa, cuja operacionalização, acompanhada das necessárias reformas legislativas, remontam ao início do século XXI, surge na sequência da política de modernização da justiça, caracterizada, nesta fase, pela criação de plataformas que permitissem a tramitação eletrónica do processo, com a sua consequente desmaterialização dos processos. Essa política propunha o desenvolvimento de um sistema informático de suporte às atividades dos tribunais, com ligação aos demais intervenientes no domínio judicial, permitindo, na perspetiva interna, aumentar o controlo do respetivo processo "produtivo" e, dessa forma, aumentar a previsibilidade e cumprimento dos prazos. Numa perspetiva externa, e diríamos mesmo, a mais importante, foi considerado que o desenvolvimento do sistema de informação devia estar orientado para o serviço público, através da disponibilização de meios que permitam a consulta e a interação com os processos, e que evoluísse para um estado em que o cidadão comum pudesse enviar para o Tribunal peças processuais e consultar remotamente os processos que lhe digam respeito, aproximando a justiça do cidadão, numa dimensão diferente do princípio do acesso ao direito e aos tribunais consagrado no art. 20.º da Constituição da República Portuguesa (CRP) e que alguns designam por *e-justice*.

1.2. Um direito caracterizado pela parca regulação processual e pela ampla regulamentação da tramitação eletrónica

A desmaterialização dos processos judiciais resulta de um processo evolutivo que teve o seu momento inicial com a publicação em Diário da República do Decreto Lei n.º 183/2000 de 10 de Agosto, que procedeu à alteração do Código do Processo Civil[6] e criou o primeiro alicerce da tramitação eletrónica dos processos judiciais, permitindo às partes a prática de atos processuais em suporte digital, acompanhados de um exemplar em suporte de papel. Assumimos aqui o primeiro patamar daquilo que viria a ser um percurso de evolução contínua no que toca à utilização de meios informáticos na prática judicial.

No contexto da reforma do contencioso administrativo, tendo em vista o combate à morosidade processual e consequentemente a simplificação do procedimento no tratamento dos processos, a 1 de janeiro de 2004 entrou em atividade a plataforma SITAF, cujo funcionamento é regulado pela Portaria n.º 1417/2003, de 30 de Dezembro. Esta plataforma veio permitir a entrega de peças processuais, a consulta de processos do mandatário e o acesso aos documentos

[6] Doravante designado por CPC.

produzidos em tribunal e aos entregues pelas partes, através de terminal informático.

Tirando proveito das inovações implementadas na jurisdição administrativa, e pelos positivos resultados que lograram atingir, em 2008 é publicada a Portaria n.º 114/2008, de 6 de Fevereiro, sobre a tramitação eletrónica dos processos judiciais. A aprovação deste regime representa um marco histórico no Direito Processual Português, que veio permitir a apresentação de peças processuais, requerimentos e documentos por via eletrónica, através do recurso a aplicações informáticas. Esta Portaria veio revolucionar a forma de trabalhar nos tribunais judiciais, implicando uma conveniente redução da burocracia na relação entre o mandatário e o tribunal. Assim, nasce a plataforma informática *Citius*, do latim, mais célere, com o principal objetivo de alterar o paradigma da tramitação processual tornando-a mais cómoda, rápida e eficaz.

Eram visíveis os benefícios advindos do recurso a ferramentas informáticas de tramitação processual, neste ensejo, visava-se a adoção desses meios informáticas em todas as jurisdições. Considerando a bem sucedida experiência que se verificou em relação à tramitação eletrónica dos tribunais judiciais e da necessidade de prever um regime de tramitação eletrónica mais completo e que considere os avanços tecnológicos que já se verificavam, é aprovada, em Dezembro de 2017, a Portaria n.º 380/2017 que prevê e regula a tramitação eletrónica dos processos dos Tribunais Administrativos e Fiscais. A referida Portaria consagrou soluções idênticas às já previstas no âmbito da tramitação eletrónica nos tribunais judiciais, com as necessárias adaptações à realidade dos Tribunais Administrativos e Fiscais. No entanto, projetou uma solução inovadora, a tramitação eletrónica passou a abranger toda uma jurisdição, com efeito o processo passa a ser tramitado eletronicamente não apenas nos tribunais administrativos de círculo e nos tribunais tributários, mas também nos tribunais centrais administrativos e ainda no Supremo Tribunal Administrativo.

Até ao presente, tem sido publicados inúmeros aperfeiçoamentos legislativos em torno destas matérias, intimamente conexas com a tramitação eletrónica. Existe, desde o virar do século, uma preocupação ativa do legislador Português em acompanhar as inovações tecnológicas e em tirar o maior e melhor proveito destas para o bom funcionamento da Justiça, o que se aflora hoje nos meios de que a Prática Judicial tem ao seu dispor.

Não obstante a ampla regulamentação a que se assiste no âmbito da tramitação eletrónica, o mesmo não acontece ao nível da regulamentação processual. De facto, são escassas as soluções que permitem o recurso a meios informáticos e tecnológicos na esfera da regulação processual. Note-se, por exemplo, que o CPC apenas permite a utilização de suportes informáticos, nomeadamente o recurso à videoconferência, de acordo com o postulado no art. 500.º e nos termos do art. 502.º, ambos do CPC, sem prejuízo ainda do que é dito no n.º 2 do art. 486.º em

relação aos peritos de estabelecimentos, laboratórios ou serviços oficiais, que são ouvidos por teleconferência a partir do seu local de trabalho. Importa ter presente, quanto aos depoimentos de partes ou testemunhas, não só a regra expressa do CPC é a de que devem ser prestados na audiência final presencial (arts. 456.º, n.º1, e 500.º, proémio), como a admissibilidade da videoconferência está, por norma, circunscrita às partes ou testemunhas com residência fora da ilha ou da comarca onde corre a ação, salvo se dentro da Área Metropolitana de Lisboa ou da Área Metropolitana do Porto[7].

Já no âmbito processual penal, admite-se, ainda que excecionalmente, a possibilidade de serem prestadas declarações sem ser presencialmente, nos termos dos arts 318.º e 319.º do Código de Processo Penal[8].

Importa chamar à colação a Lei n.º 130/2015 de 4 de Setembro, que aprova o estatuto da vítima e procede à alteração do CPP. A referida lei, permite, ao abrigo do seu art. 23.º, a possibilidade, de os depoimentos e declarações das vítimas especialmente vulneráveis, quando impliquem a presença do arguido, sejam prestados através de videoconferência ou de teleconferência, quer seja na fase de inquérito, instrução ou julgamento, desde que tal se revele necessário para garantir a prestação de declarações ou depoimentos sem constrangimentos.

Podemos concluir que o Sistema Judicial Português se caracteriza por uma ampla e aprimorada regulamentação ao nível da tramitação eletrónica. É passível afirmar-se que a prática judicial está, atualmente, dependente de meios informáticos, o que se verificou em 2014 quando ocorreu o "crash do Citius", que deixou os tribunais "às escuras" durante cerca de 60 dias, demonstrando que o recurso aos sistemas informáticos, e à informação desmaterializada era e é vital para um melhor e mais célere funcionamento da Justiça.

No que toca à legislação processual, são escassas as soluções que impliquem o recurso a meios informáticos cingindo-se no essencial à possibilidade de inquirição de testemunhas por videoconferência. Ora, é essencialmente sobre a possibilidade de admissão de novas soluções no domínio do uso de meios informáticos que o nosso brevíssimo estudo se vai debruçar, nomeadamente sobre a admissibilidade da realização da audiência de julgamento através de meios telemáticos, convocando a realidade que nos foi imposta por via das medidas de contenção de propagação do vírus *Sars-Cov-2*, e analisando a sua viabilidade.

---

[7] PISSARRA, Nuno Duarte, "Audiências Judiciais por Videoconferência no Processo Civil", in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano LXI (XXXII da 2.ª Série) N. 1-4, 2020, p. 170.

[8] Doravante CPP.

2. O "Direito Processual de Emergência"

Em 2 de Março de 2020 foi identificado em Portugal o primeiro portador do vírus *Sars-Cov-2*, agente causador da doença *Covid-19*[9]. Em face do cenário de emergência sanitária a que se assistia nos outros países Europeus, o legislador português compreendeu a premente necessidade de tomar medidas que obstassem, ou pelo menos atrasassem, a propagação da doença causada pelo vírus no País. Assim, a 13 de Março de 2020, volvidos onze dias do reconhecimento do primeiro caso da doença *Covid-19* em Portugal, o legislador aprovou o Decreto-Lei n.º 10-A/2020. A situação evoluía muito rapidamente no mundo em geral e em particular na União Europeia. Afigurava-se necessária a adoção de medidas que fossem capazes de conter a propagação do vírus, de maneira a desacelerar a expansão da doença. Neste ensejo, a 18 de Março de 2020, foi declarado pela primeira vez na história da democracia o estado de emergência em Portugal[10], que permitiu a implementação de medidas restritivas aos direitos liberdades e garantias, que só poderiam ser impostas ao abrigo da vigência do Estado de Emergência por implicarem uma limitação a direitos fundamentais dos cidadãos. No seguimento da declaração do estado de emergência foi aprovada a Lei 1-A/2020, de 19 de março, que veio retificar os efeitos do Decreto-Lei n.º10-A/2020 e estabelecer medidas excecionais de resposta à situação epidemiológica provocada pelo coronavírus (SARS-CoV-2).

2.1. As normas processuais de emergência relativas à realização de diligências processuais

Para o tema sobre o qual nos debruçamos, interessa, especificamente, o DL n.º 10-A/2020, de 13 de Março e a Lei n.º 1-A/2020, de 19 de Março que regularam matérias referentes à realização de diligência e atos processuais.

No que toca ao primeiro, o DL n.º 10-A/2020, de 13 de Março, veio fixar ''medidas excecionais e temporárias relativas à situação epidemiológica do novo Coronavírus-Covid19", no que toca aos regime excecionais de atos e diligências processuais. Estatuiu o art. 14.º n.º 1 que serve de fundamento para alegação de justo impedimento a apresentação de declaração, emitida por autoridade de saúde, a favor de sujeito processual que ateste a necessidade de um período de isolamento destes por eventual risco de contágio do vírus *Covid-19*. O n.º 2 do referido artigo, acrescentava que a declaração configurava também justificação de não comparecimento em qualquer diligência processual ou procedimental,

[9] No dia 11 de Março de 2020, a Organização Mundial de Saúde qualificou a emergência de saúde pública ocasionada pela doença COVID-19 como uma pandemia, constituindo uma calamidade pública.

[10] Pelo Decreto do Presidente da República n.º14-A/2020.

nesta sequência permitia o adiamento da diligência em causa. O art. 14.º n.º 3 consagrava ainda a possibilidade do disposto nos números anteriores valer em relação aos demais intervenientes processuais ou procedimentais, ainda que meramente acidentais. Porém, esta medida revelou-se impraticável pela elevada exigência burocrática que convocava em relação à alegação de justo impedimento.

Hoje podemos concluir facilmente que esta medida não seria viável. Ao refletirmos na forma como a situação epidemiológica evoluiu em Portugal após o momento em que esta medida foi aprovada[11], rapidamente compreendemos que seria uma medida inexequível, seja pela dificuldade em obter as declarações emitidas pela autoridade de saúde, visto que os serviços médicos se encontravam, ou estavam prestes a ficar, sobrecarregados, seja pelo facto de que bastava que um interveniente, até que meramente acidental, apresentasse o dito atestado médico, para determinar a não realização da diligência em causa. Podemos afirmar que esta redação do art. 14.º do Decreto-Lei n.º 10/2020 , de 13 de Março, não se afigurava capaz de acautelar os interesses, bem como a proteção dos intervenientes (sujeitos processuais, as partes e respetivos mandatários), pois não haverá o reconhecimento da situação de justo impedimento sem a dita declaração da autoridade de saúde, não prevendo a possibilidade de quarentena voluntária sempre que um dos intervenientes se sentisse em risco de propagação de doença infecto contagiosa.

O art. 15.º do Decreto Lei n.º 10/2020 de 13 de Março, dispôs ainda que, no caso de as instalações onde deviam ser praticados atos processuais ou procedimentais encerrem ou suspendam o atendimento presencial, por decisão de autoridade pública com fundamento no risco de contágio, considera-se suspenso o prazo para a prática do ato processual ou procedimental em causa a partir do dia do encerramento ou da suspensão do atendimento. A serem suspensos, os prazos retomavam a sua contagem a partir do momento em que houvesse declaração da autoridade pública no sentido de permitir a reabertura das instalações. Consideramos esta medida potencialmente perigosa pois convoca enormes constrangimentos no que toca à contagem dos prazos, por implicar o desconhecimento de por quanto tempo e em que período estará encerrada uma determinada instalação, criando uma exigência difícil de se fazer saber, quanto mais cumprir.

Face ao agravamento da situação a que se assistia e com a declaração do estado de emergência, volvidos seis dias da aprovação do confuso e pouco eficaz Decreto-Lei n.º 10/2020, de 13 de Março, é aprovada a Lei n.º 1-A/2020, de 19 de Março, esta sim com carácter mais perene e que veio decretar as medidas excecionais e temporárias de resposta à situação epidemiológica provocada pelo

[11] A 13 de Março 2020.

coronavírus *SARS-CoV-2* e da doença *covid-19*[12]. Importa desde logo referir o art. 7.º da Lei n.º 1-A/2020 de 19 de Março, que regula a matéria dos prazos, impondo a adoção do regime das férias judiciais até à cessação da situação excecional causada pela *pandemia*. Com especial relevo para o tema do nosso trabalho, importa o n.º 8 do citado artigo, que prevê a possibilidade de serem realizados quaisquer atos processuais e procedimentais através de meios de comunicação à distância, nomeadamente através da teleconferência ou videochamada, desde que para tal seja tecnicamente viável a sua utilização.

A solução consagrada na Lei n.º1-A/2020 de 19 de Março, mereceu algumas críticas por ser vaga no que tovaca à realização de diligência através de meios telemáticos. Foram também alvo de muitas críticas outras das suas disposições, por serem imprecisas e darem azo a muitas questões. Assim, a 6 de abril de 2020, foi aprovada a Lei n.º 4-A/2020, que procede à primeira alteração à Lei n.º1-A/2020 de 19 de março, que veio alterar a redação do art. 7.º, permitindo nos termos do n.º 5, alínea a) a realização de atos processuais através de plataformas informáticas ou através de meios de comunicação à distância adequados, desde que todas as partes entendam que existem condições para assegurar a sua prática. A nova redação do art. 7.º previa ainda, em relação aos processos urgentes que continuavam a ser tramitados, a possibilidade de, nas diligências que requeiram a presença física das partes e dos seus mandatários ou de outros intervenientes processuais, que a prática desses atos processuais e procedimentos pudesse ser realizada através de meios de comunicação à distância. Quando assim não seja, e estiverem em causa a vida, a integridade física, a saúde mental, a liberdade ou a subsistência imediata dos intervenientes, a diligência pode realizar-se presencialmente desde que se façam cumprir as recomendações de autoridade de saúde para evitar o contágio do vírus *Sars-Cov-II*. Caso não seja possível a realização da diligência com recurso a meios telemáticos, e não seja também possível a sua realização presencial, aplica-se a esses processos o regime da suspensão previsto no número 1 do art. 7.º, de acordo com a alínea c) do número 7 do mesmo artigo[13].

---

[12] E cuja a produção de efeitos retroage à data da aprovação do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março.

[13] Em Espanha, foi publicado no *Boletín Oficial del Estado núm. 119 de 29 de abril de 2020* o *Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril*, que veio estabelecer *"medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia"*. O artigo 19.º do referido decreto-lei veio prever que, enquanto vigorar o "estado de alarme" e até três meses após o seu termo, os atos e diligências processuais serão realizados preferencialmente por meios telemáticos, desde que estejam reunidas as condições para tal. Apesar de se estabelecer uma preferência no sentido do recurso a meios telemáticos para a prática de atos e diligências processuais, o número dois do artigo 19.º consagra que nos julgamentos por delito grave, será sempre necessária a presença física do arguido.

Com a aprovação da Lei n.º 16/2020 de 29 de Maio, que revogou o art. 7.º da Lei n.º 1-A/2020, 19 de Março, e aditou a esta o art. 6.º-A sobre o regime processual transitório e excepcional. Prevê-se em relação às audiências de discussão e julgamento (e outras diligências que impliquem a inquirição de testemunhas) que estas se devem realizar presencialmente, assegurando o respeito pelas regras de segurança, de higiene e sanitárias definidas pela Direção-Geral da Saúde[14]. Quando não puderem ser realizadas presencialmente, devem ser realizadas através de meios de comunicação à distância, desde que não coloquem em risco os fins da realização da justiça. Nas demais diligências que requeiram a presença física das partes, a prática desses atos processuais e procedimentais deve realizar-se, via de regra, através de meios de comunicação à distância e quando não for possível, presencialmente desde que seja assegurado o cumprimento das regras de segurança, de higiene e sanitárias definidas pela DGS.

Este regime previu ainda a situação de que, em qualquer diligência, se as partes, ou seus mandatários ou outros intervenientes processuais forem considerados "casos de risco" não terem a obrigatoriedade de se deslocar ao tribunal, podendo acompanhar a diligência através de meios de comunicação à distância. Importa ainda referir que este regime veio assegurar a possibilidade de os defensores de arguidos, que se encontrem privados da sua liberdade em estabelecimento prisional, poderem conferenciar com estes presencialmente para a preparação da sua defesa. Ambas as disposições acompanharam as alterações posteriores à Lei n.º 1-A/2020 de 19 de Março.

O agravamento da situação epidemiológica em Portugal no início do ano de 2021, levou a que tivessem de ser adotadas medidas mais restritiva, de modo a conter a propagação do vírus *Sars-Cov-II*. Por este motivo, o regime supra descrito, previsto no art. 6.º-A vigorou até à aprovação da Lei n.º 4-B/2021, de 1 de Fevereiro de 2021, que veio revogar o referido artigo[15], e veio aditar à Lei n.º1-A/2020 de 19 de Março, entre outros. No que ao presente estudo diz respeito, o art. 6.º-B. A referida norma ditou a suspensão de todas as diligências e de todos os prazos para a prática de atos processuais, sem prejuízo da realização de diligências com recurso a meios de comunicação à distância, desde que para tal todas as partes aceitem, e cumulativamente declarem reunir, as condições necessárias para assegurar o uso destes instrumentos. Com a melhoria da situação epidemiológica em Portugal já não se afigurava necessária a imposição de medidas tão restritivas, pelo que se procedeu a uma nova alteração à Lei n.º 1-A/2020 de 19 de Março. Esta nova alteração operada pela Lei n.º 13-B/2021 de 5 de Abril, que se mantém em vigor até ao presente, veio revogar, entre outros, o

[14] Doravante designada por DGS

[15] O art. 6.º-A da Lei n.º 1-A/2020, aditado pela Lei n.º 16/2020.

art. 6.º-B e aditou o art. 6.º-E que veio consagrar o regime processual excecional e transitório.

Este último regime prevê, para a realização de audiências de discussão e julgamento (e outras diligência que impliquem a inquirição de testemunhas), que estas se realizam por regra presencialmente, nos termos do n.º 2 do art. 82.º da Lei n.º 62/2013 de 26 de Agosto[16], permitindo que as audiências judiciais e diligências possam ser realizadas em local diferente, na respetiva circunscrição ou fora desta, quando o interesse da justiça ou outras circunstâncias ponderosas o justifiquem. Quando não puderem ser feitas presencialmente, podem ser realizadas através de meios de comunicação à distância desde que o recurso a estes meios não coloque em causa a apreciação e valoração judicial da prova a produzir nessas diligências, com a excepção de, no âmbito do processo penal, nomeadamente na que toca à prestação de declarações do arguido, do assistente, das partes civis e em relação ao depoimento das testemunhas, não poderem ser realizados estes atos por meios telemáticos[17].

Por fim, nas demais diligências que requeiram a presença física dos intervenientes no processo, estas deverão realizar-se preferencialmente através de meios de comunicação à distância, ou quando se revelar necessário, presencialmente. Queremos com esta análise concluir que, em todas os momentos de evolução da crise pandémica em Portugal, foi acautelado o recurso a meios telemáticos de modo a permitir a realização da justiça. Sendo certo que o uso destes instrumentos de comunicação à distância convocam inúmeros constrangimentos à realização da justiça, não podemos descurar da sua importância e imprescindibilidade nos dias de hoje, pois se assim não fosse cremos que poderíamos assistir hoje a um cenário de autêntica paralisação do sistema judicial, pelo que importará analisar quais destas medidas poderão vir a assumir um carácter mais permanente no sistema judicial e no direito processual português.

2.2. Breve perspetiva de direito comparado

Perante uma pandemia como a que o mundo enfrentou, a necessidade de adaptação dos sistemas judiciais às medidas de contenção e mitigação foram generalizadas. Pretende-se por isso fazer uma análise, necessariamente perfunctória, dalgumas soluções de direito comparado. Na vizinha Espanha, durante a vigência do Estado de Emergência e prolongando-se por três meses depois da sua cessação, nos termos do art. 19.º do Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de

[16] Lei da Organização do Sistema Judiciário, doravante designada por LOSJ.

[17] Porém, para todos os efeitos, competirá ao tribunal assegurar a realização dos atos judiciais com a observância das recomendações definidas pela DGS.

abril[18], as diligências que implicavam presença física dos intervenientes processuais eram preferencialmente realizadas por meios telemáticos, desde que os tribunais estivessem dotados dos meios tecnológicos necessários, excecionando-se porém, nos termos do n.º 3 do citado art. 19.º, os caso dos delitos criminais considerados graves segundo a lei penal espanhola. Já em França, o legislador optou por soluções distintas entre a jurisdição penal e a "jurisdição não penal"[19], sendo que em processo penal a presença física do arguido é um direito inalienável. Curiosa foi a solução adotada em Itália, cujo DL n.º 11 de 8 de Março de 2020, que previa a possibilidade de realização dos processo de arguidos detidos, por serem urgentes, se realizarem por videoconferência[20], passou a prever que os mesmos sejam obrigatoriamente por via virtual pela Lei 70/2020, como forma de evitar o contágio crescente, à data, entre a população reclusa e que atingia números alarmantes. Terá sido porventura um dos regimes transitórios que maior compressão infligiu aos direitos fundamentais de defesa em processo penal, ao tornar obrigatória a audiência virtual para os arguidos detidos. Nos sistemas Ibero-Americanos, a solução passou igualmente pela priorização dos assuntos que deveriam ser considerados urgentes e que se prendiam essencialmente com a proteção dos direitos fundamentais, com destaque para a jurisdição penal, com os processos de arguidos detidos, e para a jurisdição de família e menores, com a utilização das *audiências virtuais* para os processos urgentes[21]. Os sistemas judiciais anglo-saxónicos também não foram imunes à necessidade de transição digital, nalguns já vaticinada[22], com o recurso a audiências virtuais, mesmo nos

---

[18] De referir que o legislador espanhol aplicou as medidas processuais organizativas para fazer frente ao COVID 19, pelo citado Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, transversalmente a todas as jurisdições, sem qualquer exceção ou distinção entre estas.

[19] Na designação do legislador gaulês e onde se inclui a jurisdição civil e de família e menores.

[20] A propósito deste regime Sebastiano NAPOLITANO in "Dall'Udienza Penale a Distanza all'aula virtuale", *ob. cit.* p. 30 refere que: *A referida intervenção normativa, à qual foi feita referência acima como a primeira intervenção normativa, referida como o primeiro andaime erguido para apoiar a actividade judicial urgente, repousa sobre um terreno que é, inevitavelmente, instável: a "escolha" da modalidade de realização da audiência penal; necessidade de conciliar, no seu funcionamento, a necessidade de afastar os actores da audiência penal, para evitar o risco concreto e real de contágio do Covid-19 e a copresença física dos mesmos sujeitos, num julgamento penal regulado pelos princípios da oralidade, concentração e imediatismo; difícil equilíbrio, composto, como se dirá, na coparticipação" em ligação telemática num lugar virtual local virtual; operando, portanto, "sempre que possível", a desmaterialização do tribunal da audiência.*

[21] Vide: CHÁVEZ ALOR, Jaime; JEAN-BAPTISTE, Marie-Claude; GOMES WERNEK, Maria Paula, Relatório do International Legal Assistence Consortium (ILAC), Justicia en el tiempo de COVID-19 - Desafíos del Poder Judicial en América Latina y el Caribe, Dezembro 2020, p. 29-34. Salientando-se que o referido relatório faz alusão a que muitos sistemas judiciais da América Latina e do Caribe já dispunham de sistemas de justiça eletrónica.

[22] No caso do sistema britânico: SUSSKIND, Richard, *Online Courts and the Future of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2019.

casos de funcionamento do tribunal de júri, sendo porém assegurada a presença do arguido no tribunal, mas sem a presença do responsável pela apreciação da matéria de facto.

3. A "desmaterialização da sala de audiências" uma solução que veio para ficar?

A "desmaterialização da sala de audiências" ou a "virtualização dos sujeitos processuais", não sendo inovadora nalguns (poucos) sistemas judiciais, é para nós uma realidade nova, que à semelhança de outros países foi imposta pela Pandemia provocada pelo coronavírus (SARS-CoV-2)/ COVID-19, e cuja perpetuação, e em caso afirmativo, em que termos, é o tema de análise do presente trabalho. Sendo certo que as soluções conseguidas num tempo de absoluta excecionalidade, foram as possíveis, com maior ou menor rigor ou ainda que se discordando, não se pode deixar de dar o benefício da dúvida ao legislador que foi forçado, na justiça, como em muitos outros domínios, a regular situações nunca antes experimentadas[23]. A questão que agora se põe é a de saber se do "direito de emergência" poderemos retirar alguns ensinamentos e soluções para a desmaterialização da justiça, naquela que é a sua vertente mais complexa e que se prende com os *sujeitos*, não apenas na sua dimensão jurídico-processual mas sobretudo enquanto *pessoas* cuja salvaguarda da dignidade é um desiderato do *ius cogens.*

3.1. Reflexão de *iure condendo*

Impõe-se por isso uma reflexão de direito a constituir, e previamente a quaisquer considerações jurídicas, fazer uma breve análise dos constrangimentos surgidos, quer aquilo a que designamos "constrangimentos de facto" quer os "constrangimentos tecnológicos" propriamente ditos.

Sem prejuízo do que já se referiu quanto às soluções encontradas, quer no plano legislativo, quer tecnológico, cuja urgência as privou da necessária maturação, certo é que houve inevitavelmente constrangimentos. Desde logo os que se prendem com a ausência física do local onde decorre a diligência, *máxime* a audiência de julgamento[24]. I.e., o facto dos intervenientes processuais interagi-

[23] Bastando recordar que foi a primeira vez que no Portugal democrático foi decretado o *Estado de Emergência*.

[24] Note-se que nos cingiremos, neste ponto, apenas aos constrangimentos de facto, e não quanto aos constrangimentos jurídicos de que daremos conta no ponto 3.2.1.

rem por via eletrónica a partir de locais privados[25], causam disfunções à administração da justiça, como por exemplo os locais e forma como os intervenientes se apresentam[26], sem que sobre eles o juiz possa ter controlo direto. Por outro lado o facto dos intervenientes processuais estarem em local distinto e sem que possam ter qualquer tipo de controlo, desde logo a ausência de identificação por funcionário judicial ou a fiscalização do seu depoimento[27], causam constrangimentos, ao que se alia a impossibilidade de ter um poder de disciplina direto sobre os intervenientes, designadamente mantendo a dignidade que se impõe à audiência de julgamento[28].

Por outro lado, independentemente das soluções tecnológicas encontradas nos diferentes ordenamentos jurídicos[29], foram registados constrangimentos que vão para além daqueles que habitualmente se registam no funcionamento diário das videoconferências, mais concretamente dificuldade de articulação com o sistema de gravação, ou os problemas advenientes das ligações privadas, como por exemplo a velocidade e capacidade da rede[30], ao que se junta a falta de formação e experiência dos intervenientes processuais para interagir com as

---

[25] Naquilo a que Nuno ANDRADE PISSARRA designa por *videoconferência privada* in "Audiências judiciais por videoconferência no processo civil", *ob. cit.* p. 170 e segs. Este autor distingue entre *videoconferência pública* e *privada,* consoante o local a partir do local onde esta se efetua. Ou seja, a videoconferência pública é aquela onde o interveniente se desloca a um tribunal ou outra repartição publica (o caso dos postos consulares em países estrangeiros) para intervir por meio telemático, por oposição àquelas que passaram a ser feitas, ao abrigo do "direito de emergência", a partir de locais privados, designadamente das próprias casas, por via dos confinamentos obrigatórios e outras restrições da liberdade de circulação.

[26] Existem relatos de testemunhas que depuseram de pijama, ou em posições e locais impróprios a partir do qual se apresentavam para depor, de advogados a intervirem por videochamada a partir de veículos, entre outras situações bizarras.

[27] Recorde-se que durante um depoimento por videoconferência, a partir de um tribunal, a testemunha é identificada por um funcionário judicial, assim como (teoricamente) este fiscaliza o depoimento, de modo a que a testemunha possa depor de modo isento, como por exemplo não esteja munida de documentos cuja consulta não é permitida ou seja instruída à distância por outros meios telemáticos.

[28] Sobre a simbologia da audiência de julgamento, num texto particularmente interessante, LABORINHO LÚCIO, Álvaro "A Teia, o Teatro e a Justiça" in a *Revista ICALP*, Instituto de Cultura e Língua Portuguesa, n.º 14, Dezembro/1988, p. 13 escreve: "*Pode, assim, congeminar-se, no acto do julgamento, uma primeira relação entre público e tribunal na qual cabe a este receber do primeiro os ingredientes éticos sobre os quais vai moldar a história que integrará o drama judiciário e com os quais construirá a sua decisão; e uma segunda relação, entre tribunal e público, na qual pertencerá ao primeiro a narração compreensível do drama e a afirmação final de uma moralidade como expressão concreta do mandato ético antes recebido*".

[29] Entre nós a solução encontrada foi a plataforma *webex* da Cisco, em Itália, e para audiência penal foi a aplicação TEAMS da Microsoft nos termos do n.º 4 do art.º 83 c. 12 do DL 18/2020.

[30] Notando-se porém que, não raras vezes, os sistemas públicos de videoconferência registam iguais constrangimentos de capacidade e velocidade da rede.

plataformas eletrónicas, fazendo com que não se apresentem atempadamente nas diligências, ou gerando o seu "desaparecimento" temporário e por vezes definitivo da audiência virtual.

3.1.1. Os limites dos direitos fundamentais

Porém, é no plano estritamente jurídico que o debate se deve centrar, mormente na inevitável salvaguarda dos direitos fundamentais. Sendo certo que os princípios processuais *infra* citados são transversais a qualquer audiência de julgamento, e são eles próprios corolários de direitos fundamentais ou de princípios constitucionais[31], e estando sempre em causa o direito fundamental ao acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva conforme previsto no art. 20.º da CRP[32], *maxime* na sua vertente de garantia de um processo equitativo. I.e., a Constituição, no n.º 4 do art. 20.º, veio consagrar o princípio do *due process of law*, impondo a conformação legislativa que se traduza na consagração dos princípios tratados no ponto seguinte (cfr. 3.2.2.)[33]. De onde decorre, para o tema em análise, que a "desmaterialização da sala de audiências", neste caso resultante das opções do *direito processual de emergência,* nem sempre garantem, como veremos o cumprimento de tais princípios.

Do mesmo passo, ganha especial relevância as garantias especiais de defesa em processo criminal consagradas como direito fundamental no art. 32.º da CRP, e no que ao objeto deste estudo diz respeito, em particular o princípio geral do n.º 1 e a garantia do direito à presença do arguido prevista no n.º 6 do mesmo artigo, que se concretiza na al. a) do n.º 1 do art. 61.º do Código de Processo Penal (CPP), sendo logo o primeiro direito do arguido, o de estar presente aos atos processuais que lhe digam respeito. Dispõe o n.º 6 do artigo 32.º da CRP que a lei definirá os casos em que -assegurados os direitos de defesa – a audiência de julgamento (e os atos instrutórios) poderá ter lugar sem a presença do arguido. Vindo o legislador a consagrar mais do que um direito, uma obrigação da presença do arguido em audiência de julgamento (cfr. art. 332.º n.º 1 al. a) do CPP), excecionando os casos previstos nos ns. 1 e 2 do artigo 333.º CPP por falta do

---

[31] Como é o caso do princípio da publicidade da audiência de julgamento consagrado no art. 206.º da CRP (que desenvolveremos *infra* ponto 3.2.1. d)).

[32] Que como referem GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, in *Constituição da República Portuguesa Anotada,* vol. I, 4ª ed. Revista, Almedina, Coimbra, 2007, p. 408: "o direito de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva é ele mesmo um direito fundamental constituindo um garantia imprescindível da proteção dos direitos fundamentais, sendo por isso inerente à ideia do Estado de Direito".

[33] Neste sentido MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada,* Tomo I, 2ª Ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 441.

arguido, onde se inclui com o seu consentimento[34], sendo-lhe porém asseguradas as garantias de defesa ou ainda dos casos previstos no artigo 334.º do CPP[35].

Contudo, sempre se dirá que no caso em apreço não estamos perante uma ausência absoluta do arguido à audiência de julgamento, mas à sua ausência física, que se substitui pela presença virtual, pelo que, em bom rigor não se colocam as questões das normas atrás enunciadas. O que é na verdade, mais rigoroso, mas tal não equivale a dizer que não estão restringidas garantias de defesa do arguido, por não estarem assegurados os princípios analisados no ponto seguinte (cfr. 3.2.2.), ao que acresce o direito do arguido a ser assistido pelo seu defensor, conforme previsto na al. f) do n.º 1 do art. 61.º do CPP, com o conteúdo do art.º 64.º , destacando-se a obrigatoriedade da presença do defensor em todos os atos processuais que digam respeito ao arguido e o direito à comunicação confidencial entre estes[36]. Ora, esta é desde logo uma das maiores limitações à defesa em processo penal, nas salas de audiência virtuais, a impossibilidade do arguido estar fisicamente presente com o seu defensor, permitindo-lhe, em caso de necessidade conferenciar com privacidade. Do mesmo passo, nas comunicações à distância não existem garantias de que esteja assegurada a necessária confidencialidade das comunicações entre o arguido e o seu defensor. Este é, a nosso ver, um dos grandes óbices à continuidade da audiência de julgamento virtual, em especial na jurisdição criminal.

3.1.2. A necessidade de salvaguarda dos princípios processuais:

Porém os constrangimentos jurídicos em torno das salas de audiência virtuais, não se cingem ao processo penal, consubstanciando-se na restrição de alguns princípios transversais a todas as jurisdições[37], e que se passam a analisar.

---

[34] Nos termos do n.º 4 do art. 333.º CPP.

[35] A ausência do arguido na audiência de julgamento é um tema de grande relevância sobre o qual se tem debruçado a doutrina e em particular a jurisprudência, sobretudo tendo em conta as inúmeras questões que se levantam relacionadas com a regularidade das notificações para a audiência de julgamento e a medida de coação de *Termo de Identidade e Residência*, mas cuja exiguidade de tempo e espaço do presente artigo nos impede de desenvolver. Por todos vide: PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, "A ausência do arguido na audiência de julgamento em processo comum: proposta de revisão do Código de Processo Penal", *Direito e Justiça,* Vol. II, Tomo I, p. 203-242.

[36] Sobre o direito à assistência por defensor e o seu conteúdo vide: MAIA COSTA, Eduardo, "A defesa e o defensor em processo penal" in *Revista do Ministério Público*, ano 13, nº 49, janeiro-março 1992, p. 85-93.

[37] Sem prejuízo de alguns desses princípios poderem ter maior relevância nalgum tipo de processos/jurisdições do que noutros.

3.1.2. a) Princípio da igualdade das partes

O princípio da igualdade das partes ou da *igualdade material das armas* traduz-se no principal corolário do princípio constitucional *supra* citado do processo equitativo. Traduzindo-se na obrigação de ser assegurado, quer no plano legislativo, mas também na própria *praxis judiciária* a igualdade de tratamento entre as partes[38]. No que às salas de audiência virtuais diz respeito, há o perigo desse princípio ser desrespeitado, sobretudo nos casos, legalmente admissíveis, em que uma das partes e/ou o seu mandatário está presente fisicamente junto do tribunal e a outra está presente virtualmente. O mesmo se dizendo quanto à produção de prova, se uma parte a fizer presencialmente em tribunal e a outra optar por o fazer por videoconferência ou meio equivalente. Em causa estão os princípios abaixo enunciados da imediação e do contraditório, sabendo-se que a parte presente por via telemática estará necessariamente fragilizada por a imediação, e diríamos mesmo o contraditório, não é possível com a mesma intensidade. É claro que poderá retorquir que no direito processual anterior ao *direito processual de emergência* esta questão já se colocava, o que é, em bom rigor, verdade. Mas esta desigualdade poderá acentuar-se com a intensificação da utilização das salas de audiência virtuais, e como referimos sobretudo nos casos em que uma das partes está fisicamente presente e a outra não.

3.1.2. b) Princípio da oralidade e imediação

O mesmo se diga quanto ao princípio da imediação e oralidade, desta feita não tanto quanto à vertente da oralidade, que poderá sempre ser assegurada por via telemática[39], mas sobretudo quanto ao princípio da imediação. Subscrevemos neste particular a tese de NUNO ANDRADE PISSARRA[40], que defende perentoriamente que "a *videoconferência privada*"[41] infringe o princípio da imediação. O citado autor põe a nu com particular veemência as fragilidades decorrentes do depoente, seja ele a parte, uma testemunha ou até mesmo um perito, estar num espaço isento de controlo – fragilidade que igualmente sinalizamos como um *constrangimento de facto* – como tal podendo socorrer-se de "cábulas"

---

[38] Para um resumo sobre o citado princípio vide: PINTO MONTEIRO, António Pedro, *O princípio da igualdade das partes e a constituição do tribunal arbitral em caso de pluralidade de partes,* Almedina, Coimbra, 2018, p. 59-81.

[39] Sem prejuízo dos constrangimentos tecnológicos, bem como reforçamos a tese da desigualdade de armas entre quem está fisicamente presente por oposição à distância virtual. Por exemplo cativará maior atenção do tribunal as alegações do advogado presente no tribunal do que as do que as fizer virtualmente, limitado ao ecrã de uma sala de audiências, por vezes de dimensões muito reduzidas, e sujeitos a cortes e dificuldades de comunicação.

[40] In "Audiências judiciais por videoconferência em processo civil" in *ob. cit.* p. 174 e segs.

[41] A expressão é do autor, para significar a que é feita a partir de outro local que não um tribunal.

ou estar a ser instruído à distância, assim como as igualmente assinaladas situações de desrespeito pelo formalismo processual e pela solenidade da audiência.

Ora voltamos a frisar que alguns destes constrangimentos já acontecem nas *videoconferências públicas*, onde como é sabido o princípio da imediação é comprimido, mas haverá sempre a garantia, de que o depoente é corretamente identificado, que é controlado o seu depoimento, ainda que por funcionário judicial, e de que a qualquer momento, pode ser suscitada a intervenção do tribunal onde decorre a videoconferência por forma a acautelar alguma vicissitude que tenha ocorrido durante a videoconferência[42]. O que aqui é dito é válido transversalmente para todas as jurisdições[43], sendo que se enfatizará no processo penal, atentas as consequências gravosas que daí podem advir, razão pela qual a doutrina também vem evidenciado a necessidade de alguns cuidados no que às audiências em processo penal diz respeito[44].

3.1.2. c) Princípio do contraditório

No que concerne ao princípio do contraditório, as *audiências virtuais* não põem em causa o seu conteúdo essencial, no sentido de que as partes não possam contraditar, oferecendo os articulados e os meios de prova que permitam infirmar a versão da outra parte ou o libelo acusatório. Não teremos assim uma compressão autónoma do principio do contraditório mas apenas quando conjugado com o citado princípio da imediação, impedido que o contraditório das provas se faça na sua plenitude, pelas limitações já referidas. Pense-se por exemplo na dificuldade de confrontar as testemunhas com elementos probatórios constantes do processo físico, desde logo com documentos, registos fotográficos ou outros elementos probatórios constantes de autos[45].

3.1.2. d) Princípio da publicidade

Por seu turno, a manterem-se entre nós as soluções tecnológicas que asseguraram as *audiências virtuais* durante o período de vigência do direito processual de emergência, está totalmente comprometido o princípio de publicidade da

---

[42] Aliás, não raras vezes, quando a testemunha se poderá revelar essencial para a prova e vive distante do tribunal onde decorre as audiência de julgamento, os advogados aconselham as partes a custearem a deslocação da testemunha a tribunal, por saberem que é menos eficaz o depoimento prestado por videoconferência.

[43] Ainda que as preocupações de Nuno ANDRADE PISSARRA digam respeito apenas ao processo civil, aliás o citado autor refere a propósito das *videoconferências privadas* e das audiências virtuais que: "e disto vem o *fracasso* do pensamento de quem julgue puder uma simples lei descartar do nosso processo civil a garantia da *imediação.*"In "Audiências judiciais por videoconferência em processo civil" in ob. cit. p. 176.

[44] Em particular, NAPOLITANO, Sebastiano, "Dall'Udienza Penale a Distanza all'aula virtuale", *ob. cit.*

[45] Pense-se por exemplo, em processo-crime, nas provas constantes do inquérito, não desmaterializáveis e que por isso fazem parte do processo físico.

audiência, consagrado no artigo 206.º da CRP, cujas restrições são excecionais e estão legalmente previstas na lei. No direito processual de emergência não houve qualquer referência às restrições ao princípio da publicidade da audiência, sendo que em processo penal a restrição injustificada da publicidade da audiência é cominada com a nulidade nos termos do disposto no art. 321.º n.º 1 do CPP[46]. A preocupação pela garantia da publicidade das audiências, sobretudo nos processos criminais, foi tida em conta por alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros, em particular no Reino Unido, onde era assegurada a presença do público nas audiências virtuais.

Não se discutirá por ora a (in)constitucionalidade das restrições à publicidade das audiências de julgamento, por razões de preservação da saúde e interesse público[47], mas apenas alertar para o facto de que, de *iure codendo*, a manter-se a "desmaterialização da sala de audiências", não existe qualquer valor de saúde pública ou outro que permita a restrição da publicidade conforme consagrada como princípio, no artigo 206.º da CRP.

Conclusões

A transição digital da justiça em Portugal, embora importante e relativamente recente – já do início do Sec. XXI – consistiu essencialmente na desmaterialização dos processos, por via da criação de plataformas de gestão de processos, que tornaram mais ágil o acesso dos cidadãos à justiça, ainda que por via dos respetivos mandatários, com a possibilidade da consulta dos processos por via eletrónica, bem como da entrega de peças processuais. Mais parcimoniosa era a "virtualização dos sujeitos processuais", que se cingiam praticamente à possibilidade das testemunhas e dos peritos deporem por videoconferência, sendo que esta ocorria, no caso das testemunhas, a partir de um tribunal, e no caso de alguns peritos[48] , a partir dos seus locais de trabalho.

A evolução e propagação do vírus *Sars-Cov-II,* levou a OMS a declarar um situação de Pandemia, que culminou na declaração por parte da esmagadora maioria dos países do "Estado de Emergência" e em que Portugal não foi exceção. Tal declaração foi justificada pelas razões de saúde pública e pela necessidade de restrição dos direitos fundamentais, mormente os de circulação, reunião e livre iniciativa económica, obrigado a que o Estado providenciasse medidas

[46] Salvo os casos excecionais previstos no art. 87.º CPP. Sobre o princípio da publicidade em processo penal vide: PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *Comentário do Código do Processo Penal,* 3ª ed., Lisboa, 2009, p. 242.

[47] Sobre a conformidade das *audiências virtuais* previstas no direito processual de emergência italiana, com a Constituição transalpina vide: NAPOLITANO, Sebastiano, "Dall'Udienza Penale a Distanza all'aula virtuale", *ob. cit.* p. 46.

[48] Designadamente os médico-legais.

de mitigação da doença e prevenção do contágio, que levaram à transição para esfera digital de importantes tarefas deste, não tendo a justiça sido exceção.

É pois neste quadro que surge o designado "direito processual de emergência", que se destacou em dois planos: um primeiro de suspensão de prazos substantivos (desde logo o da caducidade e prescrição) e da "migração" para a esfera virtual, onde se destacam, numa primeira fase as audiências virtuais, i.e., sem a presença física dos intervenientes processuais, o que veio a sofrer várias nuances, quer quanto aos pressupostos, quer quanto às modalidades da ligação remota, naquilo a que alguns autores designaram por "desmaterialização da sala de audiências".

Tal conduziu a uma nova fase - não programada - da transição digital da justiça, permitindo que se realizassem diligências processuais, *máxime* audiências prévias e audiências de julgamento por via eletrónica, nalgumas modalidades sem que estivessem fisicamente presentes na sala de audiência física nenhum dos sujeitos processuais, desde logo o próprio tribunal. As soluções conseguidas pelo "direito processual de emergência" visavam evitar a paralisação de justiça, sobretudo nos casos urgentes, ao mesmo tempo que se procurava o equilíbrio com as regras de saúde pública e as medidas de prevenção do contágio.

Findo o Estado de Emergência e cessada a vigência dos diplomas que integraram esse "direito processual de emergência", e conforme descrito no ponto 2, há pois que tirar os ensinamentos dessa experiência e a análise dessas normas, na procura de uma solução mais perene, o que constitui o objetivo do presente trabalho.

Fomos então forçados a concluir que a "desmaterialização da sala de audiências", deixando aos sujeitos processuais, sobretudo às partes, seus mandatários e testemunhas, a possibilidade de intervirem a partir de locais distintos do tribunal, e por meios de comunicação à distância que não apenas a videoconferência, naquilo a que também designaram "videoconferências privadas", traduziu-se, no plano fáctico tecnológico, numa compressão dos principais princípios processuais. Desde logo o da *imediação,* do *contraditório*, da *publicidade da audiência*, fazendo que não seja possível assegurar um processo equitativo conforme previsto no art. 20.º n.º 4 da CRP.

Contudo, tal não equivale a dizer que não houve experiências positivas, ou que desta transição digital potestativa da justiça portuguesa (como à escala mundial) não se possam tirar ensinamentos, sendo de erradicar todas as suas consequências. Não subscrevemos tal posição, tendo a experiência demonstrando que existem diligências, como as audiências de partes, as tentativas de conciliação e as audiências prévias[49], que podem perfeitamente continuar a ser

[49] Estas últimas cuja utilidade cada vez mais nos questionamos.

realizadas por vias telemáticas, com ganhos de eficiência para o sistema judicial e para os cidadãos[50]. Do mesmo passo, não nos choca, sem prejuízo do que aqui se referiu quanto aos constrangimentos de facto e de direito provocados pelas *audiências virtuais* que, em processo civil, as audiências de julgamento possam ser virtuais, desde que todas as partes assim o consintam e só nesse caso. No que concerne ao processo penal, essa seria uma barreira intransponível em que *a audiência do julgamento constitui o último reduto.*

Bibliografia

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, "A ausência do arguido na audiência de julgamento em processo comum: proposta de revisão do Código de Processo Penal", *Direito e Justiça*, Vol. II, Tomo I.

__; *Comentário do Código do Processo Penal,* 3ª ed., Lisboa, 2009.

ALOR, Jaime Chávez; JEAN-BAPTISTE, Marie Claude; WERNEK, Maria Paula, MC'INTOSH LAUREN, *Justicia en el tiempo de COVID-19 - Desafíos del Poder Judicial en América Latina y el Caribe,* ILAC - International Legal Assistence Consortium, Dezembro 2020.

CAMPO, Francisco de Asís González, "Justicia Electrónica y Proceso en España en 2018: Resultado de 25 años de uso de las TIC's en la justicia", in *Conpedi Law Review,* Vol. 4, n. 1, Zaragoza, Jan-Jun 2018.

CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital, in *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª ed. Revista, Almedina, Coimbra, 2007.

COSTA, Eduardo Maia, "A defesa e o defensor em processo penal" in *Revista do Ministério Público*, ano 13, nº 49, janeiro-março 1992.

LABORINHO LÚCIO, Álvaro, "A Teia, o Teatro e a Justiça" in a *Revista ICALP, Instituto de Cultura e Língua Portuguesa*, n.º 14, Dezembro/1988.

LICOPPE Christian e DUMOULIN Laurence, *Justice Et Visioconference : Les Audiences A Distance. De La Genèse A L'Institutionnalisation D'Une,* LGDC, Paris, 2017.

MAIELLO, Vicenzo, "La smaterializzazione del processo penale e la distopia che diventa realtà" in *Archivio Penale*, Fascicolo n. 1, Gennaio-Aprile 2020 (Web).

MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada,* Tomo I, 2ª Ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

[50] Pense-se por exemplo nas poupanças com as deslocações das partes e dos seus mandatários para diligências que muitas vezes se resumem a poucas dezenas de minutos.

MONTEIRO, António Pedro Pinto, *O princípio da igualdade das partes e a constituição do tribunal arbitral em caso de pluralidade de partes*, Almedina, Coimbra, 2018.

NAPOLITANO, Sebastiano, "Dall'Udienza Penale a Distanza all'aula virtuale", in *Sistema Penale*, Fascicolo 7/2020, web.

PISSARRA, Nuno Andrade, "Audiências Judiciais por videoconferência no processo civil" in *Revista de Direito e de Estudos Sociais,* Ano LXI, nº 1-4, Janeiro-Dezembro 2020, Almedina, Coimbra, 2020.

SUSSKIND, Richard, *Online Courts and the Future of Justice*, Oxford University Press, Oxford,2019.

LA EVACUACIÓN DE LA PRUEBA EN AUDIENCIA TELEMÁTICA: OPORTUNIDADES, DIFICULTADES Y DESAFÍOS EN LA SALA DE LA FAMILIA, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA (ECUADOR)

Ana Teresa Intriago Ceballos[1]

RESUMEN: El desarrollo de las nuevas formas procesales se vieron interrumpidas desde el 16 de marzo de 2020 por el Decreto Ejecutivo No. 1017 de 16 de marzo de 2020 en el que se declaró al país en Estado de Excepción restringiendo la movilidad entre otros derechos. Esto trajo como consecuencia la suspensión de todas las actividades exceptuando algunas pocas relativas a la administración de justicia, como fueron los asuntos penales, de flagrancia y constitucionales; la Corte Nacional de Justicia suspendió términos y plazos procesales de las materias judiciales ordinarias; la vida judicial se ralentizó y dio paso a una nueva forma de celebrar los actos del proceso. Este trabajo expone las reflexiones sobre la experiencia en la celebración de las audiencias telemáticas, el respeto a la inmediación como garantía y la evacuación de pruebas en la Sala de la Familia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha en Ecuador y la necesidad de cambiar paradigmas procesales.

PALABRAS CLAVE: Audiencias, Inmediación, Covid

[1] Jueza Provincial. Doctoranda de la Universidad de Salamanca.

SUMARIO: 1. La emergencia sanitaria. 2. Las audiencias telemáticas. 3. La inmediación en audiencias telemáticas. 4. La evacuación de la prueba. 5. Conclusiones y recomendaciones. Bibliografía.

ABSTRACT: The development of the new procedural forms was interrupted from March 16, 2020 by Executive Order No. 1017 of March 16, 2020 in which the country was declared in a State of Exception, restricting mobility among other rights. This resulted in the suspension of all activities except for a few related to the administration of justice, such as criminal, *flagrante delicto* and constitutional matters; the National Court of Justice suspended procedural terms and deadlines for ordinary judicial matters; judicial life slowed down and gave way to a new way of celebrating the acts of the process. This work presents the reflections on the experience in holding telematic hearings, respect for immediacy as a guarantee and the evacuation of evidence in the Family Room of the Provincial Court of Justice of Pichincha in Ecuador and the need to change paradigms procedural.

KEYWORDS: Hearings, immediacy, Covid

SUMMARY: 1. The health emergency. 2. Telematic hearings. 3. The immediacy in telematic hearings. 4. The evacuation of evidence. 5. Conclusions and recommendations. Bibliography.

1. La emergencia sanitaria

En mi país, Ecuador, el Código General de Procesos, que se puso en marcha desde el año 2016 después de la *vacatio legis* de 2015, año en el que se promulgó la ley, cambió el paradigma procesal del Código de Procedimiento Civil, el que se promulgó en 1935. Los procesos por audiencias, la contradicción síncrona, así como la relevancia del principio dispositivo, de inmediación y concentración probatoria prometían un proceso judicial orientando a la discusión al sistema de "cartas abiertas", al respeto a las garantías del debido proceso y a la respuesta oportuna del sistema judicial, al presupuesto esencial que los asuntos que se someten a su conocimiento pertenecen a los titulares del interés jurídico, no a la administración de justicia, ni a sus defensas técnicas.

El Estado de Excepción por causa de la emergencia sanitaria por el virus Covid 19 inició el 16 de marzo de 2020, día en el que el Presidente de la República expidió el Decreto Ejecutivo No. 1017[2]; a los funcionarios se nos informó después del mediodía que debíamos salir de las oficinas de la Corte Provincial de Justicia, organismo judicial en la que laboro como jueza de la Sala de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia y Adolescentes Infractores; antes de aquello, por

[2] Decreto Ejecutivo 1017.

Acuerdo Ministerial No. 0126-2020 de 12 de marzo[3], la Ministra de Salud había dispuesto ya el estado de emergencia sanitaria solo como una alerta.

Esta vez el Decreto Presidencial disponía la cesación de toda jornada presencial de labores, la que debía sustituirse con el teletrabajo; durante el período del 17 al 24 marzo de 2020, se restringió la libertad de tránsito con la excepción de algunas actividades en las que no estuvo la administración de justicia; el Consejo de la Judicatura en Resolución No. 028-2020 de 14 de marzo de 2020, prohibió el acceso a las Unidades Judiciales y Cortes de Justicia desde el 16 al 20 de marzo, con la excepción de las competencias judiciales de flagrancia penal, violencia contra la mujer y el núcleo familiar, tránsito y adolescentes infractores, asuntos relativos a garantías penitenciarias y prisión preventiva[4] así como la atención a las acciones sobre garantías constitucionales, en esta resolución se dispone que los jueces difieran audiencias en el tiempo de restricción de acceso a los locales y realicen sus actividades mediante teletrabajo; posteriormente, la Resolución No. 031-2020 de 17 de marzo[5], dispuso que la jornada laboral de los funcionarios judiciales con la excepción antes mencionada, se mantenga durante el estado de excepción; el período de este primer estado de excepción fue de sesenta días.

Ante el exhorto del Comité de Operaciones de Emergencia Nacional COE que en sesión de 21 de abril de 2020 solicitó al Consejo de la Judicatura que elabore un plan de retorno progresivo a las actividades jurisdiccionales, se expidió la Resolución No. 41-2020[6] en la que se hace conocer que las actividades jurisdiccionales no se han suspendido, que se han emitido protocolos de bioseguridad con la finalidad de cumplir con el pago de pensiones alimenticias, y los procesos relativos a garantías penitenciarias, posteriormente en Resolución No. 45-2020[7] dipone el restablecimiento parcial de las actividades de las judicaturas privilegiando las audiencias telemáticas en las plataformas virtuales autorizadas, se implementó las ventanillas virtuales para la recepción de solicitudes electrónicas así como la reapertura de las físicas delegando a las Direcciones Distritales la organización para evitar aglomeraciones.

Mientras tanto, la Corte Nacional de Justicia[8] mediante Resolución Generalmente Obligatoria No. 04-2020[9] suspendió los términos y plazos a excepción

[3] Acuerdo Ministerial No. 0126-2020.

[4] Resolución 028-2020.

[5] Resolución 31-2020.

[6] Resolución 41-2020.

[7] Resolución 45-2020.

[8] Código Orgánico de la Función Judicial, art. 180.6.

[9] Resolución No. 04-2020.

de las infracciones flagrantes por todo el tiempo de duración de la emergencia sanitaria en todas las judicaturas, conforme la Resolución No. 028-2020 del Consejo de la Judicatura; disposición que fue regulada por la Corte Constitucional del Ecuador la que por decisión de mayoría en sentencia No. 8-20-IA/20[10] declaró la constitucionalidad condicionada por los que la suspensión de plazos no podía aplicarse al tiempo de caducidad de la prisión preventiva ni al cómputo de esta.

En Resolución Generalmente Obligatoria No. 05-2020[11], la Corte Nacional de Justicia dispuso la reanudación de los términos y plazos, en vista del restablecimiento de las actividades de la función judicial.

Finalmente, en el momento que se redacta este texto, el Presidente de la República ha dictado un nuevo Estado de Excepción[12], esta vez focalizado, acogiendo la recomendación de la Corte Constitucional del Ecuador, en la que se ordena a las instituciones públicas mantenerse en teletrabajo, sin embargo el Consejo de la Judicatura ha mantenido jornadas presenciales y semi presenciales en todo el país, con protocolos de bioseguridad y normas de aforo para funcionarios, jueces y usuarios.

En las Cortes Provinciales de Justicia, la atención al público se ha venido realizando mediante la ventanilla virtual de recepción de escritos firmados electrónicamente y la física; la celebración de audiencias en su mayoría siguen celebrándose bajo modalidad telemática; tal como se dispuso por el Consejo de la Judicatura en Resolución No. 46-2020[13] por la cual se habilitó la asistencia de los jueces y funcionarios a sus lugares de trabajo, posibilitando que las defensas técnicas puedan revisar los procesos físicos acatando las regulaciones no sólo de horarios sino de precaución sanitaria.

Es importante señalar que, en las Cortes Provinciales de Justicia que conocen procesos que en su mayoría tratan del recurso vertical de apelación, muchos de sus jueces superan los 50 y los 60 años y padecen de algunas condiciones que los colocan en el grupo de vulnerabilidad por lo que algunos de ellos, se mantienen permanentemente en el sistema de teletrabajo; los que no están en este grupo alternan entre la asistencia física a las oficinas y el trabajo virtual desde casa, para cumplir las normas de aforo máximo obligatorio.

En la Sala de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha a la que pertenezco, de los nueve juzgadores, 3 pertenecen al grupo de vulnerabilidad, por lo que, al

[10] Sentencia 8-20-IA/20.

[11] Resolución No. 05-2020.

[12] https://www.gestionderiesgos.gob.ec/resoluciones-coe-nacional-21-de-abril-de-2021/

[13] Resolución No. 46-2020.

no tener tribunales fijos sino aleatorios, es decir que se constituyen por sorteo para cada proceso judicial, la totalidad de las audiencias se realizan por medios telemáticos.

El Ecuador, tiene una población aproximada de 17.373.662 habitantes, y hasta el momento se han reportado 407.004 casos de contagio con el virus Covid 19, de ellos 19.514 fallecidos; en la provincia de Pichincha las cifras ascienden a 142.000 y a 2848 respectivamente, es decir que esta región ha sido la que mayor incidencia de contagio y de muertes ha reportado, a todo ello hay que añadir que se han cerrado negocios, se han perdido empleos con lo que la población ha sufrido una grave disminución de ingresos, los sectores productivos del país reportan pérdidas milonarias, todo ello ha contribuido a la pauperización de los sectores de la población en situación de vulnerabilidad.

El proceso de vacunación avanza muy lentamente y no se prevé que las circunstancias cambien a favor de la nueva normalidad.

2. Las audiencias telématicas

Definido así el panorama jurídico procesal provocado por la situación de la emergencia sanitaria, se inició con ello una nueva forma de organización de las actuaciones judiciales: los expedientes aún conservan su forma física, pero se admiten los escritos firmados electrónicamente, los cuales se reciben en las ventanillas virtuales[14], se imprimen y se incorporan a este, resultando una suerte de expediente híbrido con actuaciones con firma autógrafa y con firmas electrónicas.

A pesar de la disposición del art. 115 COGEP sobre el expediente electrónico y de su necesaria implementación, que desde hace algunos años en Ecuador ya existe la herramienta de consultas de procesos judiciales E-SATJE disponible tanto para el público[15] como para los abogados[16], aún no contamos con una total digitalización del proceso que pueda facilitar a las defensas técnicas la revisión de todas las actuaciones procesales sin la necesidad de acudir a las oficinas judiciales.

Aún persisten dificultades en cuanto a la digitalización de documentos de gran volumen para algunos casos especiales por el peso que representa al remitirlos electrónicamente; es verdad que la mayoría de los abogados ya cuentan con firmas electrónicas, pero no así sus clientes, con lo que escritos que podrían

[14] https://appsj.funcionjudicial.gob.ec/ventanillavirtual/index.xhtml

[15] http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf

[16] Consejo de la Judicatura Ecuador: E-Satje Virtual: https://www.funcionjudicial.gob.ec/index.php/es/component/content/article/83-e-satje/713-e-satje-judicatura-virtual.html

presentarse por la vía virtual, debe hacérselo materialmente acudiendo a la ventanilla física de la Corte de Justicia.

Desde el inicio de la emergencia sanitaria, las audiencias telemáticas se desarrollaron en la plataforma Polycom, utilizada desde antes por el Consejo de la Judicatura; pero, pronto se advirtió que no prestaba las facilidades suficientes en cuanto a utilidades y conexión, provocando ruidos en la comunicación y en la obtención de la información de la audiencia; por lo tanto se ha favorecido el uso de la plataforma Zoom con la adquisición de licencias por el Consejo de la Judicatura, cuya interfaz es tecnológicamente más apropiada para el uso frecuente y por muchas horas, característica de las actividades judiciales, sustituyendo prácticamente a la anterior; hay que señalar que se mantienen los registros de las diligencias en audio y video, disponible para las partes procesales y los jueces como lo ordena el art. 83 del Código Orgánico General de Procesos COGEP, la que es almacenada de acuerdo con los protocolos de almacenamiento virtual; la plataforma es administrada por la Dirección de Tecnologías de la Información y Comunicación TICS, quienes dan el soporte técnico necesario en cada diligencia telemática.

En el Reporte "Estado de la Justicia en América Latina bajo el Covid 19" del Centro de Estudios de Justicia de las Américas CEJA[17] se reporta que en el contexto de la emergencia sanitaria la mayoría de los países utilizan plataformas electrónicas comerciales como Zoom, Meet y Teams a más de las que pertenecen a los Poderes Judiciales de la región.

Es importante señalar que en cuanto a las plataformas como Zoom, sus titulares, al ser advertidos de los problemas que presentaba el uso de su aplicativo, rápidamente subsanaron los problemas de seguridad y de usabilidad que fueron reportados, añadieron innovaciones como la designación de un anfitrión que controla no sólo la entrada de los participantes sino también las funciones de audio y video de todos, la posibilidad de condicionar la entrada a la audiencia virtual mediante la sala de espera, la facultad de expulsar a un participante de la reunión e impedirle nuevamente su entrada y la creación de salas diferenciadas para el caso de reuniones en grupos separados del principal. En cuanto a la usabilidad, es importante resaltar la funcionalidad que permite compartir información a los participantes y de la salas separadas que permiten la discusión por ejemplo de la defensa técnica con su representado sin que se pueda escuchar ni grabar lo que sucede en ese momento.

Es verdad que aún la velocidad de la conexión o su congestión provoca desconexión o dificultades para los usuarios, temas que deberán ser superados.

[17] Estado de la Justicia en América Latina bajo el Covid 19.

El Informe sobre el impacto de las comunicaciones por video a causa del Covid 19 elaborado por la empresa Zoom[18] pronostica que el teletrabajo permanecerá aún después de superada la pandemia, que es muy probable que aunque los empleados vuelvan a sus oficinas, la mayoría se mantendrá en esta modalidad o adoptará una combinación entre el trabajo remoto y el presencial.

3. La inmediación en audiencias telemáticas

En Ecuador, el sistema procesal había iniciado su cambio desde el año 2000 en lo penal y, desde el 2016, en materias no penales, sustituyendo el lento proceso acusatorio por el modelo adversarial, el cual privilegia la sustanciación por audiencias en las que las partes y el juez se encuentran presentes; en materia penal se había utilizado la audiencia telemática por motivos de seguridad del procesado, en lo no penal, para declaraciones de personas que se encontraban en el momento de la audiencia en el extranjero.

Como era de esperarse, esta nueva forma de sustanciación de los procesos judiciales, que obligaba a los abogados y a sus clientes a actualizar sus conocimientos sobre tecnología, a la adquisición de software adecuado entre otras cosas, provocaron una gran resistencia no solo por parte de los abogados litigantes y de la población sino también de sectores de la academia; ante ello, la Corte Nacional de Justicia emitió un protocolo para la realización de las audiencias virtuales[19] que se aplicó en todas las judicaturas, pese a ello, las quejas no cesaron.

Las impugnaciones a la validez de las audiencias telemáticas se centraron principalmente en la infracción a los principios que rigen los procesos judiciales como son la inmediación, las garantías del debido proceso y a asuntos tan relevantes como la competencia, que en el Ecuador es una de las solemnidades sustanciales comunes a todos los procesos e instancias.

En Resolución Generalmente Obligatoria No. 06-2020[20], la Corte Nacional de Justicia efectuó un pronunciamiento respecto de la competencia territorial del juez que realiza audiencias telemáticas fuera del local judicial, puesto que por razones de la pandemia, muchos jueces llevaban a cabo las diligencias desde su hogar, lugar distinto al de las oficinas judiciales, en esta decisión se explica que la competencia territorial del juzgador no se altera por el hecho de conectarse a una audiencia virtual desde un lugar distinto al de las Cortes y Unidades Judiciales, en vista de la restricción de movilización o por imposibilidad física.

---

[18] Titulado "El impacto de las comunicaciones por video durante Covid 19".

[19] Protocolo para la realización de audiencias virtuales.

[20] Resolución 06-2020.

Este pronunciamiento, si bien dio una respuesta adecuada a las objeciones sobre validez de una diligencia celebrada fuera del local judicial, no resolvió otras como las referidas a la inmediación, que a decir de muchos se ha perdido a causa de la virtualidad por no encontrarse físicamente en el mismo lugar que el juez y la contraparte. Es interesante anotar que a pesar que la Corte Constitucional no ha realizado un pronunciamiento específico, este órgano de administración de justicia, celebra audiencias telemáticas para sustanciar sus procedimientos.

Ciertamente estas objeciones a la comparecencia de las partes y el juez mediante audiencias virtuales, no solo se han suscitado en el Ecuador, sino en todo el mundo, pues la situación provocada por el virus Covid 19 es general.

El principio de inmediación el Ecuador como elemento integrante de los procesos judiciales está elevado a categoría constitucional, lo que ciertamente no es nuevo, porque ya estuvo contenido en el antiguo procedimiento civil, sin embargo de ello, por el diseño escritural de la sustanciación no se cumplía a cabalidad.

Con la promulgación y puesta en marcha del COGEP, estas dificultades quedarían superadas; pero, con el advenimiento de la pandemia, es claro que las audiencias orales con la presencia física de los jueces, defensas técnicas y partes procesales resultó absolutamente inviable, no solo por las restricciones de movilidad y por las condiciones de salud en las que pudiera encontrarse alguno de los intervinientes lo que pudieran impedirle acudir hasta el local judicial, sino por el peligro real que representa la aglomeración de personas, lo que generalmente sucede en muchas audiencias orales, sin el distanciamiento físico que demanda el protocolo de bioseguridad.

Sobre el tema, en el informe de la Cumbre Judicial Iberoamericana[21] se asevera que la transformación de la administración de justicia es inevitable y que, entre otras cosas, será preciso redefinir el concepto de inmediación aplicado a las audiencias virtuales y sus efectos. En el citado reporte de CEJA, varios países de Latinoamérica como México y República Dominicana[22], han desarrollado protocolos que contienen una serie de reglas a observar por los jueces a fin de garantizar la inmediación, contradicción y publicidad de las audiencias.

Es entonces cuando se hace necesario acudir al concepto de lo que es la inmediación y verificar si es que la esencia de esta garantía se ha vulnerado.

Importante entonces acudir a algunos de los autores que se ocuparon del proceso judicial, podemos acudir a GOLDSCHMITT[23], quien denominó el

[21] El Covid 19 y la Administración de Justicia iberoamericana.

[22] Estado de la Justicia en América Latina bajo el Covid 19, p. 56 y 77.

[23] GOLDSCHMITT, James (2001) p. 119.

principio de inmediatividad como un "escalón de la percepción" distinguiéndolo de la oralidad la que define como una "forma de entendimiento" que puede coincidir o no con el de inmediatividad la que significa una vinculación del juez con los medios de prueba y la forma en cómo éstos deben ser utilizados, concluye que puede existir oralidad sin inmediatividad o inmediatividad sin oralidad, igual sostiene EISNER[24] que no siempre la oralidad implica inmediación y que ambos conceptos no pueden asimilarse como idénticos. ALSINA[25] por su parte, sostiene que la oralidad se encuentra estrechamente vinculada con la inmediación, que este principio implica el encuentro directo del juez con las partes y la apreciación de las pruebas. Sin embargo, los autores coinciden en los beneficios que supone la íntima apreciación de las pruebas por el juzgador.

En las conclusiones finales del reporte CEJA, hay dos gráficos que informan sobre los porcentajes de aceptabilidad del uso de plataformas virtuales para la celebración de diligencias judiciales, se observa que el 30.19% reportó estar satisfecho con el uso de las plataformas, el 35,85% poco satisfecho y el 11,32 % muy insatisfecho, en cuanto al cumplimiento de objetivos de las audiencias virtuales, el 32,08% votó favorablemente, el 18,75% ha considerado que se cumplieron parcialmente y el 20,75% se pronunció en contrario[26].

Debemos tener en cuenta lo que CALAMANDREI[27] lo advirtió hace mucho tiempo, que la inmediación tiene sus aristas para las cuales los cuerpos procesales dan solución como por ejemplo, el paso del juez de la instrucción al tribunal colegiado en cuanto a la prueba, o como en el proceso no penal que en la mayoría de sus asuntos se desarrolla en dos instancias, debiendo forzosamente evacuarse las diligencias probatorias en primera instancia, lo que supone que para el tribunal colegiado del recurso vertical, ya no habrá el contacto primero pero, deberá apreciarse lo que realizó el primer juzgador; el velo de la ignorancia como lo denominaba RAWLS, se habrá rasgado inevitablemente, el tribunal de apelación deberá reevaluar la valoración del juez inicial, en suma, que la inmediación como concepto absoluto no es posible para la segunda instancia, es por ello, que existe respaldo de todo cuanto ocurrió en la audiencia del juez *a quo*, en soporte digital, así mismo la constancia del acta resumen que da cuenta en forma esquemática de las fases procesales de las diligencias y finalmente de la decisión judicial proferida en audiencia.

La inmediación tiene la virtud de humanizar el proceso ya que permite la observación personal del juez del comportamiento y actitudes de las partes y

---

[24] EISNER, Isidoro (1965) p. 69.

[25] ALSINA, Hugo (2001) p. 176.

[26] Estado de la Justicia en América Latina bajo el Covid 19, p. 92.

[27] CALAMANDREI, Piero (1973) p. 365.

sus defensas técnicas, pues la inmediación no sólo se reserva a la práctica de las pruebas de las que habrá de valorar según su percepción directa sino a todo el procedimiento[28].

Establecidas así las características y virtudes de la inmediación, es correcto aseverar entonces que ¿en las audiencias telemáticas no existe la inmediación de ninguna manera? ¿Que la presencia de los jueces, de las partes y de sus abogados en forma síncrona, con la posibilidad de ser escuchados y ser vistos, de intervenir por sí mismos, ser preguntados por los juzgadores, que sus procuradores judiciales tengan la oportunidad de proponer y fundamentar recursos en audiencias, sean actuaciones ineficaces porque éstas tuvieron lugar en plataforma electrónica?.

Estas preguntas deben contestarse a la luz de los acontecimientos, de la nueva realidad que estamos viviendo y de la necesidad de la población que sus asuntos sometidos a conocimiento de la administración de justicia sean resueltos pronto y bien.

No es extraño que algunos persistan en el rechazo a la audiencia virtual, ya que por lo general una de las profesiones más reacias al cambio es la de los abogados, una profesión que se conoce por su afecto a los ritualismos y a un tipo de lenguaje que solo ellos entienden, lleno de brocardos, de expresiones en latín (una lengua que ni siquiera todos los sacerdotes entienden), e insisten en el uso formal de la corbata en audiencias[29] y la resistencia en pensar que la administración de justicia es un servicio público y que por ello debe ser diseñado en función de sus destinatarios, que los derechos y garantías pueden asegurarse también en la virtualidad.

Jorge Morell Ramos, experto en Legal Tech, comentaba en una conferencia a la que por cierto asistí virtualmente, que en España fue muy difícil que los abogados aceptaran el uso del fax en sus despachos[30], y que en general, desconfían de una innovación que les parezca que se aleja de su zona de confort; los temas de la Cuarta Revolución Industrial parecen lejanos aún; sin embargo, sobre el ejercicio de la profesión jurídica han ocurrido novedades interesantes, como las del Case Crunch[31] y los Tribunales de Internet en China, como el de Hangzhou[32] o los Tribunales del Futuro de Singapur, que exigen que los jueces

[28] FALCONÍ PUIG, Juan (2012) p. 9.

[29] https://lpderecho.pe/jueza-abogado-discuten-porque-este-ultimo-no-traia-corbata/

[30] MORELL RAMOS, Jorge (2021).

[31] https://legaltechies.es/2017/11/01/casecrunch-el-primer-deep-blue-de-la-abogacia/

[32] https://learningenglish.voanews.com/a/robot-justice-the-rise-of-china-s-internet-courts-/5201677.html

sean capacitados en Inteligencia Artificial por ejemplo[33], con lo que va siendo hora de replantear los conceptos relativos al proceso y redefinirlos como sugiere el informe de la Cumbre Judicial Iberoamericana.

Como afirma HERRENDORF, el juez latinoamericano padece de un normativismo férreo[34], es preciso acotar que por lo menos la mayoría y que también podríamos incluir en este grupo a quienes ejercen la profesión de la abogacía. Por cierto que esta afirmación no es nada novedosa, pues ya fue advertida en 1942 por COUTURE cuando se refirió a la excesiva solemnidad, vacía de contenido, que convertía al proceso en una especie de "misa jurídica ajena a sus actuales necesidades"[35] si bien se refería expresamente a la trascendencia como elemento necesario para la declaratoria judicial de nulidad procesal, la expresión es absolutamente válida y aplicable para estos tiempos de cambio.

El Relator Especial de las Naciones Unidas ONU sobre la Independencia de Magistrados y Abogados, Diego García Sayán ha emitido un informe denominado "Pandemia de la enfermedad por coronavirus (COVID-19), impacto y retos para una justicia independiente" en el que ha reconocido la gravedad de la situación, la escasa o nula preparación de los Estados para hacerle frente a la emergencia sanitaria y el grave impacto en la administración de justicia; manifiesta que "en la mayoría de los países analizados ha podido constatarse que el acceso a la justicia ha encontrado una serie de obstáculos estructurales. Destacan la organización desfasada del sistema judicial; la carencia de recursos financieros, tecnológicos, materiales y humanos; una cobertura geográfica insuficiente o descoordinada; problemas logísticos; limitaciones en el acceso a la información y falta de transparencia, así como obstáculos legales y procedimentales"[36] y, aunque señala que la celebración de audiencias virtuales ha sido una respuesta positiva, en cambio advierte que es necesario que los Estados cierren la brecha digital que impide a todas las personas disponer de los medios tecnológicos, lo cual, dada la actual situación de pandemia, veda la posibilidad de acceder a la justicia; que se deberá mejorar el diseño de las plataformas electrónicas para garantizar entre otras cosas la confidencialidad entre abogado y cliente.

En las recomendaciones del Informe, se advierte que el Relator se encuentra preocupado por las diferencias económicas que impiden el acceso a la justicia telemática y a la seguridad sobre la privacidad y confidencialidad de la informa-

---

[33] District Judge Tan Boon Heng, Executive Director, Singapore Judicial College
[h]ttps://www.statecourts.gov.sg/cws/Resources/Documents/ICCE%202016/6(i)%20Developing%20Better%20Judicial%20Education_SJC_2016070716110274.pdf

[34] HERRENDORF, Daniel (1998) p. 101.

[35] COUTURE, Eduardo (1958) p. 390.

[36] Asamblea General de las Naciones Unidas (2021).

ción transmitida en estas diligencias, así como los derechos a la asistencia letrada, a la defensa y contradicción y a no sufrir dilaciones en los procesos judiciales.

Por otra parte, en un análisis realizado por Margarita GRIESBACH, Directora General de la Oficina para la Defensoría de los Derechos de la Infancia (ODI)[37], sobre la obligación reforzada del Estado con los niños, niñas y adolescentes, hace notar que hay tres que son primordiales: garantizar un Estado útil para la infancia, integralidad de la atención y la asistencia para la tutela de sus derechos, en sus notas cita varios fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el efecto útil que deben tener las normas que protegen derechos. El cambio de paradigma de la doctrina irregular a la de protección integral ha provocado cambios en la legislación, depositando en el juez el papel de garante del ejercicio de los derechos de los ciudadanos menores de edad.

Como bien señala el Relator Especial de la ONU, toda suspensión de la atención judicial debe vigilarse estrictamente para determinar su idoneidad, que la administración de justicia debe ser considerada como un servicio público esencial y que corresponde al Estado garantizar el acceso a la justicia, su independencia y su cercanía con la población; sobre la base de esas afirmaciones, se puede concluir que en las actuales condiciones resulta riesgoso someter a un niño o adolescente a lo azaroso de una audiencia presencial, ¿cuál entonces sería el efecto útil de las normas que tutelan su interés superior? Es importante anotar que la presencia física no tiene ningún sentido ni utilidad práctica si es que falta la escucha activa del juez, da igual si se encuentra a pocos pasos de las partes procesales o en una pantalla, si es que no se ejercen las funciones de dirección y el deber de atención en la diligencia judicial, por lo que la inmediación es una garantía que significa mucho más que la contigüidad. Vale la pena considerar que el ritualismo exagerado no garantiza nada, que la realidad nos ha sobrepasado y es imprescindible redifinir conceptos, pues ha llegado el momento de decidir si seguiremos rezando y haciendo misa al dios ritualismo condenando todo lo que no se ajuste a la liturgia o tomaremos la decisión de acercar la administración de justicia a las personas, tal como se recomienda en el Informe del Relator Especial de la ONU.

4. La evacuación de la prueba

Los procedimientos judiciales en el Ecuador tienen fases preclusivas de agregación probatoria, de contradicción y evacuación para cada instancia; el acto de proposición es generalmente la oportunidad por excelencia para el anuncio, las posteriores que toman los nombres de nueva prueba y prueba nue-

[37] GRIESBACH, Margarita (2008).

va, se realizan por escrito, salvo la prueba nueva que, en la primera instancia en procedimiento ordinario, podría anunciarse en la audiencia preliminar.

Para las Cortes Provinciales de Justicia, el recurso de apelación en materia no penal ya viene fundamentado en el escrito de proposición del recurso, salvo las excepciones que consisten en hechos nuevos o en prueba nueva conforme el art. 258 del Código Orgánico General de Procesos COGEP, en gran parte de los casos no se presenta ningún medio probatorio, con lo que esta fase no ha representado mayor problema para los usuarios.

Sin embargo, para los juzgadores de la Corte Provincial que se integran por Tribunales, en ocasiones habrá que remitir el expediente físico a los demás miembros para su revisión, pues si bien podemos solicitar que pase por el escáner el proceso y se envíe por correo a los demás jueces, esto no es posible en todos los casos, no solo por la extensión del proceso, sino también por la calidad de los documentos que se agregan al proceso que no siempre son originales, sino que puede tratarse de copias certificadas o compulsas.

Por ejemplo, un incidente de rebaja de pensión alimenticia, en los que necesariamente hay que revisar lo anterior para determinar el mérito del cambio de la situación económica del obligado, puede tener cuarenta cuerpos (unas cuatro mil hojas), de hecho, esa es la dimensión del que tengo este momento sobre el escritorio.

Esto complica la fase de deliberación en tribunales, que si bien se puede realizar en salas separadas de la plataforma Zoom, que el sistema no graba, pues lo hace exclusivamente en la principal y por lo tanto, en principio, garantizaría la confidencialidad de ese debate, en cambio, resulta difícil exponer cada detalle, de lo que surge como necesidad el desafío que se dote de un expediente electrónico adecuado y seguro; aunque superada la pandemia, volvamos a retomar las audiencias presenciales, el contar con esta herramienta será valioso ya que cada integrante podría revisarlo al mismo tiempo y efectuar observaciones o preguntas a las partes de considerarlo necesario en audiencia, además aligeraría el debate considerablemente.

Las partes pueden acudir a la oficina judicial a revisar el proceso cuando así lo soliciten, debiendo acatar las medidas de bioseguridad y distanciamiento, la dificultad consiste en la disponibilidad de la documentación para el caso que el juez o el asistente se encuentren en ese momento en teletrabajo por las exigencias del aforo, con lo que deberá asistir al día siguiente; en el día de la audiencia de apelación, se hará el anuncio de prueba y contradicción con el mismo inconveniente anotado.

La fase de evacuación de pruebas en audiencia telemática también ha presentado algunas particularidades: en cuanto a la referida a prueba documental, en ocasiones los defensores suelen tener el documento escaneado o bien dis-

ponen de él en forma digital por haberlo adjuntado por ventanilla virtual, con lo que la funcionalidad de compartir documentos resulta eficaz para señalar el mérito que el documento representa para su teoría del caso; la presentación de fotografías, esquemas o algún material audiovisual al exponerse en pantalla se ha percibido mejor, tanto por las partes como por los jueces, en este caso, es una ventaja sobre la audiencia presencial en la que las exposiciones de los mismos materiales, no dan el mismo resultado, pues el expediente se pasa físicamente y tal vez no se adviertan los detalles como sí se lo puede hacer desde la presentación virtual.

Se ha advertido dificultades, no solo en Ecuador sino en otros países, en la evacuación de las pruebas testimoniales, sean estas declaraciones de parte, de testigos o sustentaciones periciales; recordemos que cada una representa situaciones diferentes: la declaración de parte, desde la expedición del COGEP dejó de ser una exclusiva prueba en contrario, cualquiera de los sujetos procesales puede anunciar que se evacuará la suya o la de su contraparte a fin que el juzgador pueda escuchar su versión de los hechos o se pueda preguntar a su contrario sobre la verdad de las afirmaciones sobre los hechos controvertidos; en cambio, el testigo es una persona que percibió los hechos de la controversia en el momento que acaecieron, pues en el sistema procesal no penal no se acepta al testigo de oídas; el perito posee el conocimiento experto para examinar el hecho pasado y determinar sus causas y consecuencias.

En Ecuador, el protocolo de audiencias se refiere a aspectos técnicos, pero no ha tratado sobre cómo los jueces deben proceder en este medio virtual.

En otros países se han efectuado actividades interesantes: a causa de la pandemia, el Poder Judicial de Costa Rica emitió un protocolo para el manejo y desarrollo de audiencias virtuales en materia laboral, en las que se detalla cómo ha de practicarse la prueba testimonial, o la sustentación pericial[38]; este documento contiene una serie de instrucciones como la de indicar al declarante que debe colocarse a una distancia prudencial del ordenador para apreciar el lugar en donde se encuentra e impedir que consulte algún documento, que deberá mirar directamente a la cámara, que no puede guiarse por ninguna indicación o gesto de alguna de las partes o los abogados, y que deberá estar sin compañía en el lugar desde donde esté compareciendo a la audiencia.

No existen aún informes sobre la aplicación de este protocolo y sus resultados, pero es evidente que quien rinda declaración de esa manera, deberá ser preparado adecuadamente por la defensa técnica oferente, con la finalidad de evitar ademanes o gestos que pudieran malinterpretarse; situación que también puede ocurrir en la audiencia presencial, pero es evidente que la virtualidad tie-

[38] Corte Suprema de Costa Rica (2020) p. 31.

ne la desventaja práctica de no poder apreciar íntegramente el lugar en donde el individuo está deponiendo, con lo que resulta otro de los desafíos a superar.

Es importante anotar que esta dificultad se evidencia en la declaración del testigo o el tercero que presenció los hechos, pues en la de parte: si es propia, el sujeto procesal lo hará con toda confianza, pues será su defensa técnica quien le interrogue; mientras que en el contrainterrogatorio de la declaración de parte propia del contrario, la dilación en la respuesta podría dar lugar a que el juzgador le llame la atención y solicite que amplíe la vista de la cámara; en cuanto a la sustentación oral de la pericia, la que en lo general se realiza con las normas del interrogatorio, vale la pena recordar que la defensa de su informe se fundamenta en criterios técnicos, científicos, prácticos o artísticos, en suma, conocimiento especializado; que será sometido a interrogatorio y contrainterrogatorio, por tanto es de esperarse que al estar acreditado como tal y al haber realizado el examen pericial, no necesite ninguna ayuda extra.

De modo, que la evacuación de la prueba testimonial, en cuanto a las dificultades anotadas, sería una de las debilidades que aún permanecen en las audiencias telemáticas.

5. Conclusiones y recomendaciones

La emergencia sanitaria provocada por el virus de Covid 19 tomó desprevenidos a todos los Estados, y tal como anota el Informe del Relator Especial de la ONU, puso al descubierto las falencias de cada uno, lo que afectó directamente el acceso a la administración de justicia, ralentizándolo y haciéndolo menos eficiente en la tutela de los derechos de los justiciables.

En el Ecuador la pandemia pauperizó a la población en estado de vulnerabilidad haciendo más precario su estilo de vida, no hay empleos, las actividades productivas sufren una larga pausa, agravada por el lento proceso de vacunación.

La necesidad de restablecer el servicio judicial y precautelar derechos, obligó a que se adopten medidas no tradicionales como las audiencias virtuales y las ventanillas para recibir documentos digitalizados firmados electrónicamente.

La tendencia de no utilizar documentos físicos, ha trascendido el campo del comercio electrónico, según aparece de la Resolución No. 51/162 de la Asamblea General de la ONU y se ha transversalizado a todos los demás ámbitos, del que no puede sustraerse la administración de justicia, por lo que urge la implementación del expediente judicial electrónico, el que debe tener los atributos de seguridad y usabilidad para garantizar su funcionalidad y eficiencia.

Es preciso redefinir los conceptos sobre el significado y contenido de las garantías procesales, pues conforme la aseveración de FERRAJOLI, estas son

vínculos normativos idóneos que aseguran la eficacia de los derechos subjetivos[39]; es claro que la situación cambió y lo ha hecho definitivamente aunque la pandemia termine, se predice que las nuevas tecnologías aplicadas a la administración de justicia llegaron para quedarse y que probablemente la modalidad de audiencias virtuales reservadas antes para ciertas materias como la penal, las de colaboración judicial y prueba testimonial en el extranjero, se sigan realizando para los casos comunes.

Es también una oportunidad para acercar la justicia a las personas, consideremos un momento que gracias a la posibilidad de acceder a una audiencia virtual, quienes por alguna razón no han podido llegar al edificio de oficinas judiciales, pueda ingresar a la diligencia desde el lugar en donde se encuentre, sin temor a que se le apliquen sanciones procesales y pecuniarias por su inasistencia, sanciones contempladas en el proceso ecuatoriano; para ello por supuesto, es indispensable que la brecha digital se reduzca cada vez más.

Tal como se expone en el documento elaborado por la Cumbre Judicial Iberoamericana es necesario aprender de las lecciones que nos ha dejado esta crisis y aprovechar para mejorar el servicio judicial, la implementación de buenas prácticas que resulten eficentes es otro de los retos-oportunidades que nos deja la emergencia sanitaria.

Bibliografía

ALSINA, Hugo, *Fundamentos de Derecho Procesal.* Editorial Jurídica Universitaria, México, (2001).

CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil* , Vol. 1. Ediciones Jurídicas Europa-América Buenos Aires, Argentina (1973.)

COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil.* Editorial Roque Depalma, (1958).

EISNER, Isidoro, *La inmediación en el proceso.* Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina (1965).

FALCONÍ PUIG, Juan, *Estudios Procesales*., Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador (2012).

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*. , Editorial Trotta, Madrid, (2001).

GOLDSCHMITT, James, *Principios Generales del Proceso*. Editorial Jurídica Universitaria. México, (2001).

[39] FERRAJOLI, Luigi (2001) p. 854.

GRIESBACH, Margarita, *La obligación reforzada del Estado frente a la infancia.* Disponible en https://www.corteidh.or.cr/tablas/r35198.pdf, (2008).

HERRENDORF, Daniel, *El Poder de los Jueces: c, Cómo piensan los jueces que piensan*. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, (1998). p.101.

MORELL RAMOS, Jorge, *Legal Tech* (conferencia en la Universidad de Antioquia, Colombia),, Diplomado de Derecho, Tecnología e Innovación, jueves 13 de mayo de 2021.

A MEDIAÇÃO DIGITAL COMO MEIO ALTERNATIVO DE ACESSO À JUSTIÇA

Marcílio Barenco Corrêa de Mello[1]

RESUMO: A presente proposta discorre sobre a mediação como meio autocompositivo na solução alternativa de conflitos, em especial, pelos meios digitais de resolução de controvérsias. Trata-se de instância preliminar volitiva que não constitui requisito estanque de acesso ao Poder Judiciário (princípio da jurisdição universal). Algumas questões serão enfrentadas para sucesso da intervenção pretendida, a saber: 1) a mediação digital poderá ser considerada meio idôneo de acesso à Justiça? 2) é necessária a mudança da cultura jurídica brasileira para implantação da mediação digital? 3) trata-se de uma nova política pública do acesso à jurisdição? 4) quais as vantagens e desvantagens do meio alternativo proposto? 5) há normação suficientemente capaz de dotar a execução da mediação digital de segurança jurídica? 6) há profissionais capacitados para sua condução na qualidade de terceiros imparciais (mediadores digitais)? 7) existe doutrina suficientemente capaz de traçar os dogmas mínimos de sua implementação no sistema jurídico brasileiro de solução de controvérsias? Essas são as questões que serão abordadas, em especial por meio do presente *paper* submetido à comunicação como próprio objeto de pesquisa.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à Justiça. Autocomposição. Mediação digital.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Mediação digital como meio autocompositivo de solução de controvérsias. 3. Encaminhamento final. 4. Referências.

[1] Doutorando em Ciências Jurídicas Públicas pela Universidade do Minho / Braga / Portugal. Mestre em Fundamentos Constitucionais dos Direitos. Especialista em Direito Processual. Graduado em Bacharelado em Direito. Procurador do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais.

ABSTRACT: The present proposal discusses mediation as a self-composing means in the alternative solution of conflicts, in particular, by digital means of dispute resolution. It is a voluntary preliminary instance that does not constitute a watertight requirement for access to the Judiciary (principle of universal jurisdiction). Some questions will be faced for the success of the intended intervention, namely: 1) can digital mediation be considered a suitable means of access to justice? 2) is it necessary to change the Brazilian legal culture to implement digital mediation? 3) is this a new public policy on access to jurisdiction? 4) what are the advantages and disadvantages of the proposed alternative medium? 5) is there a regulation sufficiently capable of providing the implementation of digital mediation with legal certainty? 6) are there professionals trained to conduct it as impartial third parties (digital mediators)? 7) is there a doctrine sufficiently capable of tracing the minimum tenets of its implementation in the Brazilian legal system of dispute settlement? These are the questions that will be addressed, especially through this paper submitted to communication as the object of research.

KEYWORDS: Access to Justice. Self-composition. Digital mediation.

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Digital mediation as a self-contained means of dispute settlement. 3. Final referral. 4. References.

1. Introdução

Este *paper* é um ensaio teórico sobre o uso da mediação de conflitos em plataforma digital, como ferramenta indispensável ao aprimoramento da política pública de acesso à Justiça.

Para tanto, num primeiro momento, abordaremos a construção normativo-histórica brasileira da mediação até desaguar no neófito instrumento da mediação digital, tão importante em tempos de distanciamento social ocasionado pela pandemia (COVID-19), com o surgimento de repetidas lides individuais de naturezas difusas e transindividuais, que no vetusto conceito de processo como meio de acesso à Justiça, são tencionadas a "abarrotar" os tribunais judiciários ainda mais.

Numa segunda linha de pensamento trataremos das vantagens entre a tecnicidade do uso da mediação como instrumento idôneo na pacificação de conflitos, aliada, tanto quanto possível, ao conhecimento empírico e as especificidades que envolvam as demandas regionais ou locais, cuja conjugação de fatores é forte propulsor de uma solução mais adequada da controvérsia em si.

Em último viés de pensamento, traçaremos os fundamentos dogmáticos acerca das vantagens do uso do método digital de acesso à Justiça, opor-

tunizando-se, ainda, a homologação do acordo celebrado perante um juiz togado para que se produzam os efeitos legais, em especial, na conformação de título executivo extrajudicial, supedâneo de eventual ação judicial de curso forçado, garantindo-se, ao fim e ao cabo, a segurança jurídica e a eficácia que necessitam restar dotados os meios extrajurisdicionais.

De plano, a mediação pode ser compreendida como um meio alternativo de resolução de conflitos, onde uma terceira pessoa imparcial e sem poder decisório facilitará o restabelecimento do diálogo entre as partes litigantes, identificando as questões que as levaram ao embate pessoal, bem como os reais interesses envolvidos, tudo na busca da promoção de soluções eficazes acordadas pelos próprios interessados para a pacificação da contenda coexistente.

Com o grande volume de processos em curso nos órgãos jurisdicionais é primordial o aprimoramento da solução de conflitos a partir de acordos volitivos coconstruídos pelas próprias partes, num verdadeiro modelo de diálogo e cooperação.

Hoje, com todos os avanços tecnológicos dos últimos vinte anos, é possível realizar mediações virtuais *online*, por meio da rede mundial de computadores (*internet*), com a presença de envolvidos (pessoas, empresas, órgãos e instituições interligadas) simultaneamente num mesmo canal oferecido por meio digital, facilitando-se o processo de solução de lides, de forma consensual, diminuindo-se distâncias e com a otimização do tempo. Se bem utilizado, pode ser instrumento idôneo de acesso à Justiça, na tutela dos direitos dos cidadãos, com grande potencial de eficiência, eficácia, celeridade e economicidade, capaz de trazer o deslinde de controvérsias com tempo e recursos mais vantajosos à tutela jurisdicional estatal.

Ocorre que, para o alcance de patamares positivos de atuação de resolução de problemas, é necessário tornar o método de solução de conflitos acessível a todos, por meio da inclusão digital e do desenvolvimento de uma cultura de colaboração voltada para a satisfação de resultados (política pública de resultados).

2. Mediação digital como meio autocompositivo de solução de controvérsias

2.1. Digressão normativa brasileira

A mediação é método alternativo de resolução de conflitos (*ADR - Alternative Dispute Resolution*), traduzindo-se em processo voluntário autocompositivo, sob a intervenção construtiva de um terceiro imparcial, com o fim de solucionar questões envolvendo partes interessadas e ligadas entre si sob viés cooperativo.

No sistema jurídico brasileiro foi entronizada - normativamente - pela Resolução n.º 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça[2], sendo disposta como meio consensual de solução de controvérsias.

A ferramenta também foi disposta no Novo Código de Processo Civil (Lei federal n.º 13.105, de 16/03/2015)[3], ao tratar da solução consensual de conflitos e do uso de técnicas de autocomposição.

Os acordos por mediação podem ser realizados no bojo de um processo judicial; ou em procedimento extrajudicial, quando as partes optam por serviços extrajudiciais especializados em mediação.

Vale destacar que os acordos em mediação extrajudicial serão levados a termo e terão força de título executivo extrajudicial, gerando direitos e obrigações. Além disso, na hipótese de o instrumento de transação ser levado à homologação judicial, constituirá título executivo judicial previsto no Código de Processo Civil[4].

Por sua vez, a Lei federal n.º 13.140, de 26/06/2015, trouxe a previsão da mediação pela *internet*[5], passando a ser utilizada na forma digital (eletrônica, virtual, telepresencial, videoconferência ou *online*), em substituição ao uso exclusivo dos centros presenciais de mediação. O objetivo é aproximar

---

[2] Art. 1.º. [...] Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334.º do Código de Processo Civil de 2015, combinado com o art. 27.º da Lei 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei de Mediação), antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.

[3] BRASIL (2015).

[4] Art. 515.º. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: [...]

III – a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza [...].

[5] Art. 46.º. A mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo [...].

"digitalmente" os envolvidos nos conflitos de pretensão resistida, dando-lhes a chance de diálogo mediante a utilização de linguagem propositiva [6].

Assim, os participantes de diversos locais, conectados pelo sistema *online*, poderão tentar encontrar uma solução extrajudicial para o seu conflito, de modo ponderado, rápido e econômico. Se aplicável, é possível que alguns casos sejam indicados e encaminhados para mediação presencial.

Quando utilizada na forma digital, é preciso atentar para que a essência da mediação seja preservada, como técnica autocompositiva, incluindo a observância dos princípios da imparcialidade do mediador e da confidencialidade das sessões e relatos nela apresentados. Desta feita, o resultado almejado dever ser o mais adequado como pacificador do conflito e de melhor promoção da justiça social.

2.2. A mediação digital como meio idôneo de acesso à Justiça

A ideia de um processo autocompositivo eficaz está diretamente ligada à promoção do acesso à Justiça como forma de implementação de direitos fundamentais.

É sabido que o acesso à Justiça é um direito individual preconizado no art. 5.º, XXXV, da Constituição da República[7], possibilitando a todos os cidadãos buscar uma atuação irrestrita do Poder Judiciário na solução de determinado problema (inafastabilidade do controle jurisdicional).

Para uma definição de acesso à Justiça, pode-se destacar o conceito delineado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth[8], como um método de obtenção de resultado socialmente justo e de tratamento de conflitos no esteio estatal.

Ainda segundo Cappelletti e Garth, o tema está amplamente ligado ao binômio "possibilidade e viabilidade" em ingressar no sistema jurídico em

---

[6] "A mediação pela internet é aquela na qual todos os debates acontecem no espaço cibernético. Além de encurtar distâncias trazendo ganho de tempo e diminuindo gastos, ela facilita a administração dos conflitos diretamente pelas partes. Sem sombra de dúvidas, a mediação digital ou online é um avanço significativo na utilização de novas tecnologias para lidar com os conflitos. Oferece mais possibilidade de rapidez e eficiência na resposta, além da visível economia monetária.". In: SPENGLER; PINHO, 2018, pp. 241-242.

[7] Art. 5.º. [...] XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...].

[8] "A expressão "acesso à Justiça" é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam social e individualmente justos.". In: CAPPELLETTI; GARTH, (1998) p. 8.

igualdade de condições, assegurando o direito de ambas as partes serem ouvidas, com observância do princípio do devido processo legal[9] (substancial e adjetivo).

Decorreu dessa intelecção acima, a divisão do acesso à Justiça em três ondas renovatórias do direito. A primeira está relacionada ao obstáculo econômico de acesso. A segunda refere-se à questão dos interesses difusos em juízo. A terceira, denominada de "o enfoque do acesso à justiça", detém a concepção mais ampla e tem como escopo instituir técnicas processuais adequadas, propondo que o magistrado abandone o tradicional papel de mero intérprete passivo de textos, para se tornar criativo e inovador na condução dos feitos judiciários, buscando todos os meios idôneos para a prestação de uma tutela jurisdicional mais adequada e efetiva.

O acesso à Justiça envolverá a proposição de novos instrumentos aptos a alcançar os fins pretendidos. Além disso, Spengler e Pinho[10] observam que não se deve confundir acesso à Justiça e acesso à jurisdição. Explico. Na verdade, o acesso ao Judiciário está contido no acesso à Justiça, sendo este último dotado de maior amplitude e capaz de assegurar a tutela aos direitos do cidadão como promotor da distributividade dos direitos sociais[11].

Por conseguinte, o acesso à Justiça deve estar disponível a todos e de forma igualitária. Sob esse aspecto, decorre relação direta entre acesso à Justiça e igualdade social, cidadania plena, democracia participativa e efetivação de direitos fundamentais.

Ora, a desigualdade social compromete o acesso à Justiça, constituindo verdadeiro óbice que contingencia grande parte da população no exercício do direito, decorrente da insuficiência de recursos financeiros, da falta de instru-

---

[9] Aqui, Cappelletti aproveita para remeter este princípio ao estudo que se está introduzindo, referindo-se ao acesso à justiça, como "espelho da cultura de uma época", pois como diz, "[...] Que princípio é este, se há casos, em que, por razões econômicas, culturais e sociais, a parte não se encontra em condições de se fazer ouvir?". In: SPENGLER; PINHO, (2018), p. 224.

[10] *Ibidem*, p. 225.

[11] "Assim, a expressão "acesso à justiça" em seu "conceito amplo" pode significar: a) acesso ao Judiciário e; b) acessibilidade a uma determinada ordem de valores e de direitos fundamentais para o ser humano. Consequentemente - e conforme já dito -, o acesso à justiça é mais amplo e complexo, externando mais do que o ingresso mediante ajuizamento da ação (processo) junto ao Judiciário, ele vai além dos limites do acesso aos órgãos judiciais existentes. Então, acessar a justiça, significa ir além do acesso garantido pela Constituição Federal, alcançando, tutelando e garantindo os direitos e as garantias sociais fundamentais, assegurando, ao final, o acesso a uma "ordem jurídica justa" a todos os cidadãos.". In: SPENGLER; PINHO, (2018), p. 227.

ção e/ou de informação, assim como de o desconhecimento de seus direitos e da ausência de mecanismos digitais de acesso[12].

Cabe ao Estado superar os obstáculos que impedem a concretização dessa garantia fundamental, instruindo os cidadãos e ampliando as formas de acessibilidade, desde que atento as questões estruturais de possibilidade de atendimento da demanda de forma satisfatória. Dentre os mecanismos já criados destacamos os juizados especiais, a assistência judiciária gratuita, as defensorias públicas aos hipossuficientes, além dos meios alternativos de solução dos conflitos – conciliação e mediação (autocompositivo) e arbitragem (heterocompositiva).

A mediação digital surge como neófita hipótese de especialização de acesso universalizado, para que de modo mais célere, econômico e eficaz, possa ser instrumento de uma nova política pública de solução volitiva de problemas, tudo por meio virtualizado. Virtualizado, pois, sob o enfoque da filosofia, exprime algo que existe apenas em potência (rede mundial de computadores), estando à disposição dos contendores, mas não remetendo em ato concreto em que pertença à existência do indivíduo (ser humano).

De acordo com Spengler e Pinho[13], a mediação digital deve ser ofertada a todos os cidadãos (universalização), de forma igualitária (infoinclusão digital), englobando-se os chamados "excluídos digitais", para que se possa buscar os caminhos do acesso virtual da Justiça.

Nesse cenário, é possível questionar se somos integrantes e formadores das relações de uma nova "onda renovatória de acesso à Justiça"?

Na verdade, a tecnologia surgiu de forma célere e forçada em alguns "espaços institucionais" do próprio Direito, de modo que devem ser superadas as regras burocráticas de procedimentos tradicionais atrelados a um "fetichismo" de estrita legalidade, a imposição de regramentos objetivos de condutas sociais já postas, bem como as dificuldades de acesso à *internet* e ao mundo digital pelos infoexcluídos, passando-se a uma fase de maior envolvimento de toda a coletividade na facilitação na solução dos problemas e avanço de infoinclusão dos povos.

---

[12] "O acesso à justiça, assegurado constitucionalmente, não vem sendo aplicado de modo irrestrito a todos os cidadãos. A desigualdade econômica possui graves consequências também no processo civil. Assim, ainda que o novo CPC tenha trazido significativos avanços buscando maior efetividade e celeridade processual, como é o caso da arbitragem e mediação, verifica-se que tais hipóteses são de aplicabilidade mitigada, já que uma camada da população não possui recursos financeiros aptos a tais medidas.". In: SILVA; BARBOSA, (2016).

[13] SPENGLER; PINHO, (2018), pp. 235-236.

2.3. Por uma mudança da cultura jurídica para o sucesso da mediação digital

Prosseguindo na análise do tema, é possível verificar importantes avanços no cenário jurídico atual, com a possibilidade de resolução dos conflitos por meios alternativos de solução de problemas (ajustamento de conduta, ajustamento de gestão, transação, compromisso, cessação de conduta lesiva, acordos de leniência, dentre tantos outros instrumentos).

Igualmente, verifica-se no mundo hodierno a possibilidade de se acessar à Justiça por meio eletrônico a fim de se restabelecer a comunicação entre as partes, de maneira informal, sem a imposição de regras, especialmente que poderá ser potencializada pelo uso da mediação digital.

Todavia, como asseveram Silva e Barbosa[14], mesmo que, em tese, tais medidas inovadoras possam ser aplicadas, ainda haverá a necessidade de superar uma limitação estrutural dos órgãos judiciários, visto como órgãos adjudicadores de conflitos de individuais dentro de um "sistema capitalista e burguês".

Apesar de sua grande importância, o sistema estrutural estatal (jurisdicional) é dos tempos de outrora, o que acarreta morosidade de processos, elevado valor das custas judiciais e inefetividade da jurisdição[15], cabendo uma reestruturação sob o aspecto jurídico-cultural, operacional, organizacional e instrumental, incluindo a obrigatoriedade do uso de plataformas digitais no âmbito dos tribunais e juízos de primeira instância, algo extraído a "fórceps" em tempos de distanciamento social imposto pela pandemia de 2019 (em diante).

De fato, outros tipos de conflitos também passaram a ser submetidos ao crivo judicial, como aqueles de interesses metaindividuais (complexos), envolvendo direitos difusos e, ainda, conflitos referentes a pequenos litígios (simplórios), com pouca importância pecuniária. Logo, é preciso tornar sólida a mudança da cultura jurídica para que o Poder Judiciário esteja preparado a oferecer resposta de forma adequada, dinâmica e célere, ampliando os canais de participação dos cidadãos (infoinclusão digital).

Para esse fim, é importante a facilitação do acesso à Justiça e a utilização de mecanismos integrados de solução de problemas, a exemplo da

---

[14] SILVA; BARBOSA, (2016).

[15] "[...] neste contexto histórico, as falhas estruturais da instituição do Poder Judiciário – não preparada para atender às necessidades emergentes da nova ordem social – levou a uma crise do Direito. Este, ao ter alterado o seu centro de gravidade, não identificou prontamente sua verdadeira essência.". In: MARTINS, (2012), p. 95.

autocomposição pela mediação[16], sempre com a ideia do dever de cooperação entre os sujeitos do processo.

Na verdade, a cultura adversarial e litigiosa no processo civil ordinário, dentro de uma relação angular (autor, juiz e réu), que induz a um mundo de sucesso ou insucesso sob ideia equivocada de vencidos e vencedores, deve passar a abrir novos espaços para a utilização de práticas autocompositivas, discursivas e inter-relacionais, com advento de soluções negociadas pelas próprias partes, na busca do melhor resultado de direito que se ajuste ao caso posto, pautado na promoção da Justiça e das prementes necessidades sociais mínimas.

De acordo com a observação de Humberto de Pinho, o Código de Processo Civil, em seu art. 3.º, *caput*[17], trouxe o comando no sentido de que não se excluirá da "apreciação jurisdicional" ameaça ou lesão a direito, ampliativo ao espectro protegido no art. 5.º, XXXV, da Constituição da República brasileira – "apreciação do Poder Judiciário" –, de forma a concretizar um ajuste ao cenário contemporâneo na possibilidade de solução de problemas por meios compositivos[18].

Do acima posto, se coloca necessária uma mudança da cultura jurídica (brasileira), ainda predominantemente de cultura litigante, passando à fase de construção de uma sociedade colaborativa na resolução de suas lides e problemas decorrentes de pretensões resistidas.

2.4. Por uma nova política pública do acesso à jurisdição

Pode-se conceituar política pública como uma tentativa de intervenção na realidade social, com o fim de mudança ou controle de uma circunstância indesejada que demandaria uma ação transformadora[19].

---

[16] "Atualmente, a mediação vem sendo difundida e utilizada como possibilidade de tratamento mais adequada à complexidade conflitiva, pois propõe uma "outra cultura", que vai além da jurisdição tradicional, inovando através de práticas consensuadas e autônomas que devolvem ao cidadão (responsabilizando-o) a capacidade de lidar com a litigiosidade inerente à sua existência.". In: SPENGLER; PINHO, (2018), p. 250.

[17] art. 3.º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. [...].

[18] "Por isso, o art. 3.º do NCPC, ao se referir à apreciação jurisdicional, vai além do Poder Judiciário e da resolução de controvérsias pela substitutividade. O dispositivo passa a permitir outras formas positivas de composição, pautadas no dever de cooperação das partes e envolvendo outros atores. In: PINHO, (s.i.). [19/05/2021]. Disponível em: http://conhecimento.tjrj.jus.br.

[19] SCHMIDT, (2016).

De acordo com a Resolução n.º 125, de 29/11/2010, do Conselho Nacional de Justiça[20], a mediação está inserida na política pública de tratamento de conflitos, visando que a jurisdição seja aplicada com eficácia e modernização.

Como observa Maria Eduarda Copetti[21], o Poder Judiciário ao adotar uma política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses, acaba por absorver a responsabilidade de zelar pela efetividade e celeridade na sua jurisdição. Para alcançar esse objetivo, vislumbra-se a possibilidade de induzir a celebração de um novo Pacto Republicano de Estado[22].

De fato, por ocasião da Reforma do Judiciário, logo após a promulgação da Emenda Constitucional n.º 45, de 2004, os três Poderes se reuniram para criar o I Pacto Republicano de Estado, como uma alternativa para melhor desempenho do Poder Judiciário, envolvendo temas sobre eficiência dos julgamentos; celeridade de tramitação dos processos; reforma do sistema recursal e dos procedimentos; acesso à Justiça; juizados especiais e justiça itinerante; execução fiscal; precatórios; graves violações contra os direitos humanos; informatização; produção de dados e indicadores estatísticos[23].

Posteriormente, no ano de 2009, surgiu a celebração o II Pacto Republicano de Estado, por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo, objetivando aprimorar as medidas do I Pacto e adotar outras novas, tais como o acesso universal à Justiça, especialmente dos mais necessitados; o aprimoramento da prestação jurisdicional, mormente pela efetividade do princípio constitucional da razoável duração do processo e da prevenção de conflitos, dentre outras questões minudentes[24].

---

[20] "[...] cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação; [...]".

[21] COPETTI, (s.i.). [19/05/2021]. Disponível em: http://semanaacademica.org.br.

[22] "Os Pactos Republicanos consistem em um compromisso firmado entre os chefes dos três Poderes da República Federativa do Brasil para a implementação de modificações no ordenamento jurídico e de outras medidas, objetivando o aperfeiçoamento do aparelho estatal." In: BORBA; PINHEIRO, (s.i.). [20/05/2021]. Disponível em: http://jus.com.br.

[23] BORBA; PINHEIRO, (s.i.). [20/05/2021]. Disponível em: http://jus.com.br.

[24] *Ibidem*.

Importante apontar a recente Resolução n.º 335, de 29/11/2020, do Conselho Nacional de Justiça[25], que dispôs da política pública nacional de gestão e governança do processo digital, unificando-o nos tribunais brasileiros com a criação da denominada "Plataforma Digital do Poder Judiciário Brasileiro".

Logo, no esforço pela melhor prestação jurisdicional, verifica-se a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento da mediação digital, como mecanismo consensual de solução de controvérsias, que caminha a passos tênues ainda.

2.5. Vantagens e desvantagens da mediação digital

A mediação digital é instrumento efetivo de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e sua utilização tem trazido vantagens; porém, também existem desvantagens a serem enfrentadas[26], como veremos adiante.

Pode-se destacar como vantagens prementes do neófito instituto, a redução a médio prazo da excessiva judicialização dos conflitos de interesses, da quantidade de recursos processuais e de execução de sentenças, sendo instrumento eficaz para o desafogamento das lides judiciárias brasileiras, com diminuição da sobrecarga de trabalho das estruturas judiciárias. De outra banda, destaca-se, também, o fato de ser fomento a um meio de infoinclusão digital, potencializando o exercício da cidadania plena.

É importante lembrar, os aspectos referentes à maior celeridade, informalidade, desburocratização, efetividade e concretude/maximização de direitos, oportunizando-se, ainda, a homologação do acordo celebrado perante um juiz togado para formação de título executivo judicial.

Além disso, diante da circunstância excepcional da pandemia (2019), o uso da mediação digital tem-se mostrado de grande utilidade para a solução de conflitos e realização de audiências à distância, sem a presença física das partes e de terceiros, durante todo o período de distanciamento social.

Mais um aspecto de grande relevância na mediação digital é a manutenção das relações primevas, isto é, que possuem maior carga emocional nas

---

[25] "Institui política pública para a governança e gestão de processo judicial eletrônico. Integra os tribunais do país com a criação da Plataforma Digital do Poder Judiciário Brasileiro – PDPJ-Br. Mantém o sistema PJe como sistema de Processo Eletrônico prioritário do Conselho Nacional de Justiça.".

[26] "Se, de um lado, a mediação *on-line* aproxima virtualmente os mediandos e o mediador, evitando gastos com deslocamentos e dispêndio de tempo, por outro, inviabiliza o contato pessoal (cara a cara) e dificulta a ampla percepção e captação dos sentimentos, das angústias, dos interesses subjacentes ao conflito, o que pode prejudicar o procedimento de construção do consenso.". In: PINHO, (s.i.). [19/05/2021]. Disponível em: http://conhecimento.tjrj.jus.br.

lides em que se aplica a espécie autocompositiva, sendo um meio eficiente para restabelecer o diálogo entre as partes muitas vezes rompido quando do surgimento do conflito.

Ademais, cabe mencionar o fato de que a solução advirá pela coconstrução das próprias partes interessadas, tudo sob facilitação de terceiro imparcial.

Outras vantagens estruturais são a economicidade e a agilidade na resolutividade dos problemas, encurtando-se tempo, recursos materiais e humanos.

De outra parte, é preciso mencionar as desvantagens existentes na utilização da mediação digital como técnica autocompositiva.

Assim, torna-se meio alternativo contingente, isto é, que exige condicionante de inclusão digital para que seja potencializado no exercício da cidadania plena, não abarcando os infoexcluídos, por vezes por falta de instrução e de conhecimento quanto aos meios eletrônicos de comunicação disponíveis. Tais questões referentes à falta de conhecimento e de instrução são óbices potenciais a não permitir a adaptação das pessoas aos novos meios de comunicação. Muitas vezes é o desconhecimento pessoal e ausência de *expertise* mínima que impedirão o domínio de ferramentas eletrônicas e da *internet*, não estando ligadas – diretamente - a questões econômicas, mas, também, sem excluí-la em concorrência como vetor de acessibilidade aos mecanismos indispensáveis.

Assim, em prejuízo concorrente, essas dificuldades se agravarão quando dizem respeito aos hipossuficientes. Segundo noticiado pelo Banco Mundial no "Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial: Dividendos Digitais (2016)", quatro bilhões de pessoas não tinham acesso à internet, quase dois bilhões não utilizavam telefone celular, e quase meio bilhão viviam fora de áreas com sinal de rede móvel[27].

Ainda no exame das desvantagens podemos mencionar a existência de problemas estruturais, como a ausência de conectividade ampla na rede mundial de computadores, a exigência de suporte técnico e a carência de tecnologia adequada disponível as partes.

A título de ilustração, em recente auxílio emergencial concedido pelo governo federal brasileiro, aproximadamente 67 milhões de brasileiros ascenderam – compulsoriamente – na plataforma da empresa pública federal – Caixa Econômica Federal - para recebimento de benefício pago por meio de uma poupança digital. Todavia, foram registradas dificuldades de resposta no aplicativo quanto à inscrição no cadastro, consultas e transações posteriores,

[27] Fonte: Banco Mundial, 2016.

fatos que se espraiam passado mais de um ano da implementação da política de benefício assistencial.

Às desvantagens acima elencadas, somam-se a perda sensorial das "pistas" sobre o ponto base do conflito (ex. escuta ativa, comunicação ativa, empatia, dentre outros), o que acabaria por prejudicar o objetivo de mudança de perspectiva das pessoas e de seus sentimentos envolvidos na lide. Assim, em questões mais sensíveis, a falta do ambiente presencial e de proximidade pode reduzir as chances de sucesso do procedimento, sobretudo durante a realização das *caucus*, isto é, reunião presencial entre o mediador e os mediados.

Sem prejuízo das fragilidades antepostas, cabe mencionar os desequilíbrios de poder existentes em sociedade. Sobre a questão, Owen Fiss[28] alerta que, em culturas ou comunidades nas quais os desequilíbrios de poder predominam – política, econômica, laboral ou social –, essas estruturas digitais merecem maior cuidado ao serem implantadas (ou transplantadas), posto que possivelmente manipuláveis em desfavor da parte hipossuficiente da relação posta sob mediação.

O uso de ferramenta digital traz ausência de aderência aos problemas e culturas locais, sejam eles comunitários, dramas familiares, dificuldades regionais, dentre outros. Sendo o território brasileiro de porção continental, *verbi gratia,* um mediador sulista não teria, em tese, empiricamente, experiência para condução de *cases* de mediação nortistas. Os costumes, os valores, os ideais e os propósitos regionais devem até se equalizar no plano normativo, como fenômeno de redução de desigualdades de um único povo, mas não podem ser afastados de sua realidades locais para solução de controvérsias.

Além disso, predomina na sociedade certa desconfiança do método de resolução de conflitos não estatal (privatístico), decorrendo uma ideia de crise de legitimidade, onde residiria certa desconfiança quanto à idoneidade e a boa-fé do procedimento em si, onde a lógica de atuação de mediação privada possa trazer consigo certa carga indutiva ao desfecho (papel do mediador), com encaminhamento para construção pelas próprias partes de autossolução na disputa de interesses postos, sobressaindo, aqui, eventual melhor condição de resolutividade a um dos envolvidos, atividade típica do objeto de transação negocial em matéria de direitos disponíveis, cuja adjudicação estatal, em tese, não restaria influenciada pelos critérios de imparcialidade, equidade e justeza.

Podemos ainda apontar como critério de desfavoritismo, o alto custo cobrado por hora de facilitação e de comunicação entre as partes perante

[28] CRESPO, (2008), p. 108.

as câmaras de conciliação e mediação privatísticas, de acordo com o valor estimado da causa, isto é, em patamar brasileiro inicial de até R$40.000,00 (quarenta mil reais), a desaguar numa especialização focada ao direito empresarial.

Tem-se, por fim, a questão acerca das regras de confidencialidade aplicáveis ao procedimento autocompositivo que poderão vir a ser colocadas em xeque na utilização da mediação digital, isto é, presente numa plataforma da rede mundial de computadores.

Por todo o exposto, é essencial que haja um esforço contínuo para enfrentar as desvantagens existentes, em regime de colaboração de todos os sujeitos do processo, fazendo predominar as vantagens do uso das plataformas digitais nas neófitas mediações virtuais.

2.6. Da juridicidade da mediação digital

A mediação digital no continente Europeu foi inspirada na Diretiva n.º 11/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, que normatizaram a resolução alternativa de litígios consumeristas, criando-se, assim, uma plataforma digital (RLL) para facilitar essa atividade (Regulamento UE n.º 524/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho União Europeia, de 21/05/2013, sobre a resolução de litígios de consumo em linha).

No Brasil, a evolução do instituto teve início com a Lei federal n.º 11.419/2006, que dá formato eletrônico no acesso à Justiça (inicialmente nos tribunais)[29]. Posteriormente, o Decreto federal n.º 6.991/2009 tratou da política de inclusão digital do governo central[30].

Ainda, o Decreto federal n.º 7.175/2010 (revogado), regulamentava o Programa Nacional de Banda Larga, a fim de fomentar e difundir o uso de serviços de tecnologia da informação[31]. De grande importância, como já visto em linha atrás, tivemos a Resolução n.º 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, que dispôs dispor sobre a política judiciária de mediação e conciliação[32].

Um notável avanço na matéria se deu com a edição do Novo Código de Processo Civil brasileiro – Lei federal n.º 13.105/2015 -, ao estabelecer a promoção, sempre que possível, da solução consensual dos conflitos (arts.

[29] Dispõe sobre a informatização do processo judicial, e dá outras providências.

[30] Institui o Programa Nacional de Apoio à Inclusão Digital nas Comunidades – Telecentros.BR, no âmbito da política de inclusão digital do Governo Federal, e dá ouras providências.

[31] Institui o Programa Nacional de Banda Larga PNBL, e dá outras providências.

[32] Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.

165.º a 175.º)[33], além de impor o dever de colaboração das partes no processo (art. 334.º)[34].

A lei federal n.º 13.140/2015, denominada Lei de Mediação brasileira, aplicável inclusive na administração pública, contém previsão expressa de utilização da atividade na forma digital[35]. Decorrendo do normativo anteposto, o Enunciado n.º 58, aprovado na "I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios" do Conselho da Justiça Federal, realizada em Brasília nos dias 22 e 23/08/2016[36], consolidou o uso da mediação por meio eletrônico em qualquer tempo e grau de jurisdição.

Além disso, no primeiro semestre de 2016, o Conselho Nacional de Justiça elaborou portal de livre acesso ao cidadão denominado "Mediação Digital: a justiça a um clique"[37]. Nesse portal, depois de efetuado um cadastramento prévio, o usuário poderia descrever o seu conflito e com isso se abria

---

[33] Art. 165.º. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. […]; art. 166.º. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. [...]; art. 167.º. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional. [...]; art.º. 168. As partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação [...]; art.º 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

[34] Art. 334.º. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

§ 1.º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária.

§ 2.º Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes. [...].

[35] Art. 46.º. A mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo. [...].

[36] Enunciado n.º 58. A conciliação/mediação, em meio eletrônico, poderá ser utilizada no procedimento comum e em outros ritos, em qualquer tempo e grau de jurisdição.

[37] Fonte: CNJ – Conselho Nacional de Justiça. Mediação Digital: a justiça a um clique. [21/05/2021]. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/mediacaodigital/.

um canal de diálogo com o outro conflitante, para que mediante a técnica da mediação digital pudessem ser construídas, pela via da facilitação, hipóteses consensuadas pelas próprias partes para pôr fim à contenda descrita.

Recentemente, como já dito alhures, a Resolução n.º 335, de 29/09/2020, do Conselho Nacional de Justiça, instituiu a política pública para a governança e a gestão de processo judicial eletrônico; dispôs sobre a integração dos tribunais do país com a criação da Plataforma Digital do Poder Judiciário Brasileiro – PDPJ-Br e manutenção do sistema PJe como processo eletrônico prioritário do Conselho Nacional de Justiça[38].

Por derradeiro, a Resolução n.º 358, de 02/12/2020, do Conselho Nacional de Justiça, dispôs sobre a criação de soluções tecnológicas para a resolução de conflitos pelo Poder Judiciário (mediação e conciliação)[39], impulsionada sua normação – em estado de emergência, isto é, pelos sucessivos fechamentos físicos dos fóruns locais, medida administrativa adotada por razões sanitárias e de distanciamento social, visando a contenção de propagação do novo coronavírus (2019).

Assim, existe regulamentação suficientemente capaz acerca da matéria no ordenamento jurídico europeu e brasileiro para supedâneo de juridicidade de aplicação do neófito instituto, restando assegurar-se a sua eficácia plena no plano realístico, sem prejuízo da ampliação do arcabouço normativo, por meio de normas específicas para melhor adequação na busca de produção de resultados sociais desejáveis.

2.7. Da capacitação profissional dos mediadores digitais

Em que pese a mediação ser técnica autocompositiva já experimentada no meio jurídico, será necessária a capacitação, treinamento, atualização e reciclagem permanente de magistrados, servidores, conciliadores e mediadores para utilização de métodos virtuais consensuais de solução de conflitos.

Além disso, há diferença substancial entre condução presencial e a condução telepresencial (digital). Nesse ponto, como observa Humberto de Pinho[40], é importante que os mediadores *online* tenham capacitação técnica, habilidade e familiaridade com as particularidades desse ambiente virtual.

---

[38] Art. 1.º. Fica instituída a política pública para a governança e gestão de processo judicial eletrônico, integrando todos os tribunais do país com a criação da Plataforma Digital do Poder Judiciário Brasileiro – PDPJ-Br, mantendo-se o sistema PJe como sistema de Processo Eletrônico prioritário do Conselho Nacional de Justiça.

[39] Art. 1.º. Os tribunais deverão, no prazo de até 18 (dezoito) meses a contar da entrada em vigor desta Resolução, disponibilizar sistema informatizado para a resolução de conflitos por meio da conciliação e mediação (SIREC). [...].

[40] PINHO, (s.i.). [19/05.2021]. Disponível em: http://conhecimento.tjrj.jus.br.

De outra parte, os centros de mediação privados especializados acabam por suplantar a ideia de eficiência publicista, até pelo volume das demandas, filtrado pela capacidade econômica de estar num *locus* melhor estruturado.

Tais fatos demonstram a necessidade de melhor regular os critérios de qualidade que garantam o adequado funcionamento do procedimento da mediação digital, com vistas a eficiência do método autocompositivo.

2.8. Da doutrina e seus dogmas mínimos

As discussões doutrinárias sobre o tema são dotadas de tibieza considerado ser o instituto neófito, dependente de construção acadêmica sólida a partir da utilização de métodos científicos idôneos. Assim, a matéria ainda carece de maior conhecimento e embasamento doutrinário que lhe dê supedâneo para indispensáveis estudos com maior difusão do conhecimento.

É interessante colacionar a observação de José Carlos de Almeida Filho[41], segundo o qual ainda se avista uma grande resistência quanto à implantação de meios eletrônicos, seja no sistema judicial, seja no próprio ordenamento controlador da sociedade. Tal fato acaba por influenciar na carência de estudos básicos sobre Direito Eletrônico, embora imprescindíveis para um maior aprofundamento de questões referentes à mediação digital e acesso virtual à jurisdição.

Portanto, é necessário desenvolver um maior volume de estudos doutrinários acerca do tema, a partir do seus marcos e referenciais teóricos partindo de sua base, isto é, dos seus conceitos principiológicos, imprescindíveis à definitividade da escolástica jurídica clássica.

3. Encaminhamento final

A mediação digital pela *internet* é meio - idôneo e eficaz - alternativo na resolução de controvérsias, utilizada como neófito instrumento publicista e privatístico de acesso à Justiça na busca da tutela de direitos individuais e coletivos.

Para maximização de seus impactos positivos será necessário tornar o novo método de solução de litígios acessível a todos, por meio da infoinclusão digital e do desenvolvimento de uma cultura de colaboração voltada à satisfatividade de resultados. Essa inovação deve ser compreendida dentro do contexto de uma política pública permanente de acesso à jurisdição.

Sem prejuízo de uma carência doutrinária específica da matéria, como num contexto do Direito Eletrônico no todo, há juridicidade capaz de dar

[41] ALMEIDA FILHO, (2015), p. 48.

supedâneo a utilização do meio alternativo com vantagens muito mais superiores as desvantagens escrutinadas no presente ensaio.

A qualificação dos operadores do direito, aliada a uma melhor capacitação do terceiro imparcial (mediador) para uso de ferramentas tecnológicas propiciará a confiança, celeridade e segurança jurídica indispensável ao meio adequado da solução de problemas submetidos à mediação digital.

Concludentemente, a mediação digital é meio tecnológico capaz de promover uma célere realização da Justiça, pela via da resolução alternativa de disputas entre indivíduos, desde que estejam em posição de igualdade material na relação jurídica mediada. Depende de um melhor planejamento na inclusão digital do cidadão, com difusão horizontal de maior aderência pela sociedade em grau de efetividade, tudo como nova movimento dialógico de uma possível "onda renovatória de acesso à Justiça", premente de uma transição digital segura, eficaz e fincada numa nova política pública de infoinclusão digital.

Referências

a) Citada

ALMEIDA FILHO, José Carlos de, *Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico. A informatização judicial no Brasil.* 5.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BORBA, Rodrigo Rosa; PINHEIRO, Linda Yang Gil Lima, "Os pactos republicanos brasileiros". (s.i.). [20/05/2021]. Disponível em: http://jus.com.br.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, "Mediação Digital: a justiça a um clique". Brasília. (s.i.) [21/05/2021]. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/mediacaodigital/. 2021.

COPETTI, Maria Eduarda Granel, "Mediação e Conciliação: políticas públicas de resolução de conflitos complementares à jurisdição**"**. (s.i.). [19.05.2021]. Disponível em: http://semanaacademica.org.br.

CRESPO, Mariana Hernández, "A systemic perspective of ADR in Latin America: enhancing the shadow of the law through citizen participation". *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, n. 91, 2008.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, "Enunciados aprovados na I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios". Brasília. (2016). [21/05/2021]. Disponível em: http://www.cjf.jus.br.

MARTINS, Daniela Dias Graciotto, "O acesso à justiça frente às crises do direito, da Administração da justiça e do juiz". SIQUEIRA, Dirceu; OLIVEIRA, Flávio Luís de (Org.), *Acesso à Justiça: uma perspectiva da democratização da administração da justiça nas dimensões social, política e econômica.* São Paulo: Boreal Editora, 2012.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de, "A mediação online e as novas tendências em tempos de virtualização por força da pandemia de covid-19". (s.i.). [19/05/2021]. Disponível em: http://conhecimento.tjrj.jus.br.

SCHMIDT, João Pedro, "Condicionantes e diretrizes de políticas públicas: um enfoque comunitarista da transformação social". *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. UniCEUB, Brasília, v. 6, n. 3, dez-2016.

SILVA, Guilherme Barbosa da; BARBOSA, Amanda Querino dos Santos, "Acesso à justiça e desigualdade social: reflexos na efetivação dos direitos fundamentais". *Revista Cidadania e Acesso à Justiça*. Brasília, v. 2, n. 1, jan.-jun./2016, pp. 913-933.

SPENGLER, Fabiana Marion; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de, "A mediação judicial de conflitos como política judiciária de acesso à justiça no Brasil". *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 72, jan./jun. 2018.

b) Outra

GASTALDI, Suzana, "As ondas renovatórias de acesso à justiça sob enfoque dos interesses metaindividuais". Revista *Jus Navigandi*, n. 3817, Teresina, ano 18, 2013. (s.i.). [18/05/2013]. Disponível em: http://jus.com.br/artigos/26143.

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E MEDIAÇÃO ELETRÔNICA: POSSIBILIDADES

Fernanda Karoline Oliveira Calixto[1]

RESUMO: Este trabalho discorre sobre o uso da mediação eletrônica pela Administração Pública. Discorre inicialmente acerca do paradigma da consensualidade como parâmetro da Administração Pública e do uso de métodos de resolução de conflitos não-adversariais. Na sequência, aponta as características da mediação eletrônica, entre as variadas possibilidades dos Online Resolution Dispute. Por fim, aponta possibilidades de seu uso pela Administração Pública. A metodologia empregada é crítica e faz uso da pesquisa em referencial teórico da área do direito administrativo e da teoria da mediação, assim como pesquisa documental em normas de teor jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Administração Pública; ODR; Mediação eletrônica.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Métodos consensuais na Administração Pública; 1.1. Consensualidade como parâmetro da atuação administrativa; 2. Mediação eletrônica; 2.1. Conceito de ODR; 2.2. Elementos e características da mediação eletrônica; 3. Mediação eletrônica pela administração; 3.1. Aplicações; 3.2. Vantagens da mediação eletrônica para a Administração Pública; 3.3. Desvantagens da mediação eletrônica para a Administração Pública; Conclusões; Referências.

ABSTRACT: This paper discusses the use of electronic mediation by the Public Administration. Initially, it discusses the consensual paradigm as a parameter of Public Administration and the use of non-adversarial conflict resolution methods. The following points out the characteristics of electronic mediation, among the varied

[1] Doutoranda em Ciências Jurídicas Públicas (UMINHO). Mestra em Direito Público (UFAL). Pós-graduada em Direito Administrativo e em Direito do Controle e Combate à Corrupção. Analista do Ministério Público do Estado de Alagoas (Brasil). Professora da Universidade de Ciências da Saúde de Alagoas (UNCISAL) e do Centro Universitário CESMAC. Sócia do Instituto de Direito Administrativo de Alagoas (IDAA).

possibilities of Online Resolution Dispute. Finally, it points out possibilities for its use by the Public Administration. The methodology used is critical and makes use of research in the theoretical framework of the area of administrative law and mediation theory, as well as documentary research in norms of legal content.

KEYWORDS: Public administration; ODR; Electronic mediation.

SUMMARY: Introduction; 1. Consensus methods in Public Administration; 1.1. Consensuality as a parameter of administrative; 2. Electronic mediation; 2.1. Concept of ODR; 2.2. Elements and characteristics of electronic mediation; 3. Electronic mediation by administration; 3.1. Applications; 3.2. Advantages of electronic mediation for the Public Administration; 3.3. Disadvantages of electronic mediation for the Public Administration; Conclusions; References.

Introdução

O presente trabalho busca realizar uma investigação suscinta acerca das possibilidades de uso da mediação eletrônica, ou mediação online, ou mediação ODR, pela Administração Pública.

A escolha do tema se justifica em face da crescente virtualização das relações jurídicas, até mesmo da Administração Pública, e do incremento do uso de meios não jurisdicionais para solução de controvérsias, cenário este que se impôs em todo o mundo diante das medidas de isolamento social decorrentes da pandemia de Convid-19.

Justifica-se ainda diante de um cenário em que não há plena regulamentação da matéria, fazendo crescerem objeções alusivas à observância do princípio da legalidade estrita pela Administração Pública.

Objetiva-se, neste ínterim, descrever o movimento pela consensualização da Administração Pública, enquanto entidade dialógica que se situa num Estado pluriclasse, numa sociedade democrática de Direito, e citar os critérios que se tem adotado para delimitar o espaço de disponibilidade da Administração Pública, frente aos conceitos de legalidade e eficiência públicas. Este paradigma da consensualidade compreende que atende melhor ao interesse público a solução consensual de controvérsias, que seu arrastamento no âmbito do poder Judiciário ou outras esferas.

Na sequência, busca-se apontar as características dos mecanismos de Online Resolution Disputes, enfocando a mediação eletrônica e seus principais elementos, assim como possíveis usos para a ferramenta.

Por fim, o trabalho objetiva indicar algumas das vantagens e desvantagens para uso desta forma de solucionar conflitos que possam ser aplicáveis à Administração Pública.

A metodologia empregada é de cunho dedutivo, é crítica, e faz uso da pesquisa em referencial teórico da área do direito administrativo e da teoria da mediação, assim como pesquisa documental em normas de teor jurídico. A principal ordem jurídica levada em conta neste trabalho é a ordem jurídica brasileira.

1. Métodos consensuais na Administração Pública

Historicamente, a Administração Pública centrou seu regime jurídico na noção de supremacia do interesse público, o que esteve a justificar todas as suas prerrogativas quando do exercício da função Administrativa ou quando em confronto com os particulares.

Tratava-se da lógica do Estado Liberal aplicada aos atos administrativos, a impor uma atuação administrativa verticalizada e autoritária, apesar de restrições severas à intervenção na propriedade e liberdade privadas. Apesar disso,

> *quando o Poder Público fosse chamado para atuar (notadamente para proteger a liberdade, a vida e a propriedade dos indivíduos) deveria fazê-lo com veemência. Suas funções, portanto, até podiam ser poucas em comparação ao que se tem atualmente. Mas eram de máxima importância para os idealizadores daquela forma de sociedade, razão pela qual se exigia uma intervenção impetuosa do Estado (FARIA, 2020, p. 115).*

Assim é que se configura o exercício do Poder de Polícia Administrativa, da execução de intervenções no domínio econômico ou na propriedade privada, nas cláusulas contratuais exorbitantes dos negócios jurídicos que celebra, e ainda, nos países com unicidade de jurisdição, como é o caso brasileiro, prerrogativas como prazos em dobro para todas as manifestações em processos judiciais, remessa obrigatória ao segundo grau de jurisdição em todos os processos nos quais tenha havido sucumbência do Poder Público, execução dos seus débitos de forma diferenciada (regime de precatório e requisições de pequeno valor em lugar da tradicional penhora de bens).

Nos países em que se mantém uma dualidade de jurisdição, a própria existência de uma justiça administrativa demonstra o tratamento diferenciado que se confere ao Estado, em nome da noção de Supremacia do Interesse Público.

Por vezes, como produto destas prerrogativas, temos assunção pelo Estado de uma posição autoritária, que não permite o diálogo com o cidadão, não aceita concessões e não leva os interesses destes em consideração na tomada de decisões públicas (SUNDFELD, 2014).

O neoconstitucionalismo e o advento da chamada constitucionalização do direito administrativo fizeram com que as prerrogativas do Estado frente aos particulares necessitassem de revisão, que deveria ocorrer sob as lentes da pre-

servação dos direitos fundamentais estampados nas Cartas Constitucionais e do dever estatal de alcançar uma boa administração da coisa pública (DANTAS, 2020).

O resultado deste processo é que se coloca em xeque o uso pelo Estado do ferramental jurídico ao seu dispor para solucionar conflitos nos quais é parte, uma vez que a crise do Poder Judiciário levou à percepção do alto caráter litigante da Administração Pública, que faz com que conflitos se intensifiquem e se arrastem por anos no Poder Judiciário.

Cuida-se, neste caso, de levantar questionamento acerca do que melhor atende ao interesse público: a judicialização do conflito ou sua solução consensual.

1.1. Consensualidade como parâmetro da atuação administrativa

A consensualidade se apresenta desde que o Estado assume feições democráticas e pluriclasse como o modelo adequado a substituir os modelos de Estado patrimonialista e burocrático.

Acerca do patrimonialismo, seguindo as lições de BRESSER PEREIRA (1996), encontramos aí um modelo de Estado em que o "príncipe" não distingue ou reluta em distinguir o patrimônio público do patrimônio privado, do que resultam práticas administrativas nepotistas e clientelistas. Conforme LIMA (2013, p. 79):

> *A situação indivisa, e desejosamente criada , de promiscuidade entre o público e o privado, amalgamada numa esteira centralizadora, faz com que a administração pública patrimonial arvore seus odiosos resultados na atividade administrativa em detrimento justamente do interesse que deveria preservar: o público.*

O modelo burocrático de Estado, já em busca da substituição de tais práticas, procura basear-se na racionalidade e na impessoalidade nas relações jurídicas que trava. A dominação em virtude do conhecimento é o traço marcante da Administração Burocrática, conforme a perspectiva weberiana (WEBER, 2009).

Entretanto, disfunções podem ser notadas também neste modelo, principalmente no Brasil, que mantém traços patrimonialistas até os dias atuais. Entre as disfunções frequentemente referidas cumpre citar a falta de celeridade nos processos e na prestação de serviços e o excesso de hierarquização das funções e atividades.

Em substituição ao modelo burocrático foi delineado o modelo gerencial, que busca o uso de métodos e técnicas que se aproximem mais das técnicas de gerenciamento das empresas privadas, com foco nas relações com os cidadãos-

-clientes e na eficiência de seus processos, numa sistemática que propõe fiscalização e controle dos processos públicos (LIMA, 2013).

Em que pese seja criticável em certos aspectos é um modelo que se distancia cada vez mais do método contencioso de solução de disputas e construção de decisões, uma vez que enuncia uma ação administrativa com dupla legitimidade:

a. a democrática, decorrente dos meros prognósticos da democracia representativa, já que o exercício do poder ocorre em consonância com as leis determinadas pelo Parlamento, no que revela a soberania popular; e
b. a legal e técnica, que decorre do cumprimento de normas e dos devidos procedimentos com vista a garantir os direitos dos administrados, assim como obter a eficiência ou eficácia da atuação administrativa (LIMA, 2013, p. 94).

A consensualidade, neste contexto, aparece como movimento que passa a permear diversos aspectos das relações jurídicas da Administração Pública, fazendo com que o Estado atue mais por meio de parcerias, convênios, inclua meios de participação popular nos processos de decisão, e passe a adotar os chamados ADR's (Alternatives Resolution Disputes) para, inicialmente, solucionar conflitos nascidos no âmbito dos contratos administrativos e, posteriormente, permitir a submissão de variado número de controvérsias a meios como arbitragem, mediação e conciliação.

> *A grande novidade trazida pelos atos administrativos consensuais (em relação a outras práticas democráticas de atuação administrativa), portanto, está no fato de que essa forma alternativa de desempenho da atividade administrativa funda-se justamente na ideia de que a vontade dos particulares pode/deve contribuir diretamente para a formação da decisão administrativa e, assim, para estabelecer os termos das relações jurídicas que esses particulares possuem com a Administração Pública (FARIA, 2020, p. 120).*

A consensualidade significa, portanto, a adoção de um modelo cooperativo de atuação administrativa, cujo objetivo é substituir o modelo adversarial do direito administrativo. No direito administrativo adversarial temos uma contraposição assimétrica, hierarquizada e autoritária, em termos de poderes, entre o particular e o poder público.

Entre os variados métodos de solução de conflitos fora do exercício da atividade jurisdictional do Estado destaca-se para análise na seção subsequente a mediação, com destaque para a mediação eletrônica, haja vista que trata de meio cujas técnicas buscam justamente o restabelecimento do diálogo entre as partes e a restauração das relações, objetivos especialmente compatíveis com a noção de Administração pública dialógica.

2. Mediação eletrônica

A mediação constitui um procedimento para a autocomposição de conflitos, no qual as partes dialogam numa dada sequência preconcebida sob o acompanhamento de um mediador, cujo objetivo é orientar o diálogo de forma prospectiva e restauradora da relação entre as partes, visando alcançar a solução pacífica da controvérsia.

Como o papel do mediador é limitado e não impositivo de qualquer decisão, MOORE (1998) aponta que se trata de um processo de continuação da negociação em que as partes aceitam voluntariamente um terceiro que os ajudará a chegar a um acordo mutuamente aceitável.

Na mediação, o mediador não faz sugestões nem deve interferir no conflito. Sua expertise reside na investigação do cerne do conflito, o que o leva a identificar e esclarecer junto às partes quais são seus verdadeiros interesses e necessidades.

Este processo é essencial para que o diálogo seja restabelecido e as partes possam deixar de contender com base em posições e visões retrospectivas.

Há pelo menos três modelos de mediação, mais frequentemente difundidos, a partir da experiência norte-americana, conforme SOUZA (2014): a mediação linear, a mediação transformativa e mediação narrativa.

No modelo de mediação linear temos a tradicional negociação orientada, em que o mediador procura dirigir o foco dos participantes para o conflito e como pode ser resolvido, e tira o foco das posições e das pessoas (SOUZA, 2014).

Na mediação transformativa o principal foco é restabelecer o diálogo, posto que se compreende que uma vez restabelecido estarão as partes aptas a compreender o que gerou o conflito e, por conseguinte, solucionar o conflito (SOUZA, 2014).

Na mediação narrativa o mediador concentra-se em reinterpretar a visão das partes acerca do conflito, questionando preconceitos e condicionamentos das partes (SOUZA, 2014).

Os princípios, conforme a lei de mediação brasileira (Lei 13.140, de 26 de junho de 2015) que devem guiar a mediação são: imparcialidade do mediador; isonomia entre as partes; oralidade; informalidade; autonomia da vontade das partes; busca do consenso; confidencialidade; e boa-fé.

Por todas estas características, a mediação se mostra um método muito adequado para dirimir conflitos em relações entre partes que já se conheciam e nos quais é relevante ou necessário para as partes manter relações no futuro. Com isso, é procedimento que se mostra apto até mesmo para a prevenção de litígios.

Tratando-se da Administração Pública, a confidencialidade deve ser compatibilizada com o dever de transparência desta, mas a mesma norma autoriza a realização pela Administração desde que se cuide de direitos disponíveis, ou indisponíveis, mas passíveis de transação.

Consta da norma brasileira, ainda, a autorização para que cada ente federativo crie sua própria Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos, no âmbito de suas Advocacias Públicas, as quais terão competência para: I -dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Quando se fala, porém, em mediação eletrônica, a legislação brasileira possui um único artigo que dispõe sobre o uso de tecnologias de comunicação e informação no processo, a saber: "Art. 46.º. A mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo".

Neste ponto, nos cumpre esclarecer que não basta o uso de tecnologia ou da internet para estarmos diante da mediação eletrônica ou mediação online, quando consideramos o conceito de Online Resolution Dispute, conforme se aprofunda na secção subsequente.

2.1. Conceito de ODR

Os chamados meios Online de Resolução de Disputas (ODR's) nasceram num contexto de virtualização das relações jurídicas entre particulares, como formas que pretendiam solucionar os conflitos nascidos no cyberespaço, a exemplo dos conflitos consumeristas ocorridos no comércio eletrônico de bens e serviços e nos conflitos dos conflitos surgidos em torno da propriedade de nomes de domínio dos sítios eltrônicos. São famosos, neste sentido, os mecanismos do sítio eletrônico E-bay e da ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers), respectivamente (ARBIX, 2015).

Com a ampliação do acesso à internet e dos meios telemáticos de comunicação, os conflitos nesta seara também se ampliaram, superando, inclusive, as fronteiras geográficas, o que frequentemente foi usado como a principal justificativa para o uso dos meios online de resolução de disputas.

Com o cenário da Covid-19, em todo o mundo, nos últimos dois anos, a necessidade sanitária de distanciamento social permitiu uma adaptação quase automática dos sistemas judiciários e de diversas entidades privadas para formas de solucionar conflitos que envolvem mensagens de texto, audioconferências e

videoconferências, além de sistemas eletrônicos hospedados online para dar suporte aos documentos e variados arquivos, conforme a atividade desenvolvida.

Entretanto, nem por isso podemos afirmar que o modelo de resolução online de controvérsias passou automaticamente a ser usado em larga escala.

Isto porque não basta o uso de variantes tecnológicas para que estejamos diante de um mecanismo ODR, o que implica afirmar que a simples transferência dos meios e técnicas presenciais de mediação para uma teleconferência não permite qualificar esta como mediação eletrônica.

Neste sentido, ARBIX (2015) afirma que para esteja configurada uma ODR é necessário que a tecnologia ou o ambiente virtual sejam capazes de funcionar como vetores da solução do conflito, o que alguns chamam de uma quarta parte do processo de mediação, ao lado das partes que suscitaram a solução da controvérsia e do terceiro neutro que os auxiliará.

Não significa necessariamente que a tecnologia assumirá a forma de uma super inteligência artificial, como os filmes de ficção científica fomentam na nossa imaginação. Embora já se possa imaginar iniciativas da ciência da computação associada ao desenvolvimento de tecnologias decisórias, esta quarta parte, especialmente na mediação, irá tão somente prover as demais de conveniências e informações qualificadas, reduzindo a assimetria e desigualdade entre as partes e predizendo cenários possíveis. Isto implica que não se trata de substituição da parte humana por uma inteligência artificial (KATSH, 2014).

2.2. Elementos e características da mediação eletrônica

O uso de tecnologias como canal de comunicação para a realização de mediação não é exatamente novo. E, com a pandemia de Covid-19, se intensificou no âmbito de instituições públicas e privadas. Conforme o que mais se debate hoje sobre a mediação eletrônica é se ela precisaria ser inteiramente conduzida online para ser considerada ODR ou se seria possível qualificá-la assim também quando há a integração de tecnologia em processos presenciais.

Partindo do conceito de ODR anteriormente exposto, este trabalho assume que é possível qualificar como mediação eletrônica qualquer procedimento de mediação que faça uso de tecnologia de informação e comunicação inteligente, que assume o papel de quarta parte do processo, seja o procedimento realizado inteiramente ou parcialmente online, de forma síncrona, ou assíncrona.

O que interessa para esta qualificação é que se tenha na tecnologia um vetor da resolução conflituosa e que as soluções adotadas não sejam unilaterais (ARBIX, 2015).

Não se desconhece, entretanto, que esta conceituação é um avanço em relação a uma visão tradicional da ODR que enfoca os processos online e deixa

em segundo plano os processos apenas assistidos por tecnologia (EBNER; RAINEY, 2020).

Em qualquer caso, são precondições para a mediação eletrônica que as partes possuam um acesso regular e confiável à internet, via computadores ou outros dispositivos móveis e que sejam competentes no uso da respectiva tecnologia.

É pré-requisito, ainda, que as partes se sintam confortáveis no uso da tecnologia que se pretenda usar e que sejam capazes de compartilhar a mesma linguagem. Em não sendo possível, deve haver mecanismos competentes de tradução linguística.

Ademais, a mediação eletrônica requer que sejam garantidos o contexto correto e o grau apropriado de segurança e privacidade para todas as partes.

Podem ser usadas nos processos as já habituais ferramentas de videoconferência e e videochamadas, chats, e-mails e mensagens de texto, em geral, ou, ainda, plataformas especialmente desenvolvidas para este fim, assim como quaisquer tecnologias que sejam capazes de mobilizar a solução dos conflitos, fornecendo informações às partes.

Ao conhecer bem estes instrumentos, o mediador online desenvolverá suas atribuições adaptando a metodologia no andamento processo e moldando as ferramentas ao processo, de modo a permitir a compreensão e o controle do cenário e desenvolver a confiança das partes em conflito.

O mediador online, deve, idealmente, especializar-se no processo eletrônico e desenvolver competências comunicativas específicas, considerando as dificuldades de leitura corporal, de emoções e intenções que podem se colocar como barreiras para a solução do conflito.

Em qualquer caso, a desenvoltura da mediação eletrônica pode representar oportunidades relevantes, mesmo em cenários de normalidade, para entes da Administração Pública, conforme se aponta na seção subsequente.

3. Mediação eletrônica pela administração

Considerando-se que há um dever de consensualidade geral para a Administração Pública e permissão normativa específica para o uso da mediação, inclusive por meios que permitam a comunicação à distância (art. 46.º da Lei brasileira de Mediação), verifica-se haver espaço para o uso da mediação eletrônica nas matérias administrativas.

A tecnologia que se pretenda usar, neste caso, deve ser capaz de predizer cenários e organizar informações para que a tomada de decisão ocorra pelos agentes humanos, devidamente informados, assessorados adequadamente e

eivados de interesse público, no sentido democrático e constitucionalizado do termo.

São muitas as aplicações possíveis. Na subsecção adiante se enumera algumas delas.

3.1. Aplicações

Ao considerarmos que várias são as relações entre Administração Pública e cidadãos que já se desenvolvem num espaço de governo eletrônico, vislumbra-se uma primeira usabilidade das ferramentas de mediação ODR para estas hipóteses.

Entretanto, a pandemia da Covid-19 tem demonstrado que é possível usar de ferramental de tecnologia da informação para dirimir conflitos que se construíram fora do ambiente virtual e ainda assim preservar os benefícios deste tipo de processo consensual de solução de disputas.

No ambiente dos conflitos que já nascem em meio virtual, AMORIM E RODRIGUES (2019) nos apontam como hipótese de incidência relevante para a ODR na Administração Pública os conflitos nascidos nos sistemas de acesso à informação para os cidadãos, no âmbito da transparência pública.

O Brasil possui uma lei de acesso à informação que obriga todos os entes públicos a exercerem transparência ativa e passiva em relação aos dados públicos. Cada ente deve possuir, para o fim de concretizar esta intenção normativa um sistema de acesso à informação disponível eletronicamente para que qualquer pessoa possa solicitar informações dos poderes estatais.

A tramitação do procedimento e as respostas devem ser fornecidas pelo mesmo sistema eletrônico e, havendo recusa de fornecimento da informação devidamente justificada, deve haver a possibilidade de recurso para a autoridade superior também pela via eletrônica.

Eventuais disputas nesta seara parecem amoldar-se adequadamente à resolução pela via da resolução ODR.

O mesmo ocorre no cenário das compras públicas que, devem, preferencialmente, utilizar plataformas eletrônicas no processo de seleção de fornecedores para a Administração Pública.

Também aqui se verifica a existência de portais eletrônicos em plena atividade e utilização pela Administração Pública, por meio dos quais os particulares se cadastram e podem competir nas licitações cadastradas.

Sendo todo o processo realizado pela via eletrônica em portais como o https://www.comprasgovernamentais.gov.br/ e https://www.licitacoes-e.com.br/, nada impediria que eventuais conflitos fossem dirimidos na respectiva pla-

taforma, fazendo uso das ferramentas de Business Inteligence que já constam dos respectivos sítios.

Bem assim, disputas de baixa intensidade relacionadas aos contratos administrativos que resultaram das licitações poderiam com pouco investimento financeiro e tecnológico serem solucionadas nos mesmos portais.

Fora do cyberespaço, conflitos comuns que envolvem serviços públicos poderiam ser encaminhados a plataformas de mediação eletrônica, a exemplo do que já ocorre com os serviços de planos privados de saúde e de aviação civil.

Embora prestados por particulares, são serviços públicos regulamentados e fiscalizados por agências reguladoras no direito brasileiro.

No caso dos planos de saúde é a Agência Nacional de Saúde que acompanha a prestação dos serviços e que foi pioneira na adoção de procedimentos eletrônicos consensuais pré-processuais para dirimir conflitos entre os beneficiários e as operadoras de planos privados de saúde, tais como recusa de cobertura para realização de procedimentos e exames (FREIRE E TOSTES, 2021).

Também a Agência Nacional de Aviação Civil passou a adotar a plataforma eletrônica https:/www.consumidor.gov.br/ para monitorar as reclamações de consumidores de serviços aéreos e buscar a solução consensual quando se instalam conflitos associados a este tipo de serviço (FARIAS, 2020).

Inúmeras outras prestações de serviço que se desenvolvem fora do ambiente virtual poderiam se beneficiar das vantagens de uma mediação eletrônica. Acerca destas vantagens dedica-se a subsecção logo a seguir.

3.2. Vantagens da mediação eletrônica para a Administração Pública

Uma vez que sejam garantidos os pré-requisitos mínimos anteriormente referidos, o interesse público pode se beneficiar do uso de mediação eletrônica para garantir a dialogicidade da Administração Pública em diversos aspectos.

A acessibilidade a uma ordem jurídica justa, que neste caso se traduz na solução pacífica do conflito de modo satisfatório para as partes, é a primeira vantagem.

Tratando-se de um processo informal e de baixa complexidade em que a assimetria de informações pode ser mitigada com o uso da tecnologia, para aqueles que possuam as precondições da realização do processo ODR, a mediação eletrônica representa celeridade, eficiência e economia de recursos, financeiros, humanos e até ambientais.

Em se tratando do poder público uma boa administração implica numa gestão eficiente em diversos aspectos, o que inclui a atualização de seus serviços e a oferta dos melhores serviços possíveis com os recursos que estejam disponíveis.

Outra vantagem é o carácter de elevada transparência que uma mediação eletrônica pode oferecer às partes e a todo cidadão interessado em tomar conhecimento da atuação administrativa, o que facilita o controle social dos atos administrativos.

Este registro permanente dos atos públicos pode, inclusive, servir no futuro para evitar descumprimentos ou resistências das partes na execução dos acordos, uma vez que o processo de mediação em si deve incluir autorresponsabilidade e tudo quanto documento serve para recordar e justificar as decisões consensualmente adotadas.

Ademais, em termos de benefícios gerais EBNER e RAINEY (2020) classificam as vantagens da mediação eletrônica em três categorias: vantagens para as partes, vantagens processuais e vantagens para a sociedade.

Seriam vantagens para as partes, qualquer que seja a sua natureza: a conveniência do ajuste de agendas e conformação de encontros síncronos ou assíncronos, conforme as necessidades de cada um dos atores do processo; as partes conseguirem acessar um mediador experiente em qualquer região geográfica; a existência de diferentes modelos e preços para os serviços de mediação eletrônica, o que dá poder de escolha aos envolvidos (EBNER; RAINEY, 2020).

Seriam vantagens processuais da mediação eletrônica: na mediação assíncrona a caixa de ferramentas do mediador pode ser melhor usada, criando oportunidades de diálogo por trás das cenas; permite-se que as partes trabalhem sem as pressões do face-to-face; há redução do tempo gasto em viagens e a inteligência artificial poder eliminar barreiras de comunicação com tradução simultânea (EBNER; RAINEY, 2020).

Para a sociedade as vantagens seriam da ordem da acessibilidade à justiça, especialmente em momentos de crise e os benefícios ambientais decorrentes da redução de viagens e deslocamentos das partes (EBNER; RAINEY, 2020).

Apesar disso, desvantagens, como se dá em qualquer meio de solução de controvérsias, podem também ser elencadas.

3.3. Desvantagens da mediação eletrônica para a Administração Pública

O principal problema no uso de ODR's diz respeito à efetiva inclusão digital das partes em disputa, uma vez que se não possuírem as precondições de capacitação e conforto no uso da tecnologia, assim como acesso regular e adequado à internet, instaurada estará uma desigualdade na relação que prejudicará todo o processo consensual.

Em processos consensuais, o desenvolvimento de posições de hegemonia não contribui para o diálogo e facilmente pode se instaurar quando a Adminis-

tração Pública participa do processo, dadas suas várias prerrogativas e posição de dominância. Não é diferente quando falamos de ODR's, mas é especialmente preocupante na medida em que seu uso pela Administração Pública é ainda recente.

Bem assim, como ocorre em qualquer procedimento que se desenvolva integralmente no cyberespaço, a forma de comunicação é alterada na mediação eletrônica, o que pode tornar mais desafiador para o mediador perceber nuances comunicativas, como entonação, linguagem corporal e emoções das partes que traduzem seus reais interesses.

Não significa, porém, que isso impeça a mediação eletrônica, mas há de requerer do mediador uma atenção a mais no desenho do processo de solução da disputa e um manejo adequado de sua caixa de ferramentas.

Com o desenvolvimento da tecnologia preocupações de ordem ética também podem surgir, especialmente as associadas a vieses na configuração de algoritmos ou decorrentes das incertezas existentes acerca do funcionamento da aprendizagem de máquina conhecida como *deep learning*.

Há ainda uma preocupação atinente à segurança da informação, especialmente em razão do armazenamento de dados em redes online ou nuvens, o que faz com que matérias e vídeos preservados (sua voz, sua imagem ou documentos) saiam do controle dos que disponibilizaram, uma vez que não se pode garantir que jamais haverá a invasão dos sistemas informáticos ou o rastreamento de dados, perdendo as partes, de certa forma, o controle sobre os dados (EBNER; RAINEY, 2020).

Conclusões

Com a superação, ao menos teórica, da Administração patrimonialista e da Administração burocrática, a concepção de Administração Gerencial, que busca a realização de uma boa administração da coisa pública, se volta para a eficiência e para o diálogo.

A constitucionalização das relações administrativas, neste contexto, direciona o Estado para comportamentos mais democráticos cujo mérito é levar em consideração os interesses manifestados pelos cidadãos em suas tomadas de decisão. A este movimento nomeia-se consensualidade administrativa.

A ampliação da adoção e regulamentação normativa de métodos adequados de solução de controvérsias, tais como arbitragem, mediação e conciliação é também resultado desta configuração consensual e dialógica do que seja o interesse público.

Ocorre que o Estado não pode ensimesmar-se, uma vez que dialoga com os setores econômicos, com os cidadãos e com a sociedade civil organizada e necessita corresponder às expectativas legítimas destes.

Logo, conforme os meios tecnológicos de comunicação e informação se tornam cada vez mais presentes no cotidiano destes atores e se colocam como vetores de prevenção e solução de conflitos, a Administração Pública deve perceber a necessidade de também atualizar suas práticas.

Os Online Resolution Disputes, ou meios eletrônicos de solução de disputas, neste ínterim, não são mera transposição dos mecanismos de Alternative Resolution Dispute já conhecidos largamente em todo o mundo, mas fazem uso da experiência acumulada destes processos e técnicas associados a ferramentas tecnológicas que se tornam vetores da solução de conflitos.

Centrada no diálogo e na restauração de relações jurídicas continuadas, a mediação eletrônica se mostra uma opção relevante para a Administração Pública, seja no espaço de plataformas já existentes para regular relações que se desenvolvem inicialmente no cyberespaço, seja para otimizar a resolução de conflitos que ocorrem no mundo real, mas se beneficiarão do uso da tecnologia em sua resolução.

Referências

AMORIM, Fernando Sérgio Tenório De; RODRIGUES, Ricardo Schneider, A Resolução Online De Litígios (Odr) Na Administração Pública: O Uso Da Tecnologia Como Estímulo À Transparência. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. ISSN 1516-6104. 54 (2019) 171–204. doi: 10.17808/des.54.799.

ARBIX, Daniel Do Amaral, *Resolução online de controvérsias - Tecnologias e jurisdições*. [S.l.] : Universidade de São Paulo, 2015.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos, *A Administração Pública Gerencial: estratégia e estrutura para um novo Estado*. ENAP ed. Brasília : [s.n.].

DANTAS, Bruno, Consensualism, efficiency and administrative pluralism: a research on the implementation of a mediation center in the Federal Court of Accounts. *Revista Jurídica da Presidência*. 22:127 (2020) 261–280. doi: 10.20499/2236-3645.RJP-2020v22e127-2304.

EBNER, NOAM; RAINEY, Daniel, ODR and Mediation. April (2020) 1–45.

FARIA, Luzardo, O fenômeno de consensualização do Direito Administrativo : fundamentos , repercussões e críticas. (2020) 111–143.

FARIAS, Ricardio Arantes De, Um olhar sobre a consensualidade no processo administrativo sancionador da Agência Nacional de Aviação. *Revista Caderno Virtual*. Brasília. ISSN 1098-6596. 3:48 (2020) s.p.

FREIRE, Simone Sanches; TOSTES, Eduardo Chow De Martino, A Nip Da Ans e a Eficiência Administrativa na Resolução de Litígios da Saúde Suplementar. *Rei - Revista Estudos Institucionais*. 7:1 (2021) 54–72. doi: 10.21783/rei.v7i1.604.

KATSH, Ethan, Interview - The Evolution of ODR. 2014).

LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro, *Administração Pública Dialógia*. 1. ed. Curitiba : [s.n.].

MOORE, Christopher W., *O processo de mediação*. 2. ed. Porto Alegre : [s.n.].

SOUZA, Luciana Moessa De, *Resolução consensual de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas*. 1. ed. Brasília : [s.n.]. ISBN 978-85-64593-24-4.

SUNDFELD, Carlos Ari, *Direito Administrativo para céticos*. 2ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2014.

WEBER, Max, *O direito na economia e na sociedade*. 4. ed. Brasília : [s.n.].

MEDIA, FREEDOM OF SPEECH AND JUSTICE: FIGHTING FOR JUSTICE OR CREATING JUSTICE?

Ján Ivančík[1]

ABSTRACT: There is no doubt that the media have an irreplaceable position in democracy. They are often seen as a "fourth branch of power", as they represent the most significant control mechanism. In modern society, it is obviously necessary to protect free media and freedom of speech. However, the world is more and more digitised, and the power of information is increasing rapidly. The effort to inform the general public may therefore easily turn into manipulation with the public opinion and fighting for justice may turn into creation of "justice". In such cases, even the presumption of innocence or other important principles of tort law may be suppressed, in order to comply with the public opinion, based on justice presented in the media. Under such circumstances, is it required to regulate the freedom of speech, or is the "media justice" new phenomenon, which must be taken into account? And what about social media? Are the technology companies entitled to set their own standards for freedom of speech?

KEYWORDS: justice, media, social media, equality, legality, freedom of speech

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Few Remarks on the Principle of Justice and the Position of Media in Modern Society. 3. Seeking or Creating Justice? 4. Conclusion. Bibliography.

1. Introduction

New trends in digitization bring enormous possibilities for sharing information. List of media and their types increases enormously and the target group

[1] PhD. candidate at the Comenius University in Bratislava, Faculty of law, Department of Roman Law, Canon Law and Ecclesiastical Law.

is basically unlimited. In this atmosphere, all types of media participate in the creation of public opinion and expectations of the general public.

These possibilities may lead to accomplishment of noble goals. Where public institutions fail to comply with due exercise of their duties, it may be the media, who fulfil the watchdog position and protect democracy and its principles, also with support of public opinion. On the other hand, this activism may show its averted face, when circumventing even the most crucial principles of rule of law, such as *in dubio pro reo*, resp. presumption of innocence. In such cases, the guilt of specific persons is decided in advance, before any court proceeding. It may be said that where state institutions fail to combat crime and restore justice, some entities must do their job. But what kind of justice is it? Are the media entitled to decide what is just? Is it not enough to investigate and provide the public with important news? Obviously, there are situations, where the state authorities act *contra legem*. How shall the media fight for justice in such situations?

Closely related to this topic is fighting for justice on social media. It is clear that unlimited freedom of speech may lead to consequences contradicting democratic principles. However, is it social media platforms, who shall decide on limitations of freedom of speech in order to protect public interest? In such a case, what is the decisive measure?

2. Few Remarks on the Principle of Justice and the Position of Media in Modern Society

Justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done. This aphorism formulated by Lord Chief Justice Hewart in the judgement R. v Sussex Justices of 1924[2] became known worldwide and it also found its formal way into the case law of the European court of human rights[3]. Topicality of this famous dictum seems to be increasing with the rise of digital media and unprecedented increase of circulating information[4]. Due to these facts, the general public is more and more informed about scandals of famous celebrities, prominent politicians or highest representatives of the judicial system. Such information culminates anger in the public towards accused persons, which results in high demand for swift punishment. Therefore, in many cases the

[2] R v Sussex Justices; Ex parte McCarthy [1924] 1 KB 256, 259.

[3] See e.g. judgement DELCOURT v. BELGIUM (Application n.º 2689/65) of 17 January 1970.

[4] Paradox of the situation is in the fact that the judge Hewart is not remembered as an exemplary or impartial judge. Compare with: OAKES, Anne Richardson; Davies, Haydn, "*Justice must be seen to be done: A contextual reappraisal*", Adelaide Law Review, 37, 2016, p. 461.

appearance of justice seems to be gaining importance over the principles of rule of law valid in every democratic society.

However, the question remains, what shall be understood as "justice". There are numerous perspectives, which may be used to define the principle of justice. We can look at the justice from the position of Greek philosophers and claim that justice is connected with morality and virtue (*areté*)[5], or that justice is what prospers and benefits for the weaker[6]. With Tryphoninus and Roman concept of *ius naturale*, we can say that justice gives to everyone his own, in such a way that any person who has a better claim may not be deprived of it[7]. Or we can focus on the element of equality and freedom[8].

On the other hand, it is also possible that none of these definitions will be universally applicable[9]. Fortunately, it is not the aim of this paper to analyse all possible legal or philosophical approaches to the principle of justice. For our needs, it will be sufficient to outline the prevailing trends in recent application practice.

We have already pointed to the element of equality, which plays a predominant position in the history of European legal and philosophical concepts of justice. Roots of the connection between justice and equality go back to Aris-

---

[5] HOLLÄNDER, Pavel, *Problém spravodlivosti*, Justičná akadémia Slovenskej republiky, [online] available at: https://ja-sr.sk/files/Problem_spravodlivosti.pdf , visited on: 11 April 202, p. 46.

[6] Compare with: BURAJ, Ivan, *Towards Some Characteristics of the Ancient Political Philosophy,* FILOZOFIA, 63 (3), 2008, p. 279 or JUSKO, Štefan, Sokratovská otázka ako filozofický problém. ACTA FACULTATIS PHILOSOPHICAE UNIVERSITATIS ŠAFARIKIANAE, 2018, Košice, p. 34-36.

[7] Tryph. D. 16,3,31: Et probo hanc esse iustitiam, quae suum cuique ita tribuit, ut non distrahatur ab ullius personae iustiore repetitione. (Translation: SCOTT, Samuel Parsons, *The Civil Law, IV*, Cincinnati, 1932See also: GREGOR, Martin, *Spravodlivosť v rímskom práve*, Pocta Jiřímu Rajmundu Treterovi, Praha: Nakladatelství Leges, 2020, p. 141-155.

[8] For more detailed overview of different approaches to justice see: HOLLÄNDER, Pavel, *Problém spravodlivosti,* p. 1-42 or ROVENSKÁ, Denisa, Historické a teoretické východiská spravodlivosti, Prohuman, 2015, [online] available at: https://www.prohuman.sk/psychologia/historicke-a-teoreticke-vychodiska-spravodlivosti visited on: 20 March 2021.

[9] In his famous study on justice, Hans Kelsen analysed the most influential definitions of justice and came to the conclusion that these formulas are either empty in their content, or lead to various consequences or it is scientifically not possible to prioritise any of them. He also differs between relative and absolute justice. See: KELSEN, Hans, *Was ist Gerechtigkeit?* (1953), Reclam, Stuttgart, 2000, p. 32 and foll.

toteles, but this concept is widely applied also in the modern era[10]. It is not only an academic or theoretic approach, but the coherence of justice and equality is also emphasized in most of the modern European legal documents governing fundamental rights and freedoms[11]. Of course, there are numerous philosophical approaches that do not consider equality as a crucial element of justice[12], but the prevailing direction combines inequality mostly with the effort to provide the weaker party with greater benefits[13].

The prevailing legal positivism at the same time seeks justice through the element of legality[14]. If a person does not comply with the legal order, the state

[10] Aristotelian work undoubtedly influenced later work of Roman stoics (e.g. Marcus Tullius Cicero), but also thoughts of Thomas Aquinas. In the 20th century was the connection between justice and equality used mainly by the natural law philosophers. Up to recent days it has been very influential e.g. Gustav Radbruch's Concept of Law, which states that justice shall be understood as equality. From the legal positivists, we may mention Niklas Luhmann. For more see HOLLÄNDER, Pavel, *Problém spravodlivosti,* p. 3 and ALEXY, Robert, Gustav Radbruch's Concept of Law, [online] available at: https://www.upjs.sk/public/media/16913/Gustav%20Radbruch%27s%20Concept%20of%20Law.pdf visited on 11 March 2021.

[11] We can point to the Charter of Fundamental Rights of the European Union, which empathises the equality in the title III, but it also grants most of the rights to "everyone", "every person" or "any citizen". Equality is also highly accentuated in the European Convention on Human Rights.

[12] Perhaps the most illustrative example is in this case the classical utilitarianism, which admits basically any inequalities as long as they would lead to an overall utility. See: BAĎÚROVÁ, Barbora, *Sociálna ekonomika a Rawlsova koncepcia spravodlivosti*. In: ĽAPINOVÁ, E. (ed.): *Sociálna ekonomika a vzdelávanie: zborník vedeckých štúdií*, p. 3 [online, visited on 12 March 2021], available on: https://www.ef.umb.sk/konferencie/sev_2014/pdf/Ba%C4%8Furov%C3%A1.pdf.

Compare with the definition of the utility by Jeremey Bentham in BENTHAM, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1781), Batoche Books, Kitchener, 2000, p. 14 or Mill's approach to utility in MILL, John Stuart, *Utilitarianism* (1879), Floating Press, Auckland, 2005.

[13] Prominent protagonist of the concept of social and economic inequality, which may contribute to justice is John Rawls, who states that "*social and economic inequalities are to be arranged so that they are both (a) reasonably expected to be to everyone's advantage, and (b) attached to positions and offices open to all.*". For more see: RAWLS, John, *A theory of justice* (revised edition), The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 1999, p. 53 and foll.

The idea of inequality leading to more just solutions is also obvious from several modern fields of law, such as consumer law, or employment law. In these fields of law, the weaker party is often provided with more procedural rights, which shall at least partially balance the factual superiority of the opponent. This principle is applied in progressive taxation as well.

[14] Foundations of this legal theory were grounded by Thomas Hobbes and John Austin. For more see: MURPHY, Mark C., *Was Hobbes a Legal Positivist?*, Ethics, 105 (4), 1995, p. 847 and foll.

authorities are obliged to punish such behaviour and restore justice[15][16]. On the other hand, everyone is entitled to do everything, which is not forbidden. This is expressed in the maxim *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*[17]. In this sense justice is intertwined with freedom[18].

The idea of justice is closely tied also with the journalistic occupation. For instance, in the Code of Ethics of the Society of Professional Journalists, one can read in the preamble: "*Members of the Society of Professional Journalists believe that public enlightenment is the forerunner of justice and the foundation of democracy*"[19]. Apart from the task of informing society, protection of the hereof stated values are therefore key roles of media in modern society.

Reason for this statement is that the media not only provide information, but they also identify problems in our society and serve as a medium for deliberation[20]. The call for the protection of free media is therefore continuously an integral part of decisions of the constitutional courts all across the European Union. The German Constitutional Court for instance on numerous occasions emphasized the increasing role of media in opinion formation and characterised

---

[15] In the Czech and Slovak environment it is expressed by a profane phrase "padni komu padni" (loosely translated as "law is law"), which is considered as the ideal state of justice. Paradox situation is in this respect caused by the pandemic crisis related to the coronavirus COVID-19. In numerous countries, there are so many restrictions that it is difficult to assess if these restrictions shall be seen as breach of fundamental rights or if they are necessary for protection of citizens. Moreover, in number of countries the situation is so over-regulated that for an average citizen, it is not possible to have an overview in the tangle of regulations.

[16] For the sake of completeness of our brief overview, we shall mention the corrective ideas that remedy sharp edges of strong legal positivism. In this sense is essential work of Gustav Radbruch, who states in his formulae: "*Preference is given to the positive law, duly enacted and secured by state power as it is, even when it is unjust and fails to benefit the people, unless its conflict with justice reaches so intolerable a level that the statute becomes, in effect, 'false law' and must therefore yield to justice*." For more about his work see: LEAWOODS, Heather, *Gustav Radbruch: An Extraordinary Legal Philosopher*, Washington University Journal of Law & Policy, 489 (2), 2000, p. 500.

Also compare with: SOPER, E. Philip, *Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute*, Michigan Law Review, 75 (3), 1977.

[17] See Art. 49 of the Charter of Fundamental Rights of The European Union or Art. 7 of the European Convention on Human Rights.

[18] For more about the tension between freedom and justice in work of Kant, Hayek, Hart or Dworkin see: ALEXY, Robert, Gustav Radbruch's Concept of Law, [online] available at: https://www.upjs.sk/public/media/16913/Gustav%20Radbruch%27s%20Concept%20of%20Law.pdf visited on 11 March 2021, pp. 7-9.

[19] Code of Ethics of the Society of Professional Journalists. [online] Available at: https://www.spj.org/ethicscode.asp, visited on 29 May 2021.

[20] PAVEL, Camelia, (et al.), *The role of mass media in modern democracy*. The Annals of Dimitrie Cantemir Christian University. Economy, Commerce and Tourism series, 2010, 2(1), p. 112.

freedom of media as the constitutive element for democracy[21]. The Constitutional Court of the Czech Republic stated that media are the decisive factor in the permanent process of shaping opinions and ultimately also formation of the will of individuals, social groups and political institutions[22].

The aforementioned is generally linked with the position of public watchdog, which means that free media shall provide the general public with relevant information and also serve as an independent control mechanism towards public power[23]. However, with increasing digitisation and globalisation, new and new questions arise, including the crucial one - what shall be understood as media?

Obviously, this question may be answered from different points of views. When speaking of data protection of infringed "public figures", the protection of journalists shall be interpreted broadly. In the case of Buivids, the CJEU decided that "*journalistic activities' are those which have as their purpose the disclosure to the public of information, opinions or ideas, irrespective of the medium which is used to transmit them*"[24]. Broad protection of journalists, resp. media shall be also used when speaking of right for information. In this sense, the ECHR ruled that broader access to information shall be granted not only to journalists and NGO workers acting as "watchdog" figures, but also to "*"bloggers and popular users of the social media" who may also be "assimilated" with public watchdogs*"[25]. On the other hand, outside of the European area, we can note opposite recent decisions concerning usage of social networks for journalistic purposes[26].

The problem with the assessment of journalism nowadays lies in the basically unlimited form of modern media. The internet provides a huge variety of formal and informal ways for execution of (pseudo)journalism (e.g. profiles on social media, various forms of bloggers, vloggers etc., which may reach an even

---

[21] *Die Freiheit der Medien ist konstituierend für die freiheitliche demokratische Grundordnung*. See judgments of the German Constitutional Court No. 1 BvR 2020/04 of 10 December 2010, point 23 or 1 BvR 670/91 of 26 June 2002 .

[22] See judgment of the Czech Constitutional Court No. IV.ÚS 23/05 of 17 July 2007, point 30.

[23] This position of media is based on settled case law of the European Court of Human Rights, among others see e.g. judgments Barthold v. Germany No. 8734/79 of 25 March 1985; Lingers v. Austria, No. 9815/82 of 8 July 1986; Financial Times Ltd. and Others v. Great Britain, No. 821/03 of 15 December 2009; Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V. and Others v. Netherlands, No. 39315/06, of 22 November 2012.

[24] See CJEU judgment of 14 February 2019, Buivids, C–345/17, ECLI:EU:C:2019:122, paragraph 53, with reference to judgment of 16 December 2008, Satakunnan Markkinapörssi and Satamedia, C-73/07, EU:C:2008:727, paragraph 61.

[25] See the judgement of ECHR Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary No. 18030/11 of 8 November 2016.

[26] See e.g. judgement of the Supreme Court of the State of Washington in case Green v. Pierce County, No. 98768-8 of 27 May 2021.

bigger audience than classical media), therefore an analysis of *ad hoc* cases is inevitable[27]. The danger of the situation lies in the fact that the assessed subjects are interested in taking advantage of association with journalism, however they do not want to be subject to any regulation[28].

It must be taken into account that although the media enjoy protection as a watchdog entity protecting public interest, they also guard their own interest, resp. interest of shareholders. Therefore, it is easy to betray the objectives and values of journalistic occupation, such as objectivity, autonomy, public service and ethics[29]. With this regard, numerous authors point to the fact that free media serve the aforementioned aim only in highly democratized countries[30]. If we also take into the account the fact that media try increasingly to provide voice to those marginalized[31], there comes out another risk - risk of fight for justice, which is often self-evaluated. The same applies in high-profile criminal cases, mostly against people with dubious reputation, who are not in favour of the public opinion.

3. Seeking or Creating Justice?

Czech historian and journalist Martin Groman in the beginning of his essay on quality decline of Czech journalism wrote: "*The 1990s created not only strong journalistic teams, whose torsos still partially operate, but above all an environment in which journalists and politicians got used to a certain way of coexistence. An environment where journalists, for example, expose iniquities and politicians react to it - sometimes even by resignation, fall of the government, amendment of law, etc. We would find plenty of specific cases where journalists really influenced political developments in the country. Thanks to these cases, some*

---

[27] The size of the audience and the amount of information circulating on social networks perhaps best reflects 1,35 billion active users of Facebook, or 4 billion videos watched daily on Youtube. For more see: SYNKOVÁ, Diana. Sloboda prejavu a internet. Sloboda prejavu a jej limity - IV. ústavné dni, Košice: UPJŠ, 2016, p. 140.

[28] NAPOLI, Philip; CAPLAN, Robyn. *Why media companies insist they're not media companies, why they're wrong, and why it matters*. First Monday, 2017 [online, visited on 25 May 2021], available at: https://journals.uic.edu/ojs/index.php/fm/article/download/7051/6124 .

[29] Compare with: DEUZE, Mark. *What is journalism? Professional identity and ideology of journalists reconsidered*. Journalism, 2005, 6(4), p. 447.

[30] See e.g. WHITTEN-WOODRING, Jenifer. *Watchdog or lapdog? Media freedom, regime type, and government respect for human rights*. International Studies Quarterly, 2009, 53(3), p. 595-625 or JOHNSON, Diane E. *The mass media's dual role: 'watchdog' and guardian of their own interests*. Journal of Public Affairs, 2014, 14(3-4), pp. 369-378.

[31] CORONEL, Sheila. *The role of the media in deepening democracy*. NGO Media Outreach, 2003, p. 6.

journalists became celebrities and with their texts sometimes began to replace politicians, sometimes economists, sometimes even the police or the courts"[32].

This formulation was probably meant in an exaggerated form, however, it sometimes reflects reality. As we have outlined hereof, the key advantage of free media is the possibility to investigate and persuade the public. Media are not bound by legal procedures and rules, therefore they can evaluate and even provoke far easier than the judicial branch of power[33]. On the other hand, the problem is, when a journalist pretends omniscience, or claims greater knowledge than one has[34].

In this sense the media sometimes not only transmit legal norms, but also have a role in creating them, resp. public view on justice[35]. This issue is closely related with provision of narrow information or demonizing of some entities, people or activities, which may result in the exacerbation of the public's lack of understanding of crime and justice[36]. Another side of this topic is enormous public pressure on judicial authorities and law enforcement agencies, which may influence the proceeding and therefore jeopardize the right of the accused person to an impartial trial[37]. As it was already outlined hereof, it is an important right of media to provide the general public with news concerning a criminal proceeding and also to investigate probable structure of the factual situation, however, even in this case the principle *in dubio pro reo* shall not be forgotten[38].

As illustrative recent example may serve the situation in the Slovak Republic. Public trust in the judicial system is in this country rapidly decreasing[39],

---

[32] GROMAN, Martin. *Novináři ztratili sílu. Stali se z nich bezmocní hlídači, přeposílači výroků a youtubeři*. Deník N. Published on 19 August 2020 [online], available at: https://denikn.cz/420800/novinari-ztratili-silu-stali-se-z-nich-bezmocni-hlidaci-preposilaci-vyroku-a-youtuberi/ .

[33] See e.g. the judgement of ECHR in case Prager and Oberschlick v. Austria of 25 April 1995, No. 15974/90.

[34] KOVACH, Bill; ROSENSTIEL, Tom. *The elements of journalism: What newspeople should know and the public should expect*, Three Rivers Press (CA), 2014, p. 131.

[35] Compare with: BANDES, Susan. *Fear factor: The role of media in covering and shaping the death penalty*. Ohio St. J. Crim. L., 2003, 1, p. 585.

[36] Compare with: SURETTE, Ray. *Media, crime, and criminal justice: Images, Realities and Policies, Fourth Edition*, Wadsworth, 2011, p. 182.

[37] Compare with: DUNBABIN, Helen. *"Child Criminals" in the Media: An Analysis of Media Constructions of "Child Criminals" and a Critical Analysis of the Consequences*. Internet Journal of Criminology, 2011.

[38] IVANČÍK, Ján, *Presumption of innocence and the principle in dubio pro reo - modern challenges and origins in Roman law*, Metamorfózy práva ve střední Evropě 2020. Právo a krize. - : 1. vyd., Plzeň: Západočeská univerzita v Plzni, 2020, pp. 127-141.

[39] See e.g. https://newsnow.tasr.sk/crime/up-to-72-of-slovaks-dont-trust-judiciary-second-worst-figure-in-eu/ [online], visited on 18 May 2021.

whereas one of the key problems is prosecution of corruption in high-ranked cases. Huge demand for a change was in this manner connected with murder of investigative journalist Ján Kuciak and his fiancé. This demand resulted in restoration of government, change of political powers after elections in 2020 and was accompanied by a series of initiated proceedings towards leading public officials.

Media have played an irreplaceable position in this process, as they informed on unprecedented corruption schemes, but also published parts of the investigation files. These media activities highly influenced the public opinion, demanding sentences for accused persons, but were also potentially capable of disrupting the investigation[40]. The outcome was extreme pressure on the judicial system, which dealt with high expectations of the general public and in some cases, there came up court decisions contradicting these expectations. At this point, also part of investigative journalists came up with questioning of the process of "media condemnation" even before the trial[41].

The aforementioned well illustrates the reply of the president of the Slovak Constitutional Court Ivan Fiačan to the question, why the constitutional court did not agree with custody for eight arrested judges, accused from bribery: "*The establishment of justice in a state governed by the rule of law must not take the image of ancient Justice, tearing off the scarf and joining the righteous outraged crowd, eagerly seeking use of its sword before weighing the guilt on its scales. Reasonable restraint and caution must be maintained by the judiciary even at the cost of losing popularity in the face of current social mood and public expectations*"[42].

At this point, we shall get back to our main question - is the media's demand for punishment of publicly unpopular persons (sometimes even at the cost of violating procedural rules) characterised as justice? In our opinion, it is contradicting not only the element of equal treatment, but it also contradicts the principle of legality as we have characterised them hereof. In some cases, such behaviour may even backfire with the obligation to pay compensation for

---

[40] For instance, one of the national dailies gained access to secret communication in one of the high-ranked cases and decided to publish it, as "*the police and public prosecutor's office were not always on the side of justice*". Reasoning for this step is available at: https://dennikn.sk/1554070/preco-zverejnujeme-kocnerovu-threemu/ [online], visited on 18 May 2021.

[41] See e.g. the opinion of head of the investigative department of Daily SME (one of the most influential dailies in the Slovak Republic) Adam Valček, who states that "*In the past there were cases when judges faced enormous public criticism for unpopular decisions even sooner than they had finished writing their reasoning and without the possibility to explain the reasons of their decision.*" VALČEK, Adam, *Akú dilemu prináša prípad Jaroslava Haščáka (úvaha Adama Valčeka),* Daily SME, [online], visited on 18 May 2021, available at: https://komentare.sme.sk/c/22571021/aku-dilemu-prinasa-pripad-jaroslava-hascaka-uvaha.html

[42] Available at: https://www.ustavnysud.sk/documents/10182/133899715/List_predsedu_USSR_TI.pdf [online], visited on 25 May 2021.

violation of procedural rights[43]. Therefore it is from our point of view important to search for a balance between investigation and violation of procedural rights. A very unpleasant side effect of a breach of procedural rules is a situation where the court decides legally and on the basis of legal rules, however, the public does not have any confidence in the decision, as it disappointed its expectations. From our point of view, in such cases the media jeopardise their own effort to fight for justice.

Another increasingly important topic in the digital era is regulation of free speech on social media. These activities are often presented as a fight for public interest, however they create new regulation standards, independent from any official authority.

Notorious example is the permanent suspension of Donald Trump's accounts on Twitter and Facebook after the violence in the US Congress[44]. Twitter CEO Jack Dorsey defended the company's decision afterwards as the *"right decision"*, as Twitter "*faced an extraordinary and untenable circumstance, forcing us to focus all of our actions on public safety*"[45]. At the same time, he admitted that it is a "dangerous" precedent for the future[46].

Dangerousness of this action was also spotted in Europe and it may bring new legal regulation concerning technology companies operating the social me-

[43] See e.g. the judgement of ECHR in case Lexa v. Slovak Republic, No. 54334/00 of 23 September 2008.

[44] On January 8, 2021, President of the USA Donald J. Trump tweeted: "*The 75,000,000 great American Patriots who voted for me, AMERICA FIRST, and MAKE AMERICA GREAT AGAIN, will have a GIANT VOICE long into the future. They will not be disrespected or treated unfairly in any way, shape or form!!!*" Shortly thereafter, the President Tweeted: "*To all of those who have asked, I will not be going to the Inauguration on January 20th.*" Pursuant to the announcement published by Twitter: "*Due to the ongoing tensions in the United States, and an uptick in the global conversation in regards to the people who violently stormed the Capitol on January 6, 2021, these two Tweets must be read in the context of broader events in the country and the ways in which the President's statements can be mobilized by different audiences, including to incite violence, as well as in the context of the pattern of behavior from this account in recent weeks.*" Available online at: https://blog.twitter.com/en_us/topics/company/2020/suspension.html, visited on 25 May 2021.

[45] DWOSKIN, Elizabeth, *Twitter CEO Jack Dorsey said the Trump ban reflected 'a failure' to police online discourse*, Washington Post, 14 January 2021, available online at: https://www.washingtonpost.com/technology/2021/01/13/twitter-trump-ban/, visited on 16 May 2021.

[46] Jack Dorsey said concerning the decision to ban Donald Trump from Twitter that it: "*sets a precedent I feel is dangerous: the power an individual or corporation has over a part of the global public conversation.*" Ibidem.

dia[47]. Recent trends in US case law are opposite. For instance in the case Prager University v. Google LLC; FKA Google, Inc.; YouTube, LLC, the US court of appeals for the ninth circuit decided that defendants were private entities who were responsible for regulating their own content and their act of censoring could not be attributed as a First Amendment violation as it did not qualify as a governmental restriction on speech[48]. At this point, it is needed to take into account that the technology companies operate not only social media, but also the majority of IT infrastructure. Without any legal regulation, freedom of speech may be regulated by these companies even to a broader extent than by ban on social networks[49].

As it was already outlined, in this case, there are numerous democratic values in contradiction, including freedom of speech, protection of public interest and fight against fake news. Obviously, there are no easy answers here, as it is not possible to say simply - did they do the right thing or not? Both of these answers would be simplistic and polarising[50].

It is obvious that technology companies operating social media reserve themselves huge power, as they operate with their own public and political space, which includes millions of people[51]. There is basically very low regulation of these IT giants, which are able to limit the public debate under their own standards and expectations[52]. At the same time, recent history teaches us that

---

[47] See e.g. the statement of Angela Merkel, German chancellor, who considers the ban "problematic", available at: https://www.reuters.com/article/usa-trump-germany-twitter-idUSL8N2JM4ES, visited on 20 May 2021.

Concerning potential regulation of social media in the European Union, see e.g. https://www.europarl.europa.eu/news/en/headlines/society/20210204STO97129/social-media-and-democracy-we-need-laws-not-platform-guidelines, visited on 20 May 2021.

[48] For more see: Prager University v. Google LLC, available at: https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/prager-university-v-google-llc/, visited on 25 May 2021.

[49] Compare with: MARIANI, Robert, You Can't 'Just Build Your Own Twitter', the American Conservative, 12 January 2021, available at: https://www.theamericanconservative.com/articles/you-cant-just-build-your-own-twitter/ , visited on: 19 May 2021.

[50] Compare with: FLORIDI, Luciano. Trump, Parler, and Regulating the Infosphere as Our Commons. *Philosophy & Technology*, 2021, 34(1), p. 2.

[51] Compare with: MOMOC, Antonio, (et al.) *Giganții IT, Twitter și Facebook versus Trump. Cenzură sau combaterea fake news?*. Polis. Journal of Political Science, 2021, 9.1 (31), p. 118.

[52] For more about regulation on Twitter see e.g. CHOWDHURY, Farhan Asif, (et al.) *Examining Factors Associated with Twitter Account Suspension Following the 2020 US Presidential Election*. arXiv preprint arXiv:2101.09575, 2021.

technology companies enable the spread of so much misinformation and fake news, until it fits with their own interests[53].

In this sense, the announcement of the German chancellor Angela Merkel seems rational that in democratic society, the fundamental rights of vital importance shall be restricted "*only in accordance with the laws and within a framework defined by the legislator — not by the decision of the management of social media platforms*"[54].

4. Conclusion

It is without any dispute that free media are the backbone of the democratic society. In many cases they balance and correct public power with support of the general public. However, creating public expectations without respecting the basic rules of a fair trial in a democratic society (for each accused) can ultimately lead to a significant undermining of public trust in the judiciary system in cases where media-based expectations cannot be fulfilled. What may be in *ad hoc* cases even more important is the question of what kind of justice are the media fighting for.

If they do not grant each individual (including the persons with bad reputation) with the same substantive and procedural rights, it is not justice in the sense of equality, nor in the sense of legality. It may only be a self-determined kind of justice, which leads to dangerous precedents. From our point of view, it is important to find the balance between protection of free speech and protection of third parties, resp. public interest. In this manner, press associations may play a more important role in raising ethical standards.

Very similar conclusions apply to regulation of free speech on social media. New challenges connected with accelerating digitization suggest that it is required to assess whether hybrid technology/media companies fit under existing legal regulatory and also journalistic frameworks or whether it is required to create new, modified regulation[55].

---

[53] Compare with: FLORIDI, Luciano. Trump, Parler, and Regulating the Infosphere as Our Commons, p. 2.

[54] A similar reaction came also from France, where it was made by the Minister for European Union Affairs Clement Beaune. For more see: JENNEN, Brigit; NUSSBAUM, Ania: Germany and France Oppose Trump's Twitter Exile, 11 January 2021, available at: https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-01-11/merkel-sees-closing-trump-s-social-media-accounts-problematic , visited on: 20 May 2021.

[55] Compare with: NAPOLI, Philip; CAPLAN, Robyn. *Why media companies insist they're not media companies, why they're wrong, and why it matters*

Bibliography

ALEXY, Robert, Gustav Radbruch's Concept of Law, [online] available at: https://www.upjs.sk/public/media/16913/Gustav%20Radbruch%27s%20Concept%20of%20Law.pdf .

BAĎÚROVÁ, Barbora, "Sociálna ekonomika a Rawlsova koncepcia spravodlivosti". In: ĽAPINOVÁ, E. (ed.): *Sociálna ekonomika a vzdelávanie: zborník vedeckých štúdií*.

BANDES, Susan. "Fear factor: The role of media in covering and shaping the death penalty". *Ohio St. J. Crim. L.*, 2003, 1.

BENTHAM, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1781), Batoche Books, Kitchener, 2000.

BURAJ, Ivan, "Towards Some Characteristics of the Ancient Political Philosophy", *FILOZOFIA*, 63 (3), 2008

CORONEL, Sheila. *The role of the media in deepening democracy*. NGO Media Outreach, 2003.

DEUZE, Mark. "What is journalism? Professional identity and ideology of journalists reconsidered". *Journalism*, 2005, 6(4).

DUNBABIN, Helen. "'Child Criminals' in the Media: An Analysis of Media Constructions of 'Child Criminals' and a Critical Analysis of the Consequences". *Internet Journal of Criminology*, 2011.

DWOSKIN, Elizabeth, *Twitter CEO Jack Dorsey said the Trump ban reflected 'a failure' to police online discourse*, Washington Post, 14 January 2021, available online at: https://www.washingtonpost.com/technology/2021/01/13/twitter-trump-ban/.

FLORIDI, Luciano. "Trump, Parler, and Regulating the Infosphere as Our Commons". *Philosophy & Technology*, 2021, 34(1).

GREGOR, Martin, *Spravodlivosť v rímskom práve*, Pocta Jiřímu Rajmundu Treterovi, Praha: Nakladatelství Leges, 2020.

GROMAN, Martin. *Novináři ztratili sílu. Stali se z nich bezmocní hlídači, přeposílači výroků a youtubeři*. Deník N. Published on 19 August 2020 [online], available at: https://denikn.cz/420800/novinari-ztratili-silu-stali-se-z-nich-bezmocni-hlidaci-preposilaci-vyroku-a-youtuberi/ .

HOLLÄNDER, Pavel, *Problém spravodlivosti*, Justičná akadémia Slovenskej republiky, [online] available at: https://ja-sr.sk/files/Problem_spravodlivosti.pdf .

CHOWDHURY, Farhan Asif, (et al.) *Examining Factors Associated with Twitter Account Suspension Following the 2020 US Presidential Election*. arXiv preprint arXiv:2101.09575, 2021.

JENNEN, Brigit; NUSSBAUM, Ania: "Germany and France Oppose Trump's Twitter Exile", 11 January 2021, available at: https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-01-11/merkel-sees-closing-trump-s-social-media-accounts-problematic .

JOHNSON, Diane E. "The mass media's dual role: 'watchdog' and guardian of their own interests". *Journal of Public Affairs*, 2014, 14(3-4).

JUSKO, Štefan, "Sokratovská otázka ako filozofický problem". *ACTA FACULTATIS PHILOSOPHICAE UNIVERSITATIS ŠAFARIKIANAE*, 2018, Košice.

KELSEN, Hans, *Was ist Gerechtigkeit?* (1953), Reclam, Stuttgart, 2000.

KOVACH, Bill; ROSENSTIEL, Tom. *The elements of journalism: What newspeople should know and the public should expect*, Three Rivers Press (CA), 2014.

LEAWOODS, Heather, "Gustav Radbruch: An Extraordinary Legal Philosopher", *Washington University Journal of Law & Policy*, 489 (2), 2000.

MARIANI, Robert, "You Can't 'Just Build Your Own Twitter'", the American Conservative, 12 January 2021, available at: https://www.theamericanconservative.com/articles/you-cant-just-build-your-own-twitter/ .

MILL, John Stuart, *Utilitarianism* (1879), Floating Press, Auckland, 2005.

MOMOC, Antonio, (et al.) "Giganții IT, Twitter și Facebook versus Trump. Cenzură sau combaterea fake news?", *Polis. Journal of Political Science*, 2021, 9.1 (31).

MURPHY, Mark C., "Was Hobbes a Legal Positivist?", *Ethics*, 105 (4), 1995.

NAPOLI, Philip; CAPLAN, Robyn. *Why media companies insist they're not media companies, why they're wrong, and why it matters*. First Monday, 2017 [online], available at: https://journals.uic.edu/ojs/index.php/fm/article/download/7051/6124 .

OAKES, Anne Richardson; DAVIES, Haydn, "Justice must be seen to be done: A contextual reappraisal", *Adelaide Law Review*, 37, 2016.

PAVEL, Camelia, (et al.), *The role of mass media in modern democracy*. The Annals of Dimitrie Cantemir Christian University. Economy, Commerce and Tourism series, 2010, 2(1).

RAWLS, John, *A theory of justice* (revised edition), The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 1999.

ROVENSKÁ, Denisa, "Historické a teoretické východiská spravodlivosti", Prohuman, 2015, [online] available at: https://www.prohuman.sk/psychologia/historicke-a-teoreticke-vychodiska-spravodlivosti

SOPER, E. Philip, "Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute", *Michigan Law Review*, 75 (3), 1977.

SURETTE, Ray. *Media, crime, and criminal justice: Images, Realities and Policies, Fourth Edition*, Wadsworth, 2011.

SYNKOVÁ, Diana. Sloboda prejavu a internet. Sloboda prejavu a jej limity - IV. ústavné dni, Košice: UPJŠ, 2016.

VALČEK, Adam, *Akú dilemu prináša prípad Jaroslava Haščáka (úvaha Adama Valčeka),* Daily SME, [online], visited on 18 May 2021, available at: https://komentare.sme.sk/c/22571021/aku-dilemu-prinasa-pripad-jaroslava-hascaka-uvaha.html .

WHITTEN-WOODRING, Jenifer. "Watchdog or lapdog? Media freedom, regime type, and government respect for human rights". *International Studies Quarterly*, 2009, 53(3).

Secção 3

TRANSIÇÃO DIGITAL, DIREITOS HUMANOS E DIREITO PENAL

O CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL, PRISÃO E A ERA DIGITAL – REALIDADES APARTADAS OU PROFECIAS ANUNCIADAS?

Inês Farinha[1]

RESUMO: A invisibilidade do espaço prisional aliada a uma política de execução da pena voltada para uma ressocialização baseada em critérios pendulares e não raras vezes vagos contribui para a crescente desadequação do aparelho carcerário face a uma nova realidade criminológica. A *ratio* normativa de variados instrumentos que regulam o sistema carcerário é bastante clara no que tange à aproximação que se deve estabelecer entre vida externa e a vida *intra* muros. Assim o diz expressamente a Recomendação 2 (2006) do Comité de Ministros aos Estados Membros sobre as Regras Penitenciárias Europeias, no seu quinto princípio[2]. Apesar da tendência para a abertura do sistema, propenso a uma maior flexibilização do cumprimento da pena, a persistência pela edificação de mudanças assentes num paradigma desajustado acaba por não devolver, *in extremis*, o efeito útil ínsito à norma. Se é certo que se pode advogar uma conceção restritiva dos instrumentos ao dispor do recluso para que possa comunicar com o mundo exterior, por outro, a criação de obstáculos aos meios digitais funciona como um fator contraproducente, no que respeita à sua ressocialização e ao

[1] Jurista. Doutoranda na Universidade Autónoma de Lisboa. Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. O tema encontra-se a ser desenvolvido na investigação em curso subordinada à temática da Teoria da Pena no âmbito da Criminalidade Organizada Transnacional que por sua vez se insere no Projeto de Investigação *Corpus Delicti* – Estudos de Criminalidade Organizada Transnacional, Ratio Legis – Centro de I&D em Ciências Jurídicas da UAL. A autora escreve segundo o novo acordo ortográfico.

[2] Tal princípio traduz-se no seguinte: "A vida na prisão aproximar-se-á, na medida do possível, dos aspetos positivos da vida fora da prisão". Disponível em: https://rm.coe.int/16804c2a6e. (Consultado em 2/3/2021).

efeito devolutivo que a pena, no limite, encerra. Quais são, afinal, os limites da inovação digital no espaço prisional?

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Punitivo, Prisão, Inovação Digital, Eficácia, Direitos do Recluso, Crime Organizado Transnacional.

SUMÁRIO: 1.A colocação do problema. 2. A Prisão e a nova era digital – que direitos humanos? 3. *Nothing Works?* 4. Conclusões para um futuro (que será assim tão) próximo?

ABSTRACT: The invisibility of the carceral space linked to the enforcement of the penalty policy, turned into a reintegration process based in commuting criteria, often vague, has contributed to an escalating inadequacy of the carceral system given a new criminological reality. The normative grounds of various instruments which regulate the carceral system is quite clear regarding the proximity which must be set between the outer life and the incarcerated life. Such is the statement anchored in Recommendation 2 (2006) of the Minister's Committee of Member States about European Penitentiary Rules, on its fifth principle. Notwithstanding the trend for the system's opening, prone to greater flexibilization while serving a sentence, the persistence to create changes based in an unsuitable paradigm tends not to return, in extremis, the practical effect linked to the norm. If it is certain that one may advocate a restrictive conception of the instruments available to the inmate so that he/she may communicate with the outside world, on the other hand, the creation of obstacles to the digital tools are counter-productive in what respects to the reintegration and the suspensive effect the sentence entails. Which are, after all, the limits to the digital innovation within the carceral system?

KEYWORDS: Punitive System, Prison, Digital Innovation, Effectiveness, Inmate Rights, Transnational Organized Crime.

SUMMARY: 1. Posing the Problem. 2. Prison and the new digital era – which human rights? 3. Nothing Works? 4. Conclusions for a future – is this future that near?

1. A colocação do problema

> *Longe vão os tempos em que o isolamento foi considerado como um estado natural dos homens.*
>
> *(Jean-Jacques Rousseau)*

A alegoria da caverna de que nos falava Platão[3] e que provocou em Glauco um estado de deslumbramento, quando sai da sombra em direção à luz

[3] PLATÃO, (2016), pp. 315-321.

prometida, retrata hoje, eufemisticamente, todo o homem encarcerado. Assim se encontra o sistema prisional, enleado por vetustas sombras, mas deslumbrado por demandas novas. Buscas essas que se traduzam no florescimento da forma organizada do crime que clama por uma recapitalização humana e tecnológica das prisões.

A dificuldade em sair da caverna e percorrer o caminho da luz, que aqui metaforicamente usamos como a saída de um mundo analógico e a transição para um novo mundo digital, reside, amiúde, numa incapacidade sistémica de reconversão valorativa de prioridades e intencionalidades, que grassa no meio penal-executivo.

A preocupação em torno do complexo fenómeno do crime organizado transnacional levanta múltiplas questões de como, por um lado, o mesmo se deve combater, questão que se coloca a montante e que está ligado à atuação dos vários agentes preventivos e repressivos – polícias e aparelho judiciário – bem como a jusante, em como esse mesmo surto criminológico é acompanhado na sua fase executiva. Cabe-nos nesta sede aquilatar da segunda problemática que parece não ter tido um *engagement* coordenado por parte de quem se tem vindo a ocupar do sistema prisional e da sua (re)edificação na era moderna e líquida[4] em que vivemos. Como correlacionar três realidades que parecem, *a priori*, concentradas na sua existência e irremediável subsistência? Afinal podem *o crime organizado transnacional, a prisão e a era digital* ser apreciados como realidades apartadas, mas cuja necessidade de encontro devemos fazer acontecer? É a inquietação que aqui nos traz. A disfunção que registamos no aparelho punitivo-executivo é passível de ser encontrada a vários níveis[5], podendo ser os mesmos apelidados de modelos de desadequação.

Por outro lado, concomitantemente, o fenómeno do terrorismo, do tráfico de seres humanos, a criminalidade económico-financeira em geral, atra-

[4] A liquidez é um conceito bastamente usado por Bauman para explicar aquilo a que o mesmo apelida de "passagem da fase "sólida" da modernidade para a "líquida" – ou seja, para uma condição em que as organizações sociais não podem mais manter sua forma por muito tempo, pois se decompõem e se dissolvem mais rápido que o tempo que leva para moldá-las e, uma vez reorganizadas, para que se estabeleçam". BAUMAN, ZYGMUNT, (2007), p. 7.

[5] Esta disfunção encontra-se caracterizada por Joaquim Boavida, que aponta alguns dos problemas estruturais do sistema prisional e de reinserção social, tais como, entre outras, a sobrepopulação prisional e a insuficiências do parque penitenciário; a insuficiência de meios financeiros; a falta de meios humanos; a falta de assistência pós-prisional, *et caetera*. Para mais desenvolvimentos BOAVIDA, JOAQUIM, (2018), pp. 259 e s.

cados à propalada criminalidade organizada transnacional[6], provocam-nos a necessidade de descer a uma a uma nova ideia de cárcere perante o enigma do encarceramento para este tipo de criminalidade.

Tem de se reconhecer que o atavismo impregnado na instituição-prisão deve sobreviver à conceção instalada de uma certa suficiência do sistema que desagua frequentemente na estanquicidade das opções político-criminais *quasi* obliteradas no seio prisional. Não se olvide, como nos ensina Manuel Guedes Valente, que "a evolução vanguardista e/ou conservadora da pena de prisão depende do momento socioeconómico comunitário, que por sua vez influi na visão que cada um de nós tem sobre o outro – se objeto ou se sujeito - e na visão que o Estado tem de cada um dos seus cidadãos[7]".

A tendencial fuga do sistema quando colocado diante da necessidade de debelar as estruturas organizadas do crime pode levar a que o mesmo se ancore em opções legislativas desadequadas ou mesmo obsoletas que apenas concorrem para uma intervenção distanciada do modelo ideal reintegrador.

2. A Prisão e a nova era digital – que direitos humanos?

> *We stand on the brink of a technological revolution that will fundamentally alter the way we live, work, and relate to one another, in its scale, scope, and complexity, the transformation will be unlike anything humankind has experienced before. The response to it must be integrated and comprehensive, involving all stakeholders of the global polity, from the public and private sectors to academia and civil society.*
>
> *(Klaus Schwab – Founder World Economic Forum)*

Dimensionar o sistema prisional sob o óculo dos direitos fundamentais é uma tarefa que tem ocupado as agendas dos Estados a uma escala global. Muitas vezes, porém, esse sistema tem sido a antítese de um modelo consagrador de um leque de direitos, constatando-se, apesar de tudo, um esforço de recuperação do homem perdido. Esta ideia de paradoxo que enleia o sistema

---

[6] Como bem nos elucida Manuel Guedes Valente o conceito de criminalidade organizada transnacional é um conceito que é "no plano jurídico-criminal material um conceito confuso e difuso e espelha a dinâmica global da sociedade atual, assim como gera um temor exacerbado e incontrolável sempre que os meios de comunicação social falam em criminalidade organizada ou em associações criminosas ou em grupos criminosos ou em bandos criminosos sempre com o mesmo sentido literário e jurídico." Na verdade, nem mesmo a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado (CNUCOT) oferece clareza conceptual, uma vez que confunde o conceito de grupo organizado e grupo estruturado. Segundo o mesmo autor, "a CNUCOT não nos apresenta um conceito harmonizador de crime organizado ou criminalidade organizada". VALENTE, MANUEL MONTEIRO GUEDES, (2017)(1), pp. 133 e 141.

[7] VALENTE, MANUEL MONTEIRO GUEDES, (2003), p. 14.

prisional como um todo – teoria paradoxal do encarceramento[8] – lança-nos para a ideia de incompletude de uma instituição presa a uma certa ancestralidade.

O modelo da prisão-instituição está em desacreditação. A acompanhar esta linearidade da afirmação está a constatação de que o espaço prisional está ele mesmo a sofrer os reflexos de uma era securitária, em que, se por um lado se verifica uma nova vaga humanista, garantidora do leque mínimo de direitos que devem acompanhar o homem recluso desde que ingressa até ao término do cumprimento da pena, por outro, ainda encontramos um sistema preso aos seus atavismos.

O reconhecimento de direitos da pessoa privada da liberdade é em Portugal uma realidade. De resto só nesta base de atuação pode assentar o ordenamento jurídico interno que está vinculado por via do preceito 8.º da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP)[9] aos instrumentos legais que regem em especial a posição jurídica do recluso. Desde logo é a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos que inaugura uma vasta e ampla variedade de garantias, em particular nos seus arts. 1.º e 2.º, ao erigir a dignidade da pessoa humana como o baluarte de atuação dos Estados de Direito.

Por influência, não só da Declaração Universal, mas também da Convenção Europeia dos Direitos Humanos – mormente nos seus arts. 2.º e 3.º - conclui-se claramente a emergência da pessoa humana, *in casu*, a pessoa condenada a uma pena privativa da liberdade. O recluso condensa por isso em si uma panóplia de direitos e deveres, contrabalançados por princípios estandarte, de que se destaca o princípio da proibição do excesso (que por sua vez se materializa no princípio da culpa), o princípio da proporcionalidade e o princípio da proporcionalidade em matéria de sanções penais[10]. Um dos princípios que não pode ser descurado é o *princípio da socialidade*, "segundo o qual incumbe ao Estado um dever de ajuda e solidariedade para com o con-

---

[8] Quando falamos sobre a teoria paradoxal do encarceramento queremos referir-nos a uma circularidade para que tende o próprio sistema no sentido em que, se se pretende recolher o condenado para o cumprimento de uma pena que lhe é imposta pela lei, e, se se pretende que este homem recluído interiorize o efeito "purificador" que a reclusão lhe poderá devolver, mas se, por outro lado o sistema for incapaz de lhe devolver tal efeito, então é o próprio sistema que cai em contradição consigo mesmo, tornando-se paradoxal.

[9] Dispõe o art. 8.º, n.º 1 da CRP o seguinte: "As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português".

[10] Segundo frisa Maria João Antunes, "a CRP contém um conjunto de princípios orientadores do programa político-criminal em matéria de consequências jurídicas do crime", encimado pelo princípio da legalidade e que tendem a convergir no princípio da inviolabilidade da dignidade pessoal. ANTUNES, Maria João, (2018), pp. 14 e 15.

denado proporcionando-lhe as condições necessárias para a reintegração na sociedade"[11].

Se cabe à pena "o ónus de otimizar os resultados"[12], então não é possível adotar uma visão que não seja a de proporcionar ao indivíduo recluído uma existência condigna durante o lapso de tempo em que estiver privado da liberdade.

As Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos, mais comumente conhecidas por Regras de Nelson Mandela, alinhando pelo diapasão da dignidade da pessoa humana, reconhecem que "o regime prisional deve procurar minimizar as diferenças entre a vida durante a detenção e aquela em liberdade que tendem a reduzir a responsabilidade dos reclusos ou o respeito à sua dignidade como seres humanos"[13].

Um dos grandes desafios passa hoje em identificar se a perceção da salvaguarda dos direitos humanos dentro dos muros constitui uma realidade ou se, ao invés, não estaremos aqui a falar apenas de boas intenções. Por outro lado, importa também redimensionar a efetividade dos direitos humanos quando chamados para o palco da execução de penas, naquele que é o desafio da era digital em que nos encontramos.

Não se olvide que as transformações operadas neste nosso tempo têm muitas implicações sociais. Ulrich Beck, a propósito da sociologia da transformação, refere que "vivemos num mundo que não está apenas a mudar, mas também a metamorfosear-se" [14]. Nesse sentido é necessário trazer para o espectro dos direitos fundamentais a afirmação de que o digital pode e deve fazer parte da gramática jurídica, uma vez que, perpassar o sistema jurídico, mormente do ponto de vista do direito positivado, é de facto reconhecer a necessidade de mudar o olhar sobre a realidade digital.

Congratulamos assim a entrada em vigor da Lei n.º 27/2021, de 17 de maio[15], que publica a Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital, trazendo para a arena legislativa nacional o reconhecimento do ambiente digital como uma expressão da liberdade, igualdade e justiça social, e que se

---

[11] ANTUNES, MARIA JOÃO, (2018), p. 15.

[12] RODRIGUES, ANABELA MIRANDA, (2000), p. 31.

[13] Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf. (Consultado em 21/5/2021).

[14] BECK, ULRICH, (2017), pp. 15 e 16. "Para compreender esta metamorfose do mundo", adita Beck, "é necessário explorar os novos começos, concentrarmo-nos naquilo que está a emergir a partir do antigo e tentar perceber estruturas e normas futuras na convulsão do presente".

[15] Disponível em: https://dre.pt/web/guest/home/-/dre/163442504/details/maximize. (Consultado em 21/5/2021).

deverá pulverizar, outrossim, nas estruturas do aparelho punitivo formal (lei) e material (execução).

Da leitura do diploma existe uma multiplicidade de pontos dos quais se deve partir dentro do aparelho penitenciário. O *direito de acesso ao ambiente digital* - previsto no art. 2.º - e que garante, na sua essencialidade, um uso autónomo e livre acesso às tecnologias, encontra-se bastante restringido no espaço prisional. Na verdade a compressão parcial deste direito é justificada na fase de cumprimento da pena, mas na verdade, será que partir de uma conceção restritiva total deste direito não violará, neste particular, os direitos do recluso, no que tange ao escopo principal das finalidades de execução quando se refere no art. 1.º que "A execução das penas e medidas de segurança privativas da liberdade visa a reinserção do agente na sociedade, preparando-o para conduzir a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes, a proteção de bens jurídicos e a defesa da sociedade"?

Outro direito que nos parece não conhecer ainda aplicabilidade no seio penitenciário é o *direito à privacidade em ambiente digital*[16] que surge agora consagrado no art. 8.º. O direito à privacidade dos reclusos[17] é de resto um direito fundamental que emerge do art. 26.º da CRP, que concede dignidade constitucional aos direitos de personalidade, sobretudo, e, para o que somos chamados a ajuizar, ao direito ao desenvolvimento da personalidade – na sua dimensão de direito à criação ou aperfeiçoamento de pressupostos indispensáveis ao desenvolvimento da personalidade[18].

Poder-se-ia ainda falar sobre art. 10.º que comina expressamente o *direito à neutralidade da Internet*, que se traduz no "direito a que os conteúdos transmitidos e recebidos em ambiente digital não sejam sujeitos a discriminação, restrição ou interferência em relação ao remetente, ao destinatário, ao tipo ou conteúdo da informação, ao dispositivo ou aplicações utilizadas, ou, em geral, a escolhas legítimas das pessoas". Este é um direito fundamental que se encontra espartilhado na sempre (des)equilibrada balança da promoção da liberdade e na manutenção da segurança. Muñoz Conde lembra, a este propósito, que «"libertad y seguridad" son ciertamente dos bienes jurídicos muy

---

[16] O art. 8.º, 1 dispõe o seguinte: "Todos têm direito a comunicar eletronicamente usando a criptografia e outras formas de proteção da identidade ou que evitem a recolha de dados pessoais, designadamente para exercer liberdades civis e políticas sem censura ou discriminação".

[17] O direito à privacidade tem um carácter bifronte, uma vez que nele vai contido o direito à reserva da vida privada (pessoal e familiar) e o direito à autodeterminação informacional e comunicacional. No mesmo direito vai contido também o direito "a ser deixado só – *right to be let alone* ou o *diritto alla riservatezza*". *Vide* FARINHA, INÊS SIMÕES, (2009), pp. 49 e 50.

[18] CANOTILHO, J.J. GOMES E MOREIRA, VITAL, (2007), p. 464. Nesta dimensão dão-nos aqueles autores como exemplo o direito a condições indispensáveis à ressocialização.

importantes y tan necessarios como díficilmente conciliables (...) sólo que esa coexistencia no es idílica, sino conflitiva»[19].

Aqui chegados e verificados os principais ditames principiológicos que atravessam a jangada da fase executiva das penas na área digital, deparamo--nos com a interpelação com que se debatia John Rawls quando afirmava que "o princípio aplicável à sociedade é o aumentar da mesma forma o bem-estar do grupo, satisfazendo o sistema geral de desejos que se obtêm a partir dos desejos dos respetivos membros"[20]. Ora, esta mundivisão deverá assumir uma trans-sistematicidade dentro do sistema prisional. Na verdade, não basta a bondade da afirmação do princípio humanista (que perpassa o direito penal como um todo), como é necessário que ele se confirme na prática, embora ainda se verifiquealguma resistência da instituição penitenciária.

Parece-nos que, em face da introdução deste preceituado, o legislador deve caminhar no sentido de adequar o texto *infra* legal, passando a prever mecanismos que permitam ao indivíduo recluso o uso de tecnologias que sejam o resultado de um usufruto pleno dos direitos fundamentais que lhe estão adstritos como ser humano, dotado de dignidade.

3. *Nothing Works?*

> *Since we have almost no idea of the deterrent functions that our present system performs or that future strategies might be made to perform, it is possible that there is indeed something that works - that to some extent is working right now in front of our noses, and that might be made to work better.*
>
> *(Robert Martinson, in "What Works? - Questions and Answers about prison reform")*

O sistema prisional em Portugal tem-se pautado por alguma linearidade no que tange à passagem para uma renovação digital que permita uma aproximação paulatina à vida exterior. Se, como vimos previamente, o modelo normativo *supra* legal se encontra desconcertado face ao seu respaldo *infra* normativo, também não é menos verdade que o problema se coloca na efetividade da lei.

A pandemia provocada pelo vírus SARs-CoV-2 gerou uma onda de choque em várias latitudes da sociedade, alterando alguns dados adquiridos, nomeadamente a relação com a efemeridade da vida humana e a consciência

[19] CONDE, FRANCISCO MUÑOZ, (2003), p. 164.

[20] Rawls usa esta afirmação para defender o seu conceito de utilitarismo que sintetiza na seguinte afirmação: "uma sociedade está devidamente ordenada quando as suas instituições maximizam o resultado líquido de satisfação". RAWLS, JOHN, (2017), pp. 41 e 42.

da vulnerabilidade dos laços humanos face a um fenómeno de finitude repentina, cultivado por um clima de medo e de incerteza. Este estado de coisas influenciou a forma como os indivíduos se passaram a relacionar, alterando a maneira de comunicar e de inteligir o meio e a natureza, tendo a amorfia social levado a uma necessidade de reinvenção do homem pelo homem.

O efeito foi o de que, em certos setores, nomeadamente o prisional, alguns dos problemas institucionais se agigantaram. Se no exterior o digital se veio tornar o grande aliado da sobrevivência e manutenção da sanidade humana, a verdade é que no seio da instituição penitenciária a era digital não acompanhou os tempos pandémicos. O polo convergente ínsito ao art. 40.º, n.º 1 do Código Penal e que se traduz na proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade, encontra-se quebrado, sobretudo neste último segmento, quando afinal o sistema penitenciário demonstra um não compromisso com a mudança que tem de se verificar dentro de muros.

Este intervalo descompassado devolve ao sistema um sabor agridoce na medida em que o mesmo se move a várias velocidades. Essas desarmonizações[21], para o tema do qual nos acercamos, podem assacar-se na própria conformação do sistema de penas, não apenas na criminalidade dita convencional, mas também no seio da criminalidade organizada transnacional.

O brocardo popularizado por Martinson "*what works? nothing works*"[22] espoletou ainda no século passado um movimento de descrença no esforço ressocializador, o qual ainda hoje e de certa forma, acaba por assumir um novo significado e dimensão no atual panorama do sistema prisional.

A prisão-instituição, no que toca ao combate à criminalidade organizada continua a ser a face invisível da continuação do fenómeno. A perpetuação das estruturas organizadas de poder parece ser uma realidade contínua dentro do cárcere que legitima um endurecimento do quadro político-legislativo: em suma, o legislador continua a apontar caminhos comuns na fase executiva, muitas vezes desadequados, face à demanda de uma nova criminalidade.

Como já fomos denotando, a era digital e os meios tecnológicos trazem múltiplos desafios à ciência do direito, uns de ordem subjetiva, outros de ordem adjetiva e outros ainda que, embora colhendo desafios de uma e

---

[21] *Vide* nota de rodapé n.º 5 *supra*.

[22] Segundo André Lamas Leite "O momento icónico desta cavada crítica ao movimento ressocializador é, como se sabe, o da publicação de um marcante artigo de Martinson, o qual tem sido interpretado de modo que, julgamos, tem servido a defensores e, *maxime*, a detratores da ressocialização. Com tal artigo, expressão de um movimento anterior, a crença no ideal reabilitador foi severamente abalada, com o ideário punitivo do *just desert* a fazer o seu aparecimento". LEITE, ANDRÉ LAMAS, (2018), p. 80.

de outra, se colocam a jusante da discussão, mas assumem ainda assim plena centralidade.

O espaço prisional é sempre um espaço de tensão entre o binómio segurança e tutela dos direitos do recluso. Essa conflitualidade tem crescido muito por obra de uma crescente tendência securitária e da visualização do outro (recluso) como inimigo[23] fruto do temor que o próprio crime organizado, fenómeno multifacetado, complexo e transfronteiriço, inculca também no seio carcerário.

Este sentimento de perigo[24], que fomenta uma verdadeira "realidade do terror"[25] vem fazendo germinar um securitarismo crescente que tem refrações no sistema penal e por seu turno gera uma política criminal repressiva, podendo cindir tais consequências em várias vertentes: *a)* no direito penal substantivo/material, através do agravamento de sanções penais pelo aumento de molduras penais; *b)* no direito penal processual, pela diminuição de garantias processuais e tendência para uma agudização da intervenção das polícias; *c)* no direito penal executivo/penitenciário, promovendo penas de prisão duradouras e perigo de transformação destas em medidas de segurança privativas da liberdade por tempo indeterminado.

Focando nesta última aceção, a conceção de inimigo, quando transportada para o espaço carcerário, tem refrações múltiplas quer na gestão do espaço carcerário (espaço físico) quer na gestão de recursos humanos, mas também quanto àquele que é o papel que a prisão deve ter na pessoa do recluso, uma vez que deve ser um motor de transformação para o condenado.

Ora, o desafio coloca-se na forma como podemos compatibilizar a triplicidade do problema - criminalidade organizada internacional, prisões e era digital, uma vez que, não só parecem conceitos antinómicos, mas estão também enleados num mesmo propósito.

Primo, como compatibilizar o fenómeno da criminalidade organizada transnacional com a sua execução? Esta problemática tem sido parcamente discutida em Portugal, e, ainda que não seja nosso intento abordar a mesma

---

[23] Como atesta Manuel Guedes Valente "vários filósofos e pensadores políticos projetam uma teoria do delinquente como inimigo da sociedade, sendo a mesma fonte de inspiração do Direito Penal do inimigo em que se baseia Günther Jakobs". VALENTE, MANUEL MONTEIRO GUEDES, (2017) (1), p. 46.

[24] A teoria da perigosidade defendida por Zaffaroni e Pierangeli, sugere a este propósito, a defesa de um Direito penal retributivo e da institucionalização das penas privativas da liberdade como solução para evitar o perigo de continuidade delitiva. VALENTE, MANUEL MONTEIRO GUEDES, (2017) (2), p. 86.

[25] A realidade do terror é aqui sugerida como o "promotor de insegurança permanente e de perigo de crimes de terrorismo", mas que "não pode ser fundamento único para mudança de paradigma de persecução penal". *Vide* VALENTE, MANUEL MONTEIRO GUEDES, (2017) (2), p. 82.

em detalhe, porque falamos, afinal, de duas realidades antitéticas face ao sistema que temos implementado? Por um lado, porque não só existe uma desadequação no momento da determinação da medida da pena, como também o aparelho prisional não está adaptado a este tipo de criminalidade. *Secundo*, e, de certa forma, este ponto bebe do anterior, hoje os agentes do crime organizado recorrem a tecnologia de ponta para o cometimento do crime, facto que depois se perpetua dentro do seio prisional com recurso a meios de comunicação não permitidos dentro da prisão. Por fim, sendo esta a era da verdadeira revolução digital, a qual deve invadir o espaço prisional pois as mesmas devem ser compatíveis, de que forma se podem conciliar os direitos do recluso e o *gap* tecnológico que se sente *intra* muros?

Fundamentalmente cabe perguntar: se a escalada tecnológica extramuros é uma realidade, porquê cerceá-la ao indivíduo privado da liberdade, quando o mesmo mais tarde irá retornar à sociedade e fazer uso desses mesmos instrumentos? Por outro lado, a inovação digital não pode deixar de ser, quando pensada dentro do direito penal, como uma refração do modelo garantista idealizado por Ferrajoli, uma vez que, na linha deste autor "existe um sistema de vínculos impostos ao poder punitivo do Estado na garantia dos direitos dos cidadãos"[26].

Se a aplicação de penas e de medidas de segurança visa a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade, como já salientámos antes, é bastante claro que se deve estabelecer um equilíbrio no restabelecimento da validade da norma ao protegerem-se bens jurídicos e na garantia de um futuro promissor ao condenado após terminar o cumprimento da pena.

A quebra do sistema e o desajustamento dos instrumentos colocados ao dispor do indivíduo privado de liberdade, é passível de divisão em dois prismas: meios de comunicação com o exterior e nos meios de comunicação interna com a administração prisional/serviços prisionais.

Se atentarmos nos meios de comunicação com o exterior previstos no Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade (doravante CEPMPL) – Lei n.º 115/2009, de 12 de outubro, verificamos o seguinte: o recluso tem direito, por via do estabelecido no art. 7.º, 1, e) "a manter contactos com o exterior, designadamente mediante visitas, *comunicação à distância ou correspondência,* sem prejuízo das limitações impostas por razões de ordem, segurança e disciplina ou resultantes do regime de execução da pena ou medida privativa da liberdade" (itálico nosso). Este direito encontra-se depois

[26] CRESPO, EDUARDO DEMETRIO, (2017), p. 74.

mais detalhado nos arts. 67.º e s.[27], que estipulam o direito do recluso a receber e a enviar correspondência, que mais não é do que o corolário do direito à integridade pessoal, na sua dimensão moral, e ainda o direito à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade, com assento constitucional.

A legiferação em torno dos modos de comunicação do recluso encontra-se neste momento num tempo que não é o seu. Da leitura do preceituado – arts. 67.º, 68.º [28], 69.º [29], relativamente aos modos de comunicação como o exterior, nomeadamente através da correspondência, pode fazer-se uma interpretação extensiva do termo "correspondência" para albergar outras formas de comunicação, nomeadamente o correio eletrónico. Na verdade quando lido o art. 72.º [30] do CEPMPL, verifica-se que a utilização do correio eletrónico ou outros meios, como a telecópia, são admissíveis, ainda que, tal possibilidade seja ainda a exceção e não a regra.

Ademais, quando lido o Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais verifica-se que a tónica normativa incide ainda nos meios tradicionais (não digitais), [31] de comunicação à distância, embora se admita, e, sempre a título excecional e mediante autorização do diretor do estabelecimento prisio-

---

[27] Reza o art. 67.º, n.º 1 do CEPMPL, o seguinte: "O recluso tem direito a receber e a enviar, a expensas suas, correspondência e encomendas, nos termos do presente Código e do Regulamento Geral, que pode estabelecer limites de receção e expedição de encomendas, tendo em conta o regime de execução, a regularidade das visitas e o apoio sociofamiliar".

[28] O art. 68.º do CEPMPL trata da sempre conturbada questão do "controlo da correspondência", estipulando no n.º 1 o seguinte: "A correspondência e encomendas do recluso são verificadas por razões de ordem e segurança do estabelecimento prisional e para deteção de objetos proibidos por lei ou pelo Regulamento Geral".

[29] A retenção da correspondência obedece a determinados requisitos previstos neste art., nomeadamente, como ressalva o art. 69.º, n.º 1: "A retenção de correspondência e de encomendas do recluso só pode ter lugar mediante despacho fundamentado do diretor do estabelecimento prisional e na sequência do controlo previsto no art. anterior, sendo comunicada ao recluso, salvo em caso de receio fundado de grave prejuízo para os valores que através dela se pretendem acautelar".

[30] O art. 72.º, n.º 1 prevê o seguinte: "O diretor do estabelecimento prisional pode, a título excecional, autorizar o recluso a utilizar qualquer outro meio técnico de comunicação existente no estabelecimento prisional, nomeadamente correio eletrónico e telecópia, em situações pessoais ou profissionais particularmente relevantes ou urgentes, sendo controlado o respetivo conteúdo". O art. 136.º, n.º 2 do Regulamento dos Estabelecimentos Prisionais, reforça a seguinte informação: "Nos casos previstos no número anterior, o diretor pode também autorizar o recluso a receber e expedir comunicações através de correio eletrónico, utilizando o endereço dos serviços administrativos do estabelecimento prisional, desde que não ocorra prejuízo para o funcionamento dos serviços".

[31] Essencialmente falamos aqui dos arts. 126.º e s. que se ocupam da regulamentação da expedição de correspondência.

nal, a utilização de meios de comunicação alternativos, estando por exemplo prevista a possibilidade de visitas por videoconferência[32].

Por contraposição, existem vários modelos que se encontram nos antípodas do modelo português nesta matéria. Um deles é o denominado "Prison Cloud" existente numa prisão belga localizada em Beveren (Antuérpia) que permite um acesso livre ao sistema da Internet ou o sistema de cartões pré-pagos existentes no sistema finlandês[33], métodos inovadores e que têm sido considerados pelas instituições penitenciárias europeias exemplos a seguir.

A grande novidade destes sistemas prisionais é que, ao contrário da maioria dos ainda existentes, os próprios reclusos podem aceder a uma nova realidade dentro daquele que é o seu ecossistema normal. Dentro destes ecossistemas digitais disponíveis para a população reclusa é por exemplo possível o recluso aceder a um canal de meditação, ao seu processo individual ou outra documentação jurídica, recebendo uma *pen-drive* à qual está associado um *username* e uma *password*. As celas encontram-se dotadas de um monitor, teclado, ecrã, rato e um conjunto de *headsets* conectados a um servidor que lhes permite ter acesso restrito à internet, comunicar com *staff* prisional, trabalhar, beneficiar de *e-learning,* entre outras funcionalidades.

Se é certo que com a implementação destas novas aragens tecnológicas existem um sem número de vantagens que permitem estabelecer a necessária ponte com a manutenção de uma vida dentro dos cânones de alguma normalidade, colocam-se inevitavelmente algumas questões jurídicas com a implementação de instrumentos tecnológicos no espaço prisional.

Desde logo, impõe-se uma questão de ordem restritiva, nomeadamente que limites deve ter o acesso (já de si restrito) a esses meios digitais – por exemplo, pode o recluso ter acesso a determinados *sites*? – e o controlo ao conteúdo da caixa de *e-mail* do recluso, a ser permitido, como deve ser monitorizado? E os dados digitais do recluso, ficam armazenados num servidor comum? E quando podem ser facultados ao recluso? Apenas após a libertação?

---

[32] Assim expressamente se prevê no art. 117.º do Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais.

[33] De acordo com *European Organisation of Prison and Correctional Services (EuroPris)* e com um estudo levado a cabo no sistema finlandês (tido como caso de estudo): "In Finland the Prison Services has implemented Prepaid Payment Card service for the Offenders where cards function in controlled manner both inside and outside the prisons. The Service is based on SaaS offering by United Kingdom based Prepaid Financial Services Ltd2." Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwif1MysmezwAhXECewKHapVBFEQFjABegQIGBAD&url=https%3A%2F%2Fwww.europris.org%2Ffile%2Fcloud--and-data-protection-in-offender-digital-services-case-study%2F%3Fdownload%3D1&usg=AOvVaw1pZTpsklkEqgJj61ySuD-e. (Consultado em 27/5/2021).

Por outro lado, surgem igualmente problemas quanto aos riscos que o acesso ao mundo digital pode colocar no meio prisional. De que riscos de segurança estamos a falar? No caso da criminalidade organizada, a restrição de acesso dos indivíduos reclusos ao digital deve ser maior, consoante o grau de perigo de continuação da atividade criminosa dentro da prisão?

Como acabámos de enumerar, existe uma multiplicidade de indagações válidas que podemos fazer quando pensamos na importação e consequente reforço dos instrumentos tecnológicos e digitais no espaço prisional. Reconhecemos que a evolução tecnológica deve revolucionar também a fase executiva da pena, não só porque essa (r)evolução é um corolário direto das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos, que aposta na mimetização dos aspetos positivos da vida exterior, mas também porque o grau de eficácia do estipulado no art. 40.º do CP, no que diz respeito aos efeitos que se devem sentir na prevenção especial ou de ressocialização, devem por esta via ser alcançados.

Afinal, apesar da desadequação legislativa, ou mesmo ausência de previsão legal, a opção por uma alteração/inovação legal nesta matéria deverá ser sempre ponderada, uma vez que não só comporta custos avultados para o sector prisional, como também implica a criação de um *know-how* específico para adequar as necessidades sentidas pelos reclusos, tendo em consideração a tipologia de pena que se encontram a cumprir, mas também o tipo de criminalidade e de estabelecimento prisional que está em causa. Assim, de um *nothing works in prison*, somos apologistas de que o caminho pode ser feito no sentido do *something works within walls*.

4. Conclusões para um futuro (que será assim tão) próximo?

> *Digital provision in Australia has witnessed much success for prisoners who engage in distance learning.*
>
> *(Steven Van De Steene, "Digitizing the Prison: The Light and Dark Future")*[34]

Após um ano particularmente difícil na sequência da pandemia provocada pela Covid-19 – essencialmente o ano de 2020 – demo-nos conta do valor que pode ter uma simples saída à rua para compensar o excesso de horas passados em confinamento. A experiência decorrente da imposição de vários estados de emergência, trouxe consigo a marca da reclusão forçada para o cidadão comum. Muitos irão discordar quanto aos benefícios que tal confi-

[34] Disponível em: https://dora.dmu.ac.uk/xmlui/bitstream/handle/2086/14505/PSJ%20231%20May%202017.pdf?sequence=1&isAllowed=y. (Consultado em 28/5/2021).

namento produziu, mas certamente a maioria concordará que a tecnologia salvou a elementar necessidade de comunicar e de manter os laços afetivos.

A comunicação digital que havia já inaugurado o último e o presente século como sendo de transição digital, reinventou-se, assumindo-se como a força motriz da evolução social, económica e histórica. É inegável o progresso provocado pela onda tecnológica em vários setores da sociedade e o acréscimo que tal tem provocado no *homo aeconomicus* moderno. No Direito em geral, a influência da vaga tecnológica e da nova era digital, ao mesmo tempo que contribuem para melhor acomodar e assim fazer florescer os direitos fundamentais, colocam arreigados problemas do ponto de vista da subsistência dos mesmos, nuns casos fazendo colocar em causa o núcleo essencial de tais direitos, noutros casos fazendo com que esses direitos se redensifiquem à luz de uma nova modelação provocada pela demanda digital em curso.

Com efeito, o cerco prisional sendo ele mesmo um espaço que convoca e invoca uma dupla sensibilidade – liberdade e segurança – clama a todo o tempo por uma remodelação quanto aos meios empregados na ressocialização do recluso. Apesar de se reconhecer uma paulatina aproximação do sistema a soluções que primam por esse encurtar de distâncias – entre o que já é oferecido e o que poderia ser colocado ao dispor do recluso – ainda se conhece uma certa relutância em abraçar a era digital *intra* muros.

Ademais, ressalve-se que a própria legislação portuguesa ainda mantém uma tendência para a promoção dos meios tradicionais de comunicação, pelo menos no que diz respeito aos contactos com o exterior, apenas privilegiando os meios digitais a título excecional.

A eclosão de novas formas de delinquir, como a criminalidade organizada, mas não apenas esta, clamam para uma redefinição do espaço prisional, que dá mostras de alguma erosão quanto ao modo de estancar comportamentos delitivos no seu seio. Se é certo não ser desejável um endurecimento das medidas que estrangule a veia ressocializadora, reconhecemos e reafirmamos que os direitos fundamentais do recluso só se encontrarão devidamente consagrados se o Estado lograr a adoção de políticas criminais tendentes a mitigar a reincidência e a condução de uma vida futura sem a prática de crimes.

Aludindo a Benjamim Constant, naquela que ficou conhecida como a sua obra mais conhecida e que viria a ser um dos textos fundadores do constitucionalismo europeu, *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*, existem dois tipos de liberdade: a liberdade dos antigos e outra liberdade, aquela cujo usufruto é particularmente precioso para as nações modernas[35].

[35] CONSTANT, BENJAMIM, (2016), p. 3.

Cabe assim concluir que numa sociedade onde nos deparamos com uma "outra liberdade", a liberdade do efémero (mesmo no cerco do Direito), a profecia anunciada para o espaço onde essa mesma liberdade já se encontra comprimida, é a de caminhar para uma realidade onde o futuro digital não se aparte do desígnio reabilitador, devolvendo ao cidadão agrilhoado a dignidade que se lhe assaca como ser humano.

Bibliografia

ANTUNES, Maria João, *Penas e Medidas de Segurança*, Reimpressão, Edições Almedina, Coimbra, 2018.

BAUMAN, Zygmunt, *Tempos Líquidos*, Jorge Zahar Edições, Rio de Janeiro, 2007.

BECK, Ulrich, *A Metamorfose do Mundo*, Edições 70, Lisboa, 2017.

BOAVIDA, Joaquim, *A Flexibilização da Prisão, da Reclusão à Liberdade,* Edições Almedina, Coimbra, 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes e Moreira, Vital, *Constituição da República Anotada - Artigos 1.º a 107.º*. Volume I, 4.ª Edição Revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

CONDE, Francisco Muñoz, "El Nuevo Derecho penal autoritário". In *El Derecho ante la Globalización y el terrorismo "Cedant Arma Togae*", (Coord.) Mario G. Losano e Francisco Muñoz Conde, Actas del Coloquio internacional Humboldt, Montevideo abril 2003, Editora Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pp.161-184.

CONSTANT, Benjamim, *A Liberdade dos Antigos comparada com a dos Modernos*, Editora Book Builders/Letras Errantes, Silveira, 2016.

CRESPO, Eduardo Demetrio, "A Metamorfose do Direito Penal do Estado de Direito", *Católica Law Review*, n.º 3, Volume I, 2017, pp. 71-89.

FARINHA, Inês Simões, *A Correspondência e o seu Controlo no Sistema Prisional Português,* Dissertação apresentada no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito, Área de Especialização em Direito Penal, Coimbra, 2009.

LEITE, André Lamas, "Ressocializar, hoje? Entre o "mito" e a realidade", *Revista do MP*, 156, Outubro/Dezembro, 2018, pp. 75-119.

PLATÃO, *A República,* 15.ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2016.

RAWLS, John, *Uma Teoria de Justiça,* 4.ª Edição Reimpressão, Editorial Presença, Lisboa, 2017.

RODRIGUES, Anabela Miranda, *Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Prisão a Metamorfose da Benevolência*, Edição do Autor, Lisboa, 2003.

_____, *Criminalidade Organizada. Investigação, Direito e Ciência*, Almedina Brasil, São Paulo, 2017(1).

_____, *Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo*, 2.ª Edição, Almedina, Lisboa, 2017(2).

TRÁFICO DE SERES HUMANOS: UMA ABORDAGEM À TUTELA PENAL NA ERA DIGITAL

Emanuel Carvalho[1]

RESUMO: A violação da dignidade da pessoa humana, a desigualdade, a castração ou redução da liberdade e autonomia individual causadas pelos múltiplos modos de exploração em que se concretiza o tráfico de seres humanos têm merecido uma gradual e global censura por parte da comunidade, como consequência da evolução política-criminal (internacional e nacional), focada na prevenção e repressão da respetiva criminalidade, enquanto se assegura a tutela das vítimas. Ambiciona-se aferir a suficiência do modelo penal português vigente para a tutela da vítima de tráfico atraída pelos meandros digitais, tendo em conta que a persecução criminal de *ultima ratio* é desafiada pela complexidade e transnacionalidade (física e virtual) subjacente ao tráfico de seres humanos, para apontar caminhos de otimização ou de precaução a seguir em alterações normativas *in futurum*.

PALAVRAS-CHAVE: Tráfico de seres humanos, tutela penal, era digital.

SUMÁRIO: 1. Problemática. 2.Enquadramento político-criminal. 3. Tutela penal do tráfico de seres humanos. 4. Abordagem à tutela penal do tráfico de seres humanos na era digital. 5. Considerações *ad futurum*.

ABSTRACT: The violation of human dignity, inequality, and the castration or reduction of individual freedom and autonomy caused by the multiple modes of exploitation in which human trafficking is carried out have been gradually and globally censured by the community, reflecting the evolution of criminal policy (international and national), focused on the prevention and repression of the respective criminality, while ensuring the protection of victims. The aim is to assess the adequacy and

[1] Licenciado em Direito pela Universidade do Minho (2004). Advogado (desde 2006). Doutorando em direito pela Universidade Autónoma de Lisboa (desde 2018). Membro da *Ratio Legis* – Centro de Investigação & Desenvolvimento em Ciências Jurídicas da Universidade Autónoma de Lisboa, e da linha investigatória *Corpus Delicti* – Estudos de Criminalidade Organizada Transnacional.

sufficiency of the current portuguese criminal model for the protection of victims of trafficking attracted by digital means, taking into account that criminal prosecution of ultima ratio is challenged by the complexity and transnationality (physical and virtual) underlying human trafficking, to point out optimization or precautionary paths to follow in future legal amendments.

KEYWORDS: Human trafficking, criminal law protection, digital age.

SUMMARY: 1. Problematic. 2. Political and criminal framework. 3. Penal sanctioning of trafficking in human beings. 4. Approach criminal law protection of human trafficking in the digital age. 5. *Ad futurum* considerations.

1. Problemática

Enfrentamos, no presente, problemas de dimensão global e nefasto impacto para a sociedade, como o terrorismo, o narcotráfico, o tráfico de armas, o tráfico de petróleo, o tráfico de vida selvagem, a corrupção, o branqueamento de capitais, a contrafação, o cibercrime e o tráfico de seres humanos (que abarca o tráfico de órgãos humanos).

Acresce esclarecer que os acontecimentos prejudiciais à sociedade global são múltiplos e vão além dos sobreditos fenómenos criminosos, apontando-se aqui os exemplos da degradação ambiental fruto das atividades humanas, e da tendência para o esgotamento dos recursos energéticos não renováveis e da água. E a evolução tende a conduzir-nos para o surgimento de novos fenómenos como a disputa em torno da criação e comercialização de vacinas que antevemos, apresentando um mero juízo de prognose, a partir da recente necessidade de vacinação da população global em razão da disseminação, à mesma escala, do vírus Sars-CoV-2 (síndrome respiratória aguda grave – coronavírus 2).

Em face de uma vivência hodierna assente, cada vez mais, na concepção de "aldeia global", conceito que Herbert McLuhan nos ofereceu[2], os desafios atuais que a Humanidade enfrenta, dos quais acima já assinalamos determinados, carecem de uma análise que pressuponha a sua interligação. É fruto deste ambiente que se tem reconhecido que a criminalidade tem alargado a sua atuação além-fronteiras e é gi-

[2] MCLUHAN, Herbert, 1962, p. 31.

zada, de modo progressivo, com maior organização, sofisticação e ocultação[3]. E a tendência expansiva da apelidada criminalidade organizada transnacional afere-se, por exemplo, pelo crescimento exponencial dos proveitos decorrentes da sua atuação ilícito-criminal e os colocam em patamares elevados. Como, em certa medida, se vislumbra por serem superiores ao produto interno bruto dos designados Estados subdesenvolvidos, se bem que a divulgação tem sido feita de modo disperso e heterogéneo, por via, sobretudo, de fontes de natureza institucional ou académica.

Neste enfiamento tomemos em consideração o relatório "Transnational Crime and the Developing World" divulgado por Global Financial Integrity, que estima um volume de negócios associado ao crime transnacional na média anual variável entre 1,6 trilião e 2,2 triliões de dólares americanos. O mesmo relatório elenca as 11 (onze) atividades criminosas transnacionais que geram o maior volume de negócios, entre as quais se encontram o tráfico de seres humanos e o tráfico de órgãos humanos com um volume, respetivo, na ordem dos 150,2 mil milhões dólares americanos e 840 milhões a 1,7 mil milhões dólares americanos. Em respeito ao tráfico de seres humanos, o referido relatório dá também conta que a exploração laboral e sexual das pessoas têm sido um negócio ilegal de crescimento exponencial, estimando que a região da Ásia-Pacífico seja geradora de um volume de negócios ilegal na ordem dos 51,8 biliões de dólares americanos e cerca de 11,7 milhões de vítimas, e que a região europeia seja geradora de um volume de negócios ilegal na ordem dos 46,9 mil milhões de dólares americanos e cerca de 1,5 milhões de vítimas[4]. É indiscutível

[3] De um modo geral e a partir da vasta doutrina que tem dissecado o *modus operandi* da criminalidade organizada transnacional, identificamos de seguida as suas principais marcas: organização assente em estruturas hierárquicas que permite uma distribuição funcional e um planeamento de atuação similar ao modelo empresarial; capacidade tecnológica de ponta que permite o cometimento de crimes por vias sofisticadas e cada vez mais ocultas; capacidade financeira substancial que permite o recurso a mecanismos de corrompimento de pessoas e entidades, inclusive públicas, e de aliciamento de pessoas para a estrutura criminosa, bem como a proteção destas; capacidade bélica considerável que permite determinados procedimentos, como a intimidação, facilitadores à concretização delituosa; capacidade de cometimento diversificado de tipos de crime e em diferentes territórios, bem como capacidade para uma atuação em rede. ABADINSKY, Howard 2009, p. 9-12, 14-16. ALBANESE, Jay; REICHEL, Philip, 2013, p. 9-11. BRAZ, José, 2020, p. 304. DAVIN, João, 2007, p. 93.

[4] O relatório elenca as 11 (onze) atividades criminosas transnacionais que geram o maior volume de negócios distribuindo-as pelas seguintes: tráfico de drogas (USD 426 mil milhões a USD 652 mil milhões), tráfico de armas (USD 1,7 mil milhões a USD 3,5 mil milhões), tráfico de seres humanos (USD 150,2 mil milhões), tráfico de órgãos humanos (USD 840 milhões a USD 1,7 mil milhões) e tráfico de propriedades culturais (USD 1,2 mil milhões a USD 1,6 mil milhões); falsificação (USD 923 mil milhões a USD 1,13 triliões), crime ilegal de vida selvagem (USD 5 mil milhões a USD 23 mil milhões), pesca ilegal (USD 15,5 mil milhões a USD 36,4 mil milhões), extração ilegal de madeira (USD 52 mil milhões a USD 157 mil milhões), mineração ilegal (USD 12 biliões a USD 48 biliões) e roubo de petróleo bruto (USD 5,2 mil milhões a USD 11,9 mil milhões). *Transnational Crime and the Developing World – Global Financial Integrity.* 2017, p. 13-14. Disponível em: https://www.gfintegrity.org/wp-content/uploads/2017/03/Transnational_Crime-final.pdf (consulta a 26/04/2021).

que estamos diante de uma atividade que se pode resumir a desumana, mas o volume negocial ilícito em torno do tráfico de seres humanos é tão substancial que atrai o seu prosseguimento[5].

A referida propensão expansiva da criminalidade organizada transnacional diante das dificuldades presentes das autoridades enfrentarem aquela com eficácia (sem preterir a fragilidade da atuação do Estado, como se verifica nas situações em que seja permeável à corrupção, esteja em permanente conflito interno ou esteja a ser malsucedido na concretização das suas politicas) tem gerado uma ambivalência social que, no âmbito do direito penal, abriu espaço para que se apregoe a necessidade de recorrer em maior grau a mecanismos securitários, sacrificando-se a liberdade individual[6]. Por isso, é relevante um tratamento científico rigoroso, desde a investigação até à criação normativa, sobre a conceitualização e abordagem jurídica da criminalidade organizada (e, neste aspeto, sublinhamos que o nosso ordenamento jurídico peca por ausência de um enquadramento jurídico específico). Estamos diante de um "conceito confuso e difuso e espelha a dinâmica global da sociedade atual", sendo para já notório que tem sido abordado de um modo desmedido pela comunicação social e, por via desse, criado um receio generalizado na comunidade com a sua confundibilidade com as associações criminosas, grupos criminosos ou bandos criminosos, como nos ensina Manuel Guedes Valente[7]. Na realidade e seguindo as palavras do mesmo autor, "o que temos, em essência, é uma criminalidade estruturada e muito longe da verdadeira criminalidade organizada [aquela que os operadores do Estado não conseguem prevenir e nem reprimir por os agentes da mesma dominarem parte ou partes ou no todo os sistemas de poder do Estado]"[8].

Diante da mencionada ambivalência revemo-nos, com a devida vénia, no pensamento de Francis Fukuyama quando nos dá conta que "embora não queiramos regressar a um mundo de grandes confrontos de poderes, temos de estar atentos à necessidade de poder. O que só os Estados e os Estados sozinhos são capazes de fazer é agregar e utilizar propositadamente o poder legítimo. Este poder é necessário para

---

[5] O tráfico de pessoas é estimado em 5 a 7 mil milhões de dólares por ano, mas o sofrimento das dezenas de milhões de pessoas que são vítimas não pode ser medido em termos monetários. (…) O tráfico de pessoas exige um nível de recursos que só pode ser fornecido pela criminalidade organizada. (tradução nossa) ARLACCHI, Pino, "The Dynamics of Illegal Markets", in *Combating Transnational Crime – Concepts, Activities and reponses*. Editado por Phill Williams e Dimitri Vlassis. Frank Cass Publishers, New York, 2001, p. 5-12.

[6] Assistimos a mutações no direito penal que tendem, como nos ensina Maria João Antunes, a abrir caminho para o direito penal do facto dar lugar a um "direito penal dos autores", assim como o direito penal de proteção do bem jurídico dar lugar a um direito penal de proteção da vítima. E a mudança decorre, seguindo a conspeção da mesma autora, mais da "pressão mediática" do que tendo em conta a própria realidade recentes. ANTUNES, Maria João, 2016, p. 197-198.

[7] VALENTE, Manuel Guedes, 2017, p. 133-134.

[8] *Idem*, p. 135-136.

aplicar um Estado de direito a nível interno, e é necessário preservar a ordem mundial a nível internacional"[9].

Ainda que o primeiro quartel do século XXI seja marcado pela vanguarda da civilização em consequência da imorredoura evolução da Humanidade, a disseminação e a biodiversidade do tráfico de seres humanos consubstancia um flagelo que enodoa a sociedade hodierna à escala planetária, e por estar embrionado de modo histórico na escravatura, é, hoje, assinalado – com austeridade – como uma forma de "escravidão contemporânea"[10]. O Estado Português não está imune a esse tormento dada a sua localização no continente europeu, que, associada por sua vez às relações históricas com a restante comunidade lusófona, têm contribuído para ser considerado um território de entrada, passagem e até destino de tráfico de seres humanos[11]. E diante de uma comunidade global cada vez mais presente no espaço digital, identificando-se a utilização da *internet* como plataforma mais recente de recrutamento para o tráfico de seres humanos, urge equacionar a adequação e suficiência do nosso modelo penal vigente no sentido de garantir, quer a proteção e assistência às vítimas de tráfico, quer a responsabilização dos autores do crime.

2. Enquadramento político-criminal

A matriz de valorização do ser humano tem sido, em sequência das duas guerras mundiais ocorridas durante o século XX, o guia para a criação contínua de instrumentos político-jurídicos (com influxos para o âmbito criminal) destinados a regular o *modus vivendi* internacional com implicações diretas nas políticas e normas nacionais.

---

[9] Tradução nossa de: *While we do not want to return to a world of clashing great powers, we do need to be mindful of the need for power. What only states and states alone are able to do is aggregate and purposefully deploy legitimate power. This power is necessary to enforce a rule of law domestically, and it is necessary to preserve world order internationally.* FUKUYAMA, Francis, 2004, p. 120.

[10] BALES, Kevin; TRODD, Zoe; WILLIAMSON, Alex, 2009, p. 28.

[11] De acordo com o Relatório Anual de Segurança Interna constata-se que a sinalização de vítimas de tráfico indicia que o Estado Português é um país de destino, de trânsito e de origem, ora interna, ora externa. Em detalhe, registaram-se 80 sinalizações de tráfico de pessoas associadas ao Estado Português como país de destino, sendo que predominou os casos em que as vítimas foram sujeitas à exploração laboral (60) oriundos de países externos à UE, como a Índia, e pertencentes à UE, como a Espanha. Assinalaram-se 19 sinalizações de tráfico de pessoas no interior do Estado Português, sendo que a esmagadora maioria (17) foram sujeitas a exploração laboral e quanto às nacionalidades 9 eram de origem portuguesa e as restantes (10) de origem estrangeira. Foram, ainda, sinalizadas 3 vítimas de nacionalidade portuguesa sujeitas ao tráfico fora do território português. Por fim, registaram-se "apenas" 3 sinalizações de tráfico de pessoas associadas ao Estado Português como país de trânsito, sendo que as vítimas eram oriundas de países africanos. Sistema de Segurança Interna - *Relatório Anual de Segurança Interna de 2020*, p. 79. Disponível em: https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=%3d%3dBQAAAB%2bLCAAAAAAABAAzNDQ1NAUABR26oAUAAAA%3d (consulta em 18/04/2021).

Lato sensu, a ilegalidade e, em particular, a criminalização do tráfico de seres humanos tem vindo a alastrar-se de maneira ecuménica e é notório o foco dos Estados, bem como de múltiplas entidades intergovernamentais e organizações não governamentais, em gizar cada vez mais medidas preventivas e repressivas que reduzam a criminalidade organizada (interna ou transnacional) em torno do referido tráfico.

É de enaltecer, neste contexto, o papel que tem sido desenvolvido, por exemplo, pela Organização das Nações Unidas – em particular, pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes, pelo Fundo de Emergência Internacional das Nações Unidas para a Infância, e pela Organização Internacional do Trabalho –, pelo Conselho da Europa e pela Organização para a Segurança e Cooperação na Europa. No âmbito da União Europeia, destaca-se o papel do Coordenador da Luta Anti-Tráfico[12] gizado para auxiliar os Estados-membros na aplicação do instrumento político-criminal de referência e mais avançado da União Europeia na matéria em questão – a Diretiva 2011/36/EU[13] do Parlamento Europeu e do Conselho "relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à proteção das vítimas".

Na esteira da sobredita conspeção jus-política internacional e da União Europeia, o Estado Português tem delineado uma política criminal[14], da qual têm derivado sucessivos planos estratégicos que, apartando-se dos de natureza genérica, visam prevenir e reprimir o tráfico de seres humanos [mormente, o I Plano Nacional contra o Tráfico de Seres Humanos (2007 a 2010), o II Plano Nacional contra o Tráfico de Seres Humanos (2011 a 2013), o III Plano Nacional de Prevenção e Combate ao Tráfico de Seres Humanos (2014-2017), e o IV Plano de Ação para a Prevenção e Combate ao Tráfico de Seres Humanos (2018-2021)[15]].

---

[12] Com a finalidade da União Europeia executar uma estratégia coordenada e robusta que dissuada o tráfico de seres humanos, os Estados-membros estão compelidos, por força da Diretiva 2011/36/EU (art.º 22.º), a fornecer ao Gabinete de "Coordenação da Luta Anti-Tráfico" relatos avaliativos das tendências do tráfico de seres humanos e dos efeitos das medidas aplicadas no respetivo ordenamento. O propósito da recolha daqueles relatos é carreá-los, de 2 em 2 anos, para a Comissão Europeia, com vista a capacitar esta última no devido aperfeiçoamento das estratégias subsequentes.

[13] Diretiva 2011/36/EU do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à proteção das vítimas, publicada no Jornal Oficial da União Europeia n.º L 101 de 15/04/2011, substituindo a Decisão-Quadro 2002/629/JAI do Conselho.

[14] Lei-Quadro da Política Criminal aprovada pela Lei n.º 17/2006, de 23/5/2006.

[15] Resolução do Conselho de Ministros n.º 81/2007, de 22/6/2007; Resolução do Conselho de Ministros n.º 94/2010, de 29/11/2010; Resolução do Conselho de Ministros n.º 101/2013, de 31/12/2013; Resolução do Conselho de Ministros n.º 80/2018, de 19/6/2018.

Pelo espectro normativo, evidenciamos a relevância da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950), do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, do Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais (1966) e do Protocolo Adicional n.º 7 à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1984), do Tratado de Amesterdão (1997) e da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2010), enquanto instrumentos que enaltecem os Direitos Humanos e constituem a base para instrumentos erigidos em particular para a prevenção e repressão do tráfico de seres humanos. Entre estes últimos é notória a relevância da Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional (2000) – e respetivos Protocolo das Nações Unidas para Prevenir, Suprimir e Punir o Tráfico de Pessoas, Especialmente Mulheres e Crianças(2000), e Protocolo Adicional contra o Tráfico Ilícito de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea (2000)[16] –, da Directiva 2004/81/CE do Conselho (de 29 de Abril de 2004, relativa ao título de residência concedido aos nacionais de países terceiros que sejam vítimas do tráfico de seres humanos), da Convenção do Conselho da Europa relativa à Luta contra o Tráfico de Seres Humanos (2005)[17] e da sobredita Diretiva 2011/36/EU.

Assiste-se, ainda que de modo paulatino, a uma absorção das referidas diretrizes supranacionais pelo direito interno dos Estados, sobretudo na dimensão constitucional e penal. Observando o panorama político-criminal português verifica-se que a quinta revisão constitucional (2001)[18] e as alterações ao Código Penal (promovidas em 2007 e 2013, ao tipo legal de crime de tráfico de pessoas) representam as adequações normativas nacionais mais sonantes contra o tráfico de seres humanos.

Ainda que a referida revisão constitucional tenha apenas inserido na "magna carta" portuguesa a expressão "tráfico de pessoas", estatuindo uma exceção ao princípio da "inviolabilidade do domicílio e da correspondência" como modo de repressão da respetiva criminalidade[19], é uma aparição literal impactante por ter diminuído o raio de ação de um ditame constitucional considerado como um dos mais relevantes em prol da esfera individual afirmado pelo nosso ordenamento.

A tutela penal do tráfico de seres humanos foi revigorada pela alteração do Código Penal imposta pela Lei nº 60/2013, de 23/8/2013, em razão da inva-

---

[16] Resolução da Assembleia da República n.º 32/2004, de 2/4/2004.

[17] Resolução da Assembleia da República n.º 1/2008, de 14/1/2008.

[18] Lei n.º 1/2001, de 12/12/2001.

[19] Art.º 6.º da Lei n.º 1/2001.

riável e sobredita influência normativa internacional e europeia, conferindo-lhe a redação vigente e que adiante nos iremos prender nos aspetos essenciais para a presente abordagem. É certo que a alteração normativa da versão do Código Penal de 2007 para a de 2013 – introduzida pela Lei n.º 59/2007, de 4/9/2007 – consubstancia um aperfeiçoamento ligeiro no tipo legal de crime de tráfico de pessoas, mas é com a redação vigente que podemos afirmar que a norma se encontra em patamar digno de motivar a dissuasão social (prevenção geral) e a repressão dos criminosos (prevenção especial), que se quer bastante severa para ser compatível com o atentado à dignidade humana causada pelo tráfico de seres humanos.

3. Tutela penal do tráfico de seres humanos

Na abertura do Código de Processo Penal está contemplado, desde a sua aprovação (1987), uma visão conceitual abstrata de crime e, em razão da evolução necessária para adequação das normas aos fenómenos criminais contemporâneos, o artigo 1.º estatuiu, desde 2007[20], uma perspetiva concreta de diferentes tipos de criminalidade.

Em detalhe, o legislador indica que o "crime" é formado por um conjunto de pressupostos que têm de ser preenchidos por forma a ser aplicada ao agente a respetiva punição criminal, seja por via de uma pena ou de uma medida de segurança[21]. E reforça o quadro conceitual com a designação de "criminalidade violenta"[22], de "criminalidade especialmente violenta"[23] e de "criminalidade altamente organizada", englobando-se nesta última as condutas que integram o crime de tráfico de pessoas[24].

A conceitualização positivista-legalista de crime tem sido encarada, de modo consensual na doutrina portuguesa, como um dogma jurídico-penal que nos impele para a afirmação de um "direito penal do facto", ao invés do direito penal do agente[25]. E, como nos ensina Figueiredo Dias, essa afirmação decorre do Direito Penal ser concretizado pela ligação da punibilidade a "tipos de factos singulares" em vez de "tipos de agentes", representando assim uma reação diante

[20] Lei n.º 48/2007, de 30/8/2007.

[21] Art.º 1.º, a), do Código de Processo Penal (CPP).

[22] Art.º 1.º, j), do CPP: «"Criminalidade violenta" as condutas que dolosamente se dirigirem contra a vida, a integridade física ou a liberdade das pessoas e forem puníveis com pena de prisão de máximo igual ou superior a 5 anos;».

[23] Art.º 1.º, l), do CPP: «"Criminalidade especialmente violenta" as condutas previstas na alínea anterior puníveis com pena de prisão de máximo igual ou superior a 8 anos;».

[24] Art.º 1, m), do CPP.

[25] ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, 2015, p. 70 e 71.

determinados factos e não dirigidos a uma certa personalidade, pelo que interpretar o que se deve entender por crime é afinal apreender o conceito de facto punível[26].

Impregnada na referida visão teórica de fato punível, o legislador português estrutura a noção de crime a partir da conduta (humana e voluntária) qualificando-a, por sua vez, como típica, ilícita, culposa e punível[27].

Vamo-nos prender, de seguida, pela análise dos elementos constitutivos do tipo legal de crime de tráfico de pessoas em sentido estrito ou de pessoas adultas por representar o delito de mor importância, mas dá-se nota que o artigo 160.º do Código Penal alberga várias espécies de delitos para satisfazer as sobreditas diretrizes vertidas nos instrumentos normativos a que o Estado Português se vinculou em matéria de tráfico de seres humanos. Assim, para além do tráfico de pessoas adultas ou maiores, o referido preceito reprova o tráfico de pessoas menores, a alienação de pessoas menores, a utilização da pessoa sujeita a tráfico e a subtração dos seus documentos.

A conduta típica do crime de tráfico de pessoas materializa-se pelo acto de oferta, entrega, recrutamento, aliciamento, aceitação, transporte (quer este seja realizado por meio da titularidade do agente, quer seja levado a cabo por meio pertencente a terceiro, desde que neste último caso seja custeado pelo agente), alojamento ou acolhimento de uma pessoa feita por quem pretenda proceder à sua exploração sexual ou laboral, ou forçá-la à prática de atividades criminosas, ou sujeitá-la à mendicidade ou escravidão, ou ainda, submetê-la à extração de órgãos.

Além das sobreditas ações e finalidades censuradas, a norma elenca (leia-se tipifica) os meios de execução através dos quais o agente do crime desenvolve a conduta criminosa. A saber, condena-se a conduta exercida mediante violência (isto é, "o acto de força que conduz ao desencadeamento de um resultado que não se quer"), rapto (isto é, "a ação de subtração e transferência não consentida de uma pessoa de um local para outro, ficando a vítima sob o domínio fáctico do agente"), ameaça grave (isto é, a "forma de coacção moral que leva a aceitação de uma proposta ou sugestão com receio de que o prometido se cumpra"), ardil (isto é, "a manha, a astúcia, a subtileza, o estratagema, que leva o visado a aceitar a proposta de como séria"), manobra fraudulenta (isto é, "o encaminhamento hábil que conduz alguém à assunção de uma conduta, arrastado pela habilidade da proposta"), abuso de autoridade decorrente de uma relação de dependência hierárquica, económica, de trabalho ou familiar (isto é, "o aproveitamento do ascendente que a situação de dependência ou fragilidade em que se encontra a

[26] DIAS, Jorge Figuereido, 2019, p. 275.

[27] *Idem*, 277. Art.º 1.º, 1, do CP e art.º 1.º, a) do CPP.

vítima proporcionam ao agente de minar a vontade desta"), aproveitamento da incapacidade psíquica ou de situação de especial vulnerabilidade da vítima (a qual é medida em razão da idade, deficiência, doença ou gravidez, levando-se em linha de conta o disposto para o tipo legal de crime de sequestro[28]), ou obtenção do consentimento da pessoa que tem o controlo sobre a vítima (isto é, adquirir a autorização da pessoa que por ser familiar ou representante legal da vítima exerce deveres de cuidado e direção sobre aquela, os quais devem ser enquadrados nos interesses jurídicos indisponíveis)[29].

O tipo de crime de tráfico de pessoas é preenchido, na sua vertente subjetiva, quando o agente do crime idealiza (ou premedita) sujeitar outrem à exploração e sabe que a sua conduta (de modo mais direto ou acidental) vai provocar essa consequência, ou manifesta intenção de proceder à exploração de outrem. Na sua vertente objetiva, verifica-se quando o agente do crime age por um determinado meio, que conjugados têm por consequência a exploração de outrem. Portanto, a tríade do tipo objetivo reparte-se entre ações, meios e finalidades.

Avançando para a ilicitude importa introduzir que se trata de um elemento que assume na cadeia conceitual do crime uma relação simbiótica com a tipicidade pois, recuperando os dizeres de Pinto de Albuquerque, "o tipo é o tipo de ilícito penal e não há ilícito penal fora do tipo"[30]. A ilicitude afere-se por via da técnica da exclusão, segundo a qual uma conduta típica deve ser considerada ilícita quando não seja preenchida uma causa da sua exclusão.

O legislador penal indica-nos como causas de exclusão da ilicitude a legítima defesa, o exercício de um direito, o cumprimento de um dever imposto por lei ou por ordem legítima de autoridade e o consentimento do titular do interesse juridicamente relevante.

Das referidas causas importa para o presente tema a figura do consentimento, dado que está expresso no tipo legal de crime de tráfico de pessoas a não exclusão da ilicitude ainda que seja prestado o consentimento pela vítima. Sublinha-se, assim, que o legislador determinou que "em caso algum" o consentimento da vítima deve afastar a ilicitude da conduta criminosa.

Acresce dizer, seguindo com a devida vénia o pensamento de Taipa de Carvalho, que o consentimento da vítima de tráfico é incompatível com quaisquer "bons costumes"[31]. O mesmo autor equaciona que o consentimento poderia, em tese, ser relacionado com "o aproveitamento da situação de especial

[28] ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, 2015, p. 631.

[29] ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, 2015, p. 635. SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel, 2016, p. 438-439.

[30] ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, 2015, p. 112.

[31] CARVALHO, Américo Taipa de, 2012, p. 686.

vulnerabilidade da vítima (n.º 1, al. *d)*, - 2.ª parte) ou mediante a obtenção do consentimento da pessoa que tem controlo sobre a vítima (n.º 1, al. *e)*), desde que esta também consentisse", mas afasta de seguida a validade do mesmo pela referida indisponibilidade[32].

O dolo, como a modalidade de culpa mais grave por comparação com a negligência, afirma-se como a matriz de culpabilidade do nosso modelo penal. É, deste modo, exigido que para as situações de desvalor jurídico menos grave (leia-se, para as condutas negligentes) o tipo legal de crime contemple especificamente a sua punição[33], pressupondo-se por esta via que a omissão literal nos tipos legais de crime que integram o Código Penal é sinónimo de estarmos diante de tipos de crimes de cariz doloso quanto à culpa, como é o caso do tipo legal de crime de tráfico de pessoas.

Por fim, a norma incriminadora designa a pena de prisão como a consequência matriz. A moldura penal do tipo legal de crime de tráfico de pessoas contempla a aplicação de uma pena de prisão situada entre o mínimo de 3 anos e o máximo de 10 anos.

O legislador designou um conjunto de pressupostos para justificar a agravação da pena de prisão cuja duração pode passar a ascender, no seu patamar mínimo, ao período de 4 anos e, no seu patamar máximo, ao período de 13 anos e 4 meses. Os referidos pressupostos repartem-se, *grosso modo*, entre circunstâncias de meios (como, ter sido cometida com especial violência, por funcionário no exercício de funções ou no âmbito de uma associação criminosa) ou de resultados (como, causar perigo, danos particularmente graves ou o suicídio da vítima).

4. Abordagem à tutela penal do tráfico de seres humanos na era digital

A evolução contemporânea da Humanidade colocou-nos na rota da designada globalização, tanto física como virtual. Pronuncia-se, de modo comum, globalização, mas em bom rigor, aquela não se resume a um fenómeno único, sendo mais adequado expressar "globalizações" porque, como nos esclarece Boaventura Sousa Santos, é certo que a dimensão económica é aquela que mais se destaca nesse processo, mas engloba outras vertentes como a social, a política, a cultural e a tecnológica. Por isso, o mesmo autor aprecia a "globalização como conjuntos de relações sociais que se traduzem na intensificação das interações

[32] *Idem*.

[33] ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, 2015, p. 148.

transnacionais, sejam elas práticas interestatais, práticas capitalistas globais ou práticas sociais e culturais transnacionais"[34].

Uma parcela substancial da globalização encontra-se na sua vertente tecnológica e, dentro desta última, a *internet* ocupa um sinal notório ao permitir, por exemplo, a disseminação de informações e o estabelecimento de comunicações a nível global de modo instantâneo.

Identifica-se na *internet* e de modo pernicioso, um campo favorável à prática de novos crimes (cibercrimes) e uma ferramenta de apoio à prática de crimes (como, para a temática em apreço, o crescente recrutamento de pessoas via *online* que, a final, são sujeitas a situações de exploração individual), com a agravante de ser um espaço cuja investigação é mais exigente ou complexa.

Ainda que os indicadores focados nas marcas de angariação das pessoas para o respetivo tráfico apontem que há uma tendência superior para o traficante ser uma pessoa familiar, amiga ou conhecida da vítima (60%), em comparação com desconhecidos (40%), demonstrando que as relações de confiança ou proximidade com as vítimas são decisivas para o recrutamento. E ainda que o recrutamento levado a cabo por desconhecidos motive em maioria dos casos um contato pessoal entre o traficante e vítima (75%), tem-se verificado um aumento das situações de recrutamento via *internet*[35].

Em contrapartida, o lado positivo da globalização e instantaneidade associada à *internet* em prol das vítimas de tráfico materializa-se por ser um meio onde podem recolher informações que as auxilie a identificar tais práticas criminosas, bem como a aceder aos mecanismos de proteção e assistência, além de ser também um canal para a respetiva denúncia.

A abordagem ao campo digital associada ao tráfico de seres humanos (já) tem sido incorporada na política-criminal, como se verifica no plano estratégico da União Europeia para a erradicação do tráfico de seres humanos, projetado para o quinquénio compreendido entre os anos 2012-2016[36] e impulsionado pela Diretiva 2011/36/EU. O referido plano recomenda, para a compreensão presente do fenómeno criminoso, a implementação de um sistema de recolha de dados à escala da União Europeia, a interpretação das caraterísticas dos grupos vulne-

---

[34] SANTOS, Boaventura Sousa, 2001, p. 62.

[35] Instituto de Estudos Estratégicos eInternacionais (IEEI) – Tráfico Humano, A Protecção dos Direitos Humanos e as Vítimas de Tráfico de Pessoas, Rotas, Métodos, Tipos de Tráfico e Setores de Atividade em Portugal. Outubro de 2012, p. 84. Disponível em: https://www.eapn.pt/ficheiro/dcf25f44fa2569e 0a550a378f079191d (consulta a 23/04/2021).

[36] A Estratégia da União Europeia para a erradicação do tráfico de seres humanos 2012-2016 integra a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões de 19/06/2012.

ráveis e o estudo do uso da *internet* como plataforma mais recente de recrutamento.

Na esteira das diretrizes da União Europeia, o Estado Português indicou no III Plano Nacional de Prevenção e Combate ao Tráfico de Seres Humanos (2014-2017), no âmbito da primeira área estratégica dirigida *grosso modo* à prevenção, a necessidade de realização de uma análise sobre todas as formas de tráfico de seres humanos elencadas pela Diretiva 2011/26/EU (a saber, o tráfico para fins de exploração sexual, exploração do trabalho, a mendicidade, a escravidão, a extração de órgãos ou a exploração de outras atividades criminosas) e sobre o recrutamento na *internet* e através das redes sociais.

No plano da ação penal, o legislador definiu com rigor os meios admissíveis de obtenção da prova – desde, *grosso modo*, os exames, as revistas e buscas, até às apreensões e escutas telefónicas – e os procedimentos a respeitar pelas autoridades[37].

Centremo-nos na interceção e gravação de conversações ou comunicações eletrónicas em função da presente utilização massiva de equipamentos informáticos e do modo como a *internet* atrai o crime para o campo virtual, interessando-nos aqui o aliciamento de pessoas para efeitos de tráfico. Preocupemo-nos, também, com o apuramento de documentos digitais – como, comprovativos de títulos de viagem – para identificar o *modus operandi* das redes de tráfico e, assim, inviabilizar que se torne numa espécie de uma especialidade do cibercrime.

A recolha de prova no campo digital está subjugada a um elenco apertado de tipos legais de crime[38], que estão distribuídos pelo Código Penal e por leis penais extravagantes[39], e têm por denominador comum, de uma maneira geral, um suporte eletrónico e a utilização de um sistema informático.

A expetativa de encontrar naquele elenco normativo uma alusão expressa ao crime de tráfico de pessoas seria, na nossa modesta visão, elevada, tendo em conta o adensamento político-criminal que se tem apregoado diante do tráfico de seres humanos e sendo notório que os agentes criminosos recorrem a plataformas informáticas para atrair pessoas com alegadas pretensões lícitas enquanto ocultam o propósito de sujeitá-las ao tráfico, e para tornar mais opaca as comunicações entre os agentes que compõem a cadeia criminosa, o que dificulta o conhecimento do crime por parte das autoridades.

---

[37] Artigos 171.º, e s. do CPP.

[38] Art.º 19.º da Lei do Cibercrime (Lei n.º 109/2009, de 15/9/2009).

[39] Além da Lei do Cibercrime, tomemos exemplo os ilícitos criminais consagrados no Título IV do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, e previstos nas Medidas de Combate ao Branqueamento de Capitais e ao Financiamento de Terrorismo (Lei n.º 83/2017, de 18/8/2017).

Portanto, a obtenção de prova no campo digital relacionada com o crime de tráfico de seres humanos exige uma leitura precisa e uma aplicação rigorosa das ferramentas legais rigorosa.

A Lei do Cibercrime contempla diversos meios de recolha de prova – como a preservação e revelação expedita de dados de tráfego, a pesquisa e apreensão de dados informáticos, e a apreensão de correio eletrónico e registos de comunicações de natureza semelhante –, sendo aplicáveis aos processos dos crimes previstos na respetiva lei[40], aos processos dos crimes que tenham sido cometidos por meio de um sistema informático ou aos processos em relação aos quais se revele necessidade de se proceder à recolha de prova em suporte eletrónico[41]. É por força desta última previsão que se admite a recolha pelos sobreditos meios no âmbito de um processo-crime de tráfico de pessoas[42].

Em respeito à intercepção de comunicações eletrónicas (por intermédio, por exemplo, de aplicações instaladas em telemóveis), a Lei do Cibercrime admite-a nos processos de crimes previstos na mesma lei e nos processos relativos a crimes que revelem a necessidade de se proceder à recolha de prova armazenada em suporte eletrónico, desde que façam parte do elenco de crimes previstos no Código de Processo Penal para as escutas telefónicas (leia-se artigo 187.º do referido Código)[43]. Compulsado o citado artigo não encontramos uma alusão expressa ao crime de tráfico de pessoas, sendo necessária uma leitura por meios remissivos para alcançar essa possibilidade já que a norma descreve que "a intercepção e a gravação de conversações ou comunicações telefónicas só podem ser autorizadas durante o inquérito, se houver razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter, por despacho fundamentado do juiz de instrução e mediante requerimento do Ministério Público, quanto a crimes puníveis com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos"[44].

No que concerne à recolha digital de elementos probatórios por ações encobertas é admissível para os processos de crimes previstos na Lei do Cibercrime e para um elenco fechado de tipos de crime que – para procedermos à relação com o tráfico de seres humanos – ora se citam: "os cometidos por meio de um sistema informático, quando lhes corresponda, em abstrato, pena de prisão de

---

[40] A Lei do Cibercrime contempla os seguintes crimes: Falsidade informática (art.º 3.º); Dano relativo a programas ou outros dados informáticos (art.º 4.º); Sabotagem informática (art.º 5.º); Acesso ilegítimo (art.º 6.º); Intercepção ilegítima (art.º 7.º); Reprodução ilegítima de programa protegido (art.º 8.º)

[41] Art.º 11.º a 17.º da Lei do Cibercrime.

[42] Art.º 11.º, 1, c), e art.º 12 a 17.º da Lei do Cibercrime.

[43] Art.º 18.º, 1, b), da Lei do Cibercrime, e art.º 187.º, 1, do CPP.

[44] Art.º 187.º, 1, a), do CPP.

máximo superior a 5 anos ou, ainda que a pena seja inferior, e sendo dolosos, os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual nos casos em que os ofendidos sejam menores ou incapazes, a burla qualificada, a burla informática e nas comunicações, a discriminação racial, religiosa ou sexual, as infracções económico-financeiras, bem como os crimes consagrados no Título IV do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos"[45].

Considerando que o tipo legal de crime de tráfico de pessoas afeta a liberdade pessoal, conforme decorre da sua inserção sistemática no Código Penal, e atentos os elementos constitutivos que o compõem, concluímos pela sua exclusão no elenco taxativo de crimes que permite o agente encoberto *online*.

Enquanto o legislador teve o cuidado (e bem!) de contemplar que a perseguição penal por via de ações encobertas digitais visa tutelar as vítimas menores ou incapazes de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, seria expectável que essas situações espoletassem uma previsão expressa para o tráfico de seres humanos, dado que a exploração sexual de menores é uma finalidade censurada no âmbito do tráfico de seres humanos. E por via da criminalização daquela finalidade, também, se procura condenar os traficantes que utilizem as vítimas para espetáculos ou representações pornográficas, sendo estas exibidas – como é consabido – em plataformas informáticas e de acesso reservado (e pago).

5. Considerações *ad futurum*

A ambivalência da Humanidade hodierna é estonteante por dar mostras, *grosso modo*, da coexistência da vanguarda do conhecimento, da evolução tecnológica, da prosperidade social, económica, política e cultural, com flagelos sistémicos e conflitos de diversa ordem, que colocam em crise a subsistência e sã convivência das gerações presentes e vindouras.

Diante da clivagem global é-nos caro o flagelo do tráfico de seres humanos por representar um atentado aos mais elementares direitos que a pessoa não deve ser privada (como o direito à vida, à liberdade, à integridade física, psicológica e à segurança pessoal, consagrados há muito em instrumentos normativos como é modelo mor a Declaração Universal dos Direitos do Homem), sem menosprezo por demais pandemias comunitárias como a mendicidade, a escravidão, o racismo, a violência contra grupos de pessoas vulneráveis (como as crianças e os idosos).

Na realidade, o tráfico de seres humanos implica uma violação vasta dos Direitos Humanos, pelo que enquadrar o flagelo nas correntes migratórias, que marcam o nosso quotidiano e envolvem as pessoas que procuram por melhoria das condições de vida, ou reduzir à mera persecução penal dos traficantes é, por

[45] Art.º 19.º da Lei do Cibercrime.

mais que se verifique uma conexão entre o aproveito ilícito-criminal e os referidos movimentos, exígua para uma abordagem cabal diante de um fenómeno altamente complexo.

Reconhece-se que, sobretudo nas últimas três décadas, tem sido ampliada a observação daquele fenómeno criminoso, têm sido múltiplas as ações das organizações internacionais e as políticas dos Estado dirigidas à prevenção e repressão do tráfico de seres humanos, e, nesse sentido, têm emergido numerosos instrumentos normativos. No plano legislativo elege-se a criminalização do fenómeno e, em concreto, a ideia da incriminação tentar abranger as mais variadas formas de execução adaptadas aos tempos correntes, como a benfeitoria mais substancial rumo à efetiva proteção das vítimas de tráfico e responsabilização dos respetivos autores.

A globalização tecnológica proliferou a *internet* e esta atraiu a criminalidade, não só pela via da criação de crimes, como também pela facilitação da prática de determinados delitos – como é o caso do tráfico de seres humanos –, ao mesmo tempo que dificulta a respetiva persecução penal.

A dilucidação do tipo legal de crime de tráfico de pessoas permitiu-nos constatar a ausência de qualquer referência à utilização dos meios virtuais, sendo consabido que a *internet* é utilizada pelo traficante como elemento facilitador para o cometimento do respetivo crime, ou como elemento encobridor diante das autoridades.

Nesta esteira, chamamos à colação o pensamento do legislador francês que contempla um agravamento da moldura penal no crime de tráfico de seres humanos quando a vítima seja colocada em contato com o traficante por meio de uma rede de comunicação eletrónica[46].

Na vertente processual-penal, tivemos oportunidade de apurar que os meios de obtenção de prova no campo digital em processos-crime de tráfico de pessoas implicam uma interpretação acrobata entre o Código de Processo Penal e a Lei do Cibercrime, sendo que escasseia uma terminologia expressa para afirmar uma investigação penal firme diante de um crime de lesa-Humanidade, valorizando-se assim a singularidade da pessoa humana, como uma nano-parte da Humanidade.

---

[46] O Código Penal (*Code Pénal*) Francês reserva, na Seção 1 bis, o artigo 225-4-1 a 225-4-9 para o tipo legal de crime de tráfico de seres humanos (*crime de la traite des êtres humains*), inserido no Capítulo V – Ofensas à dignidade pessoal (*Des atteintes à la dignité de la personne*), do Título II – Ofensas à pessoa humana (*Des atteintes à la personne humaine*), do Livro II – Crimes e ofensas contra pessoas (*Des crimes et délits contre les personnes*). A moldura penal, que contempla a pena de prisão de 7 anos e multa de € 150.000, pode ser sujeita a agravamento (elevando para 10 anos a pena de prisão e € 1.500.000 a pena de multa quando a prática do crime de tráfico de seres humanos coloca a vítima em contato com o agente do crime através de meios eletrónicos de comunicação sendo a divulgação de mensagens dirigida a um público indeterminado (tradução nossa).

Neste sentido, a previsão legal da figura do agente encoberto *online* merece ser alargada ao crime de tráfico de pessoas, para colocar ao dispor das autoridades um meio de obtenção de prova que, por sinal, é permitido para crimes de natureza impessoal (por exemplo, a burla informática) ou de natureza meramente financeira (como, as infrações económico-financeiras).

Estamos cientes que há muito por fazer nesta área e, desde logo, preocupamo-nos por via do presente com a tutela da vítima de tráfico atraída pelos meandros digitais pois é tempo e mais que tempo de nos empenharmos por um ecossistema humano alicerçado na dignidade de todos e para todos.

Bibliografia

ABADINSKY, Howard, *Organized crime*. 9.ª Edição, Cengage Learning, Wadsworth, 2009.

ALBANESE, Jay, REICHEL, Philip, *Transnational organized crime: an overview from six continentes.* SAGE Publications, Thousand Oaks, 2013.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal* à *luz da Constituição da República e da Convenç*ão Europe*ia dos Direitos do Homem*. 3ª edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015.

ANTUNES, Maria João, "Perigosidade - Intervenção estatal em expansão?", in*R-BCC*, N.º 121, 2016, p. 191-206.

ARLACCHI, Pino, "The Dynamics of Illegal Markets", in *Combating Transnational Crime – Concepts, Activities and reponses.* Editado por Phill Williams e Dimitri Vlassis. Frank Cass Publishers, New York, 2001, p. 5-12.

BALES, Kevin; TRODD, Zoe; WILLIAMSON, Alex, *Modern slavery : the secret world of 27 million people*. Oneworld Publications, Oxford, 2009.

BRAZ, José, *Investigação Criminal*. 5.ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2020.

CARVALHO, Américo Taipa de, *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial – Tomo I, Artigos 131.º a 201.º*. Dir. Jorge Figueiredo Dias, 2.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

DAVIN, João, *A criminalidade organizada transnacional: a cooperação judiciária e policial na UE*. 2.ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral, Tomo I*. 3.ª edição, Editora GestLegal, Coimbra, 2019.

FUKUYAMA, Francis, *State-Building: Governance and World Order in the 21st Century.* Cornell University Press, Ithaca, 2004.

MCLUHAN, Herbert, *The Gutenberg Galaxy: The Making of Typographic Man*. 1.ª Edição, University of Toronto Press, 1962.

SANTOS, Boaventura Sousa, *Globalização: fatalidade ou utopia?* Edições Afrontamento, Porto, 2001.

SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel, *Código Penal Anotado, Vol. III Parte Especial (art.os 131.º a 235º)*. 4ª Edição. Rei dos Livros Editora, Lisboa, 2016.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, "Criminalidade Organizada: Tópico Juscriminológico Supranacional". in: *Criminalidade Organizada: Investigação, Direito e Ciência*. Coord: Eliomar da Silva Pereira, Guilherme Cunha Werner, Manuel Monteiro Guedes Valente. Editora Almedina, São Paulo, 2017, p. 133-150.

INFLUENCIA DE LOS MASS MEDIA EN LA LEGISLACIÓN PENAL Y PROCESAL RELATIVA AL DECOMISO: EL EJEMPLO DE ESPAÑA

Miguel Álvarez Hernández[1]

ABSTRACT: En el presente capítulo tratamos de abordar como los medios de comunicación son un factor clave en la regulación actual del decomiso en España. Así, planteamos su proceso de influencia en la reforma penal y procesal, a través de la canalización de las demandas ciudadanas, y la respuesta de los poderes públicos, consistente, esencialmente, en reformas penales que priman una presunta eficacia sobre el resto a los derecho y garantías del proceso penal. Finalmente, veremos algunos de estos efectos en la regulación actual del decomiso, como una de las figuras jurídicas paradigmáticas afectadas por esta influencia.

PALABRAS CLAVE: Medios de comunicación, decomiso, eficacia, garantías.

SUMÁRIO: 1. Introducción. 2. El papel esencial de los medios de comunicación en el sistema penal. Especial énfasis en los fenómenos relacionados con la corrupción. 3. Su reflejo en la regulación del decomiso en españa. 4. Debates en el seno de la nueva regulación: conflicto de eficacia versus garantías. 5. Conclusiones.

ABSTRACT: In this chapter, we will address how mass media are a key factor in the current regulation of confiscation in Spain. Thus, we propose its process of influence in criminal and procedural reform through the channelling of citizen demands, and the response offered by the State institutions, which consists, essentially, of penal reforms in which an alleged efficiency prevails over rights and guarantees in the criminal procedure. Finally, we will show some of these effects

[1] Doctorando USAL. Investigador CIGG.

in the current regulation of confiscation, as it is one of the paradigmatic legal concepts affected by the described influence.

KEYWORDS: Mass media, confiscation, efficiency, guarantees.

SUMMARY: 1. Introduction. 2. The essential role of Mass Media in the criminal system. Special emphasis in corruption related phenomena. 3. Reflection in the spanish regulation of confiscation. 4. Existing debates in the new regulation: the conflict between efficiency and guarantees.

1. Introducción

Hoy en día, y gracias al avance de la tecnología, los medios de comunicación tradicionales han amplificado el alcance de sus noticias y, lo que es más importante para el supuesto que nos ocupa, de sus opiniones. El auge de internet y de las redes sociales hace posible que una noticia u opinión pueda compartirse a decenas de miles de personas en unos breves segundos, generando debate, siendo interpretada y generando nuevas opiniones que repiten ese mismo proceso de multiplicación.

Este proceso genera, dota de contenido y sienta las bases de la agenda pública, al conformar grupos de opinión a través de los cuáles se encauza el debate público. Esto afecta intensamente al Derecho Penal y Procesal Penal, ya que las conductas a él adscritas ocupan horas de televisión y generan intensos (y no siempre argumentados) debates que fijan el foco de los ciudadanos en un problema concreto.

Los delitos relacionados con la corrupción y la delincuencia organizada son el ejemplo paradigmático del fenómeno expuesto, convirtiéndose en objeto de la preocupación ciudadana y, por tanto, en el objeto de la acción de los poderes públicos, con tendencia a acudir a la reforma penal, y dentro de un contexto en el que, desde el punto de vista de los ciudadanos, se ha popularizado una frase que roza la categoría de mantra: "que devuelvan lo robado".

Este fenómeno, entre otros, ha influido en la revalorización del decomiso como herramienta de política criminal, pero nos preguntamos hasta qué punto la dirección tomada en la materia puede verse influida por esas preocupaciones nacidas del eco mediático de numerosos casos de corrupción en lo que se han visto afectadas enormes cantidades de recursos, tanto dinerarios como de otra índole, y si dicha actuación de los poderes públicos en la materia es susceptible de ser considerada cortoplacista y más efectista que efectiva.

2. El papel esencial de los medios de comunicación en el sistema penal. Especial énfasis en los fenómenos relacionados con la corrupción

En las últimas dos décadas, los casos de corrupción que han sido objeto de tratamiento mediático masivo se han multiplicado. Nos atrevemos a afirmar que, no solo los juristas, si no la gran mayoría de los ciudadanos de a pie serían capaces de enumerar al menos tres o cuatro grandes casos de corrupción de los últimos años en nuestro país, aunque este concepto habría que entrecomillarlo, ya que es muy difícil, hoy en día, circunscribir tanto los hechos como las consecuencias de un caso de corrupción al contexto de un único Estado.

Una de las facetas del tratamiento mediático que más han influido en la legislación en materia de corrupción es la propensión a la "exageración"[2], tomando como vara de medir la notoriedad pública o social de los investigados, así como las cantidades de dinero implicadas, contribuyendo dichas prácticas al aumento de la preocupación ciudadana en la materia, y desembocando en la actuación de los poderes públicos para reprimir, por encima de prevenir, estas conductas[3].

Este factor se considera esencial para la formación de opinión, tanto desde una óptica colectiva como desde el punto de vista del individuo[4], sin embargo, las formas y el tratamiento actualmente se encuentran, en la mayoría de los casos, lejos de los requisitos jurisprudenciales de "veracidad y relevancia pública"[5], alejándose de su satisfacción con el fin de conseguir la máxima audiencia posible.

Este objetivo es enormemente relevante, convirtiendo el tratamiento mediático de las conductas relacionadas con la corrupción en un ejercicio más cercano al entretenimiento que la información[6], con el fin de fomentar el máximo visionado y, por tanto, el máximo beneficio, lo que suele derivar en la deflagración de los requisitos antes mencionados, y en argumentaciones prejuiciosas y poco reflexivas.

Esa función cercana al entretenimiento se une de forma intrínseca con otro fenómeno complementario, la llamada "tematización"[7] de estos grandes casos de corrupción. La tematización consiste en que el tratamiento o la función informativa de los medios de comunicación no se circunscribe a tratar de forma

---

[2] GIL VILLA, (2008), p. 20.

[3] GIL VILLA, (2008), p. 55.

[4] HUERTAS MARTÍN (2018), p. 431.

[5] Sentencia del Tribunal Constitucional 172/1990, de 12 de noviembre.

[6] ORSI, (2018), p. 60.

[7] ORSI, (2018), p. 72.

concreta los hechos objeto de investigación o juicio, si no que amplía sus fronteras e informa o genera debates sobre los demás factores que rodean al hecho, especialmente sobre sus protagonistas, su estilo de vida, sus escarceos amorosos o sus rencillas familiares, generando, desde el punto de vista del informado, la identificación entre el hecho y los sujetos implicados, aumentando la consideración del problema y, por tanto, el reclamo de soluciones a los poderes públicos. Dicha tematización desemboca, de forma irremediable, en el refuerzo de esa función de entretenimiento a través de la "espectacularización", en detrimento del legítimo papel fiscalizador de los medios en un Estado democrático, y derivando, según el procedimiento que planteamos, en legislaciones que difuminan los contornos de numerosos principios básicos del ordenamiento jurídico, algo que se aprecia manifiestamente en los ordenamientos penal y procesal penal.

Por lo tanto, el tratamiento de los medios de comunicación de estas conductas consigue con cierto éxito el primer paso, que los ciudadanos perciban el problema y reclamen soluciones, pero consideramos que fracasa, por norma general, en el paso siguiente, que dichas legislaciones sean efectivas y respetuosas con el marco jurídico del que nos hemos dotado.

Cierno nivel de publicidad es clave para la eficacia preventiva de cualquier regulación que se pretenda efectiva, pero las tendencias que se aprecian hoy en día presentan potenciales peligros que pueden afectar a la regulación de diferentes figuras y, por ende, al sistema penal en su conjunto. La reacción, cuestionable, más habitual, es utilizar la reforma de la legislación penal por ser la herramienta más efectista, que no efectiva, de cara a responder a esa preocupación ciudadana, en lugar de optar por una regulación más efectiva y aplicable que sea más difícil de "vender" a la ciudadanía o menos llamativa.

Por lo tanto, sintetizando este proceso en cascada[8], un aumento en el tratamiento de un determinado fenómeno, en este caso grandes casos de corrupción en los que se ven involucradas grandes sumas de dinero y bienes de otra naturaleza, conllevan un correlativo ascenso de la consideración de dichos fenómenos como un problema a ojos de los ciudadanos, que demandan respuesta a los poderes públicos para un problema que consideran que no se ataja eficientemente, generando el paisaje perfecto para la profusión de reformas penales que busquen, como objetivo principal, responder a esos anhelos ciudadanos, y no mejorar en materia de prevención, detección y represión de dichas conductas, en el caso relativo al decomiso, conseguir que efectivamente "devuelvan lo robado", con pleno respeto a los derechos y garantías penales y procesales que el ordenamiento jurídico otorga a todos los sujetos, incluso a aquellos responsables o presuntamente responsables de las más reprochables y onerosas conducta para el erario público y, por tanto, para el interés general del conjunto de la ciudadanía.

[8] SÁNCHEZ BERNAL, (2019), p. 569.

Así, nos enfrentamos a la posibilidad de encontrarnos frente a leyes susceptibles de poner en juego los principios básicos de los ordenamiento penal y procesal penal[9].

Para el caso concreto de la corrupción, algunos autores nos otorgan claves y ejemplos concretos. En esa actividad legislativa frente a la corrupción nacida del aumento de la preocupación ciudadana, la opción más habitual en la práctica consiste en la creación de nuevos tipos penales aplicables, y un incremento de las penas abstractas aplicables a esos nuevos tipos penales, y a los ya existentes con anterioridad, en aplicación de lo que se denomina como "extrema ratio"[10]. Sin embargo, se considera probado[11] que este tipo de medidas no redundan, por sí solas, en una mayor eficacia preventiva y represiva contra estas conductas, ni coadyuvan de forma determinante junto a otras medidas a ese mismo fin. En cuanto a esta tendencia, se añade también, a modo de refuerzo, la idea de la "aplicación extensiva"[12] del Derecho Penal, señalando los motivos que han generado este caldo de cultivo, entre las que encontramos la globalización de las tecnologías de la información y comunicación, y señalando que el rasgo más característico de esa intervención penal apresurada y desmedida es la disminución de garantías penales y procesales, adquiriendo peligrosos tintes que pudieran encuadrarse en el denominado "Derecho Penal del enemigo".

Acude a modo de ilustración al ejemplo de nuestro país, donde la legislación penal y procesal penal reguladora de los delitos de corrupción ha sufrido hasta cinco modificaciones en un periodo de diez años, entre 2005 y 2015, lo que deja claro que se guían por fines como responder a esos anhelos ciudadanos de forma electoralista o efectista, ya que, en un periodo tan corto de tiempo entre cada reforma, es imposible que quede comprobada la eficacia o ineficacia de la misma, pudiendo afectar a la racionalidad del sistema sancionador en su conjunto. Se trata de reformas "baratas" y fáciles de "vender" a la ciudadanía por parte del poder político, tratando de mostrar su gran empeño en encontrar una solución, más que en encontrar esa solución de forma real y efectiva.

---

[9] SALAZAR MÉNDEZ, (2019), p. 20.

[10] CERINA, (2020), pp. 141-144.

[11] CERINA, (2020), pp. 145-147.

[12] PÉREZ ALONSO, (2012), pp. 393-395.

3. Su reflejo en la regulación del decomiso en España

Tras enumerar las principales reformas llevadas a cabo en nuestro país de la regulación penal y procesal del decomiso, cabe preguntarnos: ¿por qué esto es así? La respuesta sencilla englobaría motivos como el cumplimiento de obligaciones internacionales en cumplimiento de normativa proveniente de la Unión Europea o la necesidad de modernizar la figura para combatir de una forma más eficaz la corrupción, la delincuencia organizada, y la delincuencia financiera. Sin embargo, aunque estos sean y se enuncien expresamente como los motivos de cabecera, nos parece interesante tratar qué otros factores se encuentran detrás de esos motivos principales, y, en especial, el que venimos tratando en este trabajo, la influencia de la opinión pública en esta legislación.

3.1. Proceso de auge del decomiso como herramientas de política criminal contra estos fenómenos

El procedimiento de influencia de los *mass media* en la legislación penal y procesal se expresa con mayor intensidad en las herramientas de política criminal para prevenir y, especialmente, reprimir, las conductas que han sido colocadas en el ojo público de forma más repetitiva, y, como comentábamos, tematizadas y espectacularizadas. Pero ese tratamiento mediático y la preocupación ciudadana a él aneja no surgen por generación espontánea, si no que responden a una serie de razones, entre las que consideramos adecuado destacar las siguientes:

3.1.1. Respuesta a los "riesgos globales"

En las últimas décadas, convivimos en un modelo social que presenta una serie de caracteres especiales, que se sintetizan de forma magistral en la denominada "sociedad del riesgo"[13]. El exponencial progreso económico y la globalización van irremediablemente unidos a una serie de riesgos. Se produce así un inexorable fenómeno de "mercantilización"[14] que alcanza tanto a la delincuencia como a la respuesta de los poderes públicos a la misma, y en él, las normas penales y procesales emanadas de los Estados ven reducida su capacidad preventiva y represiva, yendo, por normal general, a la zaga de los cambios económicos y sociales.

En este marco, destacan especialmente las conductas relacionadas con la corrupción, la criminalidad organizada, y la delincuencia financiera, conductas cuyo punto esencial en común es la búsqueda del lucro propio.

[13] BECK (1986).

[14] FARIA (2012), p. 18.

Este tipo de conductas delictivas revisten todas las características esenciales[15] de los riesgos sociales en auge. Se trata de conductas en las que la decisión y dominio es humano, generalmente a través de instituciones, organizaciones, o empresas que agrupan un enorme potencial económico, y una correlativo poder de influencia en la vida pública.

Estas conductas son multidimensionales en el espacio, no conociendo de fronteras físicas, como tampoco las conocen sus efectos sociales y económicos. Son también multidimensionales en el tiempo, comprometiendo el desarrollo durante un periodo prolongado de tiempo, afectando a generaciones futuras[16], especialmente a las clases más humildes económicamente.

Otra característica esencial del auge de estos fenómenos es que se caracterizan por la falta de soluciones rápidas y mantenidas, respecto a su prevención y represión, algo que requiere de regulaciones estables y coherente, especialmente en la relación entre el plano penal y el plano procesal.

Las características reseñadas facilitan la elusión de responsabilidad de aquellos que las cometen[17]. La globalización no es un fenómeno exclusivamente delictivo o jurídico, pero ambas facetas, tanto la delincuencia como la prevención y represión de esta, están sometidas a esta internacionalización[18] cada vez más profunda, y cada vez más irreversible.

Por lo tanto, a través de los caracteres expuestos, apreciamos como este conjunto de conductas, en el que es patente la falta de víctimas individualizables, presenta efectos sistémicos devastadores tanto para el desarrollo económico y social de los Estados, así como para la fortaleza y confianza de los ciudadanos en las instituciones públicas.

3.1.2. Crisis económica pronunciada y prolongada y su influencia en las preocupaciones ciudadanas

Desde hace más de una década, hemos vivido un periodo de crisis económica mantenida que ha afectado de forma intensa a todo el planeta, incluidas, esta vez, las denominadas "economías desarrolladas", implicando a un altísimo porcentaje de la población mundial. Sin embargo, esta crisis ha sido generada sustancialmente por el impacto de unos pocos en los circuitos económicos legítimos, apuntando, esencialmente, a dos focos: la clase política y los grandes

---

[15] MERCADO PACHECO, (2012), p. 94-97.

[16] ESTEVE PARDO, (2012), pp. 280-282.

[17] RODRIGUEZ-GARCÍA, (2017), p. 360.

[18] BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, (2017), p. 903.

actores del sector financiero. La crisis económica presenta una doble vertiente[19], ya que se mezclan sus efectos, afectando a una gran cantidad de población de forma sistémica, población que, a su vez, siente esos efectos de forma individual e intensa, a diferencia de otros fenómenos sistémicos graves como, por ejemplo, el cambio climático, en el que la afección es más difícil de percibir de forma individual.

En este contexto, en la lucha contra la corrupción y, debido a su finalidad, en la figura del decomiso y su regulación reciente, confluyen las dos mayores preocupaciones de los ciudadanos españoles a lo largo de la última década, generando un terreno fértil para potenciar la influencia de los medios de comunicación en los términos que hemos expuesto.

Encontramos, acudiendo a los datos sobre las preocupaciones de los españoles, que "la corrupción y el fraude" es la segunda mayor preocupación de los ciudadanos en los últimos años. Como nota, debemos decir que los datos se han reducido notablemente en los últimos meses, ya que el trasvase de preocupación[20] se ha trasladado a la crisis sanitaria causada por el COVID-19.

Tabla 1. Preocupación por la corrupción y el fraude en España.

	Enero 2020	Enero 2015	Enero 2010
La corrupción y el fraude.	17,9%	55,5%	2,9%

Fuente: Barómetro del CIS. Elaboración propia.

Aunque en los últimos se aprecie una disminución del porcentaje de ciudadanos preocupados por esta opción, podemos apreciar que más bien se trata de una dispersión de esa preocupación entre otras opciones, ya que, recientemente, en enero de 2020, se han añadido como posibles opciones de respuesta otras ampliamente relacionadas, como "el mal comportamiento de los/las políticos/as", "lo que hacen los partidos políticos" y "los problemas políticos en general". Esta idea se refuerza con la fuerte conexión que se produce, desde la perspectiva de los ciudadanos, entre corrupción y política.

[19] RODRÍGUEZ GARCÍA, (2017), pp. 357-358.

[20] A efectos de nuestro estudio, reflejaremos los datos relativos a los meses de enero del año actual, 2020, y de los años 2010 y 2015, años en que se realizaron las dos reformas del decomiso de mayor calado.

Tabla 2. Preocupación por la política en España

	Enero 2020	Enero 2015	Enero 2010
El mal comportamiento de los/las políticos/as	18,3%	-	-
Lo que hacen los partidos políticos	14,0%	-	-
Los problemas políticos en general.	21,7%	-	-

Fuente: Barómetro del CIS. Elaboración propia.

Anteriormente, hemos dicho que "la corrupción y el fraude" ocupaban el segundo puesto de prioridad en las preocupaciones ciudadanas, pero el motivo estrella de preocupación refuerza las ideas que planteamos respecto al auge del decomiso, ya que se trata del desempleo, que ocupa el primer puesto desde hace xxx años. Junto a él, encontramos los problemas de índole económico. En la actualidad, la preocupación por los problemas de índole económico en estas estadísticas se ha acentuado a causa de la pandemia, pero ya ocupaban el primer lugar en la lista con carácter previo a la misma.

Tabla 3. Preocupación por el paro y los problemas de índole económico en España.

	Enero 2020	Enero 2015	Enero 2010
El paro	58,9%	79,4%	82,7%
Los problemas de índole económico.	27,0%	24,5%	47,0%

Fuente: Barómetro del CIS. Elaboración propia.

Por tanto, lo que podemos deducir de estos datos es la existencia de un periodo muy prolongado de crisis económica con afectación directa y grave en la vida de los ciudadanos, y como los ciudadanos consideran al fraude, la corrupción y conductas anejas como uno de los factores primordiales de dicho contexto de crisis, que conjugan, coloquialmente, en la citada expresión "que devuelvan lo robado".

3.1.3. Fuerte iniciativa internacional

Unido a los motivos anteriores, entrelazado con ellos, la fuerte iniciativa internacional respecto al combate contra determinadas conductas ha convertido al decomiso en una herramienta de política criminal de primer orden.

Es importante recordar aquí lo dispuesto respecto al auge de los riesgos globales, aquellos contra los que el decomiso se ha convertido en una herramienta principal. Los ejemplos paradigmáticos son aquellos que esta iniciativa internacional pretende combatir: el narcotráfico, la delincuencia organizada, y la corrupción, conductas que tienen en común su objeto principal, la consecución del máximo beneficio económico posible. A través de ese objetivo se justifica el crecimiento del decomiso como herramienta de política criminal de primer or-

den contra estas conductas, al ser una herramienta jurídica pensada para atacar directamente a las finanzas de los grupos que llevan a cabo estas conductas, el medio idóneo para tratar de reprimirlas y, sobre todo, prevenirlas.

La Organización de Naciones Unidas, a través de la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, fue quién los primeros y tímidos[21] pasos en la confirmación de decomiso como figura clave para luchar contra estos fenómenos. Este guante fue recogido por Consejo de Europa, que anuda al decomiso y al blanqueo como pareja indispensable[22] en la lucha contra los productos del delito, con miras más amplias que el anterior Convenio.

Posteriormente, se sucedieron numerosos Convenios tanto en el Ámbito de Naciones Unidas[23] como del Consejo de Europa[24], en los que el decomiso fue creciendo en importancia y matices en su regulación, con especial mención, por su importancia, de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003, como instrumento internacional que contiene un marco de normas con especial énfasis en la recuperación de activos provenientes de la corrupción[25]

Sin embargo, es el marco de la Unión Europea donde encontramos un avance posterior fulgurante del decomiso como herramienta de política criminal, regulada en numerosos instrumentos[26], hasta llegar a la Directiva 2014/42/UE, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea, cuya trasposición es el germen de las regulaciones nacionales actuales en los Estados Miembros, y que se dedica de forma exclusiva a esta figura jurídica.

3.2. Reformas recientes del decomiso en España

La figura del decomiso ha sido reformada tres veces en las últimas dos décadas, a través de cuatro instrumentos: la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 1/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se

[21] CARRILLO DEL TESO, (2017), p. 40.

[22] CARRILLO DEL TESO, (2017), p. 52.

[23] Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo de 1999, y Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000.

[24] Convenio de Varsovia de 2005.

[25] Capítulo V, artículo 51 a 59. Instrumento de ratificación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003.

[26] En orden cronológico: Acción Común 98/699/JAI; Decisión Marco 2001/500/JAI; Decisión Marco 2003/577/JAI; Decisión Marco 2005/2012/JAI; Decisión Marco 2006/783/JAI.

modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; y la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

Repasamos, muy brevemente, las principales modificaciones, simplemente a efectos expositivos para analizar algunos puntos clave, y la posible influencia de la opinión pública y los medios de comunicación en la actuación del legislador.

Mediante la LO 15/2003, de 25 de noviembre, se trató de revitalizar el decomiso como herramienta de política criminal, cuando, hasta entonces, había ocupado un segundo, influido de forma esencial por los motivos que hemos detallado en el apartado anterior. Así, esencialmente, el legislador amplió el objeto del decomiso para el caso de las conductas dolosas[27], por primera vez se preveía el decomiso por valor equivalente cuando fuera imposible ejecutar el decomiso directo sobre los bienes concretos[28] y se incluyó la posibilidad del decomiso sin sentencia para cuando el investigado estuviese exento de responsabilidad penal[29] y la opción de realizar de forma anticipada los bienes objeto de decomiso[30], como principales modificaciones.

Esta LO supuso la respuesta nacional a los impulsos que hemos comentado, en consonancia al auge internacional de la figura a través, principalmente, de la Convención de Mérida de 2003.

A través de la LO 5/2010, de 22 de junio, se da cumplimiento, esencialmente, a obligaciones internacionales, en trasposición de diversas disposiciones normativas de la Unión Europea[31]. Como introducciones o reformas esenciales, destacan el decomiso de los bienes de procedencia ilícita respecto a los delitos de terrorismo o aquellos cometidos en el seno de una organización de este carácter, incluyendo para esa determinación una serie de indicios con el fin de determinar esa procedencia ilícita[32], y la posibilidad de decretar el decomiso en delitos im-

---

[27] Art. Único, apartado cuadragésimo cuarto, punto 1.

[28] Art. Único, apartado cuadragésimo cuarto, punto 2.

[29] Art. Único, apartado cuadragésimo cuarto, punto 3.

[30] Art. Único, apartado cuadragésimo cuarto, punto 4.

[31] Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005 y Decisión Marco 2002/475/JAI, del Consejo de la UE, de 13 de junio de 2002.

[32] Artículo Único, apartado trigésimo, punto 1, párrafo segundo. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

prudente cuando la pena abstracta a imponer sea superior a un año de privación de libertad[33].

La última de las reformas, la más profunda, y la que más controversia ha generado, es la reforma introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, algo que ya queda patente en su Preámbulo, donde el propio legislador explicita[34] que con esta ley se pretende una "ambiciosa revisión", cuyo objeto fundamental es "facilitar instrumentos legales más eficaces". Ambición, y eficacia, dos términos interesantes en el marco de nuestra exposición.

En materia de decomiso ampliado, introduce la posibilidad de decomisar bienes propiedad de un condenado cuando se pueda resolver "a partir de indicios fundados"[35], que esos bienes son consecuencia de delitos distintos de aquel por el que ha sido condenado, ampliando esta opción a un listado mucho más amplio de delitos, no solo a los delitos de terrorismo o cometidos en el seno de una organización terrorista, como introdujo la LO 5/2010. A continuación, establece, a modo de ejemplo y no taxativo, una serie de indicios[36] para considerar que esos bienes proceden de la actividad delictiva previa del condenado, y siempre con carácter de presunción *iuris tantum* que puede ser desvirtuada por el condenado.

Respecto al decomiso autónomo o sin sentencia, en la LO 1/2015, el legislador realiza, con los que problemas que ello acarrea, y que veremos más adelante, especial énfasis en la justificación para alejar a esa figura de una naturaleza eminentemente penal, escudándose en un conocido pronunciamiento del TEDH[37]. Así, aunque ya se encontraba regulado, se introducen una serie novedades mediante la introducción de un nuevo precepto[38], que recoge los supuestos y requisitos para poder proceder a esta modalidad de decomiso.

En materia de decomiso de bienes que se encuentren en manos de terceras personas, introduce un precepto que realiza algunas modificaciones técnicas que también producen amplio debate doctrinal, al que nos referiremos, debido a los criterios que se establecen[39] para poder proceder al decomiso de bienes de

---

[33] Artículo Único, apartado trigésimo, punto 2. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

[34] Preámbulo, apartado VIII, primer párrafo. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

[35] Artículo 127 bis.1. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre de 1995, del Código Penal.

[36] Artículo 127 bis.2. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre de 1995, del Código Penal.

[37] Decisión 696/2005, Dassa Foundation vs. Liechtenstein.

[38] Artículo 127 ter. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre de 1995, del Código Penal.

[39] Artículo 127 quater.1. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre de 1995, del Código Penal.

terceros, y su valoración, así como una presunción que plantea no pocos interrogantes[40].

Introduce novedades respecto al llamado decomiso por valor equivalente[41], ampliando los supuestos en los que procede, autorizándose, de facto, la aplicación de esta modalidad de decomiso también en los bienes de terceros distintos de aquellos que han sido condenados, además de ser preceptivo su decreto, sin detallar las circunstancias concretas en las que podría ser aplicado si así lo considera el juez o tribunal.

Los retoques a la regulación del decomiso en el CP abren la puerta que se incauten bienes susceptibles de ser decomisado desde que se inicien las primeras diligencias, y su realización o utilización anticipada, a criterio del tribunal competente. Se dispone, así mismo, el destino de los bienes, que serán adjudicados al Estado para destino reglamentario, con la excepción de que deban ser destinados a la indemnización de víctimas[42].

La regulación procesal también recibió, en ese mismo año, modificaciones con vistas a revitalizar la eficacia de su figura, concretamente introduciendo un nuevo Título[43] en la LECrim, que se centra en la intervención de los terceros[44] y en el denominado procedimiento de decomiso autónomo[45].

Respecto a la intervención procesal de los terceros en el decomiso, se dedican cuatro apartados[46] del art. 803 ter, regulando su llamada al proceso, citación y actuación en juicio.

Respecto al denominado procedimiento de decomiso autónomo, se regula a lo largo de más de una decena de apartados en el ese mismo artículo 803 ter[47], acerca de los casos en que procede esta posibilidad, atribuyendo el conocimiento

---

[40] Artículo 127 quater. 2. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre de 1995, del Código Penal.

[41] Artículo 127 quinquies. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre de 1995, del Código Penal.

[42] Artículo 127 octies. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre de 1995, del Código Penal.

[43] Título III ter, de la intervención de terceros afectados por el decomiso y del procedimiento de decomiso autónomo. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

[44] Capítulo 1, Título III ter, de la intervención de terceros afectados por el decomiso y del procedimiento de decomiso autónomo. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

[45] Capítulo 2, Título III ter, de la intervención de terceros afectados por el decomiso y del procedimiento de decomiso autónomo. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

[46] Art. 803 ter a-d. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

[47] Art. 803 ter e-u. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

de este, y la legitimación activa para ponerlo en marcha, que se atribuye de forma exclusiva al Ministerio Fiscal, así como los requisitos del escrito para iniciarlo. Es remarcable, a los efectos de este trabajo, el establecimiento de su tramitación por los cauces del juicio verbal civil[48], así como la autorización para que el Ministerio Fiscal lleve a cabo diligencias de investigación para la localización de los bienes y derecho de la persona contra la cual se ha decretado el respectivo decomiso.

Un importante paso en la buena dirección es la creación de la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos[49] regulándose, posteriormente y de forma detallada, las reglas de su constitución y sus funciones[50].

4. Debates en el seno de la nueva regulación: conflicto de eficacia versus garantías

Tras exponer los puntos principales de las reformas realizadas, es menester analizar si este ímpetu reformador deriva de las razones adecuadas. En primer lugar, si se lleva a cabo de una forma que realmente refuerza su eficacia, o se trata más de reformas de corte electoralista y "de cara a la galería", y, por último, si este ímpetu reformador en busca de la manida eficacia se lleva a cabo en detrimento de derechos y garantías, materias que no venden tanto en los medios de comunicación, ni ocupan las preocupaciones ciudadanas. Mediante la simple observación, rebuscando un poco en la hemeroteca, es fácil encontrar mantras repetidos hasta la saciedad como el citado "que devuelvan lo robado", y otros como "tolerancia cero", sin embargo, nunca podremos encontrar ninguno referido al respeto a los derechos y garantías de los investigados o condenados. A continuación, presentamos algunos puntos clave que se aprecian en la regulación actual del decomiso.

4.1. Descoordinación penal – procesal

Las sucesivas reformas a las que se ha sometido la regulación recogida en el CP en materia de decomiso no se han visto correlacionada con reformas en el ámbito procesal hasta la reforma operada por la Ley 41/2015, por lo tanto, encontramos más de una década de reformas sustantivas sin ocuparse el legislador del correlativo ámbito procesal, derivando esto en un "laberinto regulador"[51] pla-

[48] Arts. 437 a 476. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

[49] Disposición Adicional Quinta. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

[50] Real Decreto 948/2015, de 23 de octubre, por el que se regula la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos

[51] PLANCHADELL GARGALLO y VIDALES RODRIGUEZ, (2018), p. 46.

gado de deficiencias técnicas. Refrenda RODRÍGUEZ-GARCÍA este extremo, señalando la falta de "vasos comunicantes"[52] entre los textos penales sustantivos y procesales, considerándolos insuficientes e, incluso, contradictorios, afectando esto incluso a la propia naturaleza de la figura del decomiso, que se caracteriza a través de una serie de preceptos penales y procesales que no concuerdan entre sí, no dejando claro la naturaleza de la figura.

Así, la doctrina no encuentra otra explicación a esta descoordinación que la prisa del legislador por pergeñar una reforma sin la reflexión adecuada para dotarla de coherencia[53].

4.2. Fraude de etiquetas

El legislador hace un amplio esfuerzo por remarcar el carácter civil formal de ciertas modalidades de decomiso, cuando todo apunta a que se trata de una materia de naturaleza penal. Se regula en dos cuerpos jurídicos penales, el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tiene una clara relación en su aplicación con las penas, y el proceso penal es el único cauce a través del cual cabe aplicar el decomiso. Sin embargo, se opta por explicitar una naturaleza civil, probablemente con el fin de justificar una relajación de los estándares probatorios exigidos por el proceso penal[54]. En este sentido, en las reformas operadas por el legislador español se va más allá que lo que impone el regulador comunitario, pero, a su vez, se deriva la responsabilidad de llevar a cabo estas reformas poco clarificadoras hacia él.

4.3. Negación del carácter de Ley Orgánica

Respecto a la regulación del decomiso en el Código Penal, no existe una reserva de ley de carácter absoluto[55], de forma que se otorga rango de Ley Ordinaria, con vistas, precisamente, a negar de nuevo esa naturaleza penal, ya que la materia penal debe estar necesariamente regulada mediante Ley Orgánica[56], así como el eventual solapamiento con otras figuras como el delito de blanqueo de capitales[57], afecta directamente al componente esencial de *lex certa*, al no existir,

---

[52] RODRÍGUEZ-GARCÍA, (2017), p. 51-52.

[53] NEIRA PENA, (2020), pp. 497-498.

[54] BERDUGO, (2017), p. 908.

[55] Disposición Final Séptima. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

[56] Artículo 81.1. Constitución Española de 1978.

[57] Artículo 301.1. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

a opinión de varios autores, un grado de certeza suficiente sobre las consecuencias jurídicas aparejadas a determinadas situaciones[58].

4.4. Posibles implicaciones respecto a la presunción de inocencia y el derecho a guardar silencio y no declarar contra sí mismo

La presunción de inocencia es, probablemente, la garantía básica de nuestro sistema penal, y las recientes reformas del decomiso otorgan un peso decisivo a los indicios en algunos supuestos, concretamente, en el caso del decomiso ampliado en su modalidad básica[59] y el decomiso ampliado relativo a actividad delictiva previa[60]. También entran en juego determinadas presunciones, en el caso del decomiso de bienes transferidos a terceros[61] y en el mismo decomiso ampliado respecto a actividad delictiva previa del condenado, acerca de qué bienes deben entender incluidos en esa actividad delictiva previa[62]. No existen impedimentos jurisprudenciales para que los indicios puedan desvirtuar la presunción de inocencia, pero según amplia doctrina, la prueba en contra en algunos de estos supuestos se convierte, de facto, en una prueba diabólica[63], lo que podría ser susceptible de vulnerar este principio básico del ordenamiento penal. Todo ello se puede encuadrar en ese énfasis del legislador por escabullirse del proceso penal, para no sufrir los rigores de unas garantías inexcusables, permitiendo aumentar la eficacia en la recuperación de activos procedentes de delitos a cualquier precio

Muestra de esa prueba diabólica que referimos, encontramos como proceder a la misma, puede suponer un posible conflicto con el derecho a guardar silencio o no declarar contra uno mismo, en los supuestos mencionados en el párrafo anterior, ya que pone al sujeto de pasivo del proceso penal en la tesitura de, o proceder a declarar con el fin de desvirtuar esos indicios y que no sean aplicado, o, en caso de guardar silencio, ser sometido a un juicio de culpabilidad con inversión de la carga de la prueba en base a los indicios que detalla el CP[64].

[58] PLANCHADELL GARGALLO y VIDALES RODRÍGUEZ, (2018), pp. 50-51

[59] Artículo 127 bis. 2.

[60] Artículo 127 quinquies. 1.

[61] Artículo 127 quater.2

[62] Articulo 127 sexies

[63] PLANCHADELL GARGALLO y VIDALES RODRÍGUEZ, (2018), pp. 62-70

[64] PLANCHADELL GARGALLO y VIDALES RODRÍGUEZ, (2018), pp. 52-53

4.5. Traslado de potenciales conflictos a la función jurisdiccional

Relacionado con los problemas de certeza planteados en el principio de legalidad, algunos autores afirman que esto supone una derivación de un problema puramente legislativo, al ámbito de la administración de justicia, pudiendo suponer un supuesto de eventual afectación a la separación de poderes, exigiendo, de facto, a los jueces, solventar problemas que no pertenecen al ámbito jurisdiccional.

Refrenda estas ideas RODRÍGUEZ-GARCÍA[65], donde indica como las reformas, en ese juego de supuestos límite constante acerca de la naturaleza civil o penal de determinados supuestos con el fin de justificar formalmente una relajación de ciertas garantías, los jueces se ven en la situación de "legalizar" ciertas situaciones en el desarrollo de su actividad jurisdiccional, traspasándoles un problema que se solventaría con una ley clara, coherente, y con una adecuada coherencia entre la regulación sustantiva y la regulación procesal de la figura. Este es el caso, por aportar algunos ejemplos, de determinadas situaciones que pueden derivar en la afectación de derechos y garantías que venimos exponiendo, como son la potestad del juzgador de inaplicar las presunciones respecto a los bienes que deben incluirse en la actividad delictiva previa del condenado en el decomiso ampliado[66], o la obligación del juez de valorar el decomiso ampliado ya realizado en el caso de que exista un procedimiento posterior contra el mismo sujeto pasivo por hechos cometidos con anterioridad[67], pasando la ley la pelota hacia el tejado del juzgador, para que este sea el que decida si debe aplicarse al caso concreto o no. Además, el precepto que cierra la regulación del decomiso en el Código Penal, contiene una cláusula moderadora de aplicación facultativa para que, de nuevo, sea el juez quien deba considerar si se deben moderar los rigores desproporcionados que puedan surgir en la aplicación de las distintas modalidades de decomiso, con unos requisitos concretos[68].

---

[65] RODRÍGUEZ-GARCÍA, (2017), p. 371

[66] Artículo 127 sexies, último párrafo. Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal

[67] Artículo 127 bis. 4. Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal.

[68] Artículo 128. Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal. En este precepto, se indica que el juez podrá no aplicar el decomiso, o decretarlo solo de forma parcial, cuando los efectos e instrumentos del delito sean de lícito comercio y su valor no sea proporcionado con la gravedad o naturaleza de la infracción penal, o cuando se hayan satisfecho las responsabilidades civiles procedentes por parte del condenado.

5. Conclusiones

El contexto que se ha desarrollado durante las últimas décadas, y en el que convivimos actualmente, ha convertido a los medios de comunicación de masas en el catalizador esencial de las preocupaciones ciudadanas hacia los poderes públicos. Esto, entre otros efectos, supone que los poderes públicos buscarán responder a esos anhelos ciudadanos de forma que estos aprueben su gestión con el fin de conseguir su aprobación. En el caso del combate a conductas delictivas tan complejas como la corrupción o la delincuencia organizada, que para una efectiva prevención y represión requerirían de regulaciones multidisciplinares, estables y en constante evolución, optan por el cortoplacismo acudiendo a lo más sencillo de colocar a la opinión pública: la reforma penal con clara tendencia retribucionista, con un aumento de tipos penales aplicables y de gravedad de las penas, en aplicación de esos eslóganes tan conocidos como "tolerancia cero" o, en el caso de las finanzas de estas actividades, "que devuelvan lo robado".

En el caso del decomiso, herramienta de política criminal estrella para atacar al músculo económico de estas conductas, vemos como no solo se generan múltiples y encendidos debates acerca de una posible afectación de derechos y garantías básicas del ordenamiento penal en la regulación, sino que, además, no parece existir inquietud al respecto por parte de los poderes públicos, como si existe en la academia y los operadores jurídicos, poniendo en claros problemas al delicado y necesario equilibrio entre eficacia y garantías.

Así, nos encontramos con una regulación que recoge numerosos supuestos límite susceptibles de afectar a derechos y garantías básicas del ordenamiento penal, que busca dar una solución meramente formal a problemas que son materiales, y que genera, cuanto menos, encendidos debates doctrinales, y problemas de aplicación para los jueces y tribunales. Esta política criminal de "eficacia a cualquier precio" solo puede encuadrarse en la categoría de reformas simbólicas que buscan ser legitimadas por la opinión pública, que, al fin y al cabo, es quien refrenda la posición de los que hacen las leyes.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Paidós Ibérica, Madrid, 2006.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. "Garantizar que el delito no resulte provechoso". El decomiso ampliado como medio de la política criminal frente a la corrupción". *Estudios de derecho penal. homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, QUERAL JIMÉNEZ, Joan Josep, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa), B de F, Buenos Aires, 2017, pp. 904-914.

CARRILLO DEL TESO, Ana Elena. *Decomiso y recuperación de activos en el sistema penal español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

CERINA, Giorgio.D.M. "¿Prevenir es mejor que curar? Técnica legislativa y política criminal italiana y española en el camino hacia una sanción penal ejemplar y total de la corrupción pública". *Compliance y justicia colaborativa en la prevención de la corrupción,* (RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás. y RODRÍGUEZ LÓPEZ, Fernando). Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020. pp141-193

ESTEVE PARDO, José. "Convivir con el riesgo. La determinación del riesgo permitido.". *Derecho, globalización, riesgo y Medio Ambiente,* (PÉREZ ALONSO, Esteban Juan; ARANA GARCÍA, Estanislao, MERCADO PACHECO, Pedro y SERRANO MORENO, José Luis), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 275-302.

FARIA, José Eduardo. (2012) "La globalización económica y sus consecuencias jurídicas: diez tendencias del Derecho contemporáneo". *Derecho, globalización, riesgo y Medio Ambiente,* (PÉREZ ALONSO, Esteban Juan; ARANA GARCÍA, Estanislao, MERCADO PACHECO, Pedro y SERRANO MORENO, José Luis), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 18-40.

GIL VILLA, Fernando. *La Cultura de la Corrupción*, Maia Ediciones, Madrid, 2008.

HUERTAS MARTÍN, Isabel. (2018). "Proceso penal y comunicación en el siglo XXI: el inevitable juicio paralelo, el prescindible juicio paralelo show". *Justicia Penal Pública y medios de comunicación,* (RODRÍGUEZ GARCÍA Nicolás., LETURIA INFANTE, Francisco Javier, y CARRIZO GONZÁLEZ CASTELL, Adán), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 549-572.

MERCADO PACHECO, Pedro. (2012). "Desarrollo sostenible y gobernanza: retóricas del derecho global y de la justicia ambiental.". *Derecho, globalización, riesgo y Medio Ambiente*, (PÉREZ ALONSO, Esteban Juan; ARANA GARCÍA, Estanislao, MERCADO PACHECO, Pedro y SERRANO MORENO, José Luis), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 93-118.

NEIRA PENA, Ana María. "Decomiso: Entre garantismo y eficacia. las presunciones legales sobre el origen ilícito de los bienes". *Decomiso y recuperación de activos: Crime doesn't pay*, (BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 89-122.

ORSI, Omar Gabriel. (2018). "Justicia y delito en los medios de comunicación". *Justicia Penal Pública y medios de comunicación*, (RODRÍGUEZ GARCÍA Nicolás., LETURIA INFANTE, Francisco Javier, y CARRIZO GONZÁLEZ CASTELL, Adán), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 59-96.

PÉREZ ALONSO, Esteban Juan. (2012). "Expansión, riesgo y principio de precaución en el Derecho Penal.". *Derecho, globalización, riesgo y Medio Ambiente,* (PÉREZ ALONSO, Esteban Juan; ARANA GARCÍA, Estanislao, MERCADO PACHECO, Pedro y SERRANO MORENO, José Luis), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp.393-414.

PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, y VIDALES RODRÍGUEZ, Caty. (2018). "Decomiso: Comentario crítico desde una perspectiva constitucional". Estudios Penales Y Criminológicos, vol. XXXVIII, 2018, pp. 37-92.

RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás. "Redescubrimiento de las bonanzas del decomiso en las tácticas supranacionales e internacionales para poner freno a la "sociedad incivil"". *Recuperación de activos y decomiso: Reflexiones desde los sistemas penales iberoamericanos*, (BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; FABÍAN CAPARRÓS y RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017. 317-384.

SALAZAR MÉNDEZ, Diana. (2019). "Corrupción y Derecho Penal: una respuesta urgente". *Corrupción: compliance, represión y recuperación de activos,* (RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás., CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, Adán. y RODRÍGUEZ LÓPEZ, Fernando). Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 17-25.

SÁNCHEZ BERNAL, Javier. (2019). "La comunicación como antídoto de la sensación de impunidad en casos de corrupción". *Corrupción: compliance, represión y recuperación de activos*, (RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás., CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, Adán. y RODRÍGUEZ LÓPEZ, Fernando), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 569-589.

PROTEÇÃO AOS DENUNCIANTES E OPACIDADE INSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE DO CASO WIKILEAKS[1]

María Cristina Fernández González[2]

RESUMO: Neste capítulo, tentamos aprofundar a dicotomia que existe, após o caso Wikileaks, sobre a transparência dos Estados e a opacidade que é concedida pela segurança nacional. Após os vários ataques terroristas e as constantes denúncias públicas, é necessário responder a estas ameaças com uma visão de segurança. Através da famosa palavra "whistleblower", observamos, do nosso ponto de vista espanhol e português, as dificuldades enfrentadas pelas pessoas que decidem alertar sobre a violação de seus próprios direitos fundamentais do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Transparência, denúncia, Wikileaks

SUMÁRIO: I. Introdução. II. Política criminal ou política criminalizadora? III. O problema dos Wikileaks: desmantelando a opacidade do estado. IV. Proposta sobre os canais de denúncia nas agências de segurança. V. Conclusões.

ABSTRACT: In this chapter, we try to deepen the dichotomy that exists, after the Wikileaks case, about the transparency of States and the Opacity that is granted

[1] Parte deste trabalho está publicado em FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, María Cristina. "Agencias de seguridad e inteligencia artificial: el caso Snowden a estudio". Em *Inteligencia artificial y defensa: nuevos horizontes*. Aranzadi Thomson Reuters, 2021. p. 327-339", como resultado do Congresso sobre Inteligência Artificial e seus efeitos sobre o setor de Defesa, do qual sou o autor completo.

[2] Criminologista. Mestrado em Estratégias Anti-Corrupção e Políticas de Integridade. Atualmente pesquisadora da Universidade de Salamanca - Centro de Governança Global (CIGG-USAL). Além disso, este trabalho tem sido realizado no âmbito do GRUPO DE PESQUISA SOBRE JUSTIÇA, CRIMINOLOGIA E CRIMINOLOGIA (Universidade de Salamanca) e do projeto de pesquisa financiado pelo Ministério da Ciência e Inovação: "Configuración y efectos de los sistemas de gestión en riesgo legal" (DER2019-9-107743RB-I00)

by national security. After the various terrorist attacks and the constant public denunciations, it is necessary to answer these keys from a security vision. Through the famous word "whistleblower", we observe from our Spanish and Portuguese view, the difficulties faced by people who decide to alert about the violation of their own fundamental rights of the State.

KEY WORDS: Transparency, whistleblowing, Wikileaks

SUMMARY: I. Introduction. II. Criminal policy or criminalizing policy? III. The Wikileaks problem: dismantling state opacity. IV. Proposal on whistleblowing channel at security agencies. V. Conclusions.

1. Introdução

Após o escândalo do "*Pentagon Paper*", a crise política do Watergate e o colapso da URSS, muitos países quiseram tomar o caminho da transparência. A isto se juntou uma parte de seus cidadãos que, com suas propostas, quiseram colaborar na construção de instituições transparentes e sólidas. No entanto, qualquer intenção desse tipo se deparou com a opacidade gerada como resultado da luta contra certos crimes. Crimes terroristas, em particular.

Em 2013 e seguintes, os Estados Unidos receberam a má notícia de que algumas das informações que haviam sido classificadas e pertencentes ao setor de defesa agora faziam parte da plataforma *Wikileaks*, com inúmeros gigabytes registrados na web, e impossíveis de serem apagados. Após receber esta má notícia, foram feitas inúmeras acusações contra os chefes que controlavam a plataforma, e contra aqueles que haviam submetido todas as informações. Tudo isto, através de processos criminais e com a insegurança de que as penas para estes crimes, nos Estados Unidos, foram severamente punidas.

A intenção destes breves esboços e da apresentação resultante deste artigo é nos apresentar primeiro, de forma muito breve, as razões pelas quais se tornou necessário desmantelar a opacidade gerada pela agência de segurança e pelo setor de defesa. Alternativamente, o caso Snowden e o caso *Wikileaks,* têm uma relação importante para abordar a razão pela qual os Estados decidiram criminalizar os denunciantes: eles desmantelam sua opacidade, que por sua vez, pode cobri-los se cometerem erros irreparáveis. Esse tem sido o caso da denúncia pública de Manning, o que levou os Estados Unidos a serem responsabilizados perante o resto do mundo.

2. Política criminal ou política criminalizadora?

A política criminal americana e europeia sempre teve suas disparidades, cada uma delas apresentando certas peculiaridades. No que diz respeito a esta pesquisa, descobrimos que um destes aspectos a destacar é a política punitiva exercida pelos Estados Unidos em relação ao terrorismo, como consequência do 11 de setembro. A resposta americana ao terrorismo foi fortalecer o Serviço de Inteligência e o Departamento de Segurança Nacional[3], e exercer uma rigorosa perseguição sobre indivíduos suspeitos de pertencerem a quadrilhas jihadistas. Tudo isso foi feito através da coleta de informações pelas agências nacionais de segurança, sendo uma delas a Agência Nacional de Segurança. Todas estas informações são coletadas através de diferentes técnicas, sendo bastante frequente o uso de inteligência artificial, ou o acúmulo de dados maciços sobre os cidadãos.

2.1. Os Estados Unidos como um "exemplo" de opacidade contra o terrorismo

As informações às quais aludimos, consolidadas como informações classificadas nos EUA, são regulamentadas pela Ordem Executiva 13526 de 29 de dezembro de 2009, onde é feita uma distinção entre se as informações são ultrassecretas, secretas ou confidenciais. Entre as entidades autorizadas a classificar as informações, encontramos os chefes das agências, que são responsáveis por manter informações que comprometem a capacidade do país de combater certos problemas, que, além disso, geralmente estão relacionados ao crime econômico ou ao terrorismo. Especificamente, a Agência Nacional de Segurança (doravante NSA), no século XXI, foi configurada como uma das agências encarregadas de tratar estas informações relacionadas ao terrorismo dos atentados de 11 de setembro**,** sob a premissa de que quanto maior a opacidade contra o "inimigo", maiores seriam os sucessos contra este crime. E esta opacidade, mais tarde, seria um dos motivos em que se baseou.

Esta agência, criada em 1952 sob a ideia de lutar em uma *guerra fria* de dados com a ex-URSS[4], foi investigada por ter excedido ao longo de sua criação qualquer limite inicial, vindo a conduzir a vigilância junto com outras agências de inteligência[5]. Tudo isso porque, o que inicialmente começou como um programa de investigação para combater a violência ou o crime, acabou investigando testemunhas e cidadãos que não tinham participado de nenhum crime. Con-

[3] HAMILTON (2018) pp. 206-225.

[4] AID (2001) p. 29.

[5] A avaliação do "*Comitê da Igreja*" do FBI, CIA, NSA e outras agências de inteligência da Defesa concluiu que todos eles, em maior ou menor grau, conduziram a inteligência sobre os cidadãos americanos desde sua criação. Em KITROSSER (2006) p. 118-

sequentemente, após os ataques terroristas, os EUA iniciaram uma estratégia de vigilância em massa na qual os direitos fundamentais dos cidadãos continuavam a ser violados sob "ações indiscriminadas de espionagem sem suspeita", de modo que qualquer cidadão que estivesse sob suspeita de qualquer tipo de crime não estaria sujeito a qualquer tipo de investigação[6]. Portanto, qualquer cidadão que tenha sido submetido a essas intercepções foi diretamente considerado suspeito. Tudo isso porque, como concebemos no título desta seção, uma política criminalizadora foi realizada contra o suspeito de ser um sujeito de ataques criminosos.

Seguindo a linha do que o HAMILTON aponta, após os ataques terroristas e a modificação legislativa, tanto o executivo como os órgãos de inteligência violaram unilateralmente os direitos fundamentais: detenção de mais de 5.000 estrangeiros, detenção de supostos terroristas sem provas conclusivas, entregas extraordinárias sem julgamentos justos, ou a criação de prisões secretas de tortura pelos órgãos nacionais de inteligência[7].

Por todas essas descobertas feitas e expostas ao público, após a denúncia pública de Edward Snowden, e a publicação de todas as informações no *Wikileaks*, a Assembléia do Conselho da Europa, em 2015, denunciou a violação dos direitos humanos e fundamentais[8], bem como o perigo do Estado de Direito devido à vigilância. Como deve ser observado, as medidas extra-legais tomadas pelos EUA proporcionaram à União Européia uma notoriedade para questionar as instituições americanas, sendo a Corte Européia de Direitos Humanos a que mais questionou esta política criminalizadora, e não criminosa.

Estas afirmações se materializam no "medo do outro", embora outros que são encorajados a temer sejam indivíduos que não cometeram um crime[9], aumentando aquele pensamento neoliberal onde os termos de eficácia e eficiência triunfam sobre as garantias e direitos fundamentais[10], e que tem sido exportado para outros territórios para as ações contra a criminalidade transnacional. Ou seja, que a luta contra a criminalidade é realizada a partir de instituições que normalmente podem fugir da supervisão, e até mesmo desafiar a própria legis-

---

6 ALONSO (2017) pp. 192-212.

7 HAMILTON, *op.cit.* p. 5.

8 A Resolução 2045 (2015) da Assembléia Parlamentar realizada em 21 de abril de 2015, como um relatório ao Comitê de Direitos Humanos e Assuntos Jurídicos lista em seu ponto quatro a violação da liberdade de informação e expressão, julgamento justo e liberdade de religião. *Debate da Assembléia* em 21 de abril de 2015 (12ª Sessão) (ver Doc. 13734, relatório da Comissão de Assuntos Jurídicos e Direitos Humanos, relator: Pieter Omtzigt; e Doc. 13748, parecer da Comissão de Cultura, Ciência, Educação e Mídia, relator: Sir Roger Gale). *Texto adotado pela Assembléia* em 21 de abril de 2015 (12ª Sessão). Ver também Recomendação 2067 (2015).

9 BAUMAN (2013) *passim*.

10 BARONA VILAR (2019) p. 29.

lação nacional[11]. Tudo isso, sob a proteção de um executivo preocupado com a resolução de questões terroristas, embora isso possa ser feito unilateralmente e contornando restrições constitucionais[12], gerando uma percepção de criminalização social, ao invés de proteção estatal.

É devido a este comportamento unilateral e deslegitimador das instituições que surgem conflitos entre a transparência solicitada pelas diferentes organizações internacionais e a segurança nacional exigida pelos Estados.

2.2. Espanha e Portugal: vizinhos legais

Espanha e Portugal não têm sido exatamente aliados na defesa de denunciantes de informações classificadas. Na verdade, não somos o exemplo de denúncia por parte dos Estados, mas sim, pelo menos no caso da Espanha, sobre a denúncia de corrupção nos partidos políticos. É provável que devido ao nosso relacionamento com vários estados da União Europeia, e nossa aliança com os Estados Unidos, seja uma referência para descartar a necessidade de usar técnicas que podem ser relatadas em uma data posterior.

A linha adotada pela nova Diretiva Europeia sobre proteção de denunciantes, quando dá aos Estados a responsabilidade total e exclusiva de legislar sobre questões de segurança nacional, pensa nessas particularidades. No considerando 24, recomenda-se aos Estados-Membros que, se desejarem estender a proteção às questões de defesa e segurança, devem considerar a adoção de disposições específicas para a proteção dos interesses de segurança nacional e suas informações[13].

Considerando que nem Espanha nem Portugal fizeram progressos na transposição da Diretiva, ou nas reformas de sua legislação, especificamente a legislação penal, ambos os países têm mais semelhanças do que diferenças com o continente norte-americano, encontrando a enorme diferença na falta de proteção aos denunciantes. Esta falta de proteção se deve ao fato de que a soberania nacional foi sobreposta à transparência dos Estados.

Por um lado, porque em Portugal, antes da proteção de informações, está incluído em seu código penal que qualquer pessoa que ponha em perigo os interesses fundamentais do Estado português será presa por pelo menos dois a oito anos. Esta forma de colocar em risco o interesse será feita tornando públicos documentos, planos ou objetos que tenham sido classificados como segredos de

---

[11] MICHAELS (2008) pp. 899-901.

[12] *Ibid.*

[13] União Europeia. Diretiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de outubro de 2019 sobre a proteção das pessoas que relatam violações da legislação da União. Considerando (24).

Estado, sem autorização prévia, e independentemente da forma de acesso aos mesmos[14]. Neste sentido, e dependendo de sua aplicação, a espionagem - como Snowden ou Manning foram acusados - assim como a acusação de infidelidade diplomática também são aplicáveis.

Da mesma forma, fatos similares ocorrem na Espanha, onde a mesma atividade está incluída em seu código penal. No terceiro capítulo, sobre a descoberta e divulgação de segredos e informações relativas à defesa nacional, fica estabelecido que quem, sem o propósito de favorecer uma potência estrangeira, divulgar informações classificadas como reservadas ou secretas, será punido com pena de prisão de um a quatro anos[15]. Além disso, tais fatos podem ser agravados no Artigo 599.º CP por estar ciente de tais informações secretas devido a sua posição, ou se esta divulgação ocorrer através da mídia, ou de qualquer forma que assegure sua divulgação. Ou seja, mesmo o *Wikileaks* pode ser um meio punido pelo Código Penal espanhol, já que serve como uma plataforma que garante a disseminação.

Como resultado, não apenas testemunhamos uma política de criminalização após o 11 de setembro, mas os vários escândalos envolvendo a disseminação de informações públicas trouxeram consigo uma criminalização dos denunciantes. Entretanto, o conflito entre denunciantes e não denunciantes vai muito além dos denunciantes, e tem a ver com o desmantelamento da opacidade do Estado, ou com a continuação de uma segurança nacional protegida contra novas formas de crime tecnológico, ou terrorismo.

3. O problema dos Wikileaks: desmantelando a opacidade do estado

O trabalho seguido pelo Wikileaks e pelo resto dos denunciantes tem sido, entre outros, tentar desmantelar os comportamentos que deslegitimam o Estado e suas instituições, enfatizando princípios como a transparência e a denúncia pública de descumprimento facilitada pela opacidade. Este trabalho tem sua origem em Daniel Ellsberg, um dos maiores denunciantes dos Estados Unidos, após ter tornado públicas as quase sete mil folhas de papel que denunciaram através da imprensa os chamados Papers do Pentágono.

Seguindo seu exemplo, e com o objetivo de sobrepor transparência à opacidade, Chelsea Manning duplicou mais de noventa mil arquivos sobre a guerra no Afeganistão, Iraque, a prisão de Guantánamo e memorandos do Departamento de Estado dos EUA. Tudo isso com o objetivo de denunciar as más prá-

[14] Artigo 316. º Decreto-lei n.º 48/95, sobre a violação do segredo de Estado.

[15] Artigo 598.º Lei Orgânica 10/1995 de 23 de novembro de 1995 sobre o Código Penal Espanhol.

ticas no campo da defesa e de conseguir maior transparência institucional. Entretanto, tal conflito deve vir depois de definir exatamente o que queremos dizer com transparência e o que queremos dizer com "opacidade", chamando assim o termo segurança nacional.

A transparência, em termos sociológicos, é definida como um "valor emergente de divulgação e acesso à informação", e em termos práticos, para a política, no dever de divulgar e no direito dos cidadãos de conhecer [16], e em termos práticos, para a política, no dever de divulgar e no direito do cidadão de saber. Este termo aparece mais frequentemente nas agendas dos países após os numerosos casos de corrupção ocorridos na Administração Pública americana nos anos noventa, gerando também a criação de várias regulamentações, como a Lei de Governo Aberto, com a intenção de "promover a eficácia do governo"[17] em uma abertura da informação pública.

A segurança nacional, ao contrário, é concebida como "um requisito para manter a sobrevivência do Estado através do uso do poder econômico, da diplomacia e da projeção de outros poderes"[18]. No entanto, para BENKLER, a segurança nacional, como tal, nada mais é do que um sistema burocrático composto de agências encarregadas de investigar assuntos sobre os quais as informações são opacas. Fala-se de um "complexo industrial de vigilância" no relatório acima mencionado da própria Comissão[19], onde as informações de um Estado devem permanecer classificadas a fim de manter a sobrevivência de todos os seus poderes, e a Comunidade de Inteligência nos Estados Unidos é responsável por isso. A Comunidade de Inteligência dos Estados Unidos, sob a égide de agências dedicadas ao estudo e coleta de informações sobre terrorismo, tráfico de drogas e segurança nacional, é responsável por isso[20]. Em *Reynold v. U.S.* confirma-se que deve haver certas informações que são reservadas em sua totalidade[21].

No conflito entre transparência e informação de absoluta confidencialidade, a posição ofensiva do próprio Estado aparece em um certo ponto[22]. Em

---

[16] HOLZNER (2007).

[17] BECERRA (2019) p. 167.

[18] Este conceito se concentra desde o início no poder militar como uma demonstração do poder de uma nação, mas mais tarde, após a Segunda Guerra Mundial, diferentes facetas como a segurança econômica e política foram acrescentadas. Em Termos de Referência, Segurança Nacional: https://www.sciencedaily.com/terms/national_security.htm (online, 25/09/2020).

[19] Ponto 9 da Resolução 2045 (2015) da Assembleia Parlamentar *op.cit.*

[20] KUBLI-GARCÍA (2020) p. 141.

[21] Em KUBLI-GARCÍA (2020) *op.cit.* 147, onde é feita referência ao fato de que a segurança nacional, pela primeira vez relacionada aos Segredos de Estado, tem sua origem na ameaça de espionagem pela URSS, classificando certas informações como "top secret".

[22] KITROSSER (2006) *op.cit.* p. 1163.

relação à NSA, o que é questionado é que o programa PRISM tinha certas funções para combater o terrorismo, e que a revelação de sua existência é um crime contra o Estado, que, além do mais, é normalmente punido através do direito penal[23], porque o *denunciante* não escolhe a mesma opção que o Estado no dilema entre a segurança ou a defesa dos direitos civis na democracia.

O conflito que nos interessa reside na constante discrição em que operam as instituições de inteligência e o próprio presidente, o que justifica a punição das informações expostas em 2013[24]. Este conflito é coberto por um ponto importante na transparência, que é o que KITROSSER chama de "micro segurança" em um Estado que promove a macro transparência. Nessa macro transparência, todas essas funções do executivo estão incluídas, mas também a capacidade de dar discrição à figura presidencial em certas áreas, como a classificação de certas informações. Após a aprovação do E.O. 13526[25] durante a administração de Barack Obama, esta mudança na classificação dos documentos relacionados à segurança nacional foi decretada, deixando a classificação destes nas mãos do Governo e, portanto, a possibilidade de negar ao requerente de informações públicas o acesso a determinada documentação[26].

Confrontados a todo sigilo, descobrimos então que o pedido de transparência vem da solicitação de diferentes órgãos criados para promover a prestação de contas aos governos[27], indicando que a ocultação de informações aos cidadãos mina a própria democracia. Entretanto, em contraste, KUBLI-GARCÍA indica que certamente as informações podem ser divulgadas, mas que a classificação de informações reservadas também se enquadra no bom funcionamento institucional de uma democracia, embora sua divulgação favoreça a prestação de contas. Esta responsabilidade e o favorecimento da transparência dentro dos Estados, fortalece a legitimidade das instituições, de modo que, pelo menos no caso das agências de vigilância, elas recuperariam grande parte da confiança dos cidadãos[28].

---

[23] BENKLER (2014) p. 284.

[24] GOLLOM (2016).

[25] Sec. 1.3. que afirma que o presidente, vice-presidente, agências e oficiais designados (...) podem ser responsáveis pela classificação das informações originais.

[26] BECERRA, J. *et all.* (2019) *op.cit.,* p. 169.

[27] Embora a Transparência Internacional tenha nascido como uma organização que promove governos abertos e transparência dentro dos Estados, a tendência de abertura de dados e informações já estava presente em países como a Suécia desde 1776, com legislação sobre dar aos cidadãos acesso a certas informações públicas. Os Estados Unidos, desde 1990, são também um exemplo de país com regulamentações sobre este assunto. Em MARTINEZ PUÓN (2017) p. 32.

[28] BECERRA, J. *et. all.* (2019) *op.cit.* p. 28.

Neste conflito, vários órgãos declararam a necessidade de que os órgãos públicos que trabalham com informações relacionadas à segurança nacional estejam sujeitos a divulgar tanto suas fontes quanto sua própria existência e orçamentos[29]. Entretanto, continua com a proteção expressa de todas as informações que possam comprometer a segurança e os interesses dos Estados, expondo como exemplo o já mencionado no ponto anterior E.O. 13526, de 2009, onde se estabelece, sob mandato de Barack Obama, que as informações processadas pela inteligência devem ser divulgadas[30], sob a criação do Escritório de Desclassificação de documentos. Assim, os "micro segredos" da inteligência, sob um processo rigoroso e com exigências específicas. Entretanto, não é suficiente, pois a desclassificação de informações classificadas sobre assuntos relacionados a conflitos bélicos que já ocorreram nos anos sessenta não causa conseqüências na *responsabilização* das instituições atuais.

3.1. Resposta do Wikileaks ao conflito: transparência, custe o que custar

Observando a necessidade de tal prestação de contas, a já mencionada organização "*Wikileaks*" aparece em nosso palco. Esta organização, materializada em um website através do qual se pode fazer fugas, tornou-se um sério inimigo para vários países. Não apenas se encarregou de vazar informações, mas também colaborou com outros meios de comunicação escritos para vazar o restante das informações coletadas, com o jornal *New York Times* e sua relação com Edward Snowden como um excelente exemplo.

Entretanto, o trabalho do Wikileaks é muito mais amplo do que o da imprensa, já que a proteção da identidade do denunciante através da possibilidade de anonimato incentiva o número de participações e alertas. Este trabalho não seria possível sem o anonimato permitido pelas novas tecnologias e, sem dúvida, a aplicação de sistemas de inteligência artificial tanto do lado que gerou a opacidade (*vid.* CIA), como daqueles que coletaram toda a documentação para apresentá-la à plataforma. Tudo isso, feito através de uma organização colmeia[31],

---

[29] Acessível no relatório sobre "*Segurança nacional, transparência e prestação de* contas" da Transparência, realizado pelas diferentes fundações que trabalham pela informação aberta nas nações, em 2011. Online para download: https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:x-r_61uYc8SQJ:https://www.transparency-initiative.org/wp-content/uploads/2017/03/14-national-security1.pdf+&cd=4&hl=en&ct=clnk&gl=en&client=firefox-b-d (online, 28/09/2020)

[30] Sec. 3.1: desclassificação e desclassificação. No Título 3 - O Presidente. Informações Classificadas de Segurança Nacional.

[31] GREENBERG (2013) p. 14.

através da qual os dados são coletados por agentes especializados localizados em várias partes do mundo, facilitado pelo anonimato da Internet, e sites ocultos[32].

Esta organização começou a ser vista como uma entidade jornalística, e a ser governada por seus próprios princípios de liberdade de expressão, competindo, de certa forma, com as organizações legais que ofereciam notícias, e com o resto da mídia[33]. No entanto, mais do que uma empresa jornalística, ela caminhou para se consolidar como um grupo de denunciantes[34], colocando a transparência diante dos possíveis perigos ou respostas dos Estados contra eles, já que o papel fundamental de vigilante não estava sendo cumprido de acordo com as regras dos EUA em relação a informações secretas.

Entretanto, parte da academia apontou que *o Wikileaks*, além de querer se estabelecer como uma organização que defendia os princípios dos jornalistas e da transparência, pecou por ser uma associação obscura e complexa, e que encorajava a opacidade de suas informações. Nas palavras da LYNCH, a organização tentou integrar os princípios de liberdade em um "ciberlibertarianismo" em constante conflito com a ética institucional, as normas estatais e contra a ética dos jornalistas e seus editores[35], apontando THOMASS que o lado negativo desta extrema transparência é a natureza obscura, sigilosa e transnacional sobre a qual o *Wikileaks*[36] é governado. Por essa razão, a responsabilidade institucional não é totalmente clara, colocando o foco no fato de que a divulgação maciça de informações secretas deve ter pelo menos a proteção da mídia tradicional, que tem uma segurança legal superior à das associações opacas.

3.2. Resposta dos EUA: paus e cenouras

A todas as declarações que surgem desta associação, em relação à violação dos direitos fundamentais, os EUA aplicam o que têm feito até agora, mas sem qualquer controle externo: medidas punitivas contra denunciantes, mas aplicadas a partir de um julgamento justo sob a proteção do direito penal. Paus, sim, mas também cenouras, porque embora ainda exista uma lei que criminaliza a denúncia, após denúncias de violações de direitos fundamentais, agora há julgamentos públicos com garantias para estes denunciantes.

Falamos de cenouras e bastões quando nos referimos à situação dos denunciantes nos Estados Unidos. Primeiro, porque com respeito à corrupção, e

[32] *Ibid.*

[33] WAHL-JORGENSEN (2014) p. 3.

[34] *Ibid.*

[35] LYNCH (2010) pp. 309-318.

[36] WAHL-JORGENSEN, *loc. cit., pp.*

sob certas regras[37], os denunciantes são recompensados financeiramente por desmantelar a corrupção tanto na esfera privada quanto na esfera pública. No entanto, as leis penais sobre revelações públicas são muitas vezes bastante severas. Algo semelhante ocorre no campo da inteligência, já que dentro das agências de segurança foram implementados modelos organizacionais para que a informação seja transferida aos superiores dentro da agência, mas com condições que não encorajam os agentes a denunciar internamente por medo de represálias. Portanto, estaríamos diante de uma mistura de areia e areia, já que o problema principal não é reformado, que é garantir a confidencialidade do alertador, bem como a segurança de que não haverá represálias contra ele. Represálias que foram materializadas na qualificação de traidores ou espiões.

Isto é, embora exista uma regulamentação clara a favor da denúncia, nenhum deles cumpre a promessa de fornecer informações aos trabalhadores federais, nem ao setor de inteligência - leis que iremos investigar no próximo ponto - uma vez que muitos dos funcionários que estão cientes de informações irregulares do governo não fazem as denúncias[38].

Por esta razão, e seguindo BENKLER, é necessário fornecer mecanismos rigorosos de vigilância dentro das instituições de inteligência, já que são estas organizações que possuem as informações mais decisivas entre os civis, e mantêm em sua maioria uma série de práticas que podem comprometer a segurança de parte da população, expondo o exemplo dos enormes custos, tanto humanos quanto estratégicos, dos conflitos com o Iraque[39]. Neste mecanismo de fiscalização incorporado pelos Estados, ele elimina total discrição nos departamentos de defesa e expõe a necessidade de que o Congresso realize uma investigação completa das irregularidades cometidas, facilitando posteriormente explicações públicas - ou internas - sobre a violação dos princípios de um Estado democrático.

4. Proposta sobre os canais de denúncia nas agências de segurança

A *denúncia de irregularidades* - ou *whistleblowing* como um termo usado no mundo anglo-saxão - consiste em incorporar canais de informação dentro das entidades para facilitar o conhecimento de irregularidades ou imoralidades cometidas dentro de uma entidade ou organismo público. Em termos de política criminal, esta estratégia surge como um método de combate ao crime econômi-

[37] Especificamente aqueles relacionados às agências anticorrupção e à SEC.

[38] PEFFERL (2015) p. 77.

[39] BENKLER, Y. (2014) *op.cit.* p. 284, na qual se faz alusão ao conflito do Iraque como um belicismo que tem gerado custos econômicos, políticos e sociais que afetarão os países intervenientes por um longo período.

co contra o Estado, regulamentando uma terceirização das funções de investigação aos cidadãos, com maior capacidade de conhecer o crime por causa de sua proximidade com ele.

Nascida como uma estratégia relacionada à *conformidade corporativa* para incentivar investigações internas de empresas, teve um sucesso quase retumbante na luta contra o crime corporativo, mas também provou ser eficaz em outras áreas. Devido a este sucesso, a ideia foi exportada para órgãos públicos onde, atualmente, sob a ideia de *conformidade pública,* ela está em fase de testes em outros países, mas bastante implementada entre instituições de nosso vizinho norte-americano. Nesta linha de ética necessária e boa governança dentro das instituições, é onde estas últimas estão se movendo para incorporar dentro de cada agência canais de reclamação que servem como um mecanismo de informação entre superiores e funcionários.

Entretanto, apesar de terem seu lado positivo, os canais de denúncia também têm sido criticados pela aparência de obscuridade em suas informações, e pela possibilidade de violarem certos direitos do cidadão. Podemos conjeturar que os aspectos negativos da "vigilância" se tornaram quase o remédio para que a própria doença seja tratada, pois os canais internos dentro da ANS para denunciar a vigilância são, em si mesmos, uma vigilância interna das práticas que eles realizaram. Tudo porque estes canais têm a mesma função que os serviços de inteligência: prevenir e evitar riscos que possam ameaçar a segurança, a integridade ou os interesses - neste caso da agência - do Estado[40].

Entre as leis que protegem os denunciantes, a *Lei de Proteção aos Denunciantes* prevê que o governo pode tomar medidas adversas, descritas como "ações pessoais" sobre aqueles que divulgam informações protegidas, exceto se tal divulgação for feita a um Conselheiro Especial, ou ao Inspetor Geral da agência na qual ele está empregado. A partir da reforma feita na *Lei de Melhoria da Proteção de Denunciantes* em 2012, os funcionários de agências que trabalham na segurança nacional são excluídos da proteção, estabelecendo na mesma seção a exclusão dos agentes da ANS[41]. Portanto, antes da coleta e publicação de informações, eles podem enfrentar um crime de coleta, transmissão ou perda de informações de defesa, coletadas no Título 18, Seção 793 do Código, relativas a crimes e procedimentos criminais.

Apesar do acima exposto, e apesar de não oferecer soluções eficazes, eles têm a proteção da *Lei de Proteção de Denúncias da Comunidade de Inteligên-*

[40] SERRA (2020) p. 106.

[41] 5 Código dos EUA § 2302 (a)(2)(C) excluindo o Federal Bureau of Investigation, a Central Intelligence Agency, a Agenda de Inteligência de Defesa, a National Geospatial-Intelligence Agency, a National Security Agency (NSA), o Office of the Director of National Intelligence, and the Office of National Reconnaissance. Assim, é claro que com esta reforma.

cia (doravante ICWPA). Sob o ICWPA, os membros das agências de inteligência podem fazer seus relatórios de duas maneiras: ao Inspetor Geral da agência (ou seja, seu superior), ou aos comitês de inteligência do Congresso, em última instância, embora se considere que deve haver uma responsabilidade compartilhada entre as agências e o Congresso em assuntos de segurança nacional, há uma preferência pelo Inspetor. Isto significa que o procedimento é semelhante à canalização interna dos órgãos: se a reclamação interna ao Inspetor Geral não for bem-sucedida (se o Inspetor não tratar a reclamação ou informação com precisão), o funcionário pode levar a reclamação ao Congresso ou ao conselho, ou seja, terceirizar a reclamação (ou entrar em contato diretamente com o comitê de inteligência, mas sempre sob o conselho do Inspetor) [42]e obter proteção.

Embora seja claro que eles têm medidas de proteção, a tendência geral dentro da área de inteligência leva a pensar que, apesar de ter a proteção da legislação atualmente reformada, os canais ainda são inseguros. Tudo isso porque as medidas de proteção estabelecidas proporcionam proteção interna, na qual apenas protegem o empregado contra demissões ou uma defesa contra futuras represálias, tais como assédio no trabalho, mas não proteção externa contra processos criminais[43]. Nesse sentido, a intenção da acusação é fortalecer o programa de denunciantes dentro das agências, e não terceirizar ou dar ao DOJ a autoridade para investigar reclamações do programa de inteligência interna[44]. Portanto, sob a possibilidade exposta no ponto anterior de dar mais responsabilidade e canalização rigorosa à ANS, bem como fornecer informações perante o Congresso aos denunciantes, ela permaneceria nas mesmas condições atuais: exposição das informações na *última relação*, e informar previamente o Inspetor da Agência.

Embora seja verdade que após as reformas tenha sido feita uma tentativa de facilitar a informação entre agentes-inspetor-congresso, ainda não parece suficiente, pois em todas as condições para a apresentação de informações, faz-se alusão ao Inspetor Geral. Portanto, parece que o fenômeno Snowden continua em um debate que não parece ser resolvido mesmo entre diferentes juízes. Além disso, deve-se acrescentar que após as inúmeras decisões nesta matéria[45], estamos diante de uma consolidação dos princípios da antiga Lei de Espionagem, onde se afirmar que a má fé do denunciante não deve ser demonstrada, e que as informações publicadas não têm que ser potencialmente prejudiciais aos EUA.

---

[42] Lei Pública 105-272 § 702 (A)(1)(D)(i).

[43] FULLER (2014). É importante notar que, nas entrevistas a diferentes ex-membros das agências de inteligência, é notada a escassa certeza de que as informações entre os canais podem ser resolvidas sem represálias contra o *denunciante*, além do fato de que as informações podem resolver qualquer problema, em HERTSGAARD (2016).

[44] HOLDER & LERNER (2013).

[45] Exemplo de caso *EUA vs Chelsea Manning* (entre 2011 e 2013).

O próprio ato de publicar a informação é suficiente para abrir ainda mais a porta para processos criminais contra *denunciantes*. Tudo isso levando em conta que, no caso do *denunciante,* "sua ação de vários pontos de vista é amplamente justificada, ou seja, foi considerada ilegal, mas eticamente correta"[46].

5. Conclusões

Finalmente, informações secretas que comprometem a segurança nacional dos Estados e a Transparência serão sempre confrontadas se os interesses dos Estados forem monitorar o adversário político-econômico. Desta forma, questões como a luta contra a corrupção ou o terrorismo se tornarão parte de informações classificadas inacessíveis aos cidadãos de seu próprio território. Por este motivo, é necessário que os denunciantes possam ter uma margem dentro da agência, com entidades independentes ligadas a organizações internacionais encarregadas de sua defesa e investigação. E embora seja claro que os canais internos de denúncia de irregularidades dentro das agências de defesa devem ter não apenas uma certa confidencialidade e controle, mas também uma independência orgânica da hierarquia militar, *os denunciantes* não estão experimentando que este é o caso.

Embora seja óbvio que os Estados também têm suas garantias e seus processos sobre os quais o cidadão é informado de certos problemas, as táticas utilizadas pelo *Wikileaks* e vários denunciantes no campo, prejudicam a imagem do país e colocam os Estados em sério perigo diplomático. Testemunhando os conflitos políticos gerados pela denúncia de Manning, não é surpreendente que as medidas subsequentes sejam as mencionadas acima: cenouras e bastões. Proteger os denunciantes, mas incentivar que essas informações sejam tratadas, em palavras informais, "em casa", através de garantias processuais, e sem promover informações mais obscuras em meios de comunicação de confiabilidade duvidosa.

Isto não resolve o conflito do qual estamos começando, porque depois das últimas declarações políticas nos EUA não parece que a espionagem e as escutas com legalidade duvidosa tenham terminado, assim como o uso de inteligência artificial cada vez mais exigida para a resolução de conflitos internacionais. Pelo contrário, com a chegada da antiga administração americana, é declarado que tanto a vigilância quanto a escuta com legalidade duvidosa terminaram. Pelo contrário, com a chegada da administração americana anterior, é declarado que tanto a vigilância quanto as novas estratégias de inteligência são uma ferramenta quase obrigatória na luta contra o terrorismo, e que, no interesse geral, o Estado as aprovará, sejam quais forem as consequências, a fim de erradicar o "inimigo".

[46] KUBLI-GARCÍA (2020) *op.cit.,* p. 142.

Embora o governo atual não tenha se pronunciado contra o uso da inteligência artificial, não acreditamos que, mesmo que os denunciantes se encontrem em uma posição diferente com leis para proteger suas declarações, haverá uma mudança radical em direção à transparência estatal como resposta aos conflitos internacionais. Os segredos de Estado ainda estarão lá, e não apenas do outro lado do continente.

Bibliografia

AID, Matthew M. "The National Security Agency and the Cold War". *Intelligence & National Security*, 2001, vol. 16, n.º 1, p. 27-66.

ALONSO, Eva Mejías. "La vigilància i el control de la població a través de la gestió, la conservació i l'explotació de dades massives". *Lligall*, 2017, n.º 40, p. 192-212.

BARONA VILAR, Silvia. "Justicia penal desde la globalización y la postmodernidad hasta la neomodernidad", *Revista Boliviana de Derecho*, 2019, n.º 27, pp. 20-53.

BAUMAN, Zigmunt. *Vigilancia líquida*. Ediciones Paidós. 2013

BECERRA, Jairo. *et all. Aplicación de la ley de transparencia y el acceso a la información públic*a. Tirant lo Blanch, 2019.

BENKLER, Yochai. "A public accountability defense for national security leakers and whistleblowers". *Harv. L. & Pol'y Rev.*, 2014, vol. 8, p. 281.

GOLLOM, Mark. "Why Barack Obama doesn't want to poison the well pardon Edward Snowden". *CBC News.* 2016.

GREENBERG, Andy. *This machine kills secrets: Julian Assange, the Cypherpunks, and their fight to empower whistleblowers*. Penguin, 2013

HAMILTON, Claire. "The European Union: Sword or shield? Comparing counter-terrorism law in the EU and the USA after 9/11." *Theoretical Criminology*, 2018, vol. 22, n.º 2.

HERTSGAARD, Mark. "How the Pentagon punished NSA whistleblowers. The Guardian". 2016. En línea: https://www.theguardian.com/us-news/2016/may/22/how-pentagon-punished-nsa-whistleblowers (26/09/2020).

HOLZNER, Burkart. "Transparency and Global Change". *The Blackwell Encyclopedia of Sociology*, 2007.

KITROSSER, Heidi. Macro-Transparency as Structural Directive: A Look at the NSA Surveillance Controversy. *Minn. L. Rev.*, 2006, vol. 91, p. 1163.

KUBLI-GARCÍA, Fausto. *Instituciones de rendición de cuentas en Estados Unidos de América*. Tirant lo Blanch. 2020.

LYNCH, Lisa. "We're going to crack the world open" Wikileaks and the future of investigative reporting." *Journalism Practice*, 2010, vol. 4, n.º 3, p. 309-318.

MARTÍNEZ PUÓN, Rafael. *De la transparencia hacia un Gobierno Abierto*. Tirant Lo Blanch, 2017.

MICHAELS, Jon D. All the President's spies: Private-public intelligence partnerships in the War on Terror. *Calif. L. Rev.*, 2008, vol. 96, pp. 901.

PEFFER, Shelley L., et al. "Whistle where you work? The ineffectiveness of the Federal Whistleblower Protection Act of 1989 and the promise of the Whistleblower Protection Enhancement Act of 2012". *Review of Public Personnel Administration*, 2015, vol. 35, n.º 1, pp. 70-81.

SERRA, Rosario. *La seguridad como amenaza. Los desafíos de la lucha contra el terrorismo para el Estado democrático*. Tirant lo Blanch, 2020.

WAHL-JORGENSEN, Karin. WikiLeaks| Is WikiLeaks challenging the paradigm of journalism? boundary work and beyond. *International Journal of Communication*, 2014, vol. 8.

GRAVAÇÃO DAS TRATATIVAS DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA NO BRASIL

Cibele Benevides Guedes da Fonseca[1]

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar uma das inovações trazidas pela nova Lei Anticrime brasileira (Lei n.º 13.964, de dezembro de 2019), qual seja, o registro das tratativas prévias do acordo de colaboração premiada, também conhecido como delação premiada. De acordo com o novo art. 4.º, § 13, que alterou a Lei de Combate ao Crime Organizado (Lei n.º 12.850/13), o registro das negociações preliminares ao acordo deverá ser feito pelos "meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, garantindo-se a disponibilização de cópia do material ao colaborador". Antes da lei, o dispositivo dizia que tal gravação deveria ocorrer "sempre que possível". Questiona-se se essa previsão tenderá a desincentivar as negociações, eis que as pessoas comumente se sentem mais à vontade para falar sem que estejam sendo filmadas. Pergunta-se, ainda, como compatibilizar o dispositivo com o artigo 5.º, incisos II e V, da Lei n.º 12.850/13, que protege a imagem do réu colaborador, dispondo que lhe é garantido "ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados" e "não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado sem sua prévia autorização por escrito".

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual Penal. Colaboração Premiada. Direitos e garantias do réu colaborador. Gravação das tratativas.

[1] Procuradora-Chefe da Procuradoria da República no Rio Grande do Norte, Brasil. Membro da Comissão Permanente de Assessoramento para Acordos de Leniência e Colaboração Premiada da 5.ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal brasileiro. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Doutoranda em Direito pela Universidade de Salamanca, Espanha.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Colaboração Premiada no Brasil. 1.1. Evolução histórica. 1.2. Lei n.º 12.850/2013: Nova Lei brasileira de Combate ao Crime Organizado. 1.3. Lei n.º 13.964/2013: Lei Anticrime. 2. Natureza jurídica do acordo de colaboração premiada. 2.1. Meio de obtenção de prova. 2.2. Negócio jurídico processual. 3. Tratativas do acordo de colaboração premiada no Brasil. 3.1. Tratativas do acordo 3.2. Gravação das tratativas. Considerações finais. Bibliografia.

ABSTRACT: This paper focuses on to analyze one of the innovations brought about by the new Brazilian AntiCrime Law (Law n.º 13.964, of December 2019), namely, the record of previous dealings in the winning collaboration agreement, also known as winning bidding. According to the new art. 4, § 13, which amended the Law to Combat Organized Crime (Law n.º 12.850/13), the registration of preliminary negotiations to the agreement must be done by "means or resources of magnetic recording, stenotype, digital or similar technique, including audiovisual, aimed at obtaining greater fidelity of information, ensuring the availability of a copy of the material to the employee ". Before the law, the device said that such recording should take place "whenever possible". It is questioned whether this prediction will tend to discourage negotiations, since people commonly feel more comfortable talking without being filmed. It is also asked how to make the device compatible with Article 5, items II and V, of Law n.º 12.850/13, which protects the collaborating defendant's image, providing that he is guaranteed "to have a name, qualification, image and other information preserved personal information "and" not having your identity revealed by the media, nor being photographed or filmed without your prior written authorization ".

KEYWORDS: Criminal Process. Plea Bargain. Plea Agreement. Plea Deal. Premial Law. Rights and guarantees of the whistleblower/informer defendant.

SUMMARY: Introduction. 1. Awarded Collaboration in Brazil. 1.1. Historical evolution. 1.2. Law n.º 12.850/2013: New Brazilian Law against Organized Crime. 1.3. Law n.º 12.850/2013: Anticrime Law. 2. Legal nature of the winning collaboration agreement. 2.1 Means of obtaining evidence. 2.2 Procedural legal business. 3. Negotiations of the award-winning collaboration agreement in Brazil. 3.1. Negotiations of the agreement 3.2. Recording of the agreements. Final considerations. Bibliography.

Introdução

A colaboração premiada é um moderno meio de obtenção de prova recomendado por organismos internacionais como GAFI/TAFT (Grupo de Ação Financeira contra Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo) e é

prevista em tratados internacionais, tais quais a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Transnacional Organizada (Convenção de Palermo[2]) e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida [3]).

O Brasil, signatário das duas Convenções, promulgou, no ano de 2013, a Lei de Combate às Organizações Criminosas (Lei n.º 12.850, de 08/08/2013), que conceituou organização criminosa e dispôs sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal, atendendo aos parâmetros internacionais estabelecidos pela Organização das Nações Unidas (ONU).

De fato, por meio das Normas e Princípios sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal, a ONU estimulou que os países fizessem uso das chamadas "contramedidas adequadas" que assegurassem que para qualquer aumento na capacidade e na habilidade dos perpetradores do crime também houvesse aumentos similares na capacidade e na habilidade das autoridades de aplicação da lei e da justiça criminal[4].

As citadas contramedidas, também denominadas "técnicas especiais de investigação" ou "medidas extraordinárias", são, em síntese, as seguintes: a) a infiltração de agentes; b) a captação ambiental de sinais eletromagnéticos ópticos ou acústicos; c) a interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas; d) a ação controlada; e) o acesso a registros telefônicos e telemáticos; f) a que-

---

[2] Introduzida no Brasil pelo Decreto n.º 5.015/2004, a Convenção de Palermo dispõe, em seu artigo 26.º, que "Cada Estado Parte tomará as medidas adequadas para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados: a) a fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas; (…) b) a prestarem ajuda efetiva e concreta às autoridades competentes, susceptível de contribuir para privar os grupos criminosos organizados dos seus recursos ou produto do crime", podendo cada Estado considerar a possibilidade de reduzir a pena ou de conceder imunidade ao coautor ou partícipe que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de crime praticado por organização criminosa.

[3] Introduzida no Brasil pelo Decreto n.º 5.687/2006, a Convenção de Mérida dispõe, em seu artigo 37.º, que "Cada Estado Parte adotará as medidas apropriadas para restabelecer as pessoas que participem ou que tenham participado na prática dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção que proporcionem às autoridades competentes informação útil com fins investigativos e probatórios e as que lhes prestem ajuda efetiva e concreta que possa contribuir a privar os criminosos do produto do delito, assim como recuperar esse produto." E mais: "Cada Estado parte considerará a possibilidade de prever, em casos apropriados, a mitigação de pena de toda pessoa acusada que preste cooperação substancial à investigação ou ao indiciamento dos delitos qualificados de acordo com presente Convenção", devendo os países considerar a possibilidade de prever, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, a concessão de imunidade judicial a toda pessoa que preste cooperação substancial na investigação de crimes de corrupção e análogos.

[4] ONU – Organização das Nações Unidas. Normas e Princípios das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal. <https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/projects/UN_Standards_and_Norms_CPCJ_-_Portuguese1.pdf> Acesso em 18.03.2021.

bra dos sigilos financeiro, bancário e fiscal; f) a cooperação entre instituições; e g) a colaboração premiada (também conhecida como delação premiada ou colaboração com a Justiça)[5]. Por meio desta o Ministério Público e o investigado negociam benefícios como redução de pena, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, perdão judicial ou imunidade, desde que haja colaboração efetiva e voluntária com a investigação e o processo criminal[6].

Em dezembro de 2019 foi promulgada, no Brasil, a Lei n.º 13.964, a chamada "Lei Anticrime", que promoveu várias alterações no direito penal e processual penal brasileiros, inclusive com relação ao instituto da colaboração premiada, sob o argumento de que era necessária uma maior regulamentação legislativa do instituto, a fim de conceder mais segurança jurídica aos acordos. Uma das alterações foi a obrigatoriedade da gravação das tratativas preliminares, e o presente trabalho visa analisar as consequências dessa nova previsão legal.

1. Colaboração Premiada no Brasil

1.1. Evolução histórica

Ainda quando o Brasil era Colônia de Portugal, já havia notícia de institutos de natureza premial, como no caso do Coronel Joaquim Silvério dos Reis, que recebeu da Coroa Portuguesa o perdão de suas dívidas por ter delatado os companheiros da Inconfidência Mineira, dentre eles Joaquim José da Silva Xavier, o "Tiradentes". De fato, a previsão desse prêmio constava expressamente das Ordenações Filipinas[7].

O Código Penal brasileiro em vigor (Decreto-lei n.º 2.848, de 7/12/1940), seguindo a mesma tendência, traz incentivos legais ao arrependimento do agente, como por exemplo a atenuante da confissão espontânea, prevista no seu artigo 65.º, III, d, bem como as figuras da desistência voluntária e do arrependimento eficaz, conforme seu artigo 15.º, além da causa geral de diminuição da pena prevista no artigo 16.º também do Código Penal (arrependimento posterior).

---

[5] Art. 3.º, incisos I a VI da Lei n.º 12.850/2013.

[6] Art. 4.º, incisos I a V da Lei n.º 12.850/2013.

[7] Conforme lembra Mendonça, Andrey Borges de, "A colaboração já era prevista: Ordenações Filipinas, Título CXVI do Livro V – 'como se perdoará aos malfeitores que derem outros à prisão' (1603-1830). MENDONÇA, Andrey Borges de. "Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade." BOTTINO, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis. *Colaboração Premiada.* 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. P. 75.

Com o aumento da criminalidade praticada por organizações criminosas, outras leis brasileiras passaram a prever prêmios a investigados ou acusados que cooperassem com as investigações: Lei n.º 7.492/1986 (Lei do Colarinho Branco ou dos crimes contra o Sistema Financeiro, art. 25.º), Lei n.º 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos, art. 8.º [8]), Lei n.º 8.137/1990 (Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária, art. 16.º), Lei n.º 9.034/1995 (Primeira Lei do combate ao Crime Organizado, art. 6.º), Lei n.º 9.613/1998 (Lei dos crimes de Lavagem de dinheiro, art. 1.º, § 5º), Lei n.º 9.807/1999 (Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas, art. 13.º), Lei n.º 10.409/2002 (revogada Lei de Tóxicos, art. 32.º, § 2), Lei n.º 11.343/2006 (atual Lei de Tóxicos, art. 41), Lei n.º 12.529/2011 (nova Lei Antitruste, art. 86.º), Lei n.º 12.846/2013 (Lei Anticorrupção, art. 16.º [9]) e Lei n.º 12.850/2013 (nova Lei de combate ao Crime Organizado).

1.2. Lei n.º 12.850/2013: Nova Lei brasileira de Combate ao Crime Organizado

De acordo com o artigo 3.º da Lei n.º 12.850/2013, a colaboração premiada é um dos meios de obtenção de prova admitidos no combate ao crime organizado, permitindo ao juiz, a partir de requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por pena restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organi-

---

[8] A Lei brasileira dos Crimes Hediondos também inseriu o § 4º ao artigo 159.º do Código Penal, prevendo que se o crime de extorsão mediante sequestro fosse cometido por quadrilha ou bando, o coautor o denunciasse à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, teria sua pena reduzida de um a dois terços.

[9] Tanto a Lei Antitruste (Lei n.º 12.529/2011) como a Lei Anticorrupção (Lei n.º 12.846/2013) fizeram previsão de "Acordos de Leniência", cuja natureza é similar ao instituto da colaboração premiada, diferenciando-se ambos porque, nesse caso, se trata de avença cível formulada entre o Estado e pessoa jurídica. Para maior aprofundamento, recomenda-se a leitura de VASCONCELOS, Beto Ferreira Martins; SILVA, Marina Lacerda e Silva. "Acordo de Leniência: a prática de um jogo ainda em andamento." P. 275/301; TOJAL, Sebastião Botto de Barros; TAMASAUSKAS, Igor Sant´Anna. "A leniência anticorrupção: primeiras aplicações, suas dificuldades e alguns horizontes para o instituto." P. 238/253; MARTINEZ, Ana Paula. "Parâmetros de negociação de acordo de leniência com o MPF à luz da experiência do CADE." P. 31/52., todos publicados em BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (Coordenadores). *Colaboração Premiada.* 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

zação criminosa; e a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

A lei dispõe que a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração. Além disso, a depender da relevância da colaboração prestada, o Ministério Público poderá deixar de denunciar o colaborador, solicitando o arquivamento do Inquérito Policial com pedido de perdão judicial, ou mesmo requerer a aplicação do perdão ainda que não tenha sido objeto da proposta inicial de acordo.

Dessa forma, no Direito brasileiro admite-se que o coautor ou partícipe de crime, ao fornecer informações relevantes e corroboradas por outras provas à Polícia e ao Ministério Público, mediante acordo escrito, com assessoria de advogado, possa obter benefícios que variam do perdão judicial à redução de pena ou cumprimento de pena em regime mais benéfico, desde que tudo seja homologado judicialmente.

Importante destacar que, com o advento da Lei n.º 12.850/2013 o legislador modificou a nomenclatura do instituto, que sempre foi chamado de "delação premiada", às vezes utilizado de forma crítica para reforçar um caráter de traição e deslealdade, para denominá-lo "colaboração premiada". A lei buscou, assim, ressaltar o aspecto positivo de que o investigado ou acusado, ao escolher colaborar, se arrependeu e decidiu ajudar as autoridades, não importando que motivos o levaram a tanto. Sua postura o reaproxima do Estado e da sociedade, com ela colaborando para a preservação das leis[10].

A colaboração premiada consagra o princípio da individualização da pena prevista no artigo 5.º, inciso XLVI da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, eis que, havendo grande diferença entre o acusado que coopera e o que não colabora, não faz sentido que recebam ambos a mesma sanção: o primeiro deve merecer sanções proporcionalmente mais leves que o segundo[11].

A conduta do investigado ou acusado colaborador estimula, ainda, a efetivação de outro artigo da Constituição brasileira: o artigo 144.º, que diz que a segurança pública é "dever do Estado, direito e responsabilidade de todos". Se

[10] Para Walter Nunes da Silva Júnior, "Ao preferir a expressão colaboração, o legislador expressa preocupação ética, pois dá destaque aos benefícios que o agente traz para a sociedade com a sua ajuda na persecução criminal, não à traição aos companheiros da empresa ilícita. Em outras palavras, incentiva, por meio da premiação, a consciência da pessoa quanto a sua responsabilidade pela preservação da segurança pública, nos termos do art. 144.º, caput, da Constituição. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal***.** 2 ed. Natal: OWL Editora Jurídica, 2015. P. 541.

[11] SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (Delação) Premiada*. Salvador: JusPodium, 2016. P. 71.

tem o cidadão responsabilidade com relação à segurança pública, o dispositivo é cumprido quando, arrependido, o acusado tenta recompor o dano causado e coopera para desarticular o grupo criminoso[12]. Assim, normas prevendo incentivos à colaboração do agente criminoso trazem de volta à responsabilidade para com a ordem pública a pessoa que estava a colocá-la em risco.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro, por fim, já declarou por diversas vezes a constitucionalidade da colaboração premiada[13].

1.3. Lei n.º 13.964/2013: Lei Anticrime

Em dezembro de 2019 foi promulgada, no Brasil, a Lei n.º 13.964, a chamada "Lei Anticrime", que promoveu alterações em vários diplomas legislativos, inclusive na Lei n.º 12.850/2013 que, como já dito, regulamenta as técnicas especiais de investigação das organizações criminosas. Surgiu a partir do chamado "Pacote Anticrime", nome dado ao Projeto de Lei n.º 882/2019, do Poder Executivo, e que visava estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa.

O Pacote Anticrime buscava instituir o cumprimento da condenação após julgamento em segunda instância (no Brasil, a execução da pena somente se inicia após, em regra, a condenação confirmada em quatro instâncias), a execução imediata das condenações proferidas pelo Tribunal do Júri, maior rigor para cumprimento de penas de crimes graves e aprimoramento da investigação mediante ampliação do Banco Nacional de Perfis Genéticos[14]. O projeto também buscava adotar a justiça penal negocial no processo penal para os crimes não violentos, com a possibilidade de realização dos Acordos de Não Persecução Penal e Acordos Penais de Aplicação Imediata das Penas. O Pacote Anticrime original não tratava de qualquer alteração no procedimento da colaboração premiada[15].

---

[12] SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal.* 2 ed. Natal: OWL Editora Jurídica, 2015. P. 539.

[13] "Devido ao incremento da criminalidade violenta e organizada, o legislador passou a instrumentalizar o juiz em medidas e providências tendentes a, simultaneamente, permitir a prática dos atos processuais e assegurar a integridade físico-mental e a vida das pessoas das testemunhas e de co-autores ou partícipes que se oferecem para fazer a delação premiada." STF, 2ª Turma, HC 9032/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE. Julgamento: 02/09/2008 2ª Turma. Publicação: DJe-182 DIVULG 25-09-2008 PUBLIC 26/09/2008; STF, 1ª Turma, HC 90.688/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 12/02/2008; STF, Tribunal Pleno, HC 127.483/PR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 27/08/2015. Publicação: DJe-021 DIVULG. 03/02/2016 PUBLIC 04/02/2016.

[14] https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353 Acesso em 18.13.2021.

[15] https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712088&filename=PL+882/2019 Acesso em 18.03.2021.

Paralelamente, tramitava na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n.º 10.372, de 2019, criado a partir de estudos elaborados pela Comissão de Juristas presidida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes, e esse projeto recebeu, também, o nome de "Pacote Anticrime". Tinha por objetivo introduzir modificações na legislação penal e processual penal para aperfeiçoar o combate ao crime organizado, aos delitos de tráfico de drogas, de armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos, e também buscava agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal[16]. O Projeto da Comissão de Juristas presidida pelo Ministro Alexandre de Moraes em nada alterava o procedimento da colaboração premiada.

Durante a tramitação dos projetos no Parlamento brasileiro, foram acolhidos trechos de ambos os projetos, rejeitados muitos outros, e se construiu o Projeto de Lei n.º 6.341/2019[17], com inserções de temas e de modificações que não constavam em nenhum dos dois projetos chamados "Pacote Anticrime", dentre elas a alteração feita no procedimento da colaboração premiada. Foi essa versão alterada no Parlamento que, vetada em parte, foi sancionada em 24 de dezembro de 2019 pelo Presidente da República, recebendo o número 13.964 e o nome de "Lei Anticrime"[18].

---

[16] https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1666497&filename=PL+10372/2018 Acesso em 18.03.2021.

[17] https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8052836&ts=1596576176164&disposition=inline

Acesso em 18.03.2021.

[18] Decisão liminar do Ministro do STF Luiz Fux nas ADIS 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 suspendeu a eficácia de alguns artigos, mas não os referentes ao acordo de colaboração premiada. A ADI 6.298, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB e pela Associação dos Juízes Federais do Brasil - AJUFE, questiona o artigo 3.º da Lei n.º 13.964/2019, que acrescentou os artigos 3.º-A, 3.º-B,3.º-C, 3.º-D, 3.º-E e 3.º-F ao Código de Processo Penal e institui a figura do juiz das garantias, bem como o artigo 20 da Lei n.º 13.964/2019, que determina o prazo de *vacatio legis* para a sua vigência. A ADI 6.299, ajuizada pelos partidos políticos PODEMOS e CIDADANIA, questiona, além dos artigos acima mencionados, o artigo 157, §5º, do Código de Processo Penal, que estabelece impedimento para o juiz que conheceu prova inadmitida sentencie na ação penal. A ADI 6.300, ajuizada pelo Diretório Nacional do Partido Social Liberal - PSL, também questiona os artigos 3.º-A a 3.º-F do Código de Processo Penal, e a ADI 6.305, ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP, questiona os artigos 3.º-A, 3.º-B, incisos IV, VIII, IX, X e XI, 3.º-D, parágrafo único, do Código de Processo Penal, bem como o artigo 28.º, caput, do Código de Processo Penal, que altera o procedimento de arquivamento de inquéritos policiais e procedimentos investigatórios, além do artigo 28.º-A, incisos III e IV, e §§ 5.º, 7.º e 8.º, do Código de Processo Penal, que tratam do acordo de não persecução penal, e do artigo 310.º, §4.º, do Código de Processo Penal, que determina a liberdade imediata do preso em caso de não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas. Os artigos foram suspensos, e até a data de término do presente artigo, as ações não haviam sido pautadas nem julgadas pelo Plenário da Suprema Corte.

A intenção inicial dos dois projetos, como se vê, era modernizar e agilizar a investigação e o processo penal brasileiros, sem qualquer proposta de alteração do modelo de colaboração premiada da Lei n.º 12.850/2013. Autores brasileiros criticam a nova lei[19].

Especificamente com relação às alterações feitas no procedimento da colaboração premiada, Douglas Fischer[20] argumenta que vários dos dispositivos introduzidos incorporaram práticas já sedimentadas, institucionalizando regras que são importantes para dar segurança jurídica ao acordo. Alerta, porém, que algumas emendas vieram travestidas da intenção de conferir segurança jurídica aos acordos de colaboração premiada, mas findaram na verdade por desestabilizar o instituto, e claramente vieram com um intuito de desincentivar a realização de acordos.

2. Natureza jurídica do acordo de colaboração premiada

2.1. Meio de obtenção de prova

Sempre houve grande discussão sobre se o acordo de colaboração premiada constitui meio de prova por si só, independentemente de outras provas de corroboração do depoimento do colaborador. Tanto na Inglaterra como nos Estados Unidos da América, em razão do reconhecimento de que a valoração das provas é matéria de competência exclusiva dos jurados, é possível a con-

---

[19] Segundo João Paulo Lordelo G. Tavares, a Lei n.º 13.964/19 "nasceu com a melhor das intenções: o fortalecimento de uma premissa inaugurada com o advento da Constituição da República de 1988, que deixou para trás o então sistema inquisitorial, fazendo clara opção pelo sistema acusatório. A reforma legislativa, contudo – certamente em razão de uma reflexão ainda imatura a respeito de variados temas –, tem gerado uma série de incompreensões além de mudanças que, paradoxalmente, afrontam o próprio sistema acusatório (e, por isso mesmo, precisam ser confrontadas com a Constituição)." TAVARES, João Paulo Lordelo G. Tavares. *Pacote "Anticrime" – Lei 13.964/2019, na visão de Procuradores da República.* Coordenador: João Paulo Lordelo G. Tavares – Salvador: Editora Juspodivm, 2020. Págs. 07-08. No mesmo sentido é o pensamento de Victor Augusto Estevam Valente, Marcelo Rodrigues da Silva e Filipe Maia Broeto, quando escrevem que "nem de longe a atividade legislativa aproximou-se da perfeição, tampouco implementou melhora ou aprimoramento generalizado dos pontos alterados. A bem da verdade, as modificações implementadas pelo "Pacote Anticrime" trazem, por um lado, avanços, sem deixar de instituir, por outro, insofismáveis retrocessos". VALENTE, Victor Augusto Estevam; SILVA, Marcelo Rodrigues da; BROETO, Filipe Maia. "Confisco Alargado de Bens na Lei n.º 13.964/2019 ("Pacote Anticrime")". Coordenação: HABIB, Gabriel. *Pacote Anticrime*. Salvador: Editora Juspodium, 2020. Pág. 561.

[20] Palestra proferida no dia 16 de outubro de 2020, durante o evento "Política Corrupção e Máfia: da Operação Mãos Limpas na Itália a uma reflexão para os dias atuais", organizado pela Accademia Juris Roma. Link disponível apenas aos participantes inscritos. https://www.accademiajuris.com/ Acesso em 16.10.2020.

denação com base apenas na palavra do colaborador, não obstante haja, em praticamente todos os julgamentos, a advertência feita pelo juiz (*warning*) dos perigos de uma condenação baseada apenas na palavra do corréu[21].

Na Itália há a necessidade de prova de corroboração. Com efeito, o Código de Processo Penal de 1988 previu a *chiamata de correo* "vestida", ou seja, o depoimento do réu colaborador é admitido como elemento de prova, mas não é suficiente para, sozinho, superar a presunção de não-culpabilidade do acusado, motivo pelo qual o legislador exige a corroboração por outros elementos externos que confiram credibilidade às informações trazidas pelo corréu arrependido[22].

No Brasil a colaboração premiada é considerada *meio de obtenção de prova*, e não *meio de prova.* Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal externado no Acórdão do *Habeas Corpus* n.º 127.483/PR[23].

A Lei Anticrime reforçou esse aspecto[24]. Antes, era expressamente vedada a prolação de sentença condenatória com fundamento apenas nas declarações do colaborador[25], entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal por meio do já mencionado julgamento do *Habeas Corpus* n.º 127.483/PR[26] .A nova dicção do artigo 4.º, § 16.º da Lei 12.850/2013 inovou, proibindo não só a prolação de sentença condenatória baseada apenas na palavra do colaborador, mas também a concessão de medidas cautelares reais ou pessoais e o recebimento de denúncia ou queixa-crime.

A mais importante garantia da pessoa delatada consiste na certeza de que ela não pode ser condenada apenas com base nas palavras do agente colaborador. Hoje, a garantia foi reforçada com a certeza de que ela sequer será denunciada, presa preventivamente, alvo de busca e apreensão, interceptação ou quebra de sigilo, com fundamento apenas nas palavras do colaborador.

Reforça-se, desse modo, a indispensabilidade da *corroborative evidence*, isto é, da prova de corroboração. O Ministério Público tem que buscar corro-

---

[21] TROTT, Stephen. "O uso de um criminoso como testemunha: um problema especial." Tradução: Sergio Fernando Moro. *Revista CEJ*. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. V. 11, n.º 37, abr/jun 2007. P. 80.

[22] PEREIRA, Frederido Valdez. "Valor Probatório da Colaboração Processual (Delação Premiada)". *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* Vol. 77/2009. P. 175-201. Mar – Abr/2009. P. 06.

[23] STF, Tribunal Pleno, HC 127.483/PR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 27/08/2015. Publicação: DJe-021 DIVULG. 03/02/2016 PUBLIC 04/02/2016.

[24] Art. 3.º, I, da Lei nº 12.850/2013.

[25] O art. 4.º, § 16.º da Lei 12.850/2013 dispunha que "Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações do agente colaborador".

[26] STF, Tribunal Pleno, HC 127.483/PR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 27/08/2015. Publicação: DJe-021 DIVULG. 03/02/2016 PUBLIC 04/02/2016.

borar as afirmações do colaborador por meio de outros elementos de prova, como documentos, testemunhas, perícias etc.

Como já dito, de acordo com a dicção original do artigo 4.º, §16 da Lei n.º 12.850/2013, nunca foi possível uma condenação com base apenas na palavra de quem acusa: "Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações do agente colaborador". O Supremo Tribunal Federal, bem antes do advento da lei, sempre reforçou a necessidade da prova de corroboração em casos de colaboração premiada, entendimento sedimentado no julgamento do *Habeas Corpus* nº 127.483 – PR.

De acordo com o voto do Relator, Ministro Dias Toffoli, a colaboração premiada é um meio de obtenção de prova, donde se conclui que, sozinha, não é apta a lastrear uma sentença condenatória: "o Supremo Tribunal Federal, há muito, assentou o entendimento de que 'a delação, de forma isolada, não respalda condenação' (HC n.º 75.226/MS, Segunda Turma, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 19/9/97)"[27].

O voto do Ministro Celso de Mello foi no mesmo sentido:

> O Supremo Tribunal Federal tem admitido a utilização do instituto da colaboração premiada (cujo *nomen juris* anterior era o de delação premiada), ressalvando, no entanto, bem antes do advento da Lei nº 12.850/2013 (art. 4.º, § 16), que nenhuma condenação penal poderá ter por único fundamento as declarações incriminadoras do agente colaborador (HC 94.034/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia – RE 213.937/PA (…)[28].

Como bem alerta o professor Gustavo Badaró:

> "Do ponto de vista probatório, a delação sempre enfrentou grandes resistências, pela sua natural potencialidade de gerar injustiças. (...) Entre negar qualquer valor probatório à delação premiada, de um lado, ou dar-lhe valor pleno, de outro, é possível adotar um caminho intermediário: a legislação brasileira admitir a utilização da colaboração premiada com valor probatório atenuado. Trata-se de escolha legislativa que resolve o problema não no contexto da instrução, com regras de admissão da prova, mas no contexto da decisão"[29].

---

[27] STF, Tribunal Pleno, HC 127.483/PR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 27/08/2015. Publicação: DJe-021 DIVULG. 03/02/2016 PUBLIC 04/02/2016.

[28] STF, Tribunal Pleno, HC 127.483/PR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 27/08/2015. Publicação: DJe-021 DIVULG. 03/02/2016 PUBLIC 04/02/2016.

[29] BADARÓ, Gustavo. "A valoração probatória da colaboração premiada." *Altos Estudos Sobre a Prova no Processo Penal*. Coordenadores: Daniel de Resende Salgado, Luís Felipe Schneider Kircher e Ronaldo Pinheiro de Queiroz. Salvador: Editora JusPodivm., 2020. Pp. 654-655.

Ocorre, assim, como pondera o doutrinador, uma limitação legal ao livre convencimento judicial, tratando-se de um regime de *prova legal negativa,* que requer corroboração probatória que respalde, por outros elementos de prova, o conteúdo da colaboração[30]. A Lei Anticrime trouxe a exigência de que a mera proposta de colaboração, por parte da defesa, já viesse instruída com clareza e apontando provas e elementos de corroboração:

> Art. 3.º-C: (...)
>
> § 4º Incumbe à defesa instruir a proposta de colaboração e os anexos com os fatos adequadamente descritos, com todas as suas circunstâncias, indicando as provas e os elementos de corroboração.

Para o professor Gustavo Badaró, "exige-se uma narrativa rica em particularidades especificidades que permitam o controle de seu conteúdo através de fatos objetivamente verificáveis"[31]. Dessa maneira, cabe ao colaborador indicar provas independentes que confirmem suas afirmações que, isoladas, *não têm suporte para sustentar um recebimento de denúncia, medidas cautelares, muito menos para condenar a pessoa delatada. O colaborador deverá indicar endereços, contas bancárias, identificação de pessoas, bem como apresentar documentos, gravações, e-mails* e troca de mensagens que possam sustentar suas alegações.

Não se admite como prova de corroboração a depoimento isolado de outro réu colaborador. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 127.483/PR, vedou expressamente a chamada "corroboração recíproca ou cruzada":

> O Estado não poderá utilizar-se da denominada 'corroboração recíproca ou cruzada', ou seja, não poderá impor condenação ao réu pelo fato de contra este existir, unicamente, depoimento de agente colaborador que tenha sido confirmado, por sua vez, por outros delatores (…)[32].

Dessa forma, como bem ensina Gustavo Badaró, "se o próprio legislador atribui à colaboração premiada uma categoria inferior ou insuficiente, não se pode admitir que a sua corroboração se dê com base em elementos que ostentam a mesma debilidade ou inferioridade"[33]. A Lei Anticrime, assim, veio reforçar a tese de que a forma mais prudente de se permitir a colaboração premiada

---

[30] BADARÓ, Gustavo. Op. Cit. Pág. 657.

[31] BADARÓ, Gustavo. Op. Cit. Pág. 660.

[32] STF, Tribunal Pleno, HC 127.483/PR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 27/08/2015. Publicação: DJe-021 DIVULG. 03/02/2016 PUBLIC 04/02/2016.

[33] BADARÓ, Gustavo. Op. Cit. Pág. 663.

como forma de descobrir a verdade processual, como bem alerta Alfredo Carlos Gonzaga Falcão Júnior, é tratar o colaborador como informante e não como testemunha, presumindo uma força probatória de meros indícios em suas palavras, que precisam ser "confirmadas por amplo conjunto probatório, o qual, repise-se, deverá ter passado pelo crivo do contraditório e da ampla defesa"[34].

2.2. Negócio jurídico processual

O Supremo Tribunal Federal brasileiro, no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 127.483/PR, sedimentou também o caráter de negócio jurídico processual da colaboração premiada. Em seu voto, o Relator Ministro Dias Toffoli deixou extreme de dúvidas que "além de meio de obtenção de prova, o acordo de colaboração premiada enquadra-se na categoria negócio jurídico processual"[35].

O novo artigo 3.º-A da Lei n.º 12.850/2013, inserido pela Lei Anticrime, consolidou o entendimento do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o acordo de colaboração premiada possui natureza jurídica de negócio jurídico:[36]

> Art. 3.º-A. O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos.

Importante reforçar o aspecto de Justiça Negociada, através do qual acusação e defesa barganham ganhos e perdas em prol de um ponto ótimo consistente no acordo escrito de colaboração. É conduta tradicional do direito americano, por meio do *plea bargaining,* mas com alguma resistência nos países de tradição jurídica romano-germânica. Aos poucos, especialmente nos casos de combate à criminalidade organizada, a técnica de negociação vem sendo adotada pelos países do *civil law,* como Itália e Brasil.

---

[34] FALCÃO JUNIOR, Alfredo Carlos Gonzaga. "O perfil constitucional: material da delação premiada como meio de prova". *In* ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). *Capacitar, VII Curso de Ingresso e Vitaliciamento para Procuradores da República.* Brasília: ESMPU, 2011. P. 29.

[35] STF, Tribunal Pleno, HC 127.483/PR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 27/08/2015. Publicação: DJe-021 DIVULG. 03/02/2016 PUBLIC 04/02/2016.

[36] STF, Tribunal Pleno, HC 127.483/PR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 27/08/2015. Publicação: DJe021 DIVULG. 03/02/2016 PUBLIC 04/02/2016.

Como bem ensina Nicolao Dino:

> "A colaboração premiada consiste, basicamente, na negociação entre agentes do Estado, em especial o acusador público, de um lado, e o infrator, de outro, com vistas à obtenção de elementos úteis para a plena elucidação de fatos criminosos e a participação de outros indivíduos. Na colaboração premiada, de um modo geral, negocia-se a assunção de culpa mediante compensação, a qual, a seu turno, consiste na mitigação da resposta estatal à conduta infracional objeto da persecução"[37].

Por ter natureza de negócio jurídico processual, é necessário que haja paridade de armas na negociação. Para conferir esse equilíbrio, o artigo 4.º, § 15 da Lei n.º 12.850/2013, antes mesmo da Lei Anticrime, já determinava a absoluta impossibilidade de realização de acordo de colaboração premiada sem a presença efetiva de advogado: "Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deve estar assistido por advogado".

A Lei Anticrime estabeleceu no artigo 3.º-C que a atuação do advogado tem que estar respaldada por procuração com poderes específicos ou firmada pessoalmente pela parte, a fim de que qualquer acordo de colaboração somente possa advir da genuína vontade do investigado, e não apenas de seu advogado

A efetiva presença de advogado cuida-se, desse modo, de direito irrenunciável por parte do investigado que pretende colaborar. A nova lei confirma, ainda, que o membro do Ministério Público sequer pode iniciar as negociações, ainda que informalmente, sem a presença de advogado. A iniciativa, aliás, de acordo com os termos da Lei Anticrime, deve partir sempre da defesa.

Antes do advento da Lei Anticrime, o artigo 7.º, § 3.º da Lei n.º 12.850/2013 dispunha que o acordo de colaboração premiada deveria ficar sob sigilo até o recebimento da denúncia. Agora, com a alteração promovida, a lei prevê que o sigilo de fato continua até o recebimento da denúncia, porém ressalta que é vedado ao magistrado decidir por sua publicidade em qualquer hipótese.

O artigo 4.º §6.º da Lei n.º 12.850/2013 deixa claro que o juiz não participa das negociações realizadas entre as partes. Num sistema acusatório, como dispõe o artigo 129.º, inciso I da Constituição Federal, não poderia ser diferente: não deve haver envolvimento por parte do juiz no acordo feito entre Ministério Público e réu colaborador.

---

[37] DINO, Nicolao. "A Colaboração Premiada na Improbidade Administrativa: Possibilidade e Repercussão Probatória." *A Prova no Enfrentamento à Macrocriminalidade.* SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Organizadores). Salvador: Juspodium, 2015. P. 440.

O sistema acusatório é previsto nas Regras de Havana (Princípios Orientadores Relativos à Função dos Magistrados do Ministério Público), de 1990, adotadas no 8.º Congresso das Nações Unidas para a prevenção do Crime e Tratamento dos Delinquentes, que dispõem, nos artigos 10.º e 11.º, o seguinte:

> Art. 10.º As funções dos magistrados do Ministério Público deverão ser rigorosamente separadas das funções de juiz.
>
> Art. 11.º Os magistrados do Ministério Público desempenham um papel activo no processo penal, nomeadamente na dedução de acusação e, quando a lei ou a prática nacionais o autorizam, nos inquéritos penais, no controlo da legalidade destes inquéritos, no controlo da execução das decisões judiciais e no exercício de outras funções enquanto representantes do interesse público.

Também a Declaração de Brasília contra a Corrupção, de 2016, fruto de Seminário realizado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, consagra o modelo adversarial, quando diz, em seu item 2, que:

> O princípio acusatório no processo penal brasileiro, segundo modelo adversarial, deve permitir a todos os sujeitos processuais observar e fazer respeitar os direitos de acusados, das vítimas e da sociedade.

Assim, assinado o Termo de Colaboração Premiada, peticiona-se ao juiz solicitando a homologação do acordo. De fato, o papel do juiz, em um sistema acusatório, é de analisar a legalidade do acordo, a constitucionalidade de suas cláusulas, a voluntariedade por parte do réu colaborador, para então homologar o acordo sem nele interferir. Antes da Lei Anticrime, ao juiz cabia verificar apenas três requisitos para fins de homologação do acordo: legalidade, voluntariedade e regularidade. Consagrava-se o sistema acusatório e a justiça negociada: a atuação do magistrado se restringia à fiscalização do acordo, sem adentrar em seu mérito.

Porém, a Lei Anticrime ampliou a intervenção judicial, quando previu que o juiz, além de analisar regularidade, voluntariedade e legalidade, deve também, para fins de homologação do acordo, analisar a "adequação dos benefícios" e a "adequação dos resultados". Além disso, o juiz deverá obrigatoriamente ouvir o colaborador e seu defensor, em sigilo.

3. Tratativas do acordo de colaboração premiada no Brasil

A colaboração premiada se inicia com a negociação entre as partes, do mesmo modo que ocorre em todos os acordos. Desse modo, os advogados que anteveem na colaboração uma boa estratégia para o seu cliente – sempre com o consentimento deste – podem, em qualquer momento processual, ainda que

após o trânsito em julgado, procurar o membro do Ministério Público para indicar a intenção, por parte do investigado, de revelação de fatos, verificando se a acusação teria interesse na realização de acordo.

A nova Lei Anticrime estabeleceu que a iniciativa deve partir da defesa, por meio de advogado, e esse contato deve vir por escrito, através de uma proposta de formalização do acordo, da seguinte forma:

> Art. 3.º-B. O recebimento da proposta para formalização de acordo de colaboração demarca o início das negociações e constitui também marco de confidencialidade, configurando violação de sigilo e quebra da confiança e da boa-fé a divulgação de tais tratativas iniciais ou de documento que as formalize, até o levantamento de sigilo por decisão judicial.

Feita a proposta de formalização do acordo, a Lei Anticrime previu que, se o membro do Ministério Público não demonstrar interesse em firmar o acordo, deve fundamentar as razões de seu indeferimento.

Não há direito subjetivo à realização do acordo. Como ensinam Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, o acordo de colaboração premiada é "mera faculdade conferida ao '*parquet*', pelo que não se deve cogitar de nenhum direito subjetivo do agente a não ser denunciado"[38]. E utilizam o precedente do Supremo Tribunal Federal consolidado na Súmula 696[39], que impede o juiz de aplicar, *ex officio*, a suspensão condicional do processo, no caso de negativa ou omissão do Ministério Público, cabendo à autoridade judicial tão somente aplicar, por analogia, o artigo 28.º do Código de Processo Penal.

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Andrey Borges de Mendonça, para quem "não se trata de direito subjetivo do investigado/imputado/condenado realizar o acordo e receber os benefícios"[40], citando a previsão expressa do Manual da ENCCLA sobre colaboração premiada, que prevê que "a autoridade policial e o Ministério Público não são obrigados a propor ou a aceitar a oferta de colaboração quando julgarem, pela circunstância do caso, que ela não é necessária"[41].

---

[38] CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime Organizado. Comentários à nova lei sobre o Crime Organizado (Lei nº 12.850/13).* 3ª ed. Salvador: JusPodium, 2014. P. 62.

[39] Súmula 696 do STF: Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao procurador-geral, aplicando-se, por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.

[40] MENDONÇA, Andrey Borges de. *A Colaboração Premiada e a nova lei do crime organizado*. Custos Legis: a Revista Eletrônica do Ministério Público Federal, Vol. 4, 2013. Disponível em <http://www.prrj.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/publicacoes/custos-legis/a-colaboracao-premiada-e-a-nova-lei-do-crime-organizado-lei-12.850-2013/view> Acesso em 20/10/2020.

[41] Manual Colaboração Premiada. ENCCLA 2013. Versão de 24-09-2013. Aprovado pela Ação n.º 9. MENDONÇA, Andrey Borges de. Op. cit. Acesso em 20/10/2020.

Desse modo, o acusado não pode pleitear os benefícios da colaboração premiada ao juiz, e este não pode concedê-los *ex officio,* se não houver a anuência expressa do Ministério Público. Isso decorre da própria natureza negociada da colaboração: só ocorre quando há consenso entre acusação e defesa. Nenhuma das partes pode ser forçada a negociar.

Assim, se o membro do Ministério Público não tiver o interesse no acordo, pois pode considerar, num juízo de conveniência e oportunidade, que a prova já está satisfatória para a punição dos responsáveis, deverá fundamentar a negativa.

Não havendo o indeferimento sumário da proposta feita pela defesa, deverá ser firmado o Termo de Confidencialidade, instrumento que antes não era previsto em lei, foi criado pelos Procuradores da República da chamada "Operação Lava Jato" e consolidado pela Orientação Conjunta n.º 01/2018 do Ministério Público Federal.

> § 2.º Caso não haja indeferimento sumário, as partes deverão firmar Termo de Confidencialidade para prosseguimento das tratativas, o que vinculará os órgãos envolvidos na negociação e impedirá o indeferimento posterior sem justa causa.
>
> § 3.º O recebimento de proposta de colaboração para análise ou o Termo de Confidencialidade não implica, por si só, a suspensão da investigação, ressalvado acordo em contrário quanto à propositura de medidas processuais penais cautelares e assecuratórias, bem como medidas processuais cíveis admitidas pela legislação processual civil em vigor.
>
> § 4.º O acordo de colaboração premiada poderá ser precedido de instrução, quando houver necessidade de identificação ou complementação de seu objeto, dos fatos narrados, sua definição jurídica, relevância, utilidade e interesse público.
>
> § 5.º Os termos de recebimento de proposta de colaboração e de confidencialidade serão elaborados pelo celebrante e assinados por ele, pelo colaborador e pelo advogado ou defensor público com poderes específicos.

O Termo de Confidencialidade foi criado e agora consolidado por lei como uma forma de garantir ao pretenso colaborador que o fosse dito nessa etapa de tratativas prévias não seria usado por nenhuma das partes antes da homologação judicial:

> § 6.º Na hipótese de não ser celebrado o acordo por iniciativa do celebrante, esse não poderá se valer de nenhuma das informações ou provas apresentadas pelo colaborador, de boa-fé, para qualquer outra finalidade.

Ademais, o Termo de Confidencialidade tem a função de demarcar a data oficial do início das negociações, conforme o disposto no artigo 3.º-B da Lei Anticrime.

Assinado o Termo de Confidencialidade, o colaborador apresenta os anexos, um por fato, apontando o que pretende falar e que provas apresentará para corroborar suas alegações. A Lei Anticrime enfatizou que os fatos que o colaborador deve narrar se restringem àqueles com relação direta com a investigação:

> Art. 3.º-C. (...)
>
> § 3.º No acordo de colaboração premiada, o colaborador deve narrar todos os fatos ilícitos para os quais concorreu e que tenham relação direta com os fatos investigados.
>
> § 4.º Incumbe à defesa instruir a proposta de colaboração e os anexos com os fatos adequadamente descritos, com todas as suas circunstâncias, indicando as provas e os elementos de corroboração.

As 2.ª e 5.ª Câmaras do Ministério Público Federal ofereceram ao Parlamento brasileiro muitas Notas Técnicas referentes aos projetos de lei referidos no Pacote Anticrime, e houve expressa manifestação sugerindo o veto da nova dicção do § 3º do art. 3.º-C do então projeto de lei. O argumento foi no sentido de não restringir, como dever do colaborador, narrar apenas os fatos relacionados ao objeto da investigação.

Isso porque uma das principais razões dos expressivos resultados de grandes operações foi a possibilidade de realizar acordos de colaboração premiada que levaram à descoberta de vários crimes sem relação com os fatos inicialmente investigados, os quais foram, posteriormente, desmembrados e encaminhados aos juízos competentes. A previsão do § 3.º restringe a eficácia do instituto e, por conseguinte, bons resultados decorrentes dele, pois, de antemão, não há como prever os desdobramentos de um processo investigativo oriundo da colaboração premiada.

O dispositivo, porém, não foi vetado pelo Presidente da República, de modo que ao colaborador agora incumbe narrar apenas os fatos objeto da investigação, o que não impede, contudo, que queira colaborar fornecendo informações sobre tudo o que saiba, inclusive fatos ainda não conhecidos, quando

poderá receber o benefício da imunidade, conforme nova dicção do artigo 4.º, § 4.º da Lei de Combate ao Crime Organizado[42].

3.1. Gravação das tratativas

A Lei Anticrime trouxe uma inovação com relação ao registro das tratativas, determinando no art. 4.º, § 13 que seja feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, garantindo-se a disponibilização de cópia do material ao colaborador. Antes da lei, o dispositivo dizia que tal gravação deveria ocorrer "sempre que possível".

A grande questão que surge é se essa nova obrigatoriedade restringirá as negociações, eis que indubitavelmente as pessoas se sentem mais à vontade para falar sem que estejam sendo filmadas. Antes da nova previsão legal, as negociações não eram registradas, até para que as conversas pudessem ter mais fluidez entre os envolvidos, e somente após os acordos já sedimentados entre as partes, gravava-se o depoimento do réu colaborador.

Existe ainda um aspecto que merece ser levado em conta: o que fazer se o colaborador não quiser gravar as tratativas? Corretamente ensina Marcelo Ribeiro de Oliveira que o réu colaborador pode pedir para não ser gravado, e esse direito merece ser respeitado. O doutrinador defende que a previsão de obrigatoriedade dos registros audiovisuais das tratativas não é inconstitucional, porém é inconstitucional "impedir que ele seja impedido de renunciar a tal direito, que, efetivamente, traz ônus como a exposição da sua imagem, com o risco de acesso a terceiros, uma vez que a lei foi silente quanto ao acesso às tratativas por eventuais incriminados"[43].

Cabe lembrar, ainda, que o artigo 5.º, incisos II e V, da Lei n.º 12.850/13 protege a imagem do réu colaborador, dispondo que lhe é garantido "ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados" e "não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado sem sua prévia autorização por escrito". Desse modo, a gravação das

---

[42] Art. 4.º (...) § 4.º Nas mesmas hipóteses do caput deste artigo, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se a proposta de acordo de colaboração referir-se a infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento e o colaborador: § 4.º-A. Considera-se existente o conhecimento prévio da infração quando o Ministério Público ou a autoridade policial competente tenha instaurado inquérito ou procedimento investigatório para apuração dos fatos apresentados pelo colaborador.

[43] OLIVEIRA, Marcelo Ribeiro de. "Sobre gravações das tratativas e dos atos de colaboração premiada." *Pacote "Anticrime" – Lei 13.964/2019, na visão de Procuradores da República*. Coordenador: João Paulo Lordelo G. Tavares – Salvador: Editora Juspodivm, 2020. P. 119.

tratativas não pode ser imposta ao colaborador, e cabe a ele e a seu advogado analisarem se deve ele renunciar ao seu direito de preservação da imagem[44].

Outra questão que surge se dá nos casos em que o colaborador se encontra ameaçado por correus ou pela organização criminosa, hipótese em que incide o artigo 7.º, inciso IV da Lei de Proteção a vítimas, testemunhas e réus colaboradores, que dispõe sobre a preservação da identidade, imagem e dados pessoais da pessoa ameaçada, introduzindo-se no processo penal brasileiro a figura da "testemunha sem rosto"[45] .

Merece atenção, ainda, a questão do direito ao sigilo entre advogado e cliente. Segundo Marcelo Ribeiro de Oliveira, as negociações do acordo constituem ato prévio ao negócio jurídico, "*working in progress",* e por essa razão, ainda que as negociações estejam sendo gravadas, deverá haver a plena possibilidade de interrupções nas gravações que garantam o direito de entrevista entre advogado e cliente[46].

Vê-se, assim, que apesar de a lei falar em gravação das tratativas, essas não são imprescindíveis, a depender do caso concreto. De mais a mais, como bem reforça Marcelo Ribeiro de Oliveira, tais declarações sequer são meio de prova. Como já dito no item 2.1, a palavra do colaborador, sozinha, não é meio de prova, de modo que a ausência da gravação não deveria violar nenhum dos requisitos de validade do negócio jurídico previstas no artigo 104.º do Código Civil brasileiro: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei. Como a gravação é prevista para um ato prévio de negociação, e não para a forma do acordo em si (o acordo em sua versão final tem que ser obrigatoriamente escrito), devem incidir os artigos 107.º e 112.º do Código Civil: a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, devendo-se atender mais à intenção da declaração do que ao sentido literal da linguagem[47].

Ainda que se enxergue vício, na ausência de registro audiovisual das tratativas, não há que se falar em nulidade, eis que o alegado vício pode ser facilmente sanado por meio da readequação do acordo após eventual recusa judicial de homologação[48]. Inclusive, esse é o entendimento do Supremo Tribu-

---

[44] OLIVEIRA, Marcelo Ribeiro de. Op. Cit. Pág. 120.

[45] LEITE FILHO, José Raimundo. "Testemunhas sem Rosto: Anotações ao Regime estabelecido na Lei 9.807/99." *A Prova no Enfrentamento à Macrocriminalidade.* SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). Salvador: Juspodium, 2015. P. 190.

[46] OLIVEIRA, Marcelo Ribeiro de. Op. Cit. Págs. 116 e 121.

[47] OLIVEIRA, Marcelo Ribeiro de. Op. Cit. Pág. 121.

[48] OLIVEIRA, Marcelo Ribeiro de. Op. Cit. Pág. 123.

nal Federal brasileiro, para quem a previsão do §13 consiste em uma recomendação e não uma obrigação absoluta cujo desatendimento enseja nulidade[49].

Considerações finais

O Brasil, signatário das Convenções de Mérida e de Palermo, promulgou, no ano de 2013, a Lei de Combate às Organizações Criminosas (Lei n.º 12.850, de 08/08/2013), que conceituou organização criminosa e dispôs sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal, atendendo aos parâmetros internacionais estabelecidos pela Organização das Nações Unidas (ONU).

Por meio da colaboração premiada, prevista e regulamentada na citada lei, o Ministério Público e o investigado ou acusado podem negociar benefícios como redução de pena, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, perdão judicial ou imunidade, desde que haja colaboração efetiva e voluntária com a investigação e o processo criminal[50].

Em dezembro de 2019 foi promulgada, no Brasil, a Lei n.º 13.964, a chamada "Lei Anticrime", que promoveu várias alterações no direito penal e processual penal brasileiros, inclusive com relação ao instituto da colaboração premiada, sob o argumento de que era necessária uma maior regulamentação legislativa do instituto, a fim de conceder mais segurança jurídica aos acordos. Uma das alterações foi a obrigatoriedade da gravação das tratativas preliminares.

Com efeito, de acordo com o novo art. 4.º, § 13, que alterou a lei de combate ao crime organizado (lei n.º 12.850/13), o registro das negociações preliminares ao acordo deverá ser feito pelos "meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, garantindo-se a disponibilização de cópia do material ao colaborador". Antes da lei, o dispositivo dizia que tal gravação deveria ocorrer "sempre que possível".

A obrigatoriedade de gravação das negociações anteriores à formalização do acordo trazem a tendência de desincentivar novos acordos de colaboração premiada no Brasil, uma vez que é direito do colaborador a proteção de sua própria imagem, além de dificultar o aconselhamento entre advogado e cliente durante as tratativas.

---

[49] STF. Tribunal Pleno. Inq. 4146/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 22/06/2016 (Divulgado no Informativo 831).

[50] Art. 4.º, incisos I a V da Lei n.º 12.850/2013.

Apenas o futuro dirá se o novo panorama legal, de fato, desestimulará a realização de novos acordos no Brasil. Porém, é certo que a gravação obrigatória de meras negociações desprotegem o colaborador, podendo-se falar em retrocesso, nesse ponto, quanto à regulamentação do instituto.

Bibliografia citada

BADARÓ, Gustavo. "A valoração probatória da colaboração premiada." *Altos Estudos Sobre a Prova no Processo Penal*. Coordenadores: Daniel de Resende Salgado, Luís Felipe Schneider Kircher e Ronaldo Pinheiro de Queiroz. Salvador: Editora JusPodivm., 2020.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime Organizado e Proibição de Insuficiência.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. "A homologação e a sentença na colaboração premiada na ótica do STF." BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (Coordenadores*). Colaboração Premiada*. 1ª edição. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

CALLEGARI, André Luís. "Principais alterações feitas pela Lei n. 13.964/2019 quanto ao instituto da Colaboração Premiada." *Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019 na visão de Procuradores da República.* Coordenador: João Paulo Lordelo G. Tavares – Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

CORREIA, Priscila Nóbrega de Miranda. *Análise das Alterações da Lei Anticrime na Colaboração Premiada.* 2020, TCC (Pós-Graduação) – Curso de Especialização em Direito Penal e Processo Penal da Escola Superior da Magistratura do Estado do Rio Grande do Norte – ESMARN, Natal, 2020.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime Organizado. Comentários à nova lei sobre o Crime Organizado (Lei nº 12.850/13).* 3ª ed. Salvador: JusPodium, 2014.

FALCÃO JUNIOR, Alfredo Carlos Gonzaga. "O perfil constitucional: material da delação premiada como meio de prova." *In* ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). Capacitar, VII *Curso de Ingresso e Vitaliciamento para Procuradores da República*. Brasília: ESMPU, 2011.

FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. *Colaboração Premiada.* 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2019.

GUIMARÃES, Rodrigo Régnier Chemim. *Déjà vu: diálogos possíveis entre a Operação "Mãos Limpas" italiana e a realidade brasileira.* Disponível em <http://www.mpf.mp.br/regiao3/sala-de-imprensa/docs/2016/artigo-rodrigochemim-maoslimpaserealidadebrasileira.pdf> Acesso em 25/10/2020.

JARDIM, Afrânio Silva. "Acordo de Colaboração Premiada. Quais são os limites?" *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP.* Rio de Janeiro, v. 17, jan. – jun. 2017. P. 3. Disponível em https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23110>. Acesso em 20/10/2020.

LEITE FILHO, José Raimundo. "Testemunhas sem Rosto: Anotações ao Regime estabelecido na Lei 9.807/99." *A Prova no Enfrentamento à Macrocriminalidade.* SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). Salvador: Juspodium, 2015.

MENDONÇA, Andrey Borges de. "A Colaboração Premiada e a nova lei do crime organizado." In: *Custos Legis: a Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*. Vol. 4, 2013. Disponível em <http://www.prrj.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/publicacoes/custos-legis/a-colaboracao-premiada-e-a-nova-lei-do-crime-organizado-lei-12.850-2013/view> Acesso em 20/010/2020.

MENDONÇA, Andrey Borges de. "Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade." BOTTINO, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (Coordenadores). *Colaboração Premiada.* 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

OLIVEIRA, Marcelo Ribeiro de. "Sobre gravações das tratativas e dos atos de colaboração premiada." *Pacote "Anticrime" – Lei 13.964/2019, na visão de Procuradores da República.* Coordenador: João Paulo Lordelo G. Tavares – Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

PAIVA, Daniel Diniz Barreto de. *Limites Negociais do Sistema Criminal brasileiro: um estudo a partir da colaboração premiada.* 2018, TCC (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. "A colaboração premiada nas ações de improbidade administrativa: o estado da arte após a Lei n. 13.964/2019 (Pacote "Anticrime")." *Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019 na visão de Procuradores da República.* Coordenador: João Paulo Lordelo G. Tavares – Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

TROTT, Stephen. "O uso de um criminoso como testemunha: um problema especial." Tradução: Sergio Fernando Moro. *Revista CEJ*. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. V. 11, n. 37, abr/jun 2007.

VALENTE, Victor Augusto Estevam; SILVA, Marcelo Rodrigues da; BROETO, Filipe Maia. "Confisco Alargado de Bens na Lei n. 13.964/2019 ("Pacote Anticrime")." Coordenação: HABIB, Gabriel. *Pacote Anticrime.* Salvador: Editora Juspodium, 2020.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (Delação) Premiada.* Salvador: JusPodivm, 2016.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal.* 2ª ed. Natal: OWL Editora Jurídica, 2015.

Secção 4

A TRANSIÇÃO DIGITAL E AS RELAÇÕES JURÍDICAS PRIVADAS

EL FUTURO ES HOY: SEGUROS, INTELIGENCIA ARTIFICIAL, ON-DEMAND INSURANCE Y USAGE-BASED INSURANCE

Carlos Augusto Acosta Olivo[1]

RESUMEN: En el presente trabajo, el autor efectúa una aproximación al impacto que ha tenido la inteligencia artificial y el uso del big data en el rubro asegurador, no limitándose a comentar los evidentes beneficios que el mismo ha aportado a este rubro, sino que, principalmente, efectúa un análisis preliminar de sus límites y posibles repercusiones negativas, preocupaciones que se reflejan en los actuales intentos de regulación de la IA a nivel comunitario. Igualmente, ante la ausencia de una regulación específica en relación con los posibles usos ilegales o antiéticos de la inteligencia artificial en los seguros, se plantea que el principio de ubérrima buena fe puede ser el faro guía en la defensa del asegurado y en la elaboración de una posible normativa equilibrada. Finalmente, se pone en manifiesto que el impacto de lo tecnológico no se limita a las aplicaciones prácticas en la comercialización y gestión de las pólizas, sino también en la generación de nuevos productos de seguros, entre los que destacan los seguros bajo demanda (on demand insurance) y los seguros sobre uso (usaged based).

PALABRAS CLAVE: Seguros, Inteligencia Artificial, buena fe, seguros bajo demanda, seguros basados en el uso.

SUMARIO: 1. El impacto global de la inteligencia artificial y el big data en los seguros. 2. Usos actuales de la inteligencia artificial y proyecciones a corto plazo. 3. El lado

[1] Doctorando en la Universidad Complutense de Madrid. Magister Suma Cum Laude en Diritto Privato Europeo por la Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria. Master en Economía y Derecho del Consumo por la Universidad Castilla La Mancha. Egresado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor de la Universidad Tecnológica del Perú. Profesor de la Universidad Privada de Tacna

oscuro de la luna: Los posibles usos ilegales o antiéticos de la inteligencia artificial en los seguros y el principio de ubérrima buena fe como faro guía en la defensa del asegurado. 4. Los on-demand insurance. 5. Los usage-based insurance. 6. Conclusiones.

ABSTRACT: In this paper, the author makes an approach to the impact that has had artificial intelligence and the use of big data in the insurance business, not only commenting on the obvious benefits that it has brought to this business, but mainly, carries out a preliminary analysis of its limits and possible negative repercussions, concerns which are reflected in the current attempts to regulate the IA at Community level. Also, in the absence of specific regulations regarding possible illegal or unethical uses of artificial intelligence in insurance, it is proposed that the principle of good faith can be the guiding light in the defence of the insured and in the elaboration of a possible balanced norm. Finally, it is clear that the impact of technology is not limited to practical applications in the marketing and management of policies, but also in the generation of new insurance products, among which on demand insurance and usage-based insurance.

KEYWORDS: Insurance, Artificial Intelligence, good faith, on-demand insurance, use-based insurance.

SUMMARY: 1. The global impact of artificial intelligence and big data on insurance. 2. Current uses of artificial intelligence and short-term projections. 3. The dark side of the moon: The possible illegal or unethical uses of artificial intelligence on insurance and the principle of good faith as a guiding in the defense of the insured. 4. On-demand insurance. 5. Usage-based insurance. 6. Conclusions.

1. El impacto global de la inteligencia artificial y el big data en los seguros

Es ampliamente conocido que durante el 2020 se produjo un dramático revés económico a nivel mundial, ello, como consecuencia de la pandemia generada por la COVID-19, la cual en sus primeros meses obligó a la mayor parte de gobiernos, a adoptar severas medidas de aislamiento social, tales como cuarentenas obligatorias, restricciones al libre tránsito internacional y cierres administrativos de los negocios. Situación que se mantuvo incluso en los primeros meses del segundo semestre del año pasado y que se volvió a adoptar parcialmente en el primer trimestre del 2021 debido al descubrimiento de una nueva cepa en Inglaterra y luego en la India.

De manera concurrentemente, se pudo verificar un cambio en la tendencia de consumo de los clientes, sobre todo en los países en vías de desarrollo como el peruano, en el cual en los cuales si bien es cierto sí existía un número considerable de transacciones mediante medios electrónicos o tecnológicos, lo cierto es que el estado de desarrollo del mismo no estaba difundido de manera

masiva; por el contrario, durante todo el 2021 y a principios del 2021 se observa un incremento exponencial de dicha modalidad contractual.

Para entender tal situación, debemos tener presente que, en los primeros meses de la pandemia existía una fuerte desinformación y un sin número de *fake news* sobre la COVID-19 (en relación a la forma de contagio, la persistencia del virus en el ambiente, la medicación de la misma y la letalidad de esta), lo cual generó un miedo sistemático en las personas que determinó que tuvieran resistencia a transitar libremente, posteriormente conforme el virus fue avanzando y ganando terreno, se tuvo noticias sobre el colapso de los sistemas de salud públicos en Italia y España, lo cual generó la cimentación de dicho temor. Posteriormente, con la llegada del virus a Latinoamérica, el gobierno peruano procedió a limitar las actividades económicas y el libre tránsito; las familias, ante la reducción de los ingresos procedieron a canalizar sus opciones de consumo a productos de primera necesidad; del mismo modo en la medida que las personas ya no podían transitar, tampoco consumían con la misma intensidad y frecuencia del escenario pre pandémico. Esta situación determinó que el esquema de consumo tradicional latinoamericano, íntimamente ligado al desplazamiento y permanencia en los establecimientos migrara al comercio electrónico y al sistema de *delivery*.

Por su parte, de cara al rubro empresarial, estos se vieron forzados a insertarse al mundo digital, descubriendo los beneficios del mismo y procediendo a transformar sus procedimientos de distribución y de marketing; sin embargo si bien es cierto, algunos de estos sectores han recién iniciado sus pininos en este proceso, ello no es así en el rubro financiero y asegurador, los cuales llevan una ventaja a cualquiera de los demás sectores, en la medida que incluso desde mucho antes del advenimiento de la pandemia, habían insertado a la tecnológica dentro de sus programas y planes de negocios, siendo que su empleo es de índole bastante sofisticado. En efecto, al menos en lo relativos al mercado de seguros, el tránsito a la transformación digital del negocio ha sido fuertemente potenciado sobre la base de dos instrumentos: La inteligencia Artificial (IA) y el empleo de la Big Data.

La primera aplicada al sector privado, a la fecha ha permitido, entre otros, predecir e identificar tendencias de consumo, automatizar de procesos internos, automatizar el servicio de atención al cliente, pero también los sistemas cognitivos permiten el análisis y procesamiento de datos a un nivel exponencial, lo cual permite una adecuada toma de decisiones. Sin embargo, su empleo no está exento de potenciales desventajas y riesgos, tales como la afectación de diversos derechos fundamentales tales como la protección de los datos personales, la privacidad, o la no discriminación; y la seguridad.

Por tal consideración, la Unión Europea ha venido efectuando intentos de legislar esta área, sin que tal regulación implique una barrera para el desarrollo

de la misma. Así, en junio del 2018, la Comisión Europea creó un Grupo Independiente de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial, quienes a mediados de diciembre del 2018, emitieron un informe denominado "Directrices éticas para una IA fiable" el cual señalaba que el objetivo del estudio era establecer las bases para la fiabilidad de la IA, lo cual se sustentaba en 3 componentes: a) Debe ser lícita, es decir, cumplir todas las leyes y reglamentos aplicables; b) Debe ser ética, de modo que se garantice el respeto de los principios y valores éticos; c) Debe ser robusta, tanto desde el punto de vista técnico como social.

Para lo cual se planteó un test mínimo sobre la base de siete requisitos básicos: 1) acción y supervisión humanas; 2) solidez técnica y seguridad; 3) gestión de la privacidad y de los datos; 4) transparencia; 5) diversidad, no discriminación y equidad; 6) bienestar social y medioambiental; 7) rendición de cuentas.

Igualmente, el 19 de febrero del 2019, la Comisión Europea publicó mediante COM(2020) 65 final, el Libro Blanco sobre Inteligencia artificial: un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza, el cual pretende crear un ecosistema beneficioso para la ciudadanía, el sector empresarial y para los servicios de interés pública, sustentado su política sobre dos pilares básicos, con la intención de lograr: i) un ecosistema de excelencia (desarrollo y la adopción de la inteligencia artificial en el conjunto de la economía y la administración pública de la UE); ii) un ecosistema de confianza (se está trabajando actualmente en elaboración de una posible directiva que aborde diversos aspectos problemáticos, especialmente aquellos relacionados con la responsabilidad civil)

Evidentemente los intentos de regulación de la IA eran una situación que se venía venir, ello en la medida que, en la actualidad, el uso de la IA en todos los negocios, y más en la banca y los seguros, está en una amplia difusión, y su tendencia al alza es una situación inminente: una realidad. Así, como señalaba hace un par de años el Director General de la aseguradora Aviva France, DIXNEUF, "(…) aceptemos el hecho de que la inteligencia artificial existe hoy y que mañana se generalizará. Por tanto, ha llegado el momento de integrarlo en nuestras reflexiones sobre el análisis de riesgos y encontrar respuestas de seguros, no para eliminar los riesgos -habrá, como con cualquier innovación- sino para tratar de cubrir, en la medida de lo posible, las consecuencias"[2].

Ahora bien, esta primera aproximación o trabajo incipiente de regulación de la IA, ha tenido una pronta respuesta por parte del sector asegurador europeo, debidamente representada por Insurance Europe (esto es la federación europea de seguros y reaseguros, conformada por 37 asociaciones nacionales de seguros), quienes ante la consulta que le formuló la Comisión Europea sobre cuáles ser

[2] DIXNEUF, Patrick, Intelligence artificielle et assurance, en *Enjeux Numériques*, Série trimestrielle N°1, Conseil général de l'Économie, ministère de l'Économie et des Finances, Paris, marzo 2018 p. 34.

deberían los requisitos éticos y legales para la inteligencia artificial (IA) confiable en la UE y en el mercado asegurador, señaló mediante Comunicación Oficial de fecha 17 de setiembre del 2020[3] lo siguiente:

i Existe la necesidad de contar con un enfoque europeo de la cuestión, ello con la intención de evitar la fragmentación del mercado único digital y establecer un marco de protección adecuado tanto a los ciudadanos como a las empresas europeas.

ii Conforme pudo constatar el grupo de expertos de alto nivel de la Comisión de IA, actualmente ya existe un amplio cuerpo de normativas de los estados miembros de la UE que, ponen en el centro al desarrollo y empleo de la IA, por lo cual y sus implicancias en la *privacy*, la protección de datos y la responsabilidad por productos, por lo cual, cualquier técnica legislativa comunitaria debe evitar generar una carga regulatoria excesiva y por el contrario debe enfocarse en subsanar las posibles brechas comunes de las normativas nacionales.

iii De manera coherente con lo señalado en el punto anterior, la política más pertinente debería ser la del *soft law* (no legislativa), la cual permitiría simplificar y estimular las iniciativas que ya están adoptando los agentes del mercado.

iv En consecuencia, el uso ético y correcto de la IA debe estar promovido y reforzado por un sistema de instrumentos voluntarios, como podrían serlo certificaciones voluntarias, códigos de conducta, directrices desarrolladas por la industria, y similares, que den cuenta del alto valor y calidad de los productos y de los estándares de una determinada empresa y que fomenten su mayor simpatía por parte del consumidor.

v Finalmente, un modelo blando y orientado a las certificaciones voluntarias, también es compatible con el establecimiento de instrumentos legislativos que establezcan requisitos de uso y control de ciertas aplicaciones prácticas de la IA, que puedan ser consideradas de alto riesgo, siempre y cuando ello no implique el establecimiento de costos adicionales irracionales ni una indebida carga regulatoria desproporcionada.

vi La industria de los seguros desde larga data ha venido empleando datos y algoritmos para optimizar su labor (en el cálculo de primas, reservas, entre otros), siendo que tales usos están debidamente legislados y supervisados por las autoridades nacionales. El empleo de la IA puede mejorar

[3] Insurance Europe, Position paper - Response to EC roadmap consultation on ethical and legal requirements for trustworthy AI, 17 de setiembre del 2020. Recuperado el 08 de octubre del 2020, en https://www.insuranceeurope.eu/sites/default/files/attachments/Response%20to%20EC%20roadmap%20consultation%20on%20ethical%20and%20legal%20requirements%20for%20trustworthy%20AI.pdf

indudablemente el panorama actual, en todos los niveles, comenzando con la suscripción, pasando por el monitoreo y predicción del riesgo, para terminar, no sólo reduciendo la frecuencia e intensidad de los siniestros sino incluso evitándolos, al informarle al cliente de la existencia de potenciales evento nocivos y así evitar su producción.

Lo cierto es que los trabajos y esfuerzos en la Unión Europea no han culminado, siendo que recientemente, el 21 de abril del 2021, la Comisión Europea publicó su propuesta de Reglamento sobre normas armonizadas sobre inteligencia artificial (Artificial Intelligence Act) en las cuales plantea reglas directamente orientadas tanto a regular la inteligencia artificial en sí misma, como la gobernanza de los Estados Miembros en relación con esta (actos de supervisión y control).

Dentro del primer grupo de reglas, destaca lo establecido en el artículo 5 de la propuesta, relativa a las prácticas prohibidas en materia de inteligencia artificial, y según la cuales, algunos de los usos que estarían vetados serían los siguientes:

a La comercialización o uso de IA que emplean técnicas subliminales no perceptibles, o que exploten las vulnerabilidades de un grupo específico (según su edad o discapacidad física y mental), que distorsionan materialmente el comportamiento de un sujeto, al punto que este cause o pueda causar un daño físico o psicológico contra sí mismo o contra otra persona.

b El uso de sistemas de IA por parte de autoridades públicas o en su nombre, que tengan por finalidad la evaluación o clasificación de la confiabilidad de ciudadanos según su comportamiento social conocido o previsible, que desemboquen en puntuaciones sociales que determinen actos de discriminación o de trato desigual no relacionados con los datos obtenidos o que resulten injustificados en relación a su comportamiento social.

c El uso de sistemas de identificación biométrica remota en tiempo real en espacios públicos con fines de aplicación de la ley, salvo en los supuestos de identificación de posibles victimas de delitos o perpetradores de los mismos.

Si bien este primer intento de legislación sobre la materia no ha establecido propiamente una restricción a ciertos usos de la IA en la actividad comercial, sino que se ha concentrado bastante en su uso por parte de los Estados, es razonable considerar que en las posteriores normas nacionales de desarrollo sin lugar a dudas efectuaran tal labor, siendo que el sector asegurador seguramente presentará una normativa especial.

Pero no solo ha sido la inteligencia artificial que la ha revolucionado desde sus cimientos al seguro, sino que la misma va de la mano con el actual y futuro empleo del Big Data, el cual, según ORTEGA, y siempre en el ámbito de los seguros, genera como principales beneficios los siguientes: "la detección del fraude, y, por otro lado, el análisis y la tarificación de los riesgos, a lo que hay que añadirle la fidelización del cliente"[4].

En la misma línea de desarrollo, agrega LONDOÑO que "en la medida en que una compañía de seguros tenga acceso a un número variado y gigante de información asociada en forma, mediata o inmediata, a un riesgo, dispondrá de mejores herramientas para la toma de sus respectivas decisiones de negocio, en tanto dispondrá de un mayor conocimiento del objeto a ser asegurado (riesgo) y de su cliente (tomador/asegurado), lo cual, evidentemente, la facultará para implementar: (i) mejores políticas de suscripción y mitigación de riesgos (contragarantías o garantías en los contratos de seguros), mejores esquemas de tarifación (*pricing*); (ii) mejores y más adecuados productos a ser ofrecidos a los consumidores, a la luz de sus necesidades reales y hábitos de consumo y; (iii) mejor y más eficiente diseño y manejo de reclamaciones y políticas antifraude"[5]. Sin embargo, como un posible peligro de esta tecnología, como señala la propia LONDOÑO[6], considera que la mayor tenencia de información, podría dotar a la aseguradora de argumentos técnicos para proceder a rechazar la suscripción de seguros necesarios para el bienestar de la sociedad y de los individuos, proceso que denomina "exclusión financiera", lo cual contradeciría las políticas de inclusión financiera, por lo cual recomienda un uso prudencial del mismo.

Otro posible problema, que por limitaciones de espacio no trataremos en profundidad, es la indudable confrontación entre esta herramienta y la protección de los individuos, específicamente aquel proporcionado por las normas de protección de datos, tales como, por ejemplo, el Reglamento (UE) 2016/679 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, el cual entró en vigor el 25 de mayo de 2018 y estableció un fuerte marco de protección el cual por ejemplo no encuentra su equivalente en los sistemas normativos latinoamericanos.

---

[4] ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso, Las aplicaciones del Big Data en el ámbito asegurador y el tratamiento legal de sus datos Una perspectiva desde el derecho internacional privado, Fundación Mapfre, Madrid, 2019, p.42.

[5] LONDOÑO AGUDELO, Andrea, Preocupaciones de Big Data en materia de seguros. De la segmentación de riesgos o de eventuales situaciones de exclusión o problemas de acceso al mercado asegurador, en RIS, 27: 49, 01 de diciembre del 2019. En https://co.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=2976a7520e92751d6ce6f695b0c316a0

[6] LONDOÑO AGUDELO, Andrea, *op. cit*.

2. Usos actuales de la inteligencia artificial y proyecciones a corto plazo

En el acápite precedente nos hemos esforzado en mostrar un panorama más global y legal de la inteligencia artificial, sin embargo, tal referencia resulta, importante, pero hasta cierto punto vacía sin una necesaria verificación de los más recientes usos que agentes del mercado asegurador han encontrado, en el día a día, para estas herramientas o instrumentos y los que posiblemente se le encontrarán en un corto plazo.

Evidentemente uno de los usos más destacados es el relativo al proceso de venta, así por ejemplo un reciente informe de la International Association of Insurance Supervisors, denominado "Issues Paper on the Use of Big Data Analytics in Insurance", haciendo alusión al mercado francés, señaló que: "Varios grupos de seguros han comenzado a adoptar estrategias de contenido multicanal ("omnicanal") para brindar comodidad a sus clientes cuando deciden interactuar con ellos. Una aseguradora está empleando inteligencia artificial (IA) y análisis de datos para comprender mejor sus procesos de ventas. Está utilizando estos conocimientos para desarrollar sistemas que sean más atractivos para los clientes y más gratificantes para sus agentes y socios"[7].

También a nivel del proceso de venta, un área relevante que está ganando terreno, es el denominado "robo ad advisors", en el cual mediante inteligencia artificial se realiza la típica función de consiglieri de los corredores, siendo esto sin duda la evolución de los chat bots, ello en la medida que los primeros están en capacidad de crear patrones y escenarios según el historial financiero y de riesgos del cliente, y con ello pueden poner a su disposición la oferta de seguros que más le convenga.

El mismo informe de la IAIS, refiriéndose al mercado canadiense, señaló que se ha encontrado un útil empleo de la inteligencia artificial en los procesos de retención de los clientes, así, por ejemplo, gracias a esta herramienta, se le ofrece a los clientes, a nivel de renovación, en cuestión de segundos y de manera automática, la mejor opción dentro de una amplia oferta de posibles empresas que comercializan el producto que tienen ya contratado: "una correduría de seguros digitales con sede en Quebec ofrece opciones alternativas de seguros para el hogar y los vehículos de motor para los clientes con cobertura existente. Crean un perfil detallado en nombre de los clientes y, antes de que expiren sus pólizas, les presentan una pequeña cantidad de alternativas seleccionadas que se pueden comprar en minutos. Impulsado por inteligencia artificial y corredores de seguros con licencia, cada vez que una póliza está pendiente de renovación, compara

[7] IAIS, Issues Paper on the Use of Big Data Analytics in Insurance, febrero 2020, p. 18. Recuperado el 07 de octubre del 2020 en https://www.iaisweb.org/page/supervisory-material/issues-papers/file/89244/issues-paper-on-use-of-big-data-analytics-in-insurance

10 opciones principales de 10 operadores diferentes y envía la mejor según el perfil del cliente año tras año"[8].

Otro uso valioso de la inteligencia artificial se da en el ámbito de la prevención de fraudes; así, por ejemplo, en el mercado de Hong Kong, la federación de aseguradoras de dicha plaza, estructuró desde el 2018 un sistema de prevención de fraudes sobre la base de datos existentes hasta dicho momento: "El sistema aplica inteligencia artificial y tecnología BDA, que ayuda a los oficiales de reclamos a detectar diferentes tipos de reclamos sospechosos o potenciales fraude de seguros, particularmente aquellos que involucran múltiples reclamos y sindicatos. El sistema cubre actualmente los seguros de vehículos de motor, salud y accidentes personales, y ampliará su cobertura a seguros de vida y viajes en la siguiente fase"[9]. El mismo proceso, como señala el informe en cuestión se está repitiendo en Singapur, India o Sudáfrica.

Finalmente, y a raíz de la pandemia, la inteligencia artificial ha demostrado su valía en el procedimiento de liquidaciones de siniestros completamente automatizados y a distancia, siendo que, por ejemplo, la aseguradora Tokio Marine[10], empleando tecnología francesa, en el rubro vehicular está en capacidad de analizar en tiempo real y mediante el análisis de fotos, la existencia, o no, de un accidente coberturado y los requerimientos de reparación del vehículo.

Otro aspecto importante, pero no propiamente asociado a la gestión del seguro, es el relativo a los nuevos riesgos que se generarán como consecuencia del empleo de la inteligencia artificial, específicamente el ámbito de la responsabilidad civil, siendo por ejemplo el caso más discutido en la actualidad el relativo a los daños que se generen por los autos autónomos (en el quinto nivel de automatismo); independientemente se haga responsable al conductor, a la empresa vehicular o al programador de la IA que dirige al vehículo, el seguro estará allí para ofrecer los productos que mejor se adapten a las necesidad del responsable civil.

---

[8] IAIS, op. cit., p. 18.

[9] IAIS, op. cit.,, p. 30.

[10] L'assurance auto s'approprie l'intelligence artificielle pour la gestion des dommages, recuperado el 09 de setiembre del 2020, en https://mydatacompany.fr/lassurance-auto-sapproprie-lintelligence-artificielle-pour-la-gestion-des-dommages/

3. El lado oscuro de la luna: Los posibles usos ilegales o antiéticos de la inteligencia artificial en los seguros y el principio de ubérrima buena fe como faro guía en la defensa del asegurado

Si bien es cierto que los aspectos positivos del empleo de la inteligencia artificial resultan innegables, no debe perderse de vista que, dada la complejidad de la técnica empleada, y en un contexto normativo que tiende al control mínimo, la posibilidad de la existencia de una faceta oscura de la misma también es bastante alta.

Esta, a nuestro criterio, se incrementa ante la ausencia de deberes de declaración de la aseguradora, en relación con el tipo de datos que sirven a la inteligencia artificial para elaborar sus modelos predictivos o sus conclusiones o a la forma en cómo se obtienen.

Así, tenemos como un primer gran riesgo los modelos de inteligencia artificial aplicados a la suscripción y tarificación que se sustenten en datos cuyo uso puede constituir una práctica discriminatoria.

Por ejemplo, puede darse el caso en el cual el algoritmo, no necesariamente haya sido programado para emplear datos relativos al género del cliente, pero, con base en su proceso de autoaprendizaje, considere que tal dato es relevante y lo inserte en su cadena de razonamiento. Y es que, si bien es cierto que es un dato de índole objetivo, y durante años sirvió como criterio cuantificador para los sistemas tradicionales de determinación de la prima del seguro, debe recordarse que el 21 de diciembre de 2012, en la Unión Europea, ninguna aseguradora puede usar el género como criterio para diferenciar primas, ello en aplicación de lo dispuesto por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-236/09, *Association belge des Consommateurs y otros v.s Conseil des ministres*. Resulta evidente que el programador o diseñador debe insertar una orden especifica e invariable para que la inteligencia artificial en ningún caso tome estos datos para sus cálculos y, en tanto se tratan de conceptos que están en constante evaluación, tal tecnológica debería estar en capacidad de poder analizar el marco regulatoria y jurisprudencial sobre el mismo y ampliar sus comandos de prohibición según uno u otro dato sea considerado como discriminatorio.

Otro aspecto que también debe ser motivo de investigación y seguimiento es el relativo a la forma en cómo se obtienen los datos, y los alcances de un eventual deber de revelación por parte de las aseguradoras sobre tal punto. Y es que, en la actualidad las personas dejan una huella digital, en Facebook, Instagram, Twitter y en general en la nube, que puede ser fácilmente rastreable y dan cuenta de sus tendencias, hábitos y comportamientos, pero incluso, se

está llegando a lograr acceder a información de manera mucho más íntima y en tiempo real, todo ello con el consentimiento del cliente (el cual no siempre llega a comprender los alcances de tal concesión), piénsese en el uso del internet de las cosas en los vehículos, que dan lugar a los *used based insurance*; o, en el empleo de los *wearable* (entre las que destacan las pulseras inteligentes o *smartband* que monitorean las funciones vitales y las actividades físicas de sus usuarios, es decir información sumamente íntima) en los seguros de salud. En cualquiera de los dos casos (uso de información obtenida por alguna red social; o, aquella proporcionada por el internet de las cosas) el asegurado debe poder saber que la aseguradora está usando esos datos para la gestión del seguro, para que este pueda comprobar si llegó a otorgar, o no, su consentimiento, caso contrario se estaría ante un evidente caso de vulneración de la *privacy*.

Un último, pero no menos relevante aspecto, es el relativo al conocimiento del estado del riesgo, lo cual incide directamente en el sistema de declaraciones *ex ante* celebración del contrato (reticencia) o durante la vigencia del seguro (deber de declaración de agravación del riesgo), ya que ahora gracias al internet de las cosas, la aseguradora podría incluso saber más del riesgo que el propio asegurado. Por lo cual casos en los cuales se pretendan rechazar siniestros por hechos que ahora sí podrían ser conocidos por la aseguradora, gracias a las nuevas tecnológicas, es sumamente criticable.

En cualquiera de los casos, en los supuestos en los cuales no exista una normativa o jurisprudencia que establezcan los claros límites del uso de la inteligencia artificial, se deberá siempre recurrir al principio de ubérrima buena fe como barómetro para generar un sistema equilibrado y tuitivo a favor de la parte débil del contrato.

4. Los on-demand insurance (ODI)

Otra gran revolución que se está desarrollando en el mundo de los seguros, como consecuencia del masivo empleo de la tecnología, es la difusión de los denominados *on-demand insurance* o seguros bajo demanda.

Dichos seguros se adaptan a la nueva mentalidad de las generaciones más recientes, específicamente a la generación Z, *postmillenial* o Gen Z, esto es, el sector de la población que nació entre los años 1995 y 2005, aquellos que han nacido prácticamente con un celular o una *tablet* en sus manos, al punto que "sus dispositivos móviles son una extensión de sus cuerpos"[11]. Esa carac-

[11] University Professional and Continuing Education Association-UPCEA, An Insider's Guide to Generation Z and Higher Education 2019, 4th Edition, p. 39. Recuperado el 30 de noviembre del 2020 en: https://upcea.edu/wp-content/uploads/2019/04/Generation-Z-eBook-Version-4.pdf

terística ha determinado que sus patrones de conducta de consumo tengan la siguiente configuración:

i Son un público que desea la sencillez y velocidad, por lo que son reacios a los procesos contractuales estándar, esto es la suscripción de contratos largos y en un establecimiento físico. Ello implica también que los servicios y la publicidad de los mismos deben ser capaces de captar su atención en cuestión se seguros, caso contrario se perderá a dicho potencial cliente. En efecto, correctamente se ha señalado que: "la capacidad de atención promedio de un Millennial es de 12 segundos. La generación Z es aún más baja: 8 segundos. Si algo no hacen una conexión significativa con ellos rápidamente, simplemente pasan a otra cosa con un toque de su dedo"[12].

ii Contrariamente a lo que podría pensarse, esta generación es una que tiene una inteligencia financiera mucho mayor a las de las generaciones precedentes, lo cual se explica por la facilidad de acceso a la información con la que cuentan y por su tendencia evitar, en la medida de lo posible, asumir gastos o deudas. En tal sentido, por ejemplo, The Center For Generational Kinetics, realizó un estudio de campo en el 2017 en USA, del cual concluyó que "el 29% de la Generación Z cree que la deuda personal debería reservarse para algunos artículos seleccionados y el 23% cree las deudas personales deben evitarse a toda costa"[13].

iii Existe una difundida tendencia a pagar por el uso antes que por la titularidad o el estatus. Esto quiere decir que, esta generación, genera una mayor resistencia a las ataduras propias de un contrato a largo plazo y en el cual se paga un monto preestablecido y uniforme según los servicios o paquetes ofertados. Y por el contrario, prefiere solo pagar por aquello que consume y por nada más, por ejemplo, en lugar de comprar un DVD, o ir al cine, actualmente se prefieren a las plataformas tales como NETFLIX, PRIME y ahora DISNEY PLUS, en los cuales uno puede perfectamente ser usuario durante un mes y al siguiente dejar de serlo si encuentra otra plataforma más atractiva, o incluso muchas personas están dejando de adquirir vehículos frente a la facilidad y diversidad de demandas de las apps de servicios de taxis.

Justamente los seguros *on demand*, que son caracterizados por la posibilidad de "prenderlos o apagarlos" en el momento y lugar que el cliente desee

[12] UPCEA, op. cit., p. 41.

[13] The Center For Generational Kinetics, The state of gen Z 2017: Meet the Throwback Generation, abril 2017, Texas, p. 16. Recuperado el 30 de noviembre del 2020 en: http://3pur2814p-18t46fuop22hvvu.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2017/04/The-State-of-Gen-Z--2017-White-Paper-c-2017-The-Center-for-Generational-Kinetics.pdf

o considere pertinente o eficiente, se adaptan perfectamente a los tres factores conductuales señalados anteriormente.

Ello en la medida que, un cliente puede sencillamente, a través de una app en su *smartphone*, contratar un seguro para un bien o conjunto de bienes (principalmente productos electrónicos, equipo deportivo y otros bienes personales menores) por una ventana de tiempo definida por el propio usuario. Así, estas plataformas permiten pre grabar un objeto o un grupo de ellos, y luego de ello, la plataforma permite activar la protección (cual si de un *switch* se tratara) por un día o mes o por un mayor tiempo (esto varía según cada plataforma, ya que algunas sólo permiten la activación mínima de al menos un mes). Así, por ejemplo, si un joven español desea realizar un EuroTrip por dos meses pasando por Francia, Italia, Alemania y Polonia, y para ello llevará consigo su ordenador, su cámara fotográfica y su scooter eléctrico, simplemente deberá registrarlos en la aplicación y activar desde su celular la protección del seguro, para que, en caso estos bienes sean robados o sufran algún tipo de daño como consecuencia de una colisión u otro accidente, estarán protegidos hasta por un monto determinado, según el plan elegido. Finamente a su regreso a España, simplemente desactivará la protección del seguro y dejarán de debitarle cualquier costo, hasta la próxima oportunidad que considere conveniente activar la cobertura.

Así por ejemplo, este tipo de productos ha sido introducido al mercado español, en junio del 2020, de la mano de MAPFRE SEGUROS, quienes en lanzó su producto "YIP YOP", la cual, en palabras del spot publicitario de YouTube[14] de la propia aseguradora, es "la app de MAPFRE para asegurar tus objetos personales" y que de manera innovadora permite asegurar bien "tu cámara con la inmortalizas momentos que quieres que sean eternos" o "la consola con la que entrenas para ser un pro" o "la bici o los esquís con los que tocas la gloria cuando te subes en ellos" siendo que te "permite proteger hasta 3 objetos a la vez , cuando quieras y cuando no pausas tu plan, insertando y eliminado objetos según tus necesidades".

De la revisión de la app antedicha[15], se puede observar que la aseguradora se ha esforzado en simplificar el proceso de contratación del seguro, reduciéndolo a simples clics en imágenes referenciales de los objetos que se pretenden registrar, luego de los cual se permite ingresar ciertos datos que permitan identificar al bien a asegurar y a efectos de determinar el valor del mismo; luego de ello se le permite la opción de elegir entre tres (3) tipos de planes que presentan desde una menor hasta una mayor cobertura (al 100% del valor

[14] Véase tal publicidad en: https://www.youtube.com/watch?v=T9MRaxlkNDI

[15] Se puede ingresar a la misma desde cualquier smartphone, procediendo a escanear un Código IQ o ingresando al siguiente link: https://www.pwa.yipyop.es?origin=2

del bien) con una evidente variación en la prima de seguros. Posteriormente, queda libre criterio del cliente encender o apagar la cobertura por un plazo mínimo de un mes hasta el número de meses (consecutivos o incluso alternados) que sea acorde a la exposición de riesgo del cliente.

A modo de ejemplo, efectuamos el ejercicio de registrar un celular Iphone 12 por un valor de 1100 euros, y un Iphone 11 por un valor de 700 euros, posteriormente al registro de dichos bienes, se establece la posibilidad de activar en cualquier momento la cobertura mensual siendo los costos propuestos los siguientes: i) Tarifa S, que cobertura cada bien u objeto individual hasta por la suma máxima de 500 euros, siendo que la suma asegurada global (esto es por los 3 objetos permitidos) sería de 1500 euros, el costo de la prima mensual de esta tarifa es de 14 euros; ii) Tarifa M, que cobertura cada bien u objeto individual hasta por la suma máxima de 1500 euros, siendo que la suma asegurada global (esto es por los 3 objetos permitidos) sería de 3000 euros, el costo de la prima mensual de esta tarifa es de 17 euros y, iii) Tarifa L , que cobertura cada bien u objeto individual hasta por la suma máxima de 2500 euros, siendo que la suma asegurada global (esto es por los 3 objetos permitidos) sería de 5000 euros, el costo de la prima mensual de esta tarifa es de 22 euros.

Asimismo, en relación con las condiciones generales del seguro bajo comentario caben destacar brevemente, algunos aspectos tales como los bienes inasegurables, riesgos coberturados, las exclusiones, la tasa de depreciación y los deducibles.

Sobre el primer grupo de reglas relevantes, la aseguradora establece que no serán en ningún caso objeto de las coberturas, los billetes de lotería, títulos valores, las piedras o metales preciosos, las joyas, dinero en efectivo, vehículos a motor salvo los de propulsión eléctrica cuya velocidad no supere los 25 km, animales y bienes de uso profesional entre otros.

En lo relativo a los riesgos asegurables, la plataforma ofrece protección frente a los siguientes supuestos: i) todo riesgo accidental, que cubre todos los daños materiales que puedan sufrir los bienes asegurados, a menos que se incurra en algún supuesto de exclusión de cobertura; ii) robo, entendido como el apoderamiento ilegítimo de los bienes contra la voluntad del poseedor empleando para ello fuerza sobre los objetos, o violencia o intimidación contra el asegurado; y excepcionalmente (cuando se pacte de modo adicional) iii) pérdidas derivadas de riesgos extraordinarios, pagaderas por el Consorcio de Compensación de Seguros.

Como hechos o supuestos expresamente excluidas de cobertura se han previsto, principalmente, los siguientes: i) dolo o culpa grave del asegurado; ii) hurto; iii) robos cometidos por allegados al asegurado; iv) robos no reportados

a las autoridades; v) averías internas; vi) daños estéticos; vii) desgaste natural, entre otros.

Finalmente, en relación con la depreciación del valor de reposición se ha pactado que el bien en su primer año de antigüedad será pagado al 100%; por el contrario, en su segundo, tercer año y en adelante, el valor de indemnización se limita a 55 %, 25 % y 10% respectivamente. Igualmente, se plantea como deducible, únicamente aplicable para el primer año, la suma de 50 euros.

Otro interesante ejemplo es el presentado, en el mercado londinense, por la Insurtech "Cuvva"[16] la cual ofrece un seguro de vehículos realmente revolucionario, un seguro "short-term car". Eso significa que, el cliente, con unos simples pasos y en pocos minutos, a través de la app o la web de la compañía, puede tomar un seguro por tramos temporales muy cortos, que comienzan desde una hora y pueden extenderse como máximo hasta 28 días. Esto significa darle al cliente la libertar de asegurarse únicamente por el tiempo que usa un vehículo y en consecuencia pagar una prima acorde a tal tiempo de exposición

5. Los usage-based insurance (UBI)

Esta modalidad de seguro comparte con los ODI la pretensión de satisfacer a las nuevas necesidades e intereses de la generación postmillenial, así como la flexibilidad y sensación de control que le otorga al cliente. La nota característica de los UBI, y que los llega a diferencia de los ODI, es la variación de la prima según la exposición real al riesgo o por la forma en como el asegurado se comporta en relación con la misma.

En relación con la primera afirmación, se debe tener presente que en los seguros tradicionales el asegurado paga la cobertura por un lapso determinado, normalmente un año, siendo que teóricamente durante las 24 horas de los 365 días estaría expuesto al riesgo; bajo esta estructura, es totalmente irrelevante que durante un período de tiempo la exposición al riesgo sea nula, ya que el calculo actuarial de la prima está efectuada sobre la base de la anualidad.

Sin embargo, es un hecho innegable que tal escenario no es realista sino proyectado, ya que, por poner un ejemplo, un vehículo con un seguro de automóviles, una vez se encuentra debidamente estacionado en la cochera del inmueble del asegurado, ya no se encuentra expuesto al riesgo de accidente de tránsito e incluso durante esta pandemia, por ello un cliente que solo emplea su vehículo los fines de semana para paseos en la ciudad, considerará que está pagando de más frente a otro cliente que, por la misma prima, emplea todos los días su vehículo e incluso emplea el mismo para ir de una comunidad a otra exponiéndose a los riesgos de la carretera., o incluso, en aquellos casos en los

[16] Véase dicha plataforma en el siguiente link: https://www.cuvva.com/

cuales, por un cuestión coyuntural se genera una imposibilidad de empleo del vehículo.

Tal fue el caso de las restricciones de empleo de vehículos privados por la actual pandemia, con lo cual el único riesgo que se mantuvo durante tal período fue el robo de la unidad o hurto de autopartes, siendo que tal situación generó una serie de reclamos en Estados Unidos y en Latinoamérica, que determinaron que diversas compañías de seguros ofrecieran la condonación de las primas por dicho período, la extensión del plazo por el período que la unidad no estuvo circulando, o el financiamiento o congelamiento del mismo. Lo cierto es que esa situación determinó el relanzamiento o, en el caso de Latinoamérica, el lanzamiento de los denominados seguros de vehiculares por kilometraje[17], también conocida como *pay-as-you-go insurance programs*, esto es aquel en el cual se pacta una tarifa básica, y la misma se va a mantener o incrementar según se recorre un determinado número de kilómetros por mes así, quien conduce o usa más su seguro, terminará pagando más por el vehículo asegurado mientras quien conduce menos pagará sólo la tarifa básica o un pequeño adicional.

Evidentemente, para que ello sea posible, resultará necesario que el asegurado permita la inserción de un sistema de GPS, o una aplicación en el celular del usuario o incluso (según los últimos avances en automóviles autónomos por parte de Google) el computador del mismo vehículo ya permite la inserción de aplicaciones, las cuales incluso ya no requerirían de acceso a la red. Lo cierto es que la compañía de seguros emplea un sistema tecnológico que permite efectuar el rastreo de la conducción, no limitándose al conteo del kilometraje, sino también recaba información tal como el estilo de conducción (velocidad y habilidad del conductor, respeto de las señalizaciones, entre otros).

Y es justamente sobre este último orden de datos, se estructura la otra gran aplicación práctica que define a este tipo de seguros, en el rubro automotor, siendo que, gracias a la información recabada se puede permitir también la graduación de la prima, recompensando (con una reducción de la misma) a los conductores que presentan buenas prácticas de conducción; y penalizando (con un mayor costo del seguro) a los conductores con malas prácticas, esto es la denominada *pay-how-you-drive insurance programs*.

---

[17] Así, por ejemplo, según una encuesta sobre el impacto de la COVID-19 en la vida cotidiana realizada por Ernst and Young a finales del año 2020, con una muestra de 2,700 consumidores y 1,200 propietarios de pequeñas empresas, concluyó que, en relación a las líneas personales en materia de seguros, se ha manifestado un interés del 70% de los consumidores por la adquisición de los seguros basados en el uso. En tal sentido, véase WASSINK, Bernhard Klein, EY's Global Insurance Consumer Survey reveals how insurers can support the needs of those impacted by the COVID-19 pandemic, en: https://www.ey.com/en_gl/insurance/are-your-insurance-solutions-in-tune-with-new-consumer-needs

Como puede observarse, gracias a tal aplicación tecnológica, a futuro, el rubro asegurador va a poder concretar una de sus pretensiones históricas y que hasta el momento era una imposibilidad; esto es la adecuada y real tarificación según cada cliente (hasta el momento, la tarificación se efectúa sobre la base de una asignación a un grupo o sector de clientes con características similares).

Pero adicionalmente, la tecnología aquí aplicada puede prevenir la producción de un siniestro o aminorar los daños, así, por ejemplo, piénsese en otras de las grandes aplicaciones actuales de esta modalidad de seguros, esto es, los UBI en las líneas de salud, en los cuales se logra realizar un monitorio en tiempo real de las constantes vitales del asegurado, así como información sobre su estilo de vida (tipo de alimentación, ejercicio, niveles de stress, entre otros) gracias a las pulseras inteligentes o *smartwatch*, o incluso, en los casos en los cuales el domicilio del asegurado está dotado de tecnología (vivienda inteligente), la aseguradora (o los proveedores de la misma) pueden recibir alertas de situaciones de peligro, incluso antes de que el mismo asegurado se percate del mismo y actuar preventivamente, solicitando un cambio de estilo de vida o incluso frente a un pre infarto o la pérdida de la consciencia del asegurado, podría enviar una ambulancia y con ello salvar su vida.

6. Conclusiones

Actualmente la transformación digital del mercado de seguros es una realidad cada vez más presente y, como consecuencia de la pandemia, tal escenario ya no está limitado a los países de primer mundo sino también a aquellos que están en vía de desarrollo, como es el caso de Latinoamérica. Y, si bien, este es un escenario positivo, tal evolución no ha estado ni está exenta de problemas de índole ético y legales, por lo cual, se apunta a un uso más justo y responsable del mismo, para que el beneficio ofrecido por los mismos no se vea opacado por la vulneración de los derechos e intereses de los clientes, debiéndose recurrir en última instancia al principio de ubérrima buena fe para lograr ese equilibrio, en ausencia de políticas de los órganos de supervisión y regulación de mercado.

Bibliografía

LONDOÑO AGUDELO, Andrea, Preocupaciones de Big Data en materia de seguros. De la segmentación de riesgos o de eventuales situaciones de exclusión o problemas de acceso al mercado asegurador, en *RIS*, 27: 49, 1 de diciembre de 2019.

DIXNEUF, Patrick, Intelligence artificielle et assurance, en *Enjeux Numériques*, Série trimestrielle N°1, Conseil général de l'Économie, ministère de l'Économie et des Finances, París, marzo 2018.

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso, *Las aplicaciones del Big Data en el ámbito asegurador y el tratamiento legal de sus datos Una perspectiva desde el derecho internacional privado*, Fundación Mapfre, Madrid.

EL DINERO ELECTRÓNICO: EL MEDIO PARA LA TRANSICIÓN HACIA UNA ECONOMÍA SIN BLANQUEO DE CAPITALES

Cristhian Ivan Silva Lemus[1]

RESUMEN: Son escasas las figuras antijurídicas que con el pasar de los años, y sin importar el contexto social que los asentamientos humanos van generando, logran continuar vigentes. El Blanqueo de Capitales es una de ellas, y es así porque conforme la adecuación de su semántica delictiva, al progreso evolutivo que a las sociedades acompaña, se ha profesionalizado. Esto ha generado en los bienes jurídicos económicos, daños mucho más graves de los que en antaño se estilaba.

No obstante, el crecimiento de esta figura delictiva, y sus implicaciones negativas, los Cuerpos normativos globales no han podido darle respuestas concretas, y le afrontan con estrategias algo desfasadas. Por tanto, significa una obligación que los Gobiernos, mediante la modernización de su logística antagónica generen un frente que permita guerrearle en igualdad de condiciones.

Se plantea que la transición hacia esa modernización comience con la digitalización del dinero en efectivo existente, y la de las economías nacionales. De lograrlo, no existiría materia con la cual echar a andar esta maquinaria criminal, y podría ser suprimido finalmente.

PALABRAS CLAVE: Blanqueo de Capitales; Derecho Penal Global; Economía Digital; Dinero Electrónico.

[1] Profesor Investigador adscrito a la Unidad de Estudios de Posgrado, de la Facultad de Derecho, de la Universidad Autónoma de Sinaloa, México. Doctorando en el Programa de Doctorado en Administración, hacienda y justicia en el Estado social, de la Universidad de Salamanca, España.

SUMARIO: 1.1. Historicidad del Blanqueo de Capitales. 1.2. El Blanqueo de capitales a la luz del Derecho penal global. 1.3. Estándares del Grupo de Acción Financiera. 1.4. Transición hacia una economía sin blanqueo de capitales. 1.5. Conclusión. Bibliografía.

SUMMARY: There are few unlawful figures that over the years, and regardless of the social context that human settlements are generating, manage to continue in force. Money Laundering is one of them, and it is so because according to the adequacy of its criminal semantics, to the evolutionary progress that accompanies societies, it has become professionalized.

This has generated much more serious damage to economic legal assets than was customary in the past. Despite the growth of this criminal figure, and its negative implications, the global regulatory bodies have not been able to give concrete answers and face it with somewhat outdated strategies.

Therefore, it means an obligation that the governments, by modernizing their antagonistic logistics, create a front that allows them to wage war on equal terms. It is proposed that the transition towards this modernization begins with the digitization of existing cash, and that of national economies. If he did, there would be no matter with which to run this criminal machine, and it could be finally suppressed.

KEYWORDS: Money Laundering; Global Criminal Law; Digital Economy; Electronic Money

SUMMARY: 1. Historicity of Money Laundering. 2. Money Laundering in the light of Global Criminal Law. 3. Financial Action Task Force Standards. 4. Transition to an Economy without Money Laundering. 5. Conclusion. Bibliography.

1. Historicidad del Blanqueo de Capitales

El dinamismo humano propicia condiciones ideológicas y fácticas que tienden a generar significativos cambios en el *status quo* de toda sociedad que, de forma organizada, pretende alcanzar progreso y desarrollo. Esa variabilidad muy característica del *zoon politikón* suele ser una dicotomía, en virtud de su manifestación; pues tiende a propiciar hechos que se ubican dentro del marco de la legalidad, pero también, muchos otros que trascienden hacía lo antijurídico.

Uno de los aspectos estructurales que sobre esta dualidad mayores muestras nos ha ofrecido, es la beta socioeconómica y patrimonial; toda vez que esta conlleva todo lo relativo a los medios, herramientas, y mecanismos que se emplean para conseguir que el intercambio de bienes y servicios sea optimo. De esta manera se ve favorecida la posibilidad de lograr una acumulación de riqueza

individual; contribuyendo también, y en buena medida, al mejoramiento de los Estados.

Sin embargo, paralelamente a esta tendencia positiva se suelen presentar hechos que, por su metodología, desvirtúan el buen funcionamiento de este medio por el cual cada nación viene a llenar sus arcas de riquezas. Tales inclemencias son atribuibles a individuos cuyo comportamiento ha de ser realizado de forma contraria a todo lo que los Estados de derecho han fundamentado como lo justo, lo correcto, o concretamente lo legal.

La ilicitud es justo la naturaleza que se observa en esta, la otra de las facetas que completa el contrapunteo narrado, ya que en ella se concentran comportamientos en los que sí, se puede dar esa acumulación de caudales fructíferos para quienes los procuran, pero resultan de toda una serie de eventos de naturaleza contrario sensu. Desde la óptica jurídica esto no es permisible porque vulnera gravemente varios de los bienes jurídicos que las leyes han venido tutelando.

Los delitos contra del orden económico, financiero, y patrimonial es la categorización que la ciencia jurídica, dentro de sus cuerpos normativos penales, ha destinado para criminalizar este contraste negativo. Del tal manera que en ellas se vienen agrupando todos los hechos delictivos que una vez consumados, suelen significar una abrupta interrupción para el progreso continuo al que cualquier nación aspira.

Dentro de este compendio de disposiciones de carácter criminal podemos encontrar, por ejemplo, a las estafas, las defraudaciones, la piratería, la falsificación de tarjetas de crédito y debito, la corrupción, el tráfico de armas, y la receptación y el blanqueo de capitales. La ultima de las figuras listadas, por su mecánica, juega un papel determinante dentro de este estadio antijurídico, pues solventa, sin excepción alguna, la ejecución de cualquier actividad ilícita.

La razón por la cual el blanqueo de capitales se vuelve ese medio de financiación para ese escenario negativo tiene que ver en gran medida porque, al ser el blanqueo de capitales ese proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita Isidoro BLANCO CORDERO (2002), p. 25, los amantes de lo abyecto consiguen alcanzar una capacidad económica; lo suficientemente óptima como para fortalecer sus tan lacerantes estructuras criminales.

Ahora bien, siempre que cualquier organización consiga una buena salud financiera va a encontrarse posicionada en un lugar privilegiado dentro del entorno en el cual se desenvuelve. Ello precisamente es lo que le da ese valor agregado al blanqueo de capitales, debido a que mediante él se pueden poseer caudales incontables; mismos que generarán áreas de oportunidad criminal para que otras tantas actividades de índole delictiva puedan fortalecerse.

2. El Blanqueo de Capitales a la luz del Derecho Penal Global

Desde los inicios de la década de los setentas el mundo jurídico se fijó como meta primordial atender los inconvenientes que en cuestiones de simulación de legalidad de dinero comenzaban a presentarse. Los primigenios de esta criminalidad correspondían a la reconversión de recursos procedentes de actividades que en aquellos años se consideraban antijurídicas; tales como la venta de alcohol, de tabaco o la prostitución.

Tiempo después, llegados los años ochenta, y una vez legitimada la comercialización del tabaco y del alcohol, se continúo con la simulación de esos ingresos ambiguos, pero en esta ocasión, de aquellos que provenían concretamente del tráfico de estupefacientes. Este hecho sería la consolidación global del delito de blanqueo de capitales, pues vendría a ser la apuesta que la comunidad internacional implementaría para buscar mitigar su exponencial incremento.

A partir de dicho momento histórico, y hasta la actualidad, se ha procurado que las estrategias encaminadas a combatir este proceso delictivo ayuden a identificar, asediar y confiscar los capitales que generan, ya que así esas estructuras criminales se ven debilitadas. Estas medidas han sido el objeto con el cual se justifica la fundamentación jurídica de este delito; más aún porque procuran la identificación de cualquier actividad nociva cuyas ganancias generadas con él se busca maquillar.

Sí bien el haberle dado una punitivización al "proceso mediante el cual las ganancias que proceden de actividades ilegales se blanquean y pasan a tener apariencia de legalidad para poder usarse con total impunidad" (Juan CALVO VÉRGEZ (2021), p. 2), se debe comprender que eso no aseguraba la erradicación de estos hechos; sino que sería el comienzo de una oleada de nuevos retos para los gobiernos en el mundo, debido a que con base en esta institucionalización tenían que optimizar la logística antagónica de esta ilicitud.

En atención a esta mejora constante fue que las naciones, de forma individual, vendrían sumándole al Derecho penal de la globalización disposiciones en las que, de forma integral y unificada, se incitaba a combatir al blanqueo de capitales. Tanto la beta económica, financiera, fiscal, bancaria y tecnológica fundamentarían lineamientos con los que habrían de concretarse las estrategias encaminadas a contrarrestar lo pernicioso de esta antijuridicidad.

Esta voluntad mundial lograría su institucionalización hasta ya finales de los años ochenta, y ello gracias a la creación de un organismo internacional, de nombre Grupo de Acción Financiera Internacional (FAFT por sus siglas en inglés). Dicha autoridad vino a delimitar el combate al blanqueo de capitales, y lo llevó a cabo tomando como punto de partida, y como eje de actuación, las siguientes primicias fundamentales.

La primera de ellas fue la atribución de su tipología penal, considerándole al curso de su consumación, tres etapas determinantes[2]. De tal suerte que fue así como se dedujo que a la morfología de este delito le corresponde la fase de colocación (*placement);* encubrimiento *(layering);* e integración *(integration).* Tal hecho vino a clarificar la senda a través de la cual se iba a dirigir la metodología legal con la que se le combatiría, más aún porque con ello los países unificaran sus tan dispersos criterios legales que en este tema habían diseñado.

La segunda de las aristas sobre las cuales se estaba edificando ese bloque con el que legalmente hablando se intentaría dejar inoperantes a cada una de las fases del blanqueo de capitales, se concibió en forma de política pública; y ella consistía en establecer un procedimiento *do ut des* entre los Estados; invocando para tal reciprocidad la participación de cada uno de los miembros de su sector bancario, financiero, económico y tecnológico.

3. Estándares del Grupo de Acción Financiera

La tercera de estas primicias tenía que ver con la ejecución de toda la logística previamente idealizada; de hecho, esta idea vino a ser el paradigma marco a partir del cual los fundamentos de esa estructura legal comenzarían a operar. Tal arquitectura legislativa tenía como pilar fundamental una serie de directrices, en las cuales se buscaba en todo momento una cooperación internacional como medida de respuesta al blanqueo de capitales.

Este compendio se erigió bajo la naturaleza propositiva que, según la doctrina del Derecho internacional, caracteriza a las normas del *soft law*; situación que generó muchas inconsistencias en cuanto a la total aplicación de las mismas, debido a que hubo naciones que no mostraron intención por vincularse a estas disposiciones globales, a pesar de que ofrecían ciertas alternativas contra este problema social.

[2] El FAFT como una de sus primeras tareas se encargó de definir la metodología del blanqueo de capitales, concluyendo que ella consistía en un modelo sistematizado, el cual consta de serie de etapas. Ellas son concretamente tres, y su unificación traen consigo el maquillaje de recursos de procedencia ilícita. Las etapas que le configuran son, pues, la colocación de los bienes *(placement)*, el encubrimiento *(layering)* y la integración en el mercado económico con la total apariencia de legalidad *(integration)*.

Las 40 recomendaciones del FAFT[3] fue el nombre con el cual la comunidad internacional conocería a estos lineamientos legales, administrativos y operacionales. De tal forma que en conjunto ellas "constituyen un esquema de medidas completo y consistente que los países deben implementar para combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, así como también el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva (…) Por lo tanto, las Recomendaciones del GAFI fijan un estándar internacional que los países deberían implementar por medio de medidas adaptadas a sus circunstancias particulares" (FAFT (2020) p. 22).

El estándar mundial del FAFT, mediante el conocimiento de los clientes (*Know your client*); el seguimiento de la ruta del dinero (*Follow the Money*); el monitoreo continuo de los negocios; el mantenimiento de la información (*Keep your Records*); el reporte de operaciones bancarias y financieras sospechosas (*Report your suspicions*); y el bloqueo de cualquier diligencia sospechosa (*Stop your step*), buscaría corresponder al intercambio y publicidad de la información, y a la trasparencia financiera y bancaria, que han sido máximas dentro de ese combate.

Los criterios señalados en el párrafo anterior debido a su naturaleza, metodología, y propósitos, requerían la intervención de las tecnologías de la información y comunicación (TICs) e internet; ya que la afrenta con la que partir del nuevo milenio el blanqueo de capitales acometía contra todos los estados de derecho, vendría a ser aún más lacerante; toda vez que la semántica de sus etapas lograron alcanzar una gran profesionalización.

Tales escenarios obligarían a las naciones a emplear las TICs y la internet en aras de modernizar sus cuerpos jurídicos especializados en materia de blanqueo de capitales, buscando así erradicar por completo, o mitigar, al menos, sus afectaciones. De esta forma se comenzaba a incorporar a los postulados de las 40 recomendaciones del FAFT, este paradigma de la innovación tecnológica; teniendo como puntal del mismo la reestructuración del sistema financiero global.

Esta nueva orientación se fundamentaba de forma general en cada enunciado de estas recomendaciones, pero concretamente dentro de su quinceava recomendación, puesto que en ella se aconsejaba a los países "identificar y evaluar los riesgos de lavado de activos o financiamiento del terrorismo que pudieran surgir con respecto a (a) el desarrollo de nuevos productos y nuevas prácticas comerciales, incluyendo nuevos mecanismos de envío, y (b) el uso de nuevas

[3] Estas 40 recomendaciones conservarían los lineamientos concretados previamente tanto en Convención de Viena de 1988; la Convención de Palermo del año 2000; la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción del 2003; y el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, 1999; la Convención del Consejo de Europa sobre el Crimen Cibernético del 2001; la Convención Interamericana contra el Terrorismo del 2002; y el Convenio del Consejo de Europa sobre Blanqueo, Detección, Embargo y Decomiso de los Productos de un Delito y sobre el Financiamiento del Terrorismo, del año 2005.

tecnologías o tecnologías en desarrollo para productos tanto nuevos como los existentes" (FAFT (2020) p. 22).

Dicha institucionalización era la objeción con la que la comunidad internacional pretendía afrontar los nuevos fenómenos que, con el transcurrir del milenio de la era tecnológica y global, estaban por presentarse. La atenuación de los efectos nocivos, empleando las TICs como pericia, le iba corresponder a los órganos financieros de cada nación; primordialmente a sus autoridades de tecnología financiera, tales como sus Unidades de Inteligencia Financiera, por ejemplo.

Con la Revolución tecnológica comenzada en el año 2000, las naciones y las TICs sufrirían una especie de simbiosis, razón que llevaría a muchos de los hilos estructurales de cada país a la modernización, y a la practicidad de las actividades que según la función de sus rubros sociales naturalmente ha de corresponderles. Desafortunadamente tales condiciones traerían consigo por igual oportunidades por demás ideales para la generación de coyunturas negativas en las que el blanqueo de capitales ha sido su artífice.

La experiencia histórica ha demostrado que las tecnologías de la información y comunicación, en función de la prosperidad que ofrecen, están significando un elemento fundamental dentro de la actividad política, social, económica, educativa, laboral y jurídica de cualquier nación. De tal manera que este hecho las lleva a ocupar un lugar por demás imprescindible dentro de la vida de los individuos, gracias a que han hecho asequible la consecución de las finalidades de estos últimos.

Así entonces, evaluando las oportunidades que para el desarrollo integral de las sociedades las TICs ofrecen, es que se pueden consideran, hoy día, un componente fundamental de la labor humana, sobre todo, porque han venido ayudando a la optimización de sus sectores organizacionales; asegurando así que sus respectivos encargos se logren, y además, ello de una forma más pura y eficaz, ya que con las innovaciones que ofrecen se suele generar una respuesta a las eventualidades humanas o naturales que se presenten.

La exteriorización de lo aseverado en las últimas líneas que conforman el párrafo que antecede ha podido manifestarse dentro del funcionamiento del Sistema financiero mundial, toda vez que su estructura ha sabido incorporar a conveniencia propia aquellos avances tecnológicos relativos a su naturaleza, logrando con ello una viabilidad en todos y cada uno de los elementos que componen su semántica. De tal manera que, en la actualidad, "el avance de los medios de pago electrónicos está teniendo una extensión cada vez mayor y desplazando a los pagos con dinero en efectivo. Baste recordar como las propias entidades financieras prestan diversos servicios financieros de forma electrónica, desde la posibilidad de acceder a la información bancaria y consultar el saldo, banca mó-

vil para realizar diversas operaciones (como transferencias, solicitud de créditos, pago de facturas, etc.), pasando por ofrecer a los clientes, como alternativa al dinero en efectivo, monederos móviles, para usar el valor como método de pago en establecimientos" (José María DELGADO RODRÍGUEZ (2016), p. 28).

Al tenor de esta perspectiva doctrinal es que ubicamos justamente el momento en el cual el blanqueo de capitales pudo lograr la profesionalización que incluso, en tiempos modernos, le sigue aún caracterizando. Todo lo anterior pudo ser así gracias a que sus menestrales, aprovechando la rentabilidad que las innovaciones tecnológicas en materia financiera que se vienen gestando ofrecen, dotaron de inteligencia su quehacer criminal; teniendo como consecuencia que la consecución de los estándares mundiales del FAFT en dicho tema, fuese más intrincada.

Se puede deducir, en suma, que de la misma forma en como al sistema financiero mundial, las TICs le han resultado benévolas, para actividades delictivas como en este caso particular lo es el blanqueo de capitales, estas áreas de oportunidades desempeñan el mismo papel; es decir, le sirven de envión para así poder optimar su funcionamiento. En algunas ocasiones las bonanzas tienden a ser proporcionales, pero en otros casos, estos disidentes de los Estados de Derecho, por el manejo especializado que logran darles a estos medios digitales, tecnológicos, obtienen mejores réditos.

4. Transición hacia una Economía sin Blanqueo de Capitales

En el entendido de que el blanqueo de capitales requiere de una constante sapiencia para conseguir cabalmente su cometido, el hecho de que sus artífices operen bajo el conocimiento y dominio de los nuevos modelos tecnológicos financieros, les pone un paso adelante de sus antagónicos dentro de esta reyerta. Lo anterior porque, "a su vez, ese mismo entorno, junto al tipo de servicios ofrecidos, más ágiles y anónimos, crean enormes oportunidades para la comisión de delitos, como la financiación de sus actividades o la realización de operaciones propias de blanqueo que buscan escapar del control, dificultando a investigación y su persecución" (Diego José GÓMEZ INIESTA (2019), p. 4).

Se traduce en impunidad la afirmación que el autor previamente citado ofrece, y esto es porque la experiencia en el combate a este delito ha demostrado, en estas primeras dos décadas del milenio que transcurre, que sin importar el avance tecnológicos y financiero que la comunidad internacional ha de lograr, debido al grado de especialización adquirido por la delincuencia relativa al blanqueo de capitales, este se va a bastardear; para así usarle a conveniencia de los intereses de estos astutos malhechores.

La narrativa que hasta este punto se ofrece viene a demostrar que estas mejoras sí han generado vanguardia dentro de los sistemas financieros del mun-

do, pero a su vez, y de forma indirecta, le han servido en bandeja de plata a estos apasionados de lo antijurídico, oportunidades para continuar enriqueciéndose conforme a lo ilícito de su labor. Por tal razón es que no se puede asegurar que se esta guerreando de manera acertada, ya que se sigue sin atender el meollo de la problemática; el uso de efectivo.

El dinero en efectivo, tanto en papel metálico, como en papel moneda, si bien ha sido el activo que desde el siglo pasado le viene dándole legitimación a esa vieja usanza humana del intercambio comercial, dentro de esta pugna que ha izado la ciencia jurídica tiene un papel determinante, sobretodo para las intenciones de arrancar por completo al blanqueo de capitales, y demás delitos contra de la beta económica, de cada uno de los Estados de Derecho.

La razón que justifica el porque dentro de esta problemática del blanqueo de capitales, al dinero en efectivo se le considera ese punto de quiebra entre encontrarse dentro de la esfera de lo legal, y rayar lo antijurídico, la encontramos en el hecho de que, siempre que esta criminalidad generé recursos económicos tangibles, ellos buscarán, en aras de sacar el máximo provecho de estos activos, echar a andar la maquinaria relativa al maquillaje de estos recursos negros.

En línea con el razonamiento que antecede es que se puede entender al dinero tangible como cómplice y participe de esta ilegalidad económica, puesto que siempre que los Gobiernos no logren acotar de forma efectiva los medios bajo los cuales estas empresas furtivas han de generar esos caudales precedentes al blanqueo de activos, se seguirá repitiendo, cual bucle, estas laceraciones; y eso de por sí no solo traerá consigo violaciones a los bienes jurídicos económicos, sino que impedimentos para la institucionalización de las políticas estándares del FAFT.

De tal suerte que es plausible argumentar que para sumar a la consecución de las políticas encaminadas a contrapesar los daños que genera el blanqueo de capitales, se le debe dar necesariamente ya, un giro en la visión bajo la cual se ha estado afrontando al blanqueo de capitales. Esta perspectiva, se asegura, debe tomar, como paradigma eje de su concepción, los medios electrónicos que las nuevas tecnologías de manera vertiginosa no paran de gestar.

La historicidad de las civilizaciones nos ha arrojado, en forma de principio general que, el individuo en sociedad, siempre que es inducido hacía alguna nueva perspectiva, tendencia, moda, práctica o comportamiento, tendrá la vocación y disposición de transformar cada una de sus facetas; claro esta, partiendo primero de la existencia de una aceptación hacía tales cambios. En cuanto al giro a las ideas que en este rubro se aconseja, por los beneficios que puede ofrecer, se concibe como el envión que catapulte a la dinámica económica, a una mecánica puramente digital.

En la medida en que se adopte este paradigma consistente en transitar hacia una economía con atributos estrictamente digitales iremos desarrollando una logística jurídica, más *ad hoc,* con la cual incluso, podamos guerrear a esos menoscabos generados por esta criminalidad ya mencionada. Por lo que respecta a las cualidades de ella, destaca el dinero digital; entendiéndosele de la siguiente forma:

El término dinero electrónico es utilizado en forma general para hacer referencia a una amplia gama de mecanismos de pago utilizados en el comercio electrónico. Al hablar de dinero electrónico debemos mentalizarnos en que trataremos con productos ofrecidos por empresas. Estos productos almacenan valores, es decir, registran los fondos o valores disponibles por un usuario del sistema, en un aparato o dispositivo electrónico que se encuentra en su poder (Mauricio DEVOTO (2018), p. 479).

Con la digitalización del dinero, ya sea en cualquiera de sus denominaciones, llámese sistemas basados en códigos QR, TOKEN, monedas virtuales, carteras digitales, y tarjetas inteligentes (*card based*), por ejemplificar algunas, gracias a sus características primarias, pueden generar los elementos necesarios para restarle a la logística del blanqueo de capitales ese medio que le da razón de ser. Visto desde otra óptica lo anterior, concentrando el uso de los activos económicos por vías estrictamente digitales, no podrán disponer los blanqueadores, de la materia base de su arte criminal.

Otro de los elementos a destacar es la concentración y acceso a la información que gracias a la digitalización del sistema financiero las instituciones que lo conforman llegan a tener. Con esta modalidad de empleo del dinero, trabajando junto con dichos organismos, los gobiernos pueden tener una fiscalización sobre cada una de las transferencias que se hacen, y en caso de que ellas resulten sospechosas, o denoten características propias del blanqueo de activos, ubicarles, analizarles y, de ser necesario, sancionarles.

Sumado a lo anterior se debe comentar que las anteriores características no tendrían razón de ser, sin la implementación de toda una estructura de seguridad bien definida y especializada, para así no violentar bienes jurídicos tutelados como la privacidad, y la seguridad propiamente, por ejemplo. Evidentemente esta infraestructura debe estar aceptada por la sociedad, y respaldada por el sistema económico mundial, debido a que se requiere la unificación de criterios para legitimar las formas en las que se manifiesta el dinero digital.

5. Conclusión

El blanqueo de capitales cada día genera nuevos retos a la ciencia jurídica; cada momento esta generando medios para modernizar su labor, y esto va generando nuevas afectaciones a los Estados de derecho. Tales hechos nos llevan a concluir que las sociedades en conjunto deben alinearse ya, a esta vorágine a la que las Tecnologías de la Información y Comunicación nos están llevando. Se debe aprovechar esas bondades, y posicionar a esta pugna jurídica un peldaño por encima del blanqueo de capitales, y de los otros tantos delitos del orden económico.

Una economía en la que no existan prácticas que dañen su buen funcionamiento, como en concreto sucede con el blanqueo de capitales puede parecer una idea utópica, sin embargo, no estamos tan alejados de tal escenario; y ello es gracias a los ciberavances que en materia de inteligencia financiera se están gestando. Gracias a la existencia de programas de reconocimiento facial, ocular, por voz, y dactilar, se puede tener un mejor control respecto quiénes echan mano del sistema financiero, quién se enriquece, y para qué se destinan tales activos, porque la identidad personal lo permite.

Las condiciones son ahora las más aptas para dar esa transición digital, y el escenario pandémico en el que nos encontramos es el principal contribuyente para tales hechos. Esto es porque, debido a las restricciones obligatorias, se tuvo que recurrir, como ya lo hemos visto, al desarrollo de una dependencia humana hacía estos medios electrónicos; generando así una cotidianidad cibernética, como si viviéramos dentro de un videojuego. Hablamos que, gracias a este escenario desfavorecido, se logró entrar a esta dinámica de recursos *online,* teletrabajo, o las cátedras vía remota.

Esta situación casuística en la que nos encontramos nos viene a mostrar que en momentos de urgencia el ser humano puede adaptar su ritmo de vida a los avances brindados por la Tecnologías de la Información y Comunicación. Por tanto es que se asevera, en forma de conclusión a la narrativa hecha a través de este escrito, que es factible digitalizar el uso del dinero físico, y emplearlo como medio de transferencia comercial, pues la sociedad se encuentra ya dentro de esta usanza de avanzada.

Esta propuesta de remozar de una buena vez nuestras costumbres económicas puede brindar el sosiego que esta incansable lucha por erradicar de las estructuras económicas, financiaras, bancarias, tributarias, requiere para desarraigar así los vestigios que el blanqueo de capitales ha estado ocasionando en estos sistemas estatales y globales. De igual forma, una vez lograda tal pretensión, los forajidos especializados en estas malas artes, no tendrán alternativa mas que adecuarse a esta nueva modalidad; pues la comercialización con efectivo palpable no tendría legitimidad alguna.

Así como la pandemia de la SARS-CoV-2 esta significado un daño tremendo para los hilos estructúrales de las sociedades, y peor aún, para cada uno de los individuos que las configuran; así como también los gobiernos del mundo priorizaron la atención, y solución de la crisis sanitaria; así también se debería de atender la problemática relativa al blanqueo de capitales, puesto que esta también trasgrede bienes jurídicos que las leyes tutelan, al igual que lo hizo, lamentablemente, este virus.

En suma, y a manera de epílogo del presente escrito, se puede inferir en el hecho de que la evolución humana nos esta brindando sí, conocimientos y metodologías con las cuales podemos hacer menos eficaz la creación, aplicación y sanción de nuestras vetustas disposiciones legales. Tal caso es el blanqueo de capitales, el cual ha sabido aprovechar muy bien los avances relativos a su dinámica, y la lentitud del Derecho para atenderle, consiguiendo seguir latente tras el pasar de los años, ganando más terreno.

Por tal razón es que se sugiere la institucionalización, mediante el uso de los cuerpos jurídicos individuales y mundiales, de una sofisticada estructura digital, sólida, inquebrantable y efectiva, que le de respaldo a la modernización de las economías mundiales, basada en las TICs. De esta forma podremos tener mecanismos de primera línea, con los cuales se hará frente a esa profesionalidad criminal que figuras delictivas de índole financiera, tales como la evasión de tributaria, el fraude, o propiamente el blanqueo de capitales están teniendo.

El contexto es el idóneo, las mentalidades de la mayoría de los individuos giran en torno a concebir su vida a través de las tecnologías de la información y comunicación; o bien, mediante la intervención en todo momento, de cualquier medio digital que facilite cualesquiera la actividad que en lo particular realicen; así que como ya se venía argumentando, nos encontramos en un momento en el que gracias a estos tiempos de aislamiento social, podremos revolucionarnos, claro, una vez alcanzada esa prometida nueva normalidad.

Bibliografía

BLANCO CORDERO, Isidoro, "Principios y Recomendaciones Internacionales para la Penalización del Lavado de Dinero. Aspectos Sustantivos", *Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial, Organización de los Estados Aamericanos"*, (Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional (DDOT), Quinta Edición, Washington, 2002, pp. 101-185.

DE VOTO, Mauricio, *La Economía Digital: El dinero electrónico y el lavado de dinero*, Centro de Investigaciones de Tecnologías de la Información de Buenos Aires, Argentina, 2018.

DELGADO RODRÍGUEZ, José María, *El blanqueo de capitales y el Crimen Organizado en España: Regulación, Tendencias de Política Criminal y Alternativas*, Universitat Internacional de Catalunya, Barcelona, 2016;

FAFT, *Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo, y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva,* Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica, Buenos Aires, 2020.

GÓMEZ INIESTA, Diego José, *Utilización de las nuevas tecnologías en la comisión del blanqueo de dinero*, Universidad de Castilla-La Mancha, Albacete, 2019.

VERGÉZ CALVO, Juan, *La inscripción de la titularidad real de las participaciones en las empresas. Un nuevo paso adelante en la lucha contra el blanqueo de capitales*, Editorial Aranzadi, S.A.U., Extremadura, 2021.

VIRTUALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES: O EXERCÍCIO DO DIREITO DE CONVIVÊNCIA ENTRE PAIS E FILHOS EM TEMPOS DE PANDEMIA

Patricia Ferreira Rocha[1]

RESUMO: O novo Coronavírus, conhecido como SARS-CoV2 e que causa a doença viral infecciosa COVID-19, impôs uma nova realidade mundial: o isolamento social, com medidas mais ou menos severas quanto à circulação de pessoas, em face de seu alto índice de contágio e, até dezembro de 2020, à ausência de medicamentos imunizantes disponíveis para a população. Isso acabou por gerar reflexos nas relações familiares e o exercício do direito de convivência com os filhos por pais separados se apresentou como um dos primeiros conflitos a demandar novos acertos e, quando o entendimento não se mostrou possível, a apreciação do Poder Judiciário se fez necessária para regulamentar tais situações. Este artigo, então, se propôs a analisar algumas decisões dos Tribunais brasileiros ao longo do ano de 2020 sobre o exercício do direito de convivência entre pais e filhos no contexto da pandemia, especialmente no que diz respeito à virtualização das relações familiares como medida adequada e suficiente a garantir o melhor interesse da criança e do adolescente.

PALAVRAS-CHAVE: Relações familiares. Direito de Convivência. Pandemia.

[1] Doutoranda na Universidade do Minho, Portugal. Mestre pela Universidade Federal de Pernambuco. Professora de Direito das famílias e Sucessões (Faculdade Cesmac do Agreste e do Sertão). Pesquisadora do Grupo de Pesquisas Constitucionalização das Relações Privadas - CONREP/UFPE. Vice-Presidente do IBDFAM/AL. Advogada e Conselheira Seccional da OAB/AL.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O direito de convivência entre pais e filhos no direito brasileiro. 2. Repercussões da pandemia da COVID-19 nas relações entre pais e filhos. 3. O estado da arte na jurisprudência brasileira no ano de 2020 sobre direito de convivência entre pais e filhos. Conclusão. Referências

ABSTRACT: The new Coronavirus, known as SARS-CoV2 and which causes the infectious viral disease COVID-19, imposed a new world reality: social isolation, with more or less severe measures regarding the movement of people, in view of its high rate of contagion and, until December 2020, the absence of immunizing drugs available to the population. This eventually generated repercussions in family relationships and the exercise of the right of coexistence with children by separated parents presented itself as one of the first conflicts to demand new successes and, when the understanding was not possible, assessment of the judiciary was necessary to regulate such situations. This article, then, proposed to analyze some decisions of the Brazilian Courts throughout the year 2020 on the exercise of the right of coexistence between parents and children in the context of the pandemic, especially with regard to the virtualization of family relationships as an appropriate and sufficient measure to ensure the best interest of the child and adolescent.

KEYWORDS: Family relationships. Right of Coexistence. Pandemic.

SUMARY: Introduction. 1. The right of coexistence between parents and children in Brazilian law. 2. Repercussions of the COVID-19 pandemic on parent-child relationships. 3. The state of the art in Brazilian jurisprudence in 2020 on the right of coexistence between parents and children. Conclusion. References.

Introdução

O novo Coronavírus, que causa a doença viral infecciosa COVID-19, possui um espectro clínico que varia de infecções assintomáticas a quadros respiratórios graves, cuja disseminação se dá através da dispersão pelo ar de gotículas contaminadas do nariz ou boca da pessoa infectada, podendo ainda se alastrar pelo ambiente e assentar em objetos e superfícies, o que provoca um alto índice de contágio, aliado ao fato de não haver cura e os medicamentos imunizantes ainda não estarem completamente disponíveis a toda a população. Tais circunstâncias acabaram por refletir diretamente no enfretamento da doença, fazendo com que a estratégia adotada para tentar conter o avanço desenfreado da doença tenha sido, predominantemente, a redução das interações sociais, através de medidas de isolamento mais ou menos brandas.

Neste cenário de restrição de circulação de pessoas, as relações familiares sofreram os efeitos da pandemia e o exercício do direito de convivência com os filhos por pais separados se apresentou como um dos primeiros conflitos a

demandar novos acertos, a fim de preservar a saúde e segurança das crianças e adolescentes, assim como de familiares que com eles convivem, especialmente aqueles inseridos nos chamados grupos de risco. Acontece que nem sempre o entendimento diretamente entre os pais se mostrou possível, fazendo com que houvesse uma grande demanda de ações de regulamentação de guarda e visitas posta à apreciação do Poder Judiciário brasileiro.

Num primeiro momento, impactados pela gravidade e proporção tomadas pela disseminação do vírus, assim como as incertezas e medos diante desta situação inesperada causada pela pandemia, as decisões dos Tribunais brasileiros consideraram que a determinação do isolamento deveria ser causa suficiente para suspensão do exercício do direito de convivência entre pais separados e seus filhos, sob argumento de que a alternância de residências, o exercício de determinadas atividades profissionais pelos pais, o transporte utilizado para locomoção dos filhos, dentre outros fatores, deixariam as crianças e adolescentes mais expostos ao risco de contágio.

As decisões, não obstante, reconheceram que a limitação ao direito de convivência físicanão poderia significar uma completa ruptura de laços com os filhos, razão pela qual a relação familiar deveria ser mantida, ao menos, de maneira eletrônica, cabendo ao guardião zelar para que os contatos fossem frequentes e satisfatórios, desde que não perturbasse a rotina de estudo ou de descanso dos filhos. Operou-se, portanto, uma considerável virtualização das relações familiares.

O tema proposto neste artigo, pois, considera analisar se a imposição e a manutenção desse convívio exclusivamente virtual seria suficiente para, de fato, atender ao melhor interesse da criança e do adolescente diante do cenário imposto pela pandemia decorrente do novo Coronavírus, examinando, para tanto, algumas decisões dos Tribunais brasileiros prolatadas no ano de 2020.

Com o escopo de se chegar ao resultado esperado, que reflita a temática abordada, a metodologia adotada será, quanto à natureza, aplicada, pois objetiva gerar conhecimentos para aplicação prática, dirigidos à solução de problemas específicos. Quanto à abordagem do problema, será qualitativa, já que preocupada com aspectos da realidade que não podem ser quantificados. Quanto aos objetivos, será explicativa, na medida em que se preocupa em identificar os fatores que determinam ou contribuem para a ocorrência de determinados fenômenos. Com relação ao procedimento técnico, a pesquisa será bibliográfica, utilizando livros e artigos jurídicos publicados em meios convencionais e eletrônicos, além dos dispositivos legais em vigor e decisões judiciais sobre a matéria.

1. O direito de convivência entre pais e filhos no direito brasileiro

A Constituição Federal brasileira de 1988 estabelece como dever da família, da sociedade e do Estado "assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária", cabendo aos pais "o dever de assistir, criar e educar os filhos menores"[2].

Em complementação às normas constitucionais, o Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve que é direito da criança e do adolescente, como regra, "ser criado e educado no seio de sua família", sendo-lhe assegurada a convivência familiar em um "ambiente que garanta seu desenvolvimento integral". Dessa forma, a proteção da criança e do adolescente passou a ser exteriorizada não apenas em uma perspectiva individual, mas também no âmbito das suas relações: "o ser, estar e viver em comunidade", no qual se inclui a convivência familiar[3]. Para tanto, aos pais incumbe o poder familiar, consubstanciado no dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cujo exercício se dará em igualdade de condições, "na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência"[4].

Este mesmo diploma legal reconhece que as crianças e adolescentes são pessoas em processo de desenvolvimento da sua personalidade e, por isso, encontram-se em situação de vulnerabilidade, carecendo de uma proteção especial que deve englobar a presença física e o apoio afetivo e psicológico dos pais, como corolário do exercício da parentalidade responsável. Afinal, como leciona Rodrigo da Cunha Pereira, "a família é o eixo de realização pessoal e afetiva de seus integrantes, e é neste *locus* que o sujeito se forma, estrutura-se psiquicamente, enfim, humaniza-se"[5]. Neste mesmo sentido, ensina Rolf Madaleno que

> "Compete aos pais ter os filhos em sua companhia e custódia, e não meramente uma companhia física, mas uma relação de comunicação que englobe não apenas o espaço físico do filho em interação com seu genitor, mas que nesse ambiente também impere uma relação de afeto e de carinho

---

[2] BRASIL. Constituição Federal da República do Brasil de 1988. Disponível em: Constituicao-Compilado (planalto.gov.br).

[3] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 320.

[4] BRASIL. Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da criança e do adolescente). Disponível em: L8069 (planalto.gov.br).

[5] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 401.

> unindo ascendente e filho com laços de verdadeira e ilimitada comunhão de um fraterno amor"[6].

Desta forma, os pais tem o dever, e não simples faculdade, de ter os filhos menores em sua companhia, cuidando destes e dirigindo a sua formação, a fim de lhes preparar para a vida adulta, mesmo após o fim do relacionamento conjugal, afinal, a separação dos cônjuges ou dos companheiros não pode significar a separação de pais e filhos[7].

Como um dos atributos do pleno exercício do poder familiar, o art. 1.634.º, inciso II do Código Civil prescreve que cabe a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, a guarda dos filhos menores[8]. Concebida, tradicionalmente, como o poder sobre os filhos de um pai contra o outro, o instituto da guarda, em sua feição atual, converteu-se no direito à continuidade da convivência familiar, exprimindo a ideia de proteção e amparo de uma criança ou adolescente[9]. podendo ser estabelecida de forma unilateral ou compartilhada.

Enquanto a guarda unilateral é aquela atribuída a um só dos pais ou a alguém que o substitua, na guarda compartilhada, os pais, a despeito de não viverem sob o mesmo teto, atuam de maneira conjunta e em cooperação na efetivação dos direitos e deveres familiares. Significa, pois, a assunção repartida da responsabilidade parental com vistas ao integral desenvolvimento dos filhos. Compartilhar a guarda, portanto, não representa apenas compartilhar o tempo de permanência física dos pais com os filhos, ainda que o art. 1.583.º, § 2º do Código Civil estabeleça que, nesta modalidade de guarda, "o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos". A guarda unilateral, por seu turno, obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, podendo, para tal fim, "solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos"[10].

---

[6] MADALENO, Rolf. *Direito de família*, 7ª ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 422.

[7] LÔBO, Paulo. *Direito Civil,* volume 5: famílias,10. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 196.

[8] BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil brasileiro). Disponível em: L10406compilada (planalto.gov.br).

[9] LÔBO, Paulo. *Direito Civil,* volume 5: famílias, 10.ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 197.

[10] BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil brasileiro). Disponível em: L10406compilada (planalto.gov.br).

Na atribuição da modalidade de guarda será observado, a princípio, o que os pais deliberarem a respeito e, não havendo consenso, deverá ser decretada pelo juiz, "em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe"[11], ou seja, deve prevalecer o princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente, razão pela qual é preciso apurar a decisão que atenda a felicidade dos filhos, e não os interesses particulares dos pais. Assim, mesmo não havendo acordo quanto ao exercício da guarda, mas encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, deverá ser aplicado prioritariamente o modelo compartilhado, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja exercer a guarda de seu filho, deixando, pois, à guarda unilateral um papel residual.

Paulo Lôbo ainda acrescenta que o juiz deve oferecer oportunidade à criança de ser ouvida, mas ressalva que

> "a criança não tem que escolher entre o pai e a mãe; é direito dela ter o contato e a possibilidade de usufruir as duas linhagens de origem, cultura, posição social, religião. A criança deve ter o direito de manter contato com ambos os pais e não ser forçada a tomar uma decisão que a afogará em culpa e sobrecarregará emocionalmente o outro genitor"[12].

Uma das características do estabelecimento da guarda é sua condição de imutabilidade tão somente enquanto persistirem os elementos fáticos que fundamentaram a sua outorga, podendo, por esta razão, vir a ser modificada a qualquer tempo. Por esta razão, explicam Gustavo Tepedino e Ana Carolina Brochado Teixeira que "qualquer fato novo que repercuta no melhor interesse do filho faz com que a convivência possa ser reduzida ou ampliada" [13]. É justamente nesta perspectiva que iremos estudar de que forma os efeitos da pandemia do Novo Coronavirus acabaram por alterar o exercício do direito de convivência entre pais e filhos.

2. Repercussões da pandemia da COVID-19 nas relações entre pais e filhos

O novo Coronavírus, conhecido como SARS-CoV2, abreviação de *Corona Virus Disease*, causa a doença viral infecciosa COVID-19 (*Coronavirus*

[11] BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil brasileiro). Disponível em: L10406compilada (planalto.gov.br)

[12] LÔBO, Paulo. *Direito Civil*, volume 5: famílias, 10. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 196-197.

[13] TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Fundamentos do direito civil,* volume 6: direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 323.

Disease 2019), cujo espectro clínico varia de infecções assintomáticas a quadros respiratórios graves. Sua estrutura, quando analisada a partir de um microscópio eletrônico, é formada por micro espinhos, assemelhando-se a uma coroa, razão da sua designação "corona"[14].

Os Coronavírus são conhecidos desde o início dos anos 1960, mas a nova mutação que deu origem ao SARS-CoV2 somente foi detectada no final de 2019, na província de Wuhan, na China, o que levou o país a notificar, em 31 de dezembro, a Organização Mundial de Saúde (OMS) acerca da descoberta de um tipo de pneumonia por causa desconhecida.

Um mês depois, em 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial de Sáude (OMS) declarou que o surto da doença causada pelo novo Coronavírus constituía uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII)[15]. De acordo com o Regulamento Sanitário Internacional, acordado na 58.ª Assembleia Geral da Organização Mundial de Saúde, em 23 de maio de 2005, ratificado e aprovado pelo congresso Nacional pelo Decreto n.º 10.212, de 30 de janeiro de 2020**,** Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII) significa um evento extraordinário que constitui um risco para a saúde pública de outros Estados, devido à propagação internacional de doença, e que exige potencialmente uma resposta internacional coordenada[16].

A Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII) é o mais alto nível de alerta da Organização e enseja a publicação de recomendações temporárias, que poderão incluir medidas de saúde que deverão ser implementadas pelo Estado Parte que vivencia a emergência em saúde pública, ou por outros Estados Partes, "em relação a pessoas, bagagens, cargas, contêineres, meios de transporte, mercadorias e/ou encomendas postais, a fim de evitar ou reduzir a propagação internacional de doenças e evitar interferências desnecessárias com o tráfego internacional". Para tais recomendações, o próprio Regulamento estabelece seguir como critérios, dentre outros, "os princípios científicos, assim como as evidências e informações científicas disponíveis", e também as medidas de saúde que, com base numa avaliação de risco adequada às circunstâncias, não sejam mais restritivas ou intrusivas do que as "alternativas razoavelmente

---

[14] A. C. CAMARGO CANCER CENTER. *Covid-19*: um glossário com 22 termos para você conhecer. Disponível em: https://accamargo.org.br/noticias/covid-19-um-glossario-com--22-termos-para-voce-conhecer

[15] ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE. *Folha informativa COVID-19*: Escritório da OPAS e da OMS no Brasil. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875

[16] BRASIL. *Decreto nº 10.212, de 30 de janeiro de 2020*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10212.htm

disponíveis para alcançar um nível adequado de proteção à saúde"[17]. Ressalte-se, contudo, que estas recomendações temporárias emitidas pela Organização Mundial de Saúde (OMS) possuem uma orientação de natureza não-vinculante.

No Brasil, a Portaria n.º 188, de 04 de fevereiro de 2020, do Ministério da Saúde declarou Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) em decorrência da infecção humana pelo novo Coronavírus, de acordo com o Decreto n. º 7.616, de 17 de novembro de 2011[18]. Para o citado Decreto, a declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) "ocorrerá em situações que demandem o emprego urgente de medidas de prevenção, controle e contenção de riscos, danos e agravos à saúde pública", podendo decorrer de situações epidemiológicas, desastres ou desassistência à população. Para os fins deste diploma, consideram-se situações epidemiológicas, os surtos ou epidemias que apresentem risco de disseminação nacional, sejam produzidos por agentes infecciosos inesperados, representem a reintrodução de doença erradicada, apresentem gravidade elevada ou extrapolem a capacidade de resposta da direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS)[19].

Em seguida, foi promulgada a Lei n.º 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**,** que alterou a categorização do surto pelo novo Coronavírus para Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII), dispondo sobre as medidas para o seu enfrentamento. Para tanto, segundo o art. 3.º desta lei, poderão ser adotadas algumas medidas, baseadas em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde, sempre limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública, conforme rol exemplificativo abaixo relacionado:

> I - isolamento;
>
> II - quarentena;
>
> III - determinação de realização compulsória de:
>
> a) exames médicos;
>
> b) testes laboratoriais;
>
> c) coleta de amostras clínicas;
>
> d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou

[17] BRASIL. *Decreto nº 10.212, de 30 de janeiro de 2020***.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10212.htm

[18] MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Portaria n.º 188, de 04 de fevereiro de 2020*. Disponível em: http://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388

[19] BRASIL. *Decreto nº 7.616, de 17 de novembro de 2011.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7616.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%207.616%2C%20DE%2017,de%20Sa%C3%BAde%20%2D%20FN%2DSUS.

> e) tratamentos médicos específicos;
>
> IV - estudo ou investigação epidemiológica;
>
> V - exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver;
>
> VI - restrição excepcional e temporária de entrada e saída do País, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), por rodovias, portos ou aeroportos;
>
> VII - requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa; e
>
> VIII - autorização excepcional e temporária para a importação de produtos sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa, desde que:
>
> a) registrados por autoridade sanitária estrangeira; e
>
> b) previstos em ato do Ministério da Saúde[20].

Importante esclarecer, a fim de compreender os objetivos do tema proposto por este artigo, os conceitos de isolamento e quarentena, que estão presentes nesta Lei. De acordo com o art. 2.º, considera-se isolamento a "separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do Coronavírus" e quarentena a restrição de atividades ou separação de pessoas, bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, com vistas a evitar a possível contaminação ou a propagação do vírus, similarmente ao que estatui o Regulamento Sanitário Internacional.

O primeiro caso de infecção pelo novo Coronavírus confirmado no Brasil é datado de 26 de fevereiro de 2020[21], mas, já em 20 de março de 2020, a Portaria n.º 454 do Ministério da Saúde declarou, em todo o território nacional, o Estado de Transmissão Comunitária do Coronavírus, ou seja, quando não é mais possível localizar a origem da infecção, indicando que o vírus está circulando entre os indivíduos que não viajaram ou tiveram contato com quem esteve no exterior[22]. Na ocasião, o Brasil possuía 904 casos confirmados em 24 estados do país, além

---

[20] Brasil. *Lei n.º 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.* DISPONÍVEL EM: HTTP://WWW.IN.GOV.BR/EN/WEB/DOU/-/LEI-N-13.979-DE-6-DE-FEVEREIRO-DE-2020-242078735

[21] CRUZ, Elisa. Guarda e convivência em situações excepcionais: a prevalência do cuidado sobre a convivência física. In: *Coronavírus: impactos no direito de família e sucessões.* NEVARES, Ana Luiza Maia; XAVIER, Marília Pedroso; MARGAZÃO, Silvia Felipe (coords.). Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020, p. 269.

[22] NEVES, Úrsula. *Ministério da Saúde declara transmissão comunitária em todo o país.* Disponível em: https://pebmed.com.br/ministerio-da-saude-declara-transmissao-comunitaria-em-todo-o-pais/

do Distrito Federal, em que pese nem todas as regiões apresentassem o mesmo nível de transmissão.

A citada Portaria, visando a contenção da transmissibilidade do vírus, oficializou as recomendações acerca do isolamento domiciliar da pessoa com sintomas respiratórios e das pessoas que residam no mesmo endereço, ainda que estivessem assintomáticos, por um período máximo de 14 (quatorze) dias. O documento ainda recomendou o distanciamento social para pessoas idosas, restringindo os seus deslocamentos para a realização de atividades estritamente necessárias[23] .

Destaque-se, por fim, que, em 11 de março de 2020, a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou o Estado de Pandemia Internacional do vírus SAR-Cov-2.[24] O termo é utilizado quando uma epidemia - compreendida como um grande surto de determinada doença, em determinado período de tempo, em uma localização geográfica específica -, acaba por se espalhar por diferentes continentes através de transmissão sustentada de pessoa para pessoa. Desta forma, a definição de pandemia não depende de um número específico de casos, mas da circunstância de afetar um grande número de pessoas espalhadas pelo mundo. Na ocasião, já havia mais de 115 (cento e quinze) países com casos declarados da infecção pelo novo Coronavírus.

O grande problema no enfretamento da doença está ligado ao seu alto índice de contágio, na medida em que sua transmissão se dá através da dispersão pelo ar de gotículas contaminadas do nariz ou boca da pessoa infectada, podendo ainda se alastrar pelo ambiente e assentar em objetos e superfícies, associada ao fato de não haver cura ou medicamento imunizante disponível para a população até dezembro de 2020, quando o Reino Unido deu início à vacinação, que somente começou no Brasil em 18 de janeiro de 2021[25] e avança a passos lentos[26]. Por esta razão, a estratégia para tentar conter o avanço desenfreado da doença tem sido, predominantemente, a redução das interações sociais, através de medidas de isolamento mais ou menos brandas.

---

[23] MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Portaria nº 454, de 20 de março de 2020*. DISPONÍVEL EM: HTTP://WWW.IN.GOV.BR/EN/WEB/DOU/-/PORTARIA-N-454-DE-20-DE-MARCO--DE-2020-249091587

[24] AGÊNCIA BRASIL. *Coronavírus: saiba o que é uma pandemia*. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-03/coronavirus-saiba-o-que-e-uma-pandemia.

[25] AGÊNCIA BRASIL. *Vacinação contra a covid-19 começa em todo o país*. Disponível em: Vacinação contra a covid-19 começa em todo o país (ebc.com.br)

[26] G1. *Mais de 20% da população no Brasil tomou a primeira dose de vacinas contra Covid.* Disponível em: Mais de 20% da população no Brasil tomou a primeira dose de vacinas contra Covid | Vacina | G1 (globo.com)

Cumpre consignar que o isolamento social é uma orientação, não uma obrigação, exceto quando declarado o "*Lockdown*", que foi adotado em algumas cidades brasileiras devido à grande demanda por leitos hospitalares por pessoas infectadas (taxa de ocupação de UTIs superior a 90%), a fim de evitar o colapso do sistema de saúde. No "*Lockdown*", a população só pode sair às ruas em casos de emergências e para realização de serviços essenciais, podendo ser necessário, em alguns casos, solicitar autorização prévia e até marcar horário para realizar estas atividades. Ademais, determinadas áreas são totalmente isoladas e pode haver bloqueio de estradas e controle do trânsito, com vistas a evitar a circulação de pessoas entre bairros ou cidades[27]. O seu objetivo, portanto, é interromper qualquer atividade por um período de tempo, mas será que isso poderia incluir a vedação ao trânsito de pessoas para fins de exercício do direito de convivência entre pais e filhos?

A título de exemplo, o Decreto n.º 729, de 05 de maio de 2020, do Estado do Pará[28], aplicado aos Municípios de Belém, Ananindeua, Marituba, Benevides, Castanhal, Santa Isabel do Pará, Santa Bárbara do Pará, Breves, Vigia e Santo Antônio do Tauá, assim como o Decreto n.º 1.726, de 15 de maio de 2020, do Estado do Amapá,[29] aplicado em todo o seu território, estabeleceram a proibição de "toda e qualquer reunião, pública ou privada, inclusive de pessoas da mesma família que não coabitem, independente do número de pessoas", acrescentando ainda a vedação às "visitas em casas e prédios, exceto pelos seus residentes ou por pessoas que estejam desempenhando atividade ou serviço essencial". Ambos instrumentos legislativos, portanto, parecem ter restringido, por completo, a possibilidade do exercício de convivência ao parente não detentor da guarda ou, em se tratando de guarda compartilhada, aquele a quem não tenha sido atribuída a residência fixa da criança ou adolescente, medida com a qual não concordamos.

Por seu turno, o Decreto n.º 49.017, de 11 de maio de 2020, do Estado de Pernambuco[30], determinou, no período de 16 a 31 de maio de 2020, a restrição de entrada, saída e circulação de veículos e pessoas nos municípios de Recife, Olinda, Camaragibe, São Lourenço da Mata e Jaboatão dos Guararapes, trazendo expressamente como exceção a esta limitação a permissão para a "con-

---

[27] INSTITUITO BRASILEIRO DE DIREITO DO CONSUMIDOR. *Coronavírus:* Entenda o que muda com o decreto de lockdown. Disponível em: https://idec.org.br/dicas-e-direitos/coronavirus-entenda-o-que-muda-com-o-decreto-de-lockdown

[28] PARÁ. *Decreto n.º 729, de 5 de maio de 2020*. Disponível em: https://www.sistemas.pa.gov.br/sisleis/legislacao/5578

[29] AMAPÁ. *Decreto n.º 1.726, de 15 de maio de 2020*. Disponível em:

[h]ttps://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=395511

[30] PERNAMBUCO. *Decreto n.º 49.017, de 11 de maio de 2020*. Disponível em: https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=395175

dução de menores de idade entre as residências dos responsáveis pela guarda compartilhada", o que se coaduna aos preceitos do compartilhamento no que diz respeito à responsabilização conjunta e ao exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivem sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

Diante de todo este cenário, o exercício do direito de convivência com os filhos por pais separados se apresentou como um dos primeiros conflitos a demandar novos acertos e, quando o entendimento não se mostrou possível, a apreciação do Poder Judiciário foi o único caminho possível para regulamentar estas situações. Sobre o assunto, José Fernando Simão escreveu que "o dia 13 de março de 2020 foi, para o Brasil, o último dia de uma antiga realidade que vou chamar de Realidade A", dando início à Realidade B, na qual "a simples sobrevivência deixa de ser óbvia" e que passou a exigir do "Direito, em especial do Direito de Família, uma nova concepção e novos paradigmas" que poderiam impor escolhas trágicas, mas sempre provisórias, na medida em que "o caos vivido na realidade B cessará com o fim da pandemia, com a descoberta de uma vacina ou mesmo de um medicamento que reduza a letalidade". O autor ainda ressalta a crueldade da Covid-19, "pois, em sua democracia tanatológica, é transmitida, muitas vezes, por quem mais amamos, por meio de gestos de afeto e de carinho: beijos, abraços e toques"[31].

Não obstante concordar com as considerações acima expostas, o que se defende, desde já, neste artigo é que a determinação do isolamento – e até mesmo de "*Lockdown*"-, não deve ser causa, por si só, para suspensão do exercício do direito de convivência entre pais separados e seus filhos, sob argumento de que a alternância de residências deixaria as crianças e adolescentes mais expostos ao contágio. Neste mesmo sentido, Mário Luiz Delgado afirma que "a suspensão pura e simples da convivência física de qualquer genitor jamais poderá ser a primeira alternativa, devendo-se atentar para as particularidades de cada situação"[32].

Neste sentido, seria necessária a observância de outros fatores a fim de garantir que não se sacrifique a convivência familiar de forma profunda e desarrazoadamente, com vistas à manutenção do melhor interesse da criança e do

---

[31] SIMÃO, José Fernando. Direito de família em tempos de pandemia: hora de escolhas trágicas. Uma reflexão de 07 de abril de 2020. In: *Coronavírus: impactos no direito de família e sucessões.* NEVARES, Ana Luiza Maia; XAVIER, Marília Pedroso; MARGAZÃO, Silvia Felipe (coords.). Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020, p. 03-09.

[32] DELGADO, Mario Luiz. As propostas legislativas para enfrentar a pandemia e o legado do vírus para o futuro do direito de família e das sucessões. In: *Coronavírus*: *impactos no direito de família e sucessões*. NEVARES, Ana Luiza Maia; XAVIER, Marília Pedroso; MARGAZÃO, Silvia Felipe (coords.). Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020, p. 18.

adolescente. Sobre este aspecto, salutar transcrever a preciosa lição de Joyceane Bezerra de Menezes e Ana Mônica Anselmo de Amorim, para quem:

> "na apuração do que seja o melhor interesse da criança deve-se observar a totalidade dos direitos da criança e não apenas a sua saúde física. Em momentos tão inusitados como os que vivemos, também é fundamental zelar pela saúde emocional e psíquica que podem ser prejudicadas com a ruptura do convívio familiar"[33].

Com vistas à adoção da solução que melhor harmonize os interesses envolvidos, na manutenção ou alteração das regras de convivência durante este período de pandemia deve ser observado, por exemplo, o estado de saúde dos pais e, em especial, da criança e de pessoas que com ela convivam no ambiente familiar e que integrem o grupo de risco; as condições de trabalho dos genitores ou pessoas que coabitam na mesma residência destes, ou seja, se desempenham atividade essencial, especialmente ligadas à área da saúde, se precisam se deslocar com frequência em virtude do trabalho e as condições em que se dá este deslocamento, se estão em *home office* ou em teletrabalho; se o translado da criança ou adolescente ocorrerá por meio de transporte público ou particular; as condições do local onde se dará a convivência; o interregno do período de convivência, devendo-se privilegiar o estabelecimento de prazos mais longos a fim de diminuir-se a quantidade de traslados. Ademais, devem ser tomadas todas as medidas de higiene e de preservação da segurança própria e dos filhos, recomendadas pelas autoridades sanitárias e governamentais.

É possível, não obstante, que seja necessário impor a suspensão compulsória do regime de convivência física de um dos pais com seus filhos. Nesta situação, contudo, conforme advertem Fernanda Tartuce e Simone Tassinari, "a limitação não pode significar ruptura de laços: ao menos de maneira eletrônica a convivência deve ser mantida, cabendo ao guardião zelar para que os contatos sejam frequentes e satisfatórios"[34]. Assim, ainda que através de meios telemáticos, a criança ou adolescente deve manter contato contínuo com aquele pai/mãe de cujo convívio físico fora temporariamente afastado, desde que este contato virtual não perturbe a rotina de estudo ou de descanso do filho. Alerta Ana Carla

---

[33] MENEZES, Joyceane Bezerra de; AMORIM, Ana Mônica Anselmo. Os impactos do Covid-19 no direito de família e a fratura do diálogo e da empatia. In: *Coronavírus*: *impactos no direito de família e sucessões*. NEVARES, Ana Luiza Maia; XAVIER, Marília Pedroso; MARGAZÃO, Silvia Felipe (coords.). Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020, p. 185.

[34] TARTUCE, Fernanda; TASSINARI, Simone. Exigências de maior responsabilidade parental e ajustes sobre convivência familiar no contexto da pandemia. In: *Coronavírus*: *impactos no direito de família e sucessões*. NEVARES, Ana Luiza Maia; XAVIER, Marília Pedroso; MARGAZÃO, Silvia Felipe (coords.). Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020, p. 167.

Harmatiuk Matos, Lígia Ziggiotti de Oliveira e Letícia Ziggiotti de Oliveira, por outro lado, que

> a ocupação dos cuidados de crianças e adolescentes ultrapassa o diálogo virtual. A comunicação remota pode servir para a satisfação legítima da preocupação dos genitores com a prole, bem como para contornar a escassez afetiva completa decorrente da ausência de qualquer contato. Não se configura, porém, como medida capaz de compartilhar o efetivo exercício diário de cuidados representados pelo preparo a alimentos, higienização, atendimento aos medos, às dores e à agenda educacional de homeschooling atualmente intensa de algumas crianças e adolescentes[35].

Independentemente da situação em que se encontrem, visando se adequar a esta nova realidade imposta pela pandemia, é preciso que os pais busquem, consensualmente, decidir sobre questões relevantes do filho, mas, não sendo isto possível, a divergência deve ser posta à apreciação do Poder Judiciário, com a participação do Ministério Público, nos termos do art. 1.586.º do Código Civil brasileiro. Feitas estas considerações, passaremos a analisar de que forma esta pandemia e o isolamento social dela decorrente foram concretamente apreendidos pelo Poder Judiciário brasileiro no que diz respeito às decisões acerca do exercício do direito de convivência entre filhos de pais separados no ano de 2020.

3. O estado da arte na jurisprudência brasileira no ano de 2020 sobre direito de convivência entre pais e filhos

A primeira decisão divulgada sobre os reflexos do novo Coronavírus no convívio ente pais e filhos, datada de 12 de março de 2020 e proveniente da 7.ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, suspendeu temporariamente o direito de convivência de um pai, que havia viajado recentemente à Colômbia e El Savador, com sua filha de 02 (dois) anos portadora de problemas respiratórios graves. Apesar de, no período da realização da viagem, a Colômbia ter registrado apenas nove casos de Covid-19 e El Salvador não ter nenhuma ocorrência da doença, as advogadas da mãe requerente argumentaram acerca do risco proveniente do trânsito por aeroportos movimentados, com viajantes de diversos países. O pedido formulado pela mãe da criança consistia na suspensão das visitas do pai à filha até o dia 21 de março, data em que encerraria

[35] MATOS, Ana Carla Harmatiuk; OLIVEIRA, Lígia Ziggiotti de; OLIVEIRA, Letícia Ziggiotti de. Construção de convivência parental adequada em tempos de Covid-19: entre demandas jurídicas e recomendações médicas. In: *Coronavírus*: *impactos no direito de família e sucessões.* NEVARES, Ana Luiza Maia; XAVIER, Marília Pedroso; MARGAZÃO, Silvia Felipe (coords.). Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020, p. 262.

o prazo de quarentena de 15 (quinze) dias após sua chegada ao Brasil, ofertando compensação pela convivência não realizada no período.

Negado em primeiro grau, o pedido de suspensão temporária foi acolhido em segunda instância, em carácter liminar, tendo sido levado em consideração, para tanto, o quadro de saúde da criança, que, em menos de 12 meses, teve duas broncopneumonias e diversos outros problemas respiratórios, que demandaram uso ininterrupto de antibióticos pelo período de 01 (um) ano, além do fato de não ter sido reconhecida a possibilidade de grande prejuízo se a criança permanecesse mais nove dias sem ver o pai. Considerou ainda a decisão, que, a partir de 21 de março, o pai deveria voltar a exercer o convívio físico com a filha normalmente, caso não viesse a apresentar nenhum dos sintomas da gripe causada pelo Coronavírus[36]. Na esteira do que foi defendido no tópico anterior, entendemos que a decisão foi bastante razoável, na medida em que privou a criança da convivência com o pai por um motivo justificado (exposição a ambiente potencialmente contaminado) e pelo tempo estritamente necessário para garantir a proteção da sua saúde e vida (nove dias).

Outra decisão acertada sobre a matéria, datada de 20 de março de 2020, proveniente da 3.ª Vara de Família e Sucessões de Curitiba, também acolheu o pedido de suspensão da visitação paterna à criança enquanto perdurassem as restrições do poder público que objetivam minimizar a disseminação do Coronavírus. Neste caso, a guarda da criança, firmada anteriormente por meio de acordo provisório em audiência de conciliação, havia sido atribuída unilateralmente à mãe, estabelecendo-se o direito de convivência do pai em finais de semanas alternados, de forma monitorada pela mãe ou pelos avós maternos, a ser realizado no shopping Mueller ou no Parque Bacacheri às 14h dos domingos, com tempo de duração de até 3 horas, podendo aquele se fazer acompanhar dos avós paternos.

Como justificativa para o acolhimento da pretensão autoral, a decisão ponderou vários argumentos: a criança de 03 (três) anos de idade reside com a mãe e avó materna, que conta com 54 anos de idade, é hipertensa e anêmica, estando, pois, no grupo de risco; as visitas ocorriam em locais públicos, onde o trânsito de pessoas sofreu restrições por recomendação do Poder Público e oferecem grande risco de contaminação; e o uso de transporte coletivo pelo pai para a sua locomoção. A decisão, contudo, fez questão de frisar que o convívio da criança não deveria ser rompido por completo com nenhum dos pais, devendo ser mantido, em relação ao não guardião, de forma virtual, por meio de vídeo

[36] ANGELO, Thiago. *Por medo do coronavírus, pai é impedido de ver filha após voltar da Colômbia*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-mar-13/desembargador-proibe-pai-ver-filha-risco-coronavirus

chamada nos mesmos dias de visitação acordados entre as partes[37]. A decisão, contudo, não indicou um termo final preciso para a medida de suspensão das visitas, ponto com o qual discordamos, na medida em que, diante das incertezas da duração do estado de pandemia – que perdura há mais de um ano -, a criança poderia ficar indefinidamente sem convívio presencial com o pai, razão pela qual defendemos que deveriam ter sido buscadas alternativas viváveis e com risco reduzido para o exercício do direito de convivência familiar.

De outro norte, ainda no mês de abril, a 12.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, julgou procedente um agravo de instrumento para reestabelecer a convivência paterna com a criança, que havia sido suspensa em razão da pandemia pelo COVID-19. A decisão de 1.º grau asseverou que, "embora o direto a convivência familiar seja assegurado constitucionalmente, o referido direito pode sofrer restrições em situações graves", não havendo dúvidas que o cenário de emergência pública sanitária causado pelo novo Coronavírus caracteriza tal "situação extraordinária grave que justifica a suspensão temporária da convivência presencial entre a menor e o pai", inclusive pelo fato de a criança residir com a avó materna, ambas do grupo de risco, esta em razão da idade e aquela por ser asmática e ter tratado recentemente a gripe H1N1. Nas razões do recurso, o pai requereu a alteração da metodologia de visitação enquanto perdurassem as orientações de isolamento social, justificando o pedido com informação de que realiza, desde o ano de 2014, *home office* e que havia alterado a sua rotina e os cuidados desde o início da pandemia.

Diante dos fatos narrados, a decisão colegiada destacou que o provimento judicial agravado deixou de sopesar as realidades de cada um dos lares em que está inserida a rotina da criança e que a manutenção da convivência afetiva presencial com sua filha não colocaria "a saúde dela e dos próximos em risco – mais ou menos do que tem junto à mãe". Ademais, apesar de a decisão agravada garantir a compensação posterior dos dias não usufruídos, como não se tem certeza de quando a rotina será reestabelecida, isto poderia "resultar em um ciclo indeterminado de prorrogações que, quando eventualmente acabasse, os dias a serem compensados para o pai poderiam prejudicar a convivência com a mãe". Por esta razão, ficou determinada a convivência alternada aos pais pelo prazo de 15 (quinze) dias consecutivos, garantindo-se, não obstante, que não haja prejuízo de contatos com o genitor que não estiver responsável pela convivência, através da internet[38], posicionamento que se coaduna com o entendimento defendido

---

[37] ADVOCACIA JFGONTIJO. *Processo nº Autos nº. 0018199-09.2019.8.16.0188, da 3ª Vara De Família e Sucessões de Curitiba*. Disponível em: https://www.facebook.com/jfgontijo/posts/2914218071960495

[38] INSTITUITO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES (IBDFAM). *Agravo de instrumento nº 1.394.041-1,TJ/PR*. Disponível em: http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Decis%C3%A3o%20Covid-19.pdf

neste artigo de que a suspensão é medida excepcional que somente se justificará se houver risco concreto à criança ou a terceiro.

Neste sentido, em 26 de junho de 2020, a 4.ª Vara de Família de Salvador acolheu o pedido suspensão temporária das visitas de um pai a seu filho menor, considerando o estado de saúde da criança e de sua mãe, assim como o comportamento irresponsável do pai. Na petição inicial a mãe requerente expôs ser portadora de problemas respiratórios graves, hipertensão arterial sistêmica, insuficiência renal crônica, enquanto que o filho é portador de doença respiratória grave, asmático, enquadrando-se ambos, pois, no grupo de alto risco do COVID-19. Acontece que o pai da criança vinha desprezando as orientações da Organização Mundial de Saúde e Decretos do Poder Público, realizando viagens para outros estados, recebendo visitas em sua residência, visitando e participando de aniversários de amigos e familiares, submetendo, portanto, o filho a contatos com diversas pessoas, de modo a colocar em risco a criança e sua genitora.

Levando em consideração tais fatos, a decisão, de forma cautelosa e razoável, afirmou que, apesar de a convivência familiar ser de extrema importância e dever ser garantida, "é imprescindível que o convívio ocorra de forma saudável, assegurando que o infante esteja protegido em todos os aspectos". Não obstante, a sentença assegurou a convivência paterno-filial, através de contato virtual ou telefônico, a fim de que a suspensão do contato físico não viesse a implicar "a fragilização do vínculo afetivo"[39].

Mais uma decisão que teve o cuidado de analisar as particularidades do caso concreto para fins de estabelecimento do direito de convivência foi publicada no mês de julho, proveniente da 4.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Mato Grosso. Nesta demanda, o pai das crianças havia ingressado com uma ação para alteração da modalidade de guarda (de compartilhada para unilateral) e para suspensão do convívio da mãe com os filhos, sob argumento do alto risco de sua contaminação pelo fato daquela trabalhar como técnica de enfermagem em um hospital. Acontece que a mãe agravante trabalha num hospital que não oferece pronto atendimento e que não é destinado a pacientes com Covid-19, acrescido da circunstância de trabalhar no setor denominado "Centro de Material e Esterilização", responsável pela limpeza, esterilização e desinfecção dos produtos e instrumentos utilizados pelos médicos, sem nenhum contato com os pacientes.

O colegiado, então, determinou a manutenção da guarda compartilhada acordada judicialmente na ação de divórcio, levando em consideração que o simples fato da mãe trabalhar em hospital não deveria ser usado como justificativa para sua modificação, na medida em que não restou demonstrado que, em

[39] INSTITUITO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES (IBDFAM). *Suspensão direito de visitas*. Disponível em: http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Suspens%C3%A3o%20direito%20de%20visitas-COVID19(1).PDF

razão da atividade que exerce, expusesse os filhos ao risco de contrair a doença, assim como por não haver data prevista e nem muito menos definida para que esta situação termine. A decisão, inclusive, afirma que "interpretar o caso de forma diferente seria impedir o exercício do direito de guarda de todos os profissionais da área da saúde". Salutar trazer a lume outro trecho desta mesma decisão, que aqui destacamos:

> "A permanência das crianças por tempo indefinido com apenas um dos pais fere os princípios da corresponsabilidade e da proteção integral e pode trazer consequências danosas para sua segurança e desenvolvimento, já que gera angústia, dor e sofrimento. A ausência física tem reflexos psicológicos muitas vezes irreversíveis e pode até mesmo, dependendo da idade, ser interpretada como se tratasse de morte"[40].

Outro litígio envolvendo direito de convivência se deu quando, durante a pandemia, uma mãe decidiu viajar com sua filha para a casa de seus pais, localizada na cidade de Dourados/MS, município diverso daquele de seu domicílio (Cuiabá), sem a concordância do pai, sob alegação de que em uma cidade menor, onde o foco da doença ainda não havia se alastrado, estaria melhor resguardado o bem estar da criança. Submetido o caso à apreciação judicial, a 1.ª Vara Especializada de Família e Sucessões de Cuiabá decidiu por não acolher o pedido da mãe de mudança temporária de domicílio e consequente suspensão da convivência paterno-filial, sob argumento de que os genitores não possuem comorbidades e se encontram na plenitude do exercício do poder familiar, somando-se a isto o fato de não haver um período definido para o término do isolamento imposto, motivo pelo qual não haveria razoabilidade em se concordar com um distanciamento por tempo indeterminado, o que poderia colocar a criança em situação de angústia pela ausência de entendimento da situação em função da sua idade.

O juízo, então, determinou o retorno da mãe com a criança à cidade de Cuiabá, num prazo máximo de 05 (cinco) dias, para fins de pronto restabelecimento da convivência patena e respeito à guarda compartilhada, sob pena de busca e apreensão da infante, devendo-se, contudo, no interregno até a chegada da criança, ser garantido que o pai tenha contato com sua filha por meio digital, bem como, ser-lhe prestadas todas as informações sobre a criança. Não obstante, foi acolhido o pedido de alteração dos dias de convívio paterno, enquanto a mãe

[40] INSTITUITO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES (IBDFAM). *Agravo Regimental n.º 1008329-06.2020.8.11.0000, TJ/MT*. Disponível em: http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/TJMT%20-%20GUARDA%20COMPARTILHADA%20EM%20TEMPOS%20DE%20PANDEMIA(1).pdf

não retornar às suas atividades escolares, que se encontram suspensas presencialmente em razão da pandemia [41].

Em 16 de setembro de 2020, a 4.ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Mato Grosso decidiu não suspender as visitas presenciais ao filho simplesmente pelo fato do pai ser músico, na medida em que não restou não demonstrado que essa atividade expunha a criança ao risco de contrair a doença. A decisão consignou que o setor de eventos (shows) se encontra paralisado, assim como não há data prevista nem muito menos definida para cessar o período de isolamento social, razão pela qual não caberia falar em compensação posterior dos dias de convívio exclusivo com a guardiã, "pois não há como recuperar o tempo que passou, e os momentos não se repetem". Assim, a despeito da criança ter problemas respiratórios, o colegiado afirmou que

> "a permanência das crianças por tempo indefinido com apenas um dos pais fere os princípios da corresponsabilidade e da proteção integral e pode trazer consequências danosas para sua segurança e desenvolvimento, já que gera angústia, dor e sofrimento. A ausência física tem reflexos psicológicos muitas vezes irreversíveis e pode até mesmo, dependendo da idade, ser interpretada como se tratasse de morte"[42].

Percebe-se, portanto, que apesar de o Brasil estar passando por uma pandemia viral, não havendo cura e a aplicação do medicamento imunizante ainda estar distante de garantir a minimização do contágio de forma segura, tal circunstância não deve ser tomada como causa suficiente para modificação da guarda ou do regime de convivência entre pais e filhos, sendo necessário atentar para as particularidades de cada situação, sendo o afastamento compulsório somente recomendável quando a convivência apresentar real risco à saúde da criança ou de terceiros. Não obstante, é possível encontrar decisões adotando entendimento diverso.

A título de exemplo, em data de 16 de abril, a 7.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, manteve a suspensão da convivência familiar presencial de um pai com seu filho de 04 (quatro) anos até 30/04/2020, em razão da pandemia causada pelo novo Coronavírus. A convivência havia sido acordada para acontecer em finais de semanas alternados, com pernoite, das 10h de sábado às 18h de domingo, bem como alternando-se os feriados, além da visitação em dois turnos semanais. Com a sua suspensão, o pai recorrente alegou

---

[41] INSTITUITO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES (IBDFAM). *Decisão retorno convívio paterno filia*l. Disponível em: http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Decis%C3%A3o%20Retorno%20Conv%C3%ADvio%20Paterno-filial%20-%20com%20tarja.pdf

[42] INSTITUITO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES (IBDFAM). *Agravo de Instrumento n.º 1014503-31*. Disponível em: Acórdão AI 1014503-31 - PEDIDO DE SUSPENSÃO DAS VISITAS DO GENITOR NA FORMA PRESENCIAL - com tarja.pdf (ibdfam.org.br)

que a visitação presencial não importaria em risco para a criança, na medida que seriam tomadas todas as providências de proteção recomendadas e que o deslocamento do filho não se daria através de transporte público. O tribunal, contudo, considerou que, diante da situação excepcional imposta pelo advento da pandemia de Covid-19 e necessidade de distanciamento social, a manutenção do convívio com o pai iria acarretar eventual exposição da criança, com quatro anos de idade, aos riscos inerentes à doença, havendo possibilidade de compensação das visitas oportunamente. Neste sentido, a decisão consigna que

> "Tal é o contexto que admite sacrificar o cotidiano que se desfrutava antes da pandemia, seja como forma de proteção das crianças mesmas, pois que embora menos vulneráveis não estão imunes aos riscos da Covid-19, seja para prevenir que, uma vez contaminadas as crianças, mesmo assintomaticamente, transmitam o vírus infectando seus familiares e impactando o conjunto da sociedade"[43].

Ainda de acordo com os autos, o contato entre pais e filhos pode ser facilmente adaptado para o convívio virtual, devendo ser disponibilizado diariamente um horário a ser ajustado entre as partes para a sua realização, o que minimizaria o risco de contágio e seria uma forma de garantir o convívio parental, "especialmente necessário às crianças nesse momento em que estão sob o impacto psicológico da pandemia". Acontece que, não há qualquer outro aspecto além das restrições decorrentes do isolamento social a justificar tal medida e a própria decisão declara que não há "qualquer indicação de que o agravante possa descumprir as determinações de isolamento social", razão pela qual entendemos que a decisão, apesar de somente interromper o direito de convivência por cerca de 15 (quinze) dias, não foi acertada.

A solução mais adequada ao caso nos parece que poderia ter sido a adoção de um regime de convivência mais amplo para ambos os pais, o que diminuiria a quantidade de vezes que a criança seria transportada da residência de um deles a do outro. Destaque-se, que a referida decisão consagrou, por fim, ausência de qualquer impedimento para que as partes, "urbanamente e tomando os cuidados necessários e amplamente divulgados pelos órgãos de segurança,

[43] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. Justiça suspende visitas paternas temporariamente para evitar disseminação do coronavírus. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2020/abril/coronavirus-desembargador-suspende-temporariamente--visitas-de-pai-a-filha-menor-de-idade

ajustem visitação presencial do genitor, desde que de forma esporádica"[44], o que reforça o argumento aqui defendido.

Após analisar os fatos e fundamentos de todas estas decisões, mostra-se oportuno colacionar preciosa lição de Zeno Veloso e Marcelo Uriel Kairalla para quem deve se evitar "cair na tentação das escolhas fáceis, pois a pandemia é um momento em que as escolhas fáceis costumam representar soluções piores do que o problema".[45] Num momento em que a pandemia decorrente da COVID-19 coloca em conflito dois direitos fundamentais, de um lado, o da criança conviver com sua família, especialmente com seus pais, e de outro, o dever de preservar a sua saúde, com absoluta prioridade, é preciso ter prudência e razoabilidade na escolha da solução que melhor atenda aos interesses das partes envolvidas, especialmente das crianças e adolescentes, assegurando sua proteção integral tanto na esfera física, quanto moral e psíquica.

Conclusão

A convivência dos filhos com seus pais e demais familiares é um direito garantido constitucionalmente, mas passível de sofrer restrições nas hipóteses que coloquem em risco a proteção integral da criança e do adolescente, que também possui previsão constitucional.

Não se pode perder de vista que o exercício do direito de convivência, além de um direito dos pais, é uma necessidade da criança, para sua formação psíquica e social, razão pela qual toda essa situação vivida no País em face da pandemia decorrente do Novo Coronavirus não pode, e não deve, ser usada como subterfúgio para a supressão total da convivência familiar com o pai ou mãe não guardião ou, no caso de guarda compartilhada, com aquele com quem a criança ou adolescente não reside de maneira fixa, sob pena de dano irreparável ao pai ou mãe afastado do convívio físico, ainda que haja manutenção de contato virtual, e sobretudo ao filho.

A suspensão da convivência física com um dos pais e a mera previsão de convivência virtual ao outro não deve ser, a despeito da mais "fácil", a única solução para o enfrentamento da peculiar situação determinada pelo Novo Coronavirus, nem quando determinada eventual compensação posterior dos dias

---

[44] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. *Justiça suspende visitas paternas temporariamente para evitar disseminação do coronavírus*. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2020/abril/coronavirus-desembargador-suspende-temporariamente-visitas-de-pai-a-filha-menor-de-idade

[45] VELOSO, Zeno; KAIRALLA, Marcelo Uriel. Direito das famílias e das sucessões: reflexos em tempos de pandemia. *In:* Coronavírus: impactos no direito de família e sucessões. NEVARES, Ana Luiza Maia; XAVIER, Marília Pedroso; MARGAZÃO, Silvia Felipe (coords.). Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020, p. 44.

não usufruídos pelo não guardião, pois, passado mais de um ano do início da pandemia, não se tem certeza de quando a rotina será reestabelecida e também porque isso poderia resultar em um ciclo indeterminado de prorrogações que, quando eventualmente acabasse, os dias a serem compensados pelo não guardião ou não detentor da residência fixa do filho poderiam prejudicar a convivência com aquele que ficou com a guarda física da criança ou adolescente.

Quando possível, deve ser estabelecida uma convivência física alternada aos pais, por prazos mais extensos (a exemplo da regulação do período de férias escolares), garantindo-se que não haja prejuízo de contatos com o genitor que não estiver responsável pela convivência, através da internet, na medida em que isso importa uma menor exposição ao risco de contágio da criança no seu deslocamento, assim como reparte as responsabilidades parentais, sem sobrecarregar um em detrimento do outro. O afastamento físico compulsório somente seria recomendável, portanto, quando a convivência apresentar real risco à saúde da criança ou de terceiros, pois a virtualização da relação familiar não visa substituir o real e efetivo exercício da responsabilidade parental, mas deve tão somente minimizar os efeitos negativos do afastamento físico, na medida em que este não significa distanciamento afetivo.

Cada situação envolvendo conflitos relativos ao exercício do direito de convivência familiar, num momento de crise como a que ainda estamos vivenciando, exige uma resposta particular do Poder Judiciário, o que significa que uma decisão não será a mesma para todos os casos, devendo, portanto, ser analisadas as peculiaridades de cada circunstância concreta, a fim de ser viabilizada a solução que melhor atende aos interesses e a proteção integral da criança e do adolescente. A pandemia, por si só, não deve servir de fundamento para afastar os filhos do convívio presencial e afetivo com seus pais.

Referências

A. C. CAMARGO CANCER CENTER. *Covid-19*: um glossário com 22 termos para você conhecer. Disponível em: https://accamargo.org.br/noticias/covid-19-um-glossario-com-22-termos-para-voce-conhecer. Acesso: 29/07/2020.

ANGELO, Thiago. *Por medo do coronavírus, pai é impedido de ver filha após voltar da Colômbia*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-mar-13/desembargador-proibe-pai-ver-filha-risco-coronavirus. Acesso: 28/07/2020.

CRUZ, Elisa. Guarda e convivência em dituações excepcionais: a prevalência do cuidado sobre a convivência física. *In: Coronavírus: impactos no direito de família e sucessões.* NEVARES, Ana Luiza Maia; XAVIER, Marília Pedroso; MARGAZÃO, Silvia Felipe (coords.). Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.

DELGADO, Mario Luiz. As propostas legislativas para enfrentar a pandemia e o legado do vírus para o futuro do direito de família e das sucessões. In: *Coronavírus*: *impactos no direito de família e sucessões.* NEVARES, Ana Luiza Maia; XAVIER, Marília Pedroso; MARGAZÃO, Silvia Felipe (coords.). Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil,* volume 5: famílias, 10. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MADALENO, Rolf. *Direito de família*, 7ª ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk; OLIVEIRA, Lígia Ziggiotti de; OLIVEIRA, Letícia Ziggiotti de. Construção de convivência parental adequada em tempos de Covid-19: entre demandas jurídicas e recomendações médicas. In: *Coronavírus*: *impactos no direito de família e sucessões.* NEVARES, Ana Luiza Maia; XAVIER, Marília Pedroso; MARGAZÃO, Silvia Felipe (coords.). Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; AMORIM, Ana Mônica Anselmo. Os impactos do Covid-19 no direito de família e a fratura do diálogo e da empatia. In: *Coronavírus*: *impactos no direito de família e sucessões.* NEVARES, Ana Luiza Maia; XAVIER, Marília Pedroso; MARGAZÃO, Silvia Felipe (coords.). Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.

NEVES, Úrsula. *Ministério da Saúde declara transmissão comunitária em todo o país.* Disponível em: https://pebmed.com.br/ministerio-da-saude-declara-transmissao-comunitaria-em-todo-o-pais/. Acesso: 29/07/202

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SIMÃO, José Fernando. Direito de família em tempos de pandemia: hora de escolhas trágicas. Uma reflexão de 07 de abril de 2020. In: *Coronavírus*: *impactos no direito de família e sucessões*. NEVARES, Ana Luiza Maia; XAVIER, Marília Pedroso; MARGAZÃO, Silvia Felipe (coords.). Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.

TARTUCE, Fernanda; TASSINARI, Simone. Exigências de maior responsabilidade parental e ajustes sobre convivência familiar no contexto da pandemia. In: *Coronavírus*: *impactos no direito de família e sucessões.* NEVARES, Ana Luiza Maia; XAVIER, Marília Pedroso; MARGAZÃO, Silvia Felipe (coords.). Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.

TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Fundamentos do direito civil,* volume 6: direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VELOSO, Zeno. KAIRALLA, Marcelo Uriel. Direito das famílias e das sucessões: reflexos em tempos de pandemia. *In: Coronavírus*: *impactos no direito de família e sucessões*. NEVARES, Ana Luiza Maia; XAVIER, Marília Pedroso; MARGAZÃO, Silvia Felipe (coords.). Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.

Outros documentos consultados

ADVOCACIA JFGONTIJO. *Processo n.º 0018199-09.2019.8.16.0188, da 3.ª Vara De Família e Sucessões de Curitiba*. Disponível em: https://www.facebook.com/jfgontijo/posts/2914218071960495. Acesso: 29/07/2020

AGÊNCIA BRASIL. *Coronavírus: saiba o que é uma pandemia*. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-03/coronavirus-saiba-o-que-e-uma-pandemia. Acesso: 29/07/2020

AGÊNCIA BRASIL. *Vacinação contra a covid-19 começa em todo o país*. Disponível em: Vacinação contra a covid-19 começa em todo o país (ebc.com.br). Acesso: 20/05/2021

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. *Coronavírus*: perguntas e respostas. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/coronavirus/faq. Acesso: 29/07/2020

G1. *Mais de 20% da população no Brasil tomou a primeira dose de vacinas contra Covid*. Disponível em: Mais de 20% da população no Brasil tomou a primeira dose de vacinas contra Covid | Vacina | G1 (globo.com)**.** Acesso: 20/05/2021

INSTITUITO BRASILEIRO DE DIREITO DO CONSUMIDOR (IDEC). *Coronavírus:* Entenda o que muda com o decreto de lockdown. Disponível em: https://idec.org.br/dicas-e-direitos/coronavirus-entenda-o-que-muda-com-o-decreto-de-lockdown. Acesso: 29/07/2020

INSTITUITO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES (IBDFAM). *Decisão retorno convívio paterno filia*l. Disponível em: http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Decis%C3%A3o%20Retorno%20Conv%C3%ADvio%20Paterno-filial%20-%20com%20tarja.pdf. Acesso: 28/07/2020

INSTITUITO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES (IBDFAM). *Suspensão direito de visitas*. Disponível em: http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Suspens%C3%A3o%20direito%20de%20visitas-COVID19(1).PDF. Acesso: 28/07/2020

INSTITUITO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES (IBDFAM). *Agravo Regimental n.º 1008329-06.2020.8.11.0000*. Disponível em: http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/TJMT%20-%20GUARDA%20COMPARTILHADA%20EM%20TEMPOS%20DE%20PANDEMIA(1).pdf. Acesso: 28/07/2020

INSTITUITO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES (IBDFAM). *Agravo de instrumento n.º 1.394.041-1*. Disponível em: http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Decis%C3%A3o%20Covid-19.pdf. Acesso: 21/10/2020

INSTITUITO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES (IBDFAM). *Agravo de Instrumento n.º 1014503-31*. Disponível em: Acórdão AI 1014503-31 - PEDIDO DE SUSPENSÃO DAS VISITAS DO GENITOR NA FORMA PRESENCIAL - com tarja.pdf (ibdfam.org.br). Acesso: 21/10/2020

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Portaria n.º 188, de 04 de fevereiro de 2020*. Disponível em: http://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388. Acesso: 29/07/2020

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Portaria n.º 454, de 20 de março de 2020*. Disponível em: http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-454-de-20-de-marco-de-2020-249091587. Acesso: 29/07/2020

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE. *Folha informativa COVID-19*: Escritório da OPAS e da OMS no Brasil. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acesso: 29/07/2020

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. *Justiça suspende visitas paternas temporariamente para evitar disseminação do coronavírus*. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2020/abril/coronavirus-desembargador-suspende-temporariamente-visitas-de-pai-a-filha-menor-de-idade. Acesso: 28/07/2020

O DESENVOLVIMENTO DE TECNOLOGIAS NO COMBATE AO TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO NO BRASIL

Lucas Isaac Soares Mesquita[1]

RESUMO: A escravidão contemporânea afeta a parcela mais vulnerável da população mundial, a exemplo de mulheres, crianças, refugiados, minorias étnico-raciais, migrantes. Estima-se que 40,3 milhões de pessoas no mundo estão nessas condições, que gera lucros anuais de aproximadamente 150 bilhões de dólares. A ONU e a OIT dispõem de um conjunto de convenções internacionais que estabelecem que as principais modalidades dessa superexploração do trabalhador são a escravidão, o trabalho forçado, o tráfico de pessoas e as formas análogas à escravidão (servidão, servidão por dívidas, casamento forçado e a venda ou exploração infantil). A partir de 1995, o Brasil adotou as recomendações dessas organizações internacionais, o que gerou uma modificação em suas legislações, políticas públicas e, consequentemente, nas relações de trabalho, principalmente nas áreas rurais. Até hoje, foram desenvolvidas tecnologias auxiliares à centralização de dados, realização de denúncias, planejamento de resgates e conscientização dos agentes sociais envolvidos. Aliada à efetivação dos direitos sociais, essas tecnologias hoje são fundamentais para a garantia do direito ao trabalho decente dos cidadãos brasileiros.

PALAVRAS-CHAVE: Trabalho Escravo Contemporâneo; Tecnologias; Políticas Públicas.

[1] Advogado, doutorando em Direito do Trabalho pelo programa de "Administración, Hacienda y Justicia en el Estado Social" da Universidad de Salamanca.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Breve análise acerca do conceito de escravidão contemporânea; 1.1. Escravidão, servidão, trabalhos forçados e tráfico de pessoas: a construção do conceito no mundo; 1.2. Quem é o trabalhador escravizado?; 1.3. Trabalhos forçados, servidão por dívida, jornada exaustivas e condições degradantes: a escravidão contemporânea no Brasil; 2. Como a tecnologia tem atuado no combate ao trabalho escravo contemporâneo? Alguns exemplos; 2.1. Centralização de dados; 2.2. Realização de denúncias e planejamento de resgates; 2.3. Sensibilização e conscientização; Considerações finais; Bibliografia.

ABSTRACT: Modern slavery affects the most vulnerable part of the world's population, such as women, children, refugees, ethnic-racial minorities, and migrants. It is estimated that 40.3 million people in the world live in these conditions, which generates annual profits of approximately 150 billion dollars. UN's and ILO's conventions established that the main forms of this overexploitation of workers are slavery, forced labour, human trafficking, and forms analogous to slavery (servitude, debt bondage, forced marriage and the sale or exploitation of children). Since 1995, Brazil has adopted the recommendations of these international organizations, which generated a modification in its legislation, public policies and, consequently, in labour relations, mainly in rural areas. Today, new technologies are central in the road towards the respect of labor rights and more generally in the respect of fundamental human rights. In fact, they allow the standardization of data collection processes, they simplify the initiatives of complaints and denunciations of slavery, and therefore, allowing a more efficient work of the labor inspectors and, more globally, a wide diffusion and awareness of modern slavery situations.

KEYWORDS: Modern Slavery; Technologies; Public Policies.

SUMMARY: Introduction; 1. A brief analysis of the concept of contemporary slavery; 1.1. Slavery, servitude, forced labour and human trafficking: the construction of the concept around the world; 1.2. Who is the enslaved worker?; 1.3. Forced labour, debt bondage, exhausting working hours and degrading conditions: contemporary slavery in Brazil; 2 How has technology acted in the fight against contemporary slave labour? Some examples; 2.1 Centralization of data; 2.2. Conducting complaints and planning rescues; 2.3. Sensitizing and raising awareness; Final considerations; Bibliography.

Introdução

De acordo com a Secretaria de Inspeção do Trabalho (SIT), entre 1995 e 2020, aproximadamente 55 mil trabalhadores foram resgatados da situação de trabalho análogo ao de escravo no Brasil. No entanto, a ONG *Walk Free* estima que atualmente cerca de 369 mil pessoas ainda sejam escravizadas no país.

Último país da América a abolir a escravidão negra, o Brasil foi um dos primeiros a reconhecer de maneira oficial a permanência dessa forma aviltante de trabalho em seu território. Isso se deveu à atuação de movimentos sociais, ONGs e da sociedade civil que pressionaram organismos internacionais, a exemplo da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Organização Internacional de Trabalho, a fim de que demandassem uma atitude do governo brasileiro.

Dessa forma, a partir de 1995 foram desenvolvidas políticas públicas mais efetivas que passavam pelo fomento à atividade interinstitucional integrada no Grupo de Fiscalização Móvel (iniciativa que agrega auditores fiscais do trabalho, policiais federais, procuradores federais e do trabalho e outros profissionais), a elaboração de Planos Nacionais de Erradicação do Trabalho Escravo, as mudanças na legislação que definia o trabalho em condições análogas à de escravo, a divulgação da lista suja do trabalho escravo e por outras iniciativas que receberam o aval da OIT e da ONU, sendo apontadas como práticas exemplares a serem observadas por outros Estados. No entanto, cortes orçamentários, a Reforma Trabalhista de 2017 e a extinção do Ministério do Trabalho e Emprego, além de outras medidas encampadas pelos dois últimos governos federais, ameaçam os ganhos de 25 anos de políticas públicas de combate ao trabalho escravo.

O presente artigo objetiva investigar como, ao longo desse período, as tecnologias se consolidaram como um suporte ao desenvolvimento de políticas públicas e outras ferramentas de combate ao trabalho escravo contemporâneo no país.

Na primeira parte do estudo, se fará uma análise da definição normativa a nível internacional e interno deste tipo de superexploração ilegal do trabalho para que, em momento posterior, sejam pormenorizadas as principais tecnologias utilizadas na centralização de dados, realização de denúncias e resgates, assim como na sensibilização e conscientização dos agentes sociais.

A metodologia utilizada é a de investigação bibliográfica (de doutrinas) e documental (de legislações, convenções e tratados internacionais, relatórios, entre outros), na qual se fará uma descrição complementada por um estudo valorativo e explicativo das relações e conclusões tomadas.

1. Breve análise acerca do conceito de escravidão contemporânea

A "escravidão contemporânea"[2] é um termo genérico que abarca uma série de práticas ilegais como escravidão, trabalho forçado, tráfico de pessoas e

[2] Ou moderna, do inglês "modern slavery".

formas análogas à escravidão (servidão, servidão por dívidas, casamento forçado e a venda ou exploração infantil)[3].

1.1. Escravidão, servidão, trabalhos forçados e tráfico de pessoas: a construção do conceito no mundo

A expressão guarda-chuva representa a antítese máxima do trabalho decente e "um ataque contra uma sociedade"[4]. Por tal motivo, sua erradicação está presente no objetivo 8, relativo ao trabalho decente e crescimento econômico na Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU)[5], que aduz:

> 8.7. Tomar medidas imediatas e eficazes para erradicar o trabalho forçado, acabar com a escravidão moderna e o tráfico de pessoas e assegurar a proibição e eliminação das piores formas de trabalho infantil, incluindo recrutamento e utilização de crianças-soldado, e até 2025 acabar com o trabalho infantil em todas as suas formas[6].

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), a Fundação Walk Free e a Organização Internacional para Migrações (OIM) divulgaram que no ano de 2016 aproximadamente 40,3 milhões de pessoas foram submetidas à escravidão contemporânea[7]. Se analisados os dados de 2012 a 2016, estima-se que aproximadamente 89 milhões de pessoas tenham vivido alguma forma de escravidão contemporânea, seja por um período de poucos dias até todo o lapso temporal analisado de cinco anos[8].

Os dados econômicos também saltam aos olhos: a escravidão contemporânea gera lucros de pelo menos 150 bilhões de dólares ao ano, demonstrando que esse setor representa um tipo de comércio internacional em ascensão[9]. Considerando as cifras ocultas e a invisibilidade do crime, deve-se ter em conta que esses números podem ser mais altos.

---

[3] ALLAIN, Jean (2012).

[4] BRONSTEIN, Arturo (2019), p. 39.

[5] O documento "Transformando o Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável" consiste num documento firmado por 193 países cujo compromisso central, além da garantia do desenvolvimento sustentável, é "erradicar a pobreza e promover a vida digna para todos, dentro dos limites do planeta". Propõe 17 objetivos e 169 metas a serem cumpridas até o ano de 2030.

[6] ONU (2015).

[7] OIT, Walk Free, OIM, (2017), p. 9.

[8] OIT, Walk Free, OIM, (2017), p. 12.

[9] SAKAMOTO, Leonardo (2020).

De acordo com a Convenção sobre a Escravidão (1926), a escravidão se refere ao "estado ou condição de um indivíduo sobre o qual se exercem, total ou parcialmente, os atributos do direito de propriedade"[10]. Em função da proibição da escravidão de direito, isto é, ao direito de propriedade de uma pessoa sobre outra[11], o conceito que se acabou de apresentar era tido como mera declaração, sendo considerado redundante[12].

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948, da ONU, é outro documento que se manifesta sobre a proibição da escravidão e servidão. Especificamente sobre o tema analisado, o menciona em seu artigo 4.º, trazendo outras contribuições relativas ao direito ao trabalho nos artigos 23.º e 24.º Se em 1926 a Liga das Nações buscava eliminar progressivamente a escravidão, em 1948 a ONU impunha a necessidade de sua erradicação ao reconhecer que "ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas"[13].

Como forma de adequar os fatos sociais com o "paradigma jurídico internacional, convencional e consuetudinário"[14], as diretrizes Bellagio-Harvard[15] analisam que é possível sua execução através do controle completo sobre a vida de uma pessoa ou da realização do poder de posse sobre alguém, também conhecido como o "exercício fático dos atributos ao direito de propriedade"[16]. Desse modo, a escravidão pode se revelar por meio da compra, venda, transferência, doação, violação, uso, gestão e/ou transmissão por herança de uma pessoa sobre outras, o que impede a liberdade de escolha da vítima, combinando as ideias de submissão e de vulnerabilidade[17] com a destruição da personalidade jurídica do escravizado[18].

Um valor comum encontrado entre as modalidades de escravidão contemporânea, antiga e colonial é a "morte civil e social da pessoa", convertida em resíduo humano ou subclasse, resultando na negação e degradação de sua con-

---

[10] Liga das Nações, (1926), p. 11.

[11] Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a escravidão permanecia legal na Arábia Saudita e em outros poucos estados árabes. DOTTRIDGE, Mike (2020), posição 399.

[12] DOTTRIDGE, Mike (2020), posição 388-392.

[13] Art. 4.º ONU (1948).

[14] PÉREZ, Jordi Bonet (2017), p. 190.

[15] As diretrizes Bellagio-Harvard foram sistematizadas em 2012, por cientistas membros de Research Network on the Legal Parameters of Slavery.

[16] ALONSO, Esteban Pérez (2017), pp. 334-335.

[17] ALLAIN, Jean (2012). ALONSO, Esteban Pérez (2017), pp. 334-335.

[18] ALONSO, Esteban Pérez (2017), p. 352.

dição humana[19]. O Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional, entende que a escravidão é um tipo de crime contra a humanidade e, em certos casos, crime de guerra.

A Convenção sobre o Trabalho Forçado (1930) de número 29 da OIT introduziu o conceito de trabalho forçado ou obrigatório[20] como "todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade"[21]. De maneira diversa ao conceito de escravidão, o trabalho forçado não trata diretamente da noção de propriedade, mas de restrição de liberdade sobre o trabalhador[22].

O artigo 1.º da Convenção n.º 105 da OIT registra que os trabalhos forçados ou obrigatórios eram utilizados pelo menos de cinco maneiras:

> (a) como meio de coerção ou de educação políticas ou como castigo por ter ou expressar determinadas opiniões políticas ou por manifestar oposição ideológica à ordem política, social ou econômica estabelecida;
>
> (b) como método de mobilização e utilização da mão de obra com fins de fomento econômico;
>
> (c) como medida de disciplina no trabalho;
>
> (d) como castigo por haver participado de greves;
>
> (e) como medida de discriminação racial, social, nacional ou religiosa[23].

O Protocolo de 2014 relativo ao Convênio sobre trabalho forçado reconhece que essa chaga contribui para a perpetuação da pobreza e que sua proibição compõe o rol de direitos humanos fundamentais. Com vistas a prevenir e erradicá-lo, propõe uma série de medidas de políticas públicas, de educação, informação, proteção e reparação aos mais vulneráveis a serem adotadas pelos Estados, as quais serão aprofundadas mais adiante. Além disso, o Protocolo vincula a questão do tráfico de seres humanos ao trabalho forçado, deixando mais

---

[19] ALONSO, Esteban Pérez (2017), p. 334.

[20] Apesar de serem utilizados como sinônimos nesta investigação e pela maioria de doutrinadores e organismos, cabe assinalar que há quem diferencie o trabalho forçoso do trabalho obrigatório tendo em conta que este seria decorrente de uma obrigação jurídica, que envolve a ameaça de uma pena, enquanto o primeiro estaria vinculado a uma coação física ou moral. VALLEJO, Pilar Rivas (2020), p. 45.

[21] OIT, (1930).

[22] ACNUDH, (2002), p. 12.

[23] OIT, (1957).

evidente a interrelação e a necessidade de erradicar as duas violações a direitos humanos[24].

Por conta da imposição do trabalho e a injusta coação, a manifestação de vontade do trabalhador é desconsiderada, ou seja, ainda que tenha se apresentado voluntariamente para o serviço, caso permaneça neste de maneira forçada ou obrigatória, se vê que não está caracterizada sua liberdade de escolha[25].

Em 2016, o trabalho forçado atingiu aproximadamente 25 milhões de pessoas. Entre as modalidades, constatou-se que 16,06% dos escravos contemporâneos estiveram detidos por autoridades de governos (em atividades impostas por Estados e forças militares), 19,27% foram submetidos à exploração sexual e 64,26% trabalharam em atividades do setor privado, entre as principais o trabalho doméstico, a construção civil, a indústria manufatureira, a agricultura, a silvicultura e a pesca[26].

Em complemento à Convenção de 1926, a Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura, de 1956, explica que a servidão por dívidas, a servidão (servidão da terra ou da gleba[27]), o casamento forçado e a venda e a exploração de crianças (exploração infantil) configuram instituições e práticas análogas à escravidão[28].

A servidão é a circunstância motivada por obrigação legal, costumes, hereditariedade ou qualquer tipo de acordo em que alguém estaria submetido a laborar e viver "numa terra [ou propriedade] pertencente a outra pessoa e a fornecer a essa pessoa, contra remuneração ou gratuitamente, determinados serviços, sem poder mudar sua condição"[29].

Já servidão por dívida é entendida como o estado ou a condição em que uma pessoa, em razão de dívida, se compromete ao fornecimento de "serviços pessoais ou os de alguém sobre o qual tenha autoridade", sem que haja uma avaliação equitativa do valor das atividades realizadas na liquidação da dívida ou

---

[24] OIT, (2017), p. 24.

[25] VALLEJO, Pilar Rivas (2020), p. 48.

[26] Vallejo, (2020), Pilar Rivas p. 10. As atividades privadas de trabalho forçado em que há maior concentração de trabalhadores são, respectivamente: trabalho doméstico (24%), construção civil (18%), indústria de manufatura (15%), agricultura, silvicultura e pesca (11%), atividades de alojamento e serviços alimentares (10%), varejo e comércio (9%), serviços pessoais (7%), mineração e pedreiras (4%) e mendicância (1%), OIT, Walk Free, OIM, (2017), p. 32.

[27] BOSI, Andrea, CARRILLO, Eulogio (2017), p. 1079.

[28] ONU, (1956).

[29] ONU, (1956).

mediante a ausência de limitação do exercício e de sua natureza, criando uma situação de desigualdade e exploração[30].

O casamento forçado é uma prática que atinge diretamente dignidade de um dos cônjuges[31] - em sua expressa maioria, a mulher - que não tem direito à manifestação de sua vontade e ao exercício de autonomia sexual pois, "prometida ou dada em casamento, mediante remuneração em dinheiro ou espécie entregue a seus pais, tutor, família ou a qualquer outra pessoa ou grupo de pessoas", aumenta sua vulnerabilidade e é exposta a possíveis abusos sexuais e físicos por parte de seu cônjuge. Há casos em que pelo ato do casamento, o outro cônjuge (marido) e seus familiares adquiririam direitos à cessão a terceiros, podendo repassar a esposa por sucessão[32].

A venda ou exploração de crianças é tida como a prática ou instituição em que uma criança ou adolescente é "entregue, quer por seus pais ou um deles, quer por seu tutor, a um terceiro, mediante remuneração ou sem ela, com o fim da exploração da pessoa ou do trabalho da referida criança ou adolescente"[33].

O tráfico de pessoas está definido pelo Protocolo adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial mulheres e crianças, de 2000, da ONU. Neste sentido, o artigo 3.º do mencionado instrumento explica que se refere ao

> recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura ou a remoção de órgãos[34].

O tráfico de pessoas pode ser entendido a partir de três etapas: (a) os atos, relativos ao recrutamento, ao transporte e ao alojamento; (b) os meios, ou seja, a recorrência ao uso de algum tipo de violência para manter o domínio sobre a

[30] ONU, (1956).

[31] Ainda que na Convenção em análise esteja expressamente escrito "a mulher", em menor proporção, os homens também estão propensos ao casamento forçado.

[32] ONU, (1956).

[33] ONU, (1956).

[34] ONU, (2000).

vítima; e (c) a finalidade, de exploração do trabalho, sexual, física, entre outras[35]. Pressupõe-se, portanto, que o tráfico implica na exploração da pessoa para uma outra atividade, sendo esta considerada mercadoria. Cada vez mais se evidencia que "onde há trabalho escravo, está configurado o tráfico de pessoas"[36].

Os esforços despendidos pelas organizações internacionais fizeram com que a proibição à escravidão constasse na noção de direito internacional consuetudinário e que suas normas possuam carácter *jus cogens*[37].

Por *jus cogens* pode-se entender a norma que é caracterizada como "imperativa e universal de Direito Internacional, que obriga os Estados no seu conjunto", compondo os interesses gerais de uma ordem pública internacional[38]. Erige-se uma obrigação *erga omnes* de proibição à escravidão, isto é, um direito humano fundamental absoluto de não ser escravizado nem submetido a qualquer outra forma de escravidão contemporânea, que não pode ser renunciado nem derrogado[39]. Estados, consequentemente, governos e particulares devem assumir a responsabilidade de não cometer atos de escravização de pessoas. Para os agentes estatais, decorre ainda um dever positivo de viabilizar o direito mencionado na prática, por meio da criação de políticas públicas, repressão e punição dos agentes escravocratas[40]. Sendo universalmente exigíveis, quando inobservada as obrigações *erga omnes* dão margem à busca por reparação.

1.2. Quem é o trabalhador escravizado?

A situação de desigualdade, exclusão social, discriminação e ausência de direitos fundamentais básicos (conferidos pela negligência governamental e normativa) fazem com que a vulnerabilidade e a pobreza apareçam como elementos comuns às pessoas submetidas à escravidão contemporânea, que estão mais suscetíveis a sofrer todo tipo de violência e miséria. Em outras palavras,

> "Hoje, igual ao século XIX, há gente disposta a trabalhar em condições degradantes em troca de cama e comida. Há milhões de mulheres jovens que são seduzidas por agentes da indústria do sexo, vendidas como corpos e trancadas em prostíbulos, (...) trabalhadores sem poder de negociação e sem direitos sociais, (...) pessoas descartáveis que não são outra coisa que resíduos humanos contidos tanto nos campos de refugiados quanto nos subúrbios

[35] BRONSTEIN, Arturo (2019), p. 15.

[36] BIGNAME, Renato (2020), posição 1545.

[37] ACNUDH, (2002), p. 3.

[38] PEREIRA, Antonio Celso Alves (2017), p. 35.

[39] ALONSO, Esteban Pérez (2017)., p. 351.

[40] BOSI, Andrea, CARRILLO, Eulogio (2017), p. 1076.

> das megalópoles (...). Vivemos em um mundo que exalta e reconhece a dignidade de todos os seres humanos mas que assiste impassível à morte por subalimentação de milhões de pessoas todos os anos, em países devastados pela dívida e nos quais se privatizam as terras"[41].

Entre aqueles que correm mais riscos de ser expostos à situação de escravidão contemporânea estão mulheres e crianças; trabalhadores migrantes (principalmente em situação irregular), refugiados e apátridas[42]; minorias econômicas, étnico-raciais, de orientação/identidade de gênero, religiosas ou de qualquer outro tipo que estejam subjugadas a uma maioria que não respeita as diferenças; povos indígenas ou quilombolas; pessoas com deficiência; pessoas mais velhas; moradores de rua, sem teto ou sem terras[43].

É importante pontuar que a vulnerabilidade e a pobreza não são fatores abstratos gerados de forma espontânea, mas decorrentes de decisões políticas "que limitam a liberdade e a participação, criando obstáculos para uma justa distribuição dos recursos e de oportunidades"[44].

A invisibilidade desses grupos faz com que haja uma percepção social de que essas pessoas "não merecem a atenção do Estado nem da sociedade em geral, tendo em conta que muitas vezes são migrantes em situação irregular e outras pertencem aos escalões mais baixos da sociedade de um país a quem o resto da sociedade mira com indiferença ou desprezo"[45].

Dizer que a escravidão contemporânea é um fenômeno global, significa enxergar elementos estruturais que contribuem nesse processo para mais além das individualidades[46]. Existem variáveis mais globais que apontam a probabilidade da existência de sujeição ao escravismo, como a devastação ambiental, a corrupção, "guerras e conflitos, corrupção nos governos, fracasso do Estado de Direito, elevados níveis de discriminação, migrações forçadas, pobreza, insuficiência ou inexistência de educação e acesso à saúde, além de fatores culturais como a misoginia (...)"[47].

Em alguns países, a justificativa da tradição cultural e dos costumes vai encontrar terreno fértil para continuar sendo reproduzida, o que leva alguns Es-

---

41 FERNÁNDEZ, José Antonio Navarra (2017)., pp. 142-143.

42 Apátrida é a pessoa "que não seja considerada por qualquer Estado, segundo a sua legislação, como seu nacional". ONU, (1954).

43 ONU, (2020), p. 4. BHOOLA, Urmila (2017), pp. 57-58.

44 FERNÁNDEZ, José Antonio Navarra (2020), pp. 203-204.

45 BRONSTEIN, Arturo (2019), p. 36.

46 RAMÍREZ, Federico (2017), p. 82.

47 BALES, Kevin (2020), posição 2407.

tados a argumentar que a ONU ou a OIT não teriam direito a mudar. Entende-se que esse tipo de raciocínio não deve ser validado, tendo em conta que serve para manutenção de um status quo desumano e explorador cujas instituições e direito internacional visam justamente erradicar.

Dentro do universo de 40,3 milhões de pessoas submetidas ao trabalho escravo, destaca-se como a escravidão contemporânea afeta a população feminina, pois 71,1% são mulheres e meninas. O gênero aparece como fator de risco à escravidão principalmente quando analisadas as atividades em que há prevalência do sexo feminino. Nesse sentido, 99,4% dos trabalhadores ilegais da indústria comercial do sexo são mulheres, escravas do comércio sexual. Além disso, elas compõem o universo de 84,2% dos casamentos forçados ou servis[48].

1.3. Trabalhos forçados, servidão por dívida, jornada exaustivas e condições degradantes: a escravidão contemporânea no Brasil

O artigo 149.º do Código Penal brasileiro tipifica o crime de submissão a condições análogas à de escravo[49]. É preciso pontuar que esse veio após um longo processo que passou pela declaração da existência de trabalho escravo em território nacional em 1995, a realização de solução amistosa junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e devido a intervenção de movimentos sociais, como a Comissão Pastoral da Terra (CPT) e da ONG Repórter Brasil. Assim, a partir da Lei n.º 10.803/2003 o Brasil ampliou e complementou o conceito anterior com as seguintes espécies: (a) trabalho forçado, (b) jornada exaustiva, (c) condições degradantes e (d) servidão por dívida.

A atual redação normativa disciplina:

> Art. 149.º Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:
>
> Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.
>
> §1.º Nas mesmas penas incorre quem:
>
> I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

[48] OIT, Walk Free Foundation, OIM, (2017), p. 10.

[49] As expressões "trabalho em condições análogas à de escravo", "trabalho escravo", "trabalho escravo contemporâneo" e "escravidão contemporânea" serão utilizadas como sinônimos.

> II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.
>
> §2.º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:
>
> I – contra criança ou adolescente;
>
> II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

Os sujeitos ativo e passivo deste delito podem ser quaisquer pessoas, ainda que haja majorantes em razão de características específicas da vítima. A complexidade do crime está também no fato de que reúne uma rede de envolvidos: "o aliciador, o capanga, o empregador, as grandes redes empresariais, dentre outros", trazendo impactos em diversos âmbitos de poder[50].

Não se admite modalidade culposa do crime e a ação penal cabível é pública incondicionada, sendo julgada pela Justiça Federal, conforme fixado na decisão do Recurso Especial 39804/PA[51].

O legislador optou por tornar mais explícitas as práticas do trabalho escravo a partir do que se constatava na realidade, principalmente nos resgates de trabalhadores, quais sejam: a negação de liberdade do trabalhador (trabalho forçado e servidão por dívida) e a violação de sua dignidade (o trabalho degradante e a jornada exaustiva), podendo tais critérios ser constatados de maneira cumulada ou separadamente.

O consentimento do trabalhador é irrelevante para a caracterização do tipo penal. Isso decorre da ideia de que a vulnerabilidade econômica e social daquele geram um vício em sua aceitação para o trabalho[52].

Dessarte, o trabalho escravo é gênero do qual são espécies o trabalho forçado, a servidão por dívidas, as condições degradantes de trabalho e a jornada exaustiva. Ainda que sejam situações correlatas e que se encontram frequentemente entrelaçadas, "as quatro maneiras de execução são autônomas e reciprocamente independentes, de modo que a configuração de apenas uma delas dá ensejo à caracterização do trabalho escravo contemporâneo"[53].

No entanto, deve-se comprovar a existência de uma relação de emprego entre os sujeitos ativo e passivo do crime aproximadamente nos termos do artigo

---

[50] HANNEMANN, Roberta Castro Alves de Paula (2019), p. 286.

[51] CERQUEIRA, Diego Barbato (2017), p. 40.

[52] CAVALCANTI, Tiago Muniz (2020)(1), posição 1018.

[53] CAVALCANTI, Tiago Muniz (2020)(1), posição 1014.

3º da Consolidação das Leis Trabalhistas do Brasil[54], pois ao tratar-se de uma relação ilícita de emprego algum fator estará maculado, a exemplo da ausência de assinatura de carteira de trabalho, remuneração ou contrato formal.

Ao expor a situação de trabalhadores escravos contemporâneos, uma reportagem descrevia a situação dessas pessoas como

> "enredadas em dívidas impagáveis, manipuladas pelos patrões e submetidas a situações deploráveis de trabalho, [...] chegaram a beber a mesma água que os porcos e algumas sofreram a humilhação máxima de ser espancadas, para não falar de constantes ameaças de morte"[55].

Com o conceito assegurado no artigo 149.º do Código Penal, visa-se salvaguardar múltiplos bens jurídicos protegidos constitucionalmente: a organização do trabalho; os direitos fundamentais, a exemplo da "dignidade da pessoa humana, a liberdade, o direito de livre manifestação da vontade e o decoro pessoal"; os direitos econômicos sociais e culturais, tal como "direito ao trabalho, condições dignas de trabalho, à alimentação adequada e à moradia"; e a própria ordem econômica, constatando-se os efeitos de desequilíbrio de concorrência provocados pela exploração de mão de obra escrava (também conhecido como dumping social)[56].

Em consonância com o artigo 149.º do Código Penal, pode-se ainda encontrar artigos que tratam de temas correlatos, a exemplo do artigo 149.º-A (tráfico de pessoas, inclusive para fins de trabalho escravo), 197.º (atentado contra a liberdade de trabalho), 206.º (aliciamento para o fim de emigração) e 207.º (aliciamento de trabalhadores de um local para o outro do território nacional).

Analisando-se individualmente os tipos de trabalho escravo, têm-se que o trabalho forçado consiste na expropriação direta e obrigatória do trabalhador, impedido de se deslocar, seja pelo uso de violência por parte do empregador ou por ameaças de sanções físicas ou psicológicas. Verifica-se que o cidadão não se ofereceu ou não quer permanecer naquela situação, mantido no local de trabalho e sendo cerceada a possibilidade de saída ou a utilização de meio de transporte.

Manifesta-se também por meio de um regime de vigilância ostensiva no local de trabalho ou quando o empregador se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com fins de restringir seu deslocamento[57].

---

[54] "Art. 3º. Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário". Brasil, (1943).

[55] THOMAS, Jennifer Ann (2018), p. 81.

[56] MPF, (2017), p. 2.

[57] Art. 7, I. Brasil, (2018)

A outra modalidade de privação de liberdade é a servidão por dívidas, que consiste na cobrança abusiva e ilegal feita pelo empregador de supostas quantias – em sua maioria acima do valor comercial – ao empregado por gastos com transporte, alojamento, alimentação, roupas, objetos de trabalho, equipamentos de proteção (quando há), remédios e outros bens de consumo. Também pode ser conhecida por sistema de barracão, peonagem, aviamento ou *truck system*[58].

A intenção é criar uma relação de dependência econômica, na qual por mais que o segundo trabalhe, sempre terá uma dívida financeira impagável com o primeiro[59] e estará preso ao local de trabalho, afastando-se da livre disponibilidade salarial.

Quanto à análise da violação à dignidade da pessoa humana, a jornada exaustiva se refere ao risco à integridade física e mental do trabalhador quando explorado em um expediente penoso, que afeta diretamente seus direitos fundamentais à segurança e saúde no trabalho, descanso e convívio familiar/social.

Pode ser verificada tanto na extensão da quantidade de horas trabalhadas, como na intensidade da atividade laboral. Apesar disso, a jornada exaustiva não significa tão somente uma jornada de trabalho prolongada.

Didaticamente, a jornada exaustiva é aquela que "por circunstâncias de intensidade, frequência, desgaste ou outras, cause prejuízos à saúde física ou mental do trabalhador, agredindo sua dignidade, e decorra de situação de sujeição que, por qualquer razão, torne irrelevante a sua vontade"[60].

Deve-se, no caso concreto, analisar o ritmo e o tipo da jornada executada pelo trabalhador, a cadência de seus movimentos e seu perfil psicobiológico, como idade e tipo físico[61].

As condições degradantes incluem um conjunto de questões irregulares que caracterizam tratamentos "cruéis, desumanos e desrespeitosos" por parte do empregador, que se utiliza da precisão do trabalhador e da palavra deste para manter a relação laboral, ainda que não formalizada. A degradância como caracterizador do trabalho escravo representa a falta de segurança e saúde no trabalho em suas formas mais abjetas. Em resumo:

> são as que configuram desprezo à dignidade da pessoa humana, pelo descumprimento dos direitos fundamentais do trabalhador, em especial os referentes a higiene, saúde, segurança, moradia, repouso, alimentação ou outros relacionados a direitos da personalidade, decorrentes de situação de

[58] ROSTON, André Esposito (2020), posição 270.

[59] Repórter Brasil, (2015).

[60] MPT, (2010), p. 9.

[61] CAVALCANTI, Tiago Muniz (2020)(²),

> sujeição que, por qualquer razão, torne irrelevante a vontade do trabalhador[62].

São exemplos de condições degradantes o alojamento precário, a falta de assistência médica, o padrão alimentar negativo, a falta de espaço para armazenar adequadamente os alimentos, a exposição às mais variadas doenças e riscos de eletrocussão e de incêndio, a falta de saneamento básico, de instalações sanitárias e água potável[63]. Relata-se casos de resgate em que trabalhadores foram "encontrados dormindo no curral junto com os bois, ou empilhados em barracos de lona preta no meio da floresta, comendo carne podre, bebendo água contaminada e dormindo junto dos agrotóxicos"[64].

Percebe-se que o trabalho escravo está conectado a outros crimes, como utilização ilegal de agrotóxicos não autorizados, "posse ilegal de armas, desmatamento ilegal e tráfico de pessoas", impactando as relações trabalhistas, a economia, o meio ambiente e o recolhimento de tributos[65].

2. Como a tecnologia tem atuado no combate ao trabalho escravo contemporâneo? Alguns exemplos

Apesar de uma definição clara a respeito do que é o trabalho escravo contemporâneo, os números seguem alarmantes e as perspectivas quanto ao futuro do direito do trabalho denotam uma conjuntura preocupante. Dada a complexidade das relações sociais e a invisibilidade das práticas ilícitas no campo do trabalho, surgem problemas práticos aos Estados no sentido de como fazer com que haja uma maior fiscalização e diminuição desse crime em seus territórios.

A tecnologia tem ocupado um papel dúbio nesse processo, pois, na divisão internacional do trabalho, constata-se a mácula de uma série de cadeias de produção relacionadas, por exemplo, ao consumo de alimentos, vestuário, minerais, pecuária e construção civil, que utilizam diretamente de trabalho escravo contemporâneo ou que subcontratam outras empresas que o fazem.

Nesse sentido, Ricardo Antunes explica que "[...] o trabalho online e digital que produz Iphone, Ipad e similares, não pode existir sem o trabalho que extrai o mineral. O trabalho digital, então, não se efetiva sem o pior dos trabalhos manuais"[66].

---

[62] MPT, (2010), p. 10.

[63] Repórter Brasil, (2015). Tiago Muniz Cavalcanti, (2020)([1]), posições 983-987.

[64] ANDRADE, Shirley Silveira (et al.), (2019), p. 197.

[65] CONFORTI, Luciana Paula (2019), p. 346.

[66] ANTUNES, Ricardo (2019), p. 21.

A obsolescência programada, a sociedade de consumo e a necessidade de superexploração do trabalhador para a obtenção de maiores lucros têm causado impactos irremediáveis nessas cadeias de produção, cada vez mais complexas. A *Walk Free Foundation* divulgou que entre os produtos importados ao G20 com o maior risco de serem resultado de trabalho escravo estão: (a) laptops, computadores e celulares; (b) vestuário; (c) peixes; (d) cacau; e (e) açúcar da cana[67].

Isso significa que ainda que existam normativas internacionais e legislações nacionais protetoras, a invisibilidade continua a ser uma característica marcante no trabalho escravo, o que impede uma atuação mais incisiva das fiscalizações, a exemplo dos casos de trabalho doméstico em casas privadas, agrícola em zonas remotas e de pesca em lugares de acesso restrito.

É nesse sentido também que a tecnologia aparece como uma ferramenta necessária para ajudar a diminuir a reprodução desta exploração ilegal do trabalho. No caso do Brasil, pode-se destacar a utilização de tecnologias pelo menos em três aspectos: (a) na centralização de dados para melhor planejamento e atuação das políticas públicas; (b) na realização de denúncias, para que haja o resgate de trabalhadores e a consequente punição dos criminosos; (c) no trabalho de sensibilização e conscientização de trabalhadores, empresas e consumidores.

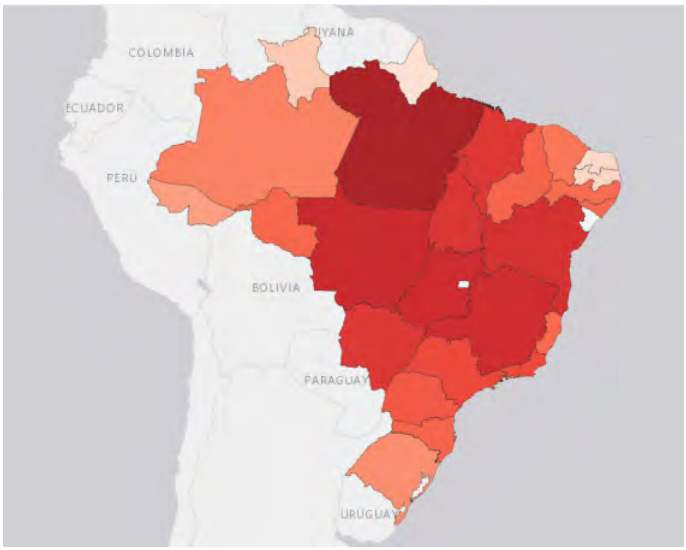
2.1. Centralização de dados

A partir de 2003, a Secretaria da Inspeção do Trabalho reúne informações relativas aos trabalhadores resgatados que permitem realizar um diagnóstico do trabalho escravo contemporâneo no Brasil, que é publicado e atualizado periodicamente no Observatório do Trabalho Escravo e Tráfico de Pessoas no Brasil (Plataforma SmartLab - https://smartlabbr.org/).

Dentre as informações disponíveis no site, duas chamaram atenção para a construção e a priorização de políticas públicas de combate à escravidão: um mapa de cores demonstrando em quais unidades da federação há maior incidência de resgate de trabalhadores e gráficos que apontam os estados de naturalidade e residência dos trabalhadores, bem como o local em que são resgatados.

[67] Walk Free Foundation, (2018).

Figura 1 – Quantidade de trabalhadores resgatados do trabalho escravo por estados da federação



Fonte: Observatório de Erradicação do Trabalho Escravo.

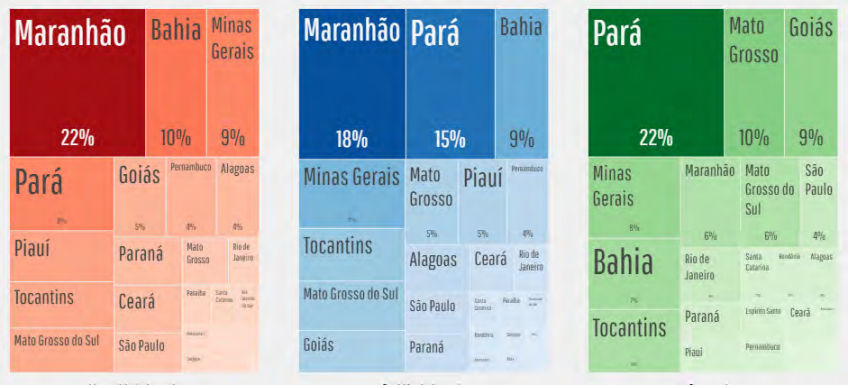
Como se pode perceber, em todos os estados federativos foi detectada a presença de trabalho escravo. As áreas geográficas com a variação de vermelho mais escura concentraram maior quantidade de resgates, enquanto os mais claros, menos. De acordo com o Observatório, nos locais de resgate há uma oferta permanente de postos de trabalho de baixa qualificação e remuneração, o que geralmente "está aliado a fatores como pobreza, baixa escolaridade, desigualdade e violência, entre outros"[68].

Aprofundando um pouco mais o estudo, constata-se que, num país de dimensões continentais como o Brasil, há uma relevante migração interna de trabalhadores a nível interestadual e intraestadual[69], razão pela qual também foram analisados dados quanto à naturalidade, residência e local de resgate dos trabalhadores.

[68] MPT, OIT, (2019)(2).

[69] De acordo com os dados do Observatório de Erradicação do Trabalho Escravo, dos trabalhadores resgatados entre 2003 e 2018, 42,3% era de não migrantes, 34,6% migrou dentro de seu próprio estado e 19,2% saiu de seu estado de origem. MPT, OIT, (2019)(1).

Figura 2 – Naturalidade apurada (vermelho), residência apurada (azul) e resgates (verde)



Fonte: Observatório de Erradicação do Trabalho Escravo.

É visível a tendência migratória de trabalhadores nordestinos (Maranhão, Bahia, Pernambuco, Alagoas e Piauí) para a áreas de expansão de fronteira agropecuária (Pará, Mato Grosso, Goiás, Minas Gerais, Bahia, Maranhão e Tocantins), onde há o maior número de resgates de trabalhadores.

De 2003 a 2019, 42,8% das guias de seguro-desemprego derivada de resgates de trabalhadores foi emitida na região correspondente à Amazônia Legal brasileira[70], em relação direta com a questão do desmatamento e a produção agropecuária na Amazônia. Destaca-se, mais especificamente, a área conhecida por "Arco do Desmatamento" em que há avanço ilegal da atividade agropecuária sobre a floresta nativa, na região compreendida entre o sudeste do Pará, oeste do Maranhão e norte do Tocantins e do Mato Grosso.

Quando se fala em criar políticas preventivas ao trabalho escravo, o exame dessas informações é fundamental justamente para direcionar recursos e esforços aos municípios onde há maior migração, garantindo melhoras nos padrões de vida da população e reduzindo a vulnerabilidade socioeconômica que se manifesta "em fatores como pobreza, desigualdade de renda, concentração da posse da terra, violência, entre outros"[71].

O relatório do Observatório Digital de Trabalho Escravo defende

> a necessidade de promoção do desenvolvimento territorial integrado, por meio da garantia de direitos e acesso a políticas públicas, assim como para a implementação de iniciativas de atendimento às vítimas e sobreviventes do trabalho escravo, assim como de integração socioprodutiva e promo-

[70] SÁ, Emerson Victor Hugo Costa de (et al), (2020), p. 212.

[71] MPT, OIT, (2017), p. 1.

> ção da resiliência socioeconômica, como intervenções de caráter preventivo que podem dificultar o aliciamento por parte de perpetradores deste crime. Além disso, nestes locais podem ser desenvolvidas atividades de repressão econômica, inspeção laboral, e de conscientização do setor privado[72].

Observa-se ainda que no caso do cumprimento das metas descritas no II Plano Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo (elaborado em 2008 e vigente até os dias atuais), a Plataforma SmartLab oferece um sistema de acompanhamento que avalia 33 indicadores a cada 04 anos e permite comparações entre quadriênios, facilitando a percepção dos avanços e retrocessos das políticas públicas.

2.2 Realização de denúncias e planejamento de resgates

O Sistema Ipê é uma estratégia lançada em dezembro de 2020 pela SIT que alia as novas tecnologias ao combate ao trabalho escravo contemporâneo, visto que cidadãos ou grupos organizados/parceiros podem denunciar através do site (https://ipe.sit.trabalho.gov.br/#!/) - de maneira anônima ou não - situações de trabalho escravo e outros ilícitos relacionados à exploração do trabalho[73].

Há uma ferramenta específica para que o denunciante possa anexar fotos, vídeos, áudios, documentações e outros materiais que considerar relevante para uma atuação mais célere da fiscalização, bem como localizar com precisão via *google maps* o empreendimento ilícito e acompanhar passo a passo de sua denúncia. A identificação geográfica do empreendimento permite uma chegada mais rápida da inspeção do trabalho em áreas remotas, isoladas ou desconhecida, dada as dimensões continentais do país.

Um algoritmo determina a partir das informações disponíveis sobre cada caso o índice de relevância para o trabalho escravo dinamiza o trabalho do órgão governamental e, a partir da triagem das denúncias, o Grupo Especial de Fiscalização Móvel, responsável pelo planejamento e atuação nos resgates de trabalhadores escravizados, pode realizar sua ação.

Além do Sistema Ipê, o uso de tecnologias como drones, imagens de satélites e serviços de geolocalização tem ajudado na otimização, economia e agilidade do trabalho de fiscalização tendo em conta mudanças na vegetação e no relevo em atividades e regiões que usualmente utilizam trabalho escravo, a exemplo do desmatamento e dos acampamentos de carvão vegetal.

---

[72] MPT, OIT, (2017), p. 25-26.

[73] VIANA, Matheus Alves (2020).

2.3 Sensibilização e conscientização

No caso da tecnologia aplicada à sensibilização e conscientização de trabalhadores, empresas e consumidores, destaca-se o aplicativo "Moda livre" desenvolvido pela ONG Repórter Brasil e disponível gratuitamente para o uso em *smartphones*[74].

A ferramenta dispõe de uma avaliação das principais marcas de roupas consumidas no Brasil a partir da forma que combatem o trabalho escravo em suas cadeias de produção. Esse juízo é realizado a partir do cruzamento de dados fornecidos pela própria empresa à ONG e o histórico baseado nas fiscalizações realizadas pelo governo brasileiro.

Avaliam-se as políticas assumidas para combater o trabalho escravo, o monitoramento dos fornecedores e a transparência e visibilidade dada pela empresa a essa temática. Elabora-se um sistema de pontuação que rankeia as empresas e informa ao consumidor quais seriam aquelas mais adequadas a um consumo responsável.

As marcas recebem um sistema de cores de acordo com a tabela abaixo:

Tabela 1 – Sistema de avaliação de empresas no aplicativo "Moda Livre"

Cor	Avaliação	Significado
Verde	Melhor avaliação, pontuação entre 75% e 100%	Monitoram condições de trabalho em fornecedores e têm histórico favorável em fiscalizações do governo.
Amarelo	Avaliação intermediária, pontuação entre 50% e 74,9%	Acompanham fornecedores, mas precisam aprimorar o monitoramento e/ou têm histórico desfavorável em fiscalizações do governo.
Vermelho	Pior avaliação, pontuação entre 0% e 49,9%	Não demonstram ter mecanismos de acompanhamento e/ou têm histórico desfavorável em fiscalizações do governo.
Cinza	Sem pontuação	Não preencheram o questionário de avaliação. Caso não respondam depois de seis meses, são reclassificadas para o vermelho.

Fonte: Aplicativo Moda Livre.

Além disso, o aplicativo traz informações sobre as ocorrências de trabalho escravo flagradas na cadeia de moda no Brasil, o que busca levantar a transparência, a responsabilidade social das empresas e estimular o consumo consciente.

[74] Repórter Brasil, (2020).

Considerações Finais

Por mais que o trabalho escravo pareça ser um tema alheio aos avanços tecnológicos do século XXI, observa-se que está mais presente na realidade dos países do que se imagina. O conceito desenvolvido ao longo do século XX a partir das Convenções e Tratados da OIT permitiu que países como o Brasil consolidassem uma legislação protecionista ao trabalhador e que buscasse punir aqueles responsáveis pela perpetuação do ilícito.

Nesse sentido, as tecnologias e os sistemas de inteligência artificial podem constituir ferramentas estruturantes para a realização de políticas públicas de erradicação a esta forma de superexploração, conforme se demonstrou a partir da análise do caso brasileiro.

Apesar da utilização dessas ferramentas possibilitar um diagnóstico, a centralização de dados e até mesmo rapidez na atuação dos agentes governamentais ou de ONGs, entende-se que a medida mais adequada para reduzir a vulnerabilidade social dos trabalhadores e das trabalhadoras ao trabalho escravo continua sendo a efetivação de direitos sociais básicos (saúde, educação, moradia, saneamento básico, emprego) e da cidadania.

É importante que a tecnologia esteja à disposição do Direito, desenvolvendo-se tecnologias cada vez mais refinadas de acompanhamento das cadeias de produção, no entanto a demanda das empresas transnacionais por legislações mais flexíveis que precarizam os direitos sociais do trabalho, permitindo formas atípicas, uberizadas, terceirizadas e quarteirizadas contrastam com as metas de trabalho decente propostas pela Organização Internacional do Trabalho.

Bibliografia

ALLAIN, Jean (et al), *Directrices Bellagio-Harvard de 2012 sobre los parámetros jurídicos de la esclavitud*, Bellagio y Harvard, 2012.

ALVES PEREIRA, Antonio Celso, "As normas de *jus cogens* e os direitos humanos", *Revista Interdisciplinar de Direito,* Valença, v. 6, n. 1, 2017.

ANN THOMAS, Jennifer, "Escravos no século XXI", *Revista Veja,* 9 maio 2018.

ANTUNES, Ricardo, "O privilégio da servidão", em FIGUEIRA, Ricardo Rezende; PRADO, Adônia Antunes; GALVÃO, Edna Maria (orgs.), *Escravidão:* moinho de gentes no século XXI, Ed. Mauad X, Rio de Janeiro, 2019.

BALES, Kevin, "O impacto da escravidão nas mudanças climáticas", em SAKAMOTO, Leonardo (org.), *Escravidão contemporânea,* Contexto, São Paulo, 2020.

BARBATO CERQUEIRA, Diego, "Um estudo introdutório sobre a escravidão contemporânea", em MPF, *Escravidão contemporânea:* coletânea de artigos, Brasília, 2017.

BHOOLA, Urmila, "Los nuevos retos para la erradicación de las formas contemporáneas de esclavitud", em PÉREZ ALONSO, Esteban (dir.), *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant to Blanch, Valencia, 2017.

BONET PÉREZ, Jordi, "La interpretación de los conceptos de la esclavitud y de otras prácticas análogas a la luz del ordenamiento jurídico internacional: aproximación teórica y jurisdiccional", em PÉREZ ALONSO, Esteban (dir.), *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant to Blanch, Valencia, 2017.

BOSI Andrea; CARRILLO, Eulogio, "Síntesis II Congreso Jurídico Internacional sobre Formas Contemporáneas de Esclavitud, marzo 2015", em PÉREZ ALONSO, Esteban (dir.), *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant to Blanch, Valencia, 2017.

BRONSTEIN, Arturo, "Erradicación del trabajo forzoso: perspectivas desde Ginebra, Estrasburgo y San José", *Revista de Derecho Aplicado LLM UC,* Santiago, n. 4, dez. 2019.

COSTA DE SÁ, Emerson Victor Hugo (et al), "Trabalho escravo contemporâneo: série histórica dos 25 anos de Grupo Especial de Fiscalização Móvel, no Brasil e na Amazônia Legal", *Revista da Escola Nacional da Inspeção do Trabalho,* Brasília, ano 4, pp. 197-233, 2020.

DOTTRIDGRE, Mike, "A história da proibição da escravidão", em SAKAMOTO, Leonardo (org.), *Escravidão contemporânea,* Contexto, São Paulo, 2020.

ESPOSITO ROSTON, André, "Histórias de liberdade", em SAKAMOTO, Leonardo (org.), *Escravidão contemporânea,* Contexto, São Paulo, 2020.

MUNIZ CAVALCANTI, Tiago, "Como o Brasil enfrenta o trabalho escravo contemporâneo", em SAKAMOTO, Leonardo (org.), *Escravidão contemporânea,* Contexto, São Paulo, 2020.

NAVARRO FERNÁNDEZ, José Antonio, "¿Es Qatar un estado esclavista? Sobre el uso y abuso del concepto de esclavitud", em ALONSO, Esteban Pérez (dir.), *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant to Blanch, Valencia, 2017.

NAVARRO FERNÁNDEZ, José Antonio, "La sobreexplotación del trabajo en la agricultura. El caso de los trabajadores de la Hacienda Brasil Verde", em PÉREZ ALONSO, Esteban; OLARTE ENCABO, Sofia; MERCADO PACHECO, Pedro; RAMOS TAPIA, María Inmaculada (coords.), *Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas,* Tirant to Blanch, Valencia, 2020.

PAULA CONFORTI, Luciana, *Interpretações do conceito de trabalho análogo a de escravo:* a luta pelo direito ao trabalho digno e pelo direito fundamental de não ser escravizado no Brasil. 2019. 396 páginas. Tese (Doutorado em Direito, Estado e Constituição) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília.

PAULA HANNEMANN, Roberta Castro Alves de, "O estado de coisas inconstitucional e o trabalho escravo contemporâneo no Brasil", em FIGUEIRA, Ricardo Rezende;

PRADO, Adônia Antunes; GALVÃO, Edna Maria (orgs.), *Escravidão:* moinho de gentes no século XXI, Ed. Mauad X, Rio de Janeiro, 2019.

PÉREZ ALONSO, Esteban, "Tratamiento jurídico-penal de las formas contemporáneas de esclavitud", em PÉREZ ALONSO, Esteban (dir.), *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant to Blanch, Valencia, 2017.

RAMÍREZ, Federico, "Globalización, pobreza y esclavitud contemporánea: una mirada cosmopolita", em PÉREZ ALONSO, Esteban (dir.), *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant to Blanch, Valencia, 2017.

RIVAS VALLEJO, Pilar, "Las fronteras entre los conceptos de esclavitud, trabajo forzoso y explotación: perspectiva laboral y de género", em PÉREZ ALONSO, Esteban; OLARTE ENCABO, Sofia; MERCADO PACHECO, Pedro; RAMOS TAPIA, María Inmaculada (coords.), *Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas,* Tirant to Blanch, Valencia, 2020.

SILVEIRA ANDRADE, Shirley (et al), "Trabalho escravo contemporâneo: a visão do Ministério do Trabalho em Sergipe", em FIGUEIRA, Ricardo Rezende; PRADO, Adônia Antunes; GALVÃO, Edna Maria (orgs.), *Escravidão:* moinho de gentes no século XXI, Ed. Mauad X, Rio de Janeiro, 2019.

Outros elementos consultados

ACNUDH, *La abolición de la esclavitud y sus formas contemporáneas,* Nações Unidas, Nova Iorque e Genebra, 2002.

Ciclo de Debates: Entre a escravidão e a busca pela dignidade do trabalho. "Os desafios da inspeção do trabalho frente às metamorfoses do trabalho", palestrante: Tiago Muniz Cavalcanti, Rio de Janeiro, 2020. Vídeo 131 minutos. Transmitido ao vivo em 23 nov. 2020 via youtube. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=-DBry9RemB3k Acesso em: 23 nov. 2020.

Liga das Nações, "Convenção sobre a escravidão de 1926", *Biblioteca Digital* Mundial. Disponível em: https://dl.wdl.org/11573/service/11573.pdf. Acesso em: 04 mar. 2021.

MPF, Nota técnica 2CCR/MPF nº 1, de 20 de janeiro de 2017.

MPT e OIT, "Resgatados do trabalho escravo", *Observatório da Erradicação do Trabalho Escravo e do Tráfico de Pessoas,* 2019(²). Disponível em: https://smartlabbr.org/trabalhoescravo/localidade/0?dimensao=fluxosmigratorios. Acesso em: 23 nov. 2020.

MPT e OIT. "Nota técnica Smart Lab n.º 1/2017 – principais achados. Visão geral sobre o observatório digital do trabalho escravo", *Ibidem.,* p. 1.

MPT, "O trabalho escravo está mais próximo do que você imagina", *Ministério Público do Trabalho,* 2010.

MPT; OIT, "Fluxos migratórios nacionais", *Observatório da Erradicação do Trabalho Escravo e do Tráfico de Pessoas,* 2019([1]). Disponível em: https://smartlabbr.org/trabalhoescravo/localidade/0?dimensao=fluxosmigratorios. Acesso em: 23 nov. 2020.

OIT, *C029 – Trabalho forçado ou obrigatório, de 1930.*

OIT, *C105 – Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957.*

OIT, *Relatório IV - Princípios e direitos fundamentais no trabalho: dos desafios às oportunidades,* Genebra, Conferência Internacional do Trabalho, 106ª Sessão de 2017.

OIT; Walk Free Foundation; OIM, *Global Estimates of Modern Slavery,* Geneva, 2017.

ONU, *Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954.*

ONU, *Convenção Suplementar Sobre Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura, de 1956.*

ONU, *Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.*

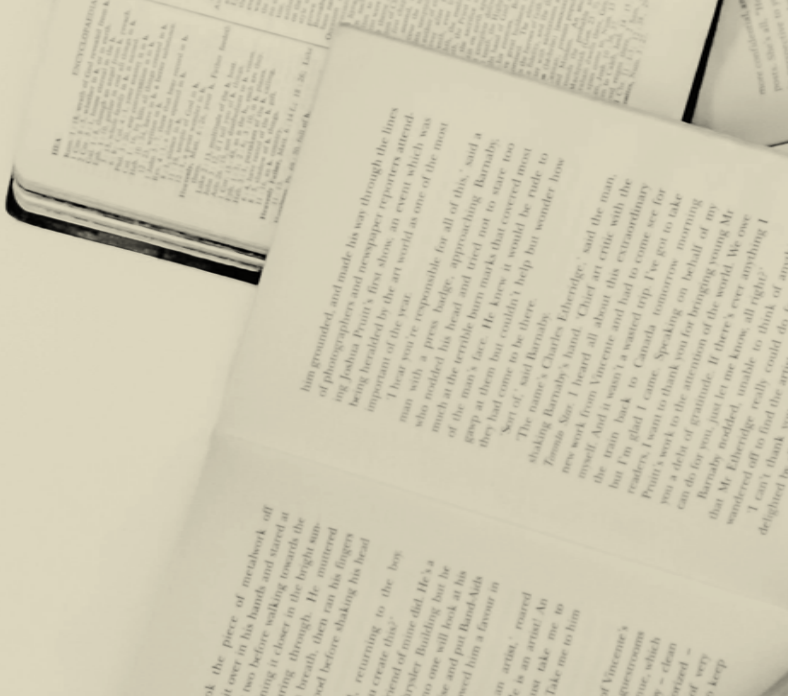
ONU, *Efectos de la pandemia de enfermedad por coronavirus en las formas contemporáneas de la esclavitud y las prácticas análogas a la esclavitud*, Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, Genebra, 2020. I Jornada IPÊ: inovações no combate ao trabalho escravo", Palestrante: Matheus Alves Viana, Brasília: 2020, vídeo 184 minutos, transmitido ao vivo em 02 dez. 2020. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=hK1_fQvzX_I. Acesso em: 18 dez. 2020.
ONU, *Plataforma Agenda 2030,* Genebra, 2015.

ONU, *Protocolo adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial mulheres e crianças, de 2000.*

Repórter Brasil, "Repórter Brasil lança a nova versão do APP Moda Livre durante o Fashion Revolution", *Repórter Brasil,* 24 abr. 2020. (2020). Disponível em: https://reporterbrasil.org.br/2020/04/reporter-brasil-lanca-a-nova-versao-do-app-moda-livre-durante-o-fashion-revolution/ . Acesso em: 22 maio 2021.

Repórter Brasil, *Trabalho escravo contemporâneo: 20 anos de combate (1995-2015),* Repórter Brasil, São Paulo, 2015.

Walk Free Foundation, "Highlights", *Global Slavery Index*, 2018. Disponível em: https://www.globalslaveryindex.org/2018/findings/highlights/ Acesso em: 25 maio 2021.



Universidade do Minho
Escola de Direito

VNiVERSiDAD D SALAMANCA
CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

JusGov
CENTRO DE INVESTIGAÇÃO EM JUSTIÇA E GOVERNAÇÃO

Título: **SOCIEDADE, DIREITO(S) E TRANSIÇÃO DIGITAL**

II Encontro Ibérico de Doutorandos em Direito da Universidade do Minho e da Universidade de Salamanca

Edição: Escola de Direito da Universidade do Minho

Autores: Afonso Carvalho de Oliva/ Ana Teresa Intriago Ceballos / Carlos Augusto Acosta Olivo/ Carlos Espinosa Pulido / Cecília Bojarski Pires/ Cibele Benevides Guedes da Fonseca / Cristhian Ivan Silva Lemus / Emanuel Carvalho / Fernanda Karoline Oliveira Calixto / Inês Farinha / Jaime Criado Enguix / Ján Ivančík / Joana Lourenço e Castro/ Lucas Isaac Soares Mesquita / Luís Manuel Pica/ Marcílio Barenco Corrêa de Mello / María Cristina Fernández González / Miguel Álvarez Hernández / Murilo Strätz / Olmedo Arrocha Osorio/ Patrícia Ferreira Rocha/ Paula Tomé Domínguez/ Paulo Linhares Dias/ Raquel Silveira Alípio / Tiago Branco da Costa

Data: Dezembro 2021

ISBN: 978-989-53342-1-6