

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA (UFPB)

REVISTA DO PROGRAMA
DE PÓS GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS



INTERNATIONAL
JOURNAL

v.22, nº 50
quadrimestral 2
maio - ago. 2023

Editorial

DIREITOS HUMANOS, REFLEXÕES DIGITAIS E TRIBUTAÇÃO JUSTA

CONSULTOR:
Jailton Macena de Araújo
(Universidade Federal da Paraíba, Brasil)



PRIM@ FACIE

International Journal

Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

Direitos Humanos, Reflexões digitais e Tributação Justa

Quadrimestral 2: maio – ago., 2023

v. 22, n. 50

Universidade Federal da Paraíba – PPGCJ

PRIM@ FACIE

International Journal

Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

Direitos Humanos, Reflexões digitais e Tributação Justa

Quadrimestral 2: maio– ago., 2023

v. 22, n. 50

Universidade Federal da Paraíba – PPGCJ

Consultor da Edição – Direitos Humanos, Reflexões digitais e
Tributação Justa

Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo – PPGCJ, UFPB, Brasil

Editora Geral - Direitos Humanos, Reflexões digitais e Tributação Justa

Prof. Dra. Hirdan Katarina de Medeiros Costa – PPGCJ, UFPB, Brasil

Editor-Gerente:

Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo – PPGCJ, UFPB, Brasil

Coordenador do PPGCJ:

Prof. Dr. Gustavo Barbosa de Mesquita Batista – PPGCJ, UFPB, Brasil

ISSN 1678-2593

Conteúdo licenciado por Creative Commons (Attribution-NonCommercial-NoDerivative 4.0 International – CC BY-NC-ND 4.0)



Catálogo na Publicação

P952 Prim@ facie [recurso eletrônico]: International Journal: Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas / Universidade Federal da Paraíba. – V.1, n. 1 (2002) - .– João Pessoa : PPGCJ/CCJ/UFPB, 2002-

Quadrimestral.

Editor Gerente: Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo. – Editorial: Direitos Humanos, Reflexões digitais e Tributação Justa / Prof. Dra. Hirdan Katarina de Medeiros Costa, UFPB. – Vários autores. – Modo de acesso: Internet. – Link:

<https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/index>

Descrição baseada no fascículo: v.22, n. 50 (maio./ago. 2023).

ISSN 1678-2593

1. Direito - Periódicos. 2. Direitos humanos. 3. Direitos da personalidade. 4. Estupro. 5. Cidadania Global. 6. Crianças e adolescentes. 7. Direito indígena. 8. *Smart contracts*. 9. Contratos. I. PPGCJ/UFPB. II. Araújo, Jailton Macena de.

CCJ/UFPB

CDU – 34(05)

Elaborada pela bibliotecária Vânia Maria Ramos da Silva – CRB 15/0243

EXPEDIENTE

A revista quadrimestral eletrônica Prim@Facie: Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB, é um periódico da área de Direito com interfaces voltadas para os Direitos Humanos, Direito ao Desenvolvimento e História do Direito. Reconhece-se que a perspectiva jurídica está em constante diálogo com a dimensão temporal e política da vida em sociedade, assim, não é possível compreender o direito em separado dos interesses sociais e econômicos. Desta forma, a publicação visa propiciar debates atualizados sobre problemas do Brasil e do mundo contemporâneo com a participação de pesquisadores de diversas universidades nacionais e estrangeiras. QUALIS A4.

Endereço: Prim@Facie – Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba - Campus I, Castelo Branco, CEP: 58.051-900 - João Pessoa, PB - Brasil. Telefone: (83) 32167627

URL da Homepage: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie>

CONSELHO DE POLÍTICA EDITORIAL

Profa. Dra. Alessandra Silveira, Universidade do Minho, Centro de Estudos em Direito da União Europeia (CEDU), Portugal
Profa. Dra. Belinda Pereira da Cunha, UFPB, Brazil
Profa. Dra. Maria Aurea Cecato, UFPB, Brazil
Profa. Dra. Maria Luiza Mayer Feitosa, UFPB, Brazil
Profa. Dra. Marta Cristina Biagi, Professora e Pesquisadora, Universidad de Buenos Aires-UBA, Argentina
Profa. Dra. Preciosa Teixeira Fernandes, Universidade do Porto, Portugal
Profa. Dra. Sandrine Maljean-Dubois, Centres d'Études et de Recherches Internationales et Communautaires, France
Profa. Dra. Sofia Olarte Encabo, Universidad de Granada, Spain
Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer, Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, Brazil
Prof. Dr. Armando Albuquerque de Oliveira, UFPB, Brazil
Prof. Dr. Artur Stamford da Silva, UFPE, Brazil
Prof. Dr. Claudio Claudio Pedrosa Nunes, Universidade Federal de Campina Grande (UFCG), Brazil
Prof. Dr. Emilio Santoro, Universidade de Florença, Italy
Prof. Dr. Emmanuel Berger, European University Institute, Itália, Belgium
Prof. Dr. Enrique Leff, Instituto de Investigaciones Sociales, UNAM, IISUNAM, Mexico
Prof. Dr. Ernesto Pimentel, UFPB, Brazil
Prof. Dr. Fredys Orlando Sorto, UFPB, Brazil
Prof. Dr. João Maurício Leitão Adeodato, Faculdade de Direito de Vitória (ES), Brazil
Prof. Dr. José Gilberto de Souza, UNESP/Rio Claro/SP, Brazil
Prof. Dr. Luís Antonio Bitante Fernandes, Universidade Federal de Mato Grosso, Brazil
Prof. Dr. Luís Carlos Martins D'Almeida Mota, Instituto Politécnico de Coimbra, Portugal
Prof. Dr. Luis María Delio Machado, Universidad de la República - Facultad de Derecho, Uruguay
Prof. Dr. Marcilio Toscano Franca Filho, UFPB, Brazil
Prof. Dr. Newton de Oliveira Lima, Universidade Federal da Paraíba, PPGCJ/UFPB, Brazil
Prof. Dr. Ottavio Quirico, Universidade da Nova Inglaterra, Australia
Prof. Dr. Paulo de Bessa Antunes, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, UFRJ, Brazil
Prof. Dr. Ralph Wilde, Faculty of Laws at University College London (UCL), United Kingdom
Prof. Dr. Zéu Palmeira Sobrinho, UFRN, Brazil

EXPEDIENTE DESTE NÚMERO

Coordenador do PPGCJ:

Prof. Dr. Gustavo Barbosa de Mesquita Batista – PPGCJ, UFPB, João Pessoa-PB, Brasil

Editores Gerentes da *Prim@ Facie*:

Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo – PPGCJ, UFPB, João Pessoa-PB, Brasil

Profa. Dra. Hirdan Katarina de Medeiros Costa –PPGCJ, UFPB, João Pessoa-PB, Brasil

Editores de área:

Profa. Dra. Alana Ramos Araújo – UFCG, Campina Grande, Brasil,
Profa. Dra. Ana Carolina Couto Matheus - DCJ, UFPB, Brasil

Prof. Dr. Fernando Joaquim Ferreira Maia - DCJ, UFPB, Brasil

Profa. Dra. Hirdan Katarina de Medeiros Costa –PPGCJ, UFPB, João Pessoa-PB, Brasil

Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo – PPGCJ, UFPB, João Pessoa-PB, Brasil

Assistentes Editoriais:

Hellen Alessandra Dantas Pereira – PPGCJ, UFPB, João Pessoa, Brasil

Maria Christina Morais – PPGCJ, UFPB, João Pessoa, Brasil

Bárbara Rhaíssa Pinheiro De Lima – PPGCJ, UFPB, João Pessoa, Brasil

Damião Benilson Gomes de Melo – PPGCJ, UFPB, João Pessoa, Brasil

Lucas Aquino – PPGCJ, UFPB, João Pessoa, Brasil

Jennifer Pinheiro – PPGCJ, UFPB, João Pessoa, Brasil

Editoração:

Jailton Macena de Araújo – PPGCJ, UFPB, João Pessoa-PB, Brasil

Prof. Dra. Hirdan Katarina de Medeiros Costa –PPGCJ, UFPB, João Pessoa-PB, Brasil

Diagramação de capa:

Matheus Victor Sousa Soares – PPGCJ, UFPB, João Pessoa-PB, Brasil

Social Media:

Rayara de Andrade Vilar – DEMID/CCHLA, Comunicação em mídias digitais/PPJCJ, João Pessoa-PB, Brasil

Editorial:

Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo –PPGCJ, UFPB, João Pessoa-PB, Brasil

Prof. Dra. Hirdan Katarina de Medeiros Costa –PPGCJ, UFPB, João Pessoa-PB, Brasil

Equipe editorial:

1. Bruna Agra de Medeiros – Pós-doutorado, UFRN, Natal -RN;
2. Jennifer Karolynne Costa de Sousa Pinheiro - (mestranda no PPGCJ, UFPB, João Pessoa - PB);
3. Anne Mirelly Gomes Andrade Ferreira Formiga, PPGCJ, UFPB, João Pessoa, Brasil;
4. Profa. Dra. Ana Carolina Couto Matheus - DCJ/CCJ/UFPB
5. Iasmim Barbosa Araujo, doutoranda, PPGCJ/UFPB, João Pessoa/PB
6. Jadgleison Rocha Alves, (doutorando, PPGCJ/UFPB).
7. Damião Benilson Gomes de Melo (Doutorando - PPGCJ/UFPB)
8. Matheus Victor Sousa Soares (Doutorando - PPGCG/UFPB e professor do UNIFIP)
9. Maria Aurora Medeiros de Lucena Costa (Mestre pelo PPGCJ-UFPB e professora Uninassau Caruaru- PE)
10. David de Oliveira Monteiro (Doutorando - PPGCJ/UFPB)
11. Lucas Felipe Cabral de Aquino (mestrando - PPGCJ, UFPB)
12. José Armando Ferreira Oliveira (Mestrando - PPGCJ/ UFPB)
13. Fernanda Fernandes de Oliveira Formiga (Doutora pelo PPGCJ/UFPB e PhD pela Università degli Studi di Firenze)
14. Valdene Gomes de Oliveira (Mestrando - PPGCJ/ UFPB).
15. Daniel Guedes de Araújo (Doutorando - PPGCJ/UFPB)
16. André Angelo Rodrigues (Doutorando - PPGCJ/UFPB e professor da UFNT)
17. Prof. Dr. Fernando Joaquim Ferreira Maia (CCJ-DCJ-UFPB)

Sumário

Editorial, 8

JAILTON MACENA DE ARAÚJO E HIRDAN KATARINA DE MEDEIROS COSTA

ARTIGOS

Perspectivas Regulatórias Da Prática De Cashback Como Instrumento De Impulso Do E-Commerce Brasileiro: Análise Ex-Pos-Facto No Contexto Do Covid-19

ANA CAROLINA NEIVA GONDIM FERREIRA GOMES, MÔNICA TASSIGNY, VANESSA CARNEIRO

A Proteção De Dados Pessoais Sensíveis Como Política Pública De Proteção De Grupos Vulneráveis E Minorias Em Face Da Discriminação Algorítmica

DÉRIQUE SOARES CRESTANE, MÔNICA CLARISSA HENNIG LEAL

Direito À Desconexão E Meio Ambiente De Trabalho Altamente Digitalizado

NATHÁLIA EUGÊNIA NASCIMENTO E SILVA, JORGE BARRIENTOS-PARRA

Liberdade De Expressão E “Filtragem” De Conteúdos Na Política Do Audiovisual: O Caso Da Ancine No Governo Bolsonaro

RAIMILAN RODRIGUES, MONICA TASSIGNY

Tributação ótima da renda e informação assimétrica

JOEDSON DE SOUZA DELGADO, ANA PAULA BASSO

Table of Contents

Editorial, 11

Jailton Macena de Araújo e Hirdan Katarina de Medeiros Costa

ARTIGOS

Regulatory Perspectives on the Practice of Cashback as a Tool to Boost Brazilian E-Commerce: Ex-Post-Facto Analysis in the Context of COVID-19

ANA CAROLINA NEIVA GONDIM FERREIRA GOMES, MÔNICA TASSIGNY, VANESSA CARNEIRO

The Protection of Sensitive Personal Data as a Public Policy to Safeguard Vulnerable Groups and Minorities Against Algorithmic Discrimination

DÉRIQUE SOARES CRESTANE, MÔNICA CLARISSA HENNIG LEAL

The Right to Disconnect and the Highly Digitalized Work Environment

NATHÁLIA EUGÊNIA NASCIMENTO E SILVA, JORGE BARRIENTOS-PARRA

Freedom of Expression and Content "Filtering" in Audiovisual Policy: The Case of Ancine During the Bolsonaro Administration

RAIMILAN RODRIGUES, MONICA TASSIGNY

Optimal Income Taxation and Asymmetric Information

JOEDSON DE SOUZA DELGADO, ANA PAULA BASSO

EDITORIAL

Direitos Humanos, Reflexões digitais e Tributação Justa

A *Prim@Facies*, Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB, vem, no seu quinquagésimo número – quadrimestral nº 2, do ano de 2023 –, propor uma nova série de discussões, reunidas sob o título “Direitos Humanos, Tributação e Transformações digitais”, com o propósito seminal – e cooperativo com a comunidade científica – de enquadrar os dilemas (ainda) contemporâneos que nos atravessam.

Os Direitos Humanos são princípios universais que garantem a dignidade, liberdade, igualdade e justiça para todas as pessoas, independentemente de sua origem, raça, sexo, cor, idade ou quais outra característica cultural ou condição. Esses direitos abrangem dimensões amplas e interdependentes, como os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Entre os exemplos mais relevantes, destacam-se o direito à vida, à liberdade de expressão, ao trabalho digno, à educação de qualidade e à saúde universal e acessível. Fundamentados em tratados e convenções internacionais e protegidos pelas legislações nacionais, os direitos humanos são pilares universais para a promoção da paz, da justiça e do bem-estar social.

Paralelamente, vivemos em um contexto de transformação digital, em que as tecnologias digitais estão integradas a praticamente todos os aspectos da vida em sociedade. Essa revolução tecnológica redefine a forma como indivíduos, empresas e governos operam e interagem, trazendo desafios e oportunidades. Por um lado, a digitalização pode ampliar o acesso a direitos básicos, como educação e saúde, e promover maior transparência nas relações institucionais, ampliando assim a gama e o acesso aos direitos humanos. Por outro, exige um debate aprofundado sobre questões como privacidade,

exclusão digital e a necessidade de regulação ética para evitar desigualdades tecnológicas. Outro elemento central para a construção de uma sociedade justa é a tributação. Uma política tributária justa não apenas garante a redistribuição de riqueza, como também desempenha um papel essencial no estímulo ao desenvolvimento socioeconômico e na manutenção da infraestrutura e dos serviços essenciais como saúde, educação e segurança. Ao promover uma alocação equilibrada de recursos, a tributação contribui diretamente para a redução de desigualdades sociais e para a construção de uma economia sustentável e inclusiva.

Assim, a articulação entre Direitos Humanos, transformações digitais e políticas de tributação revela-se crucial para o enfrentamento dos desafios do mundo contemporâneo. Compreender as intersecções entre esses pilares é essencial para traçar caminhos que assegurem desenvolvimento social e econômico sem comprometer os valores fundamentais da dignidade humana.

* * *

No presente número, cinco (5) trabalhos abordam discussões concernentes à materialização dos direitos humanos, com enfoque na diversidade formadora da cidadania global:

O primeiro trabalho a compor o presente número, escrito por Ana Carolina Neiva Gondim Ferreira Gomes, Mônica Tassigny e Vanessa Fernanda Soares Carneiro, explora as "Perspectivas Regulatórias da Prática de Cashback como Instrumento de Impulso do E-Commerce Brasileiro", especialmente no contexto da pandemia de COVID-19. A crise econômica desencadeada pela pandemia impulsionou o uso de programas de cashback no Brasil, atraindo consumidores por meio da devolução de parte do valor gasto, principalmente no ambiente digital.

Apesar da crescente popularidade, ainda não há regulamentação específica para o cashback no Brasil, o que permite a existência de múltiplos formatos e complexidades legais. O estudo analisa se o

Código de Defesa do Consumidor é suficiente para proteger os consumidores ou se uma regulamentação específica é necessária para assegurar transparência e segurança jurídica. Os autores concluem que uma legislação específica poderia fortalecer a confiança do consumidor e impulsionar ainda mais o uso do cashback no e-commerce, oferecendo uma base legal clara para essa prática inovadora no mercado brasileiro.

O segundo artigo, "A proteção de dados pessoais sensíveis como política pública de proteção de grupos vulneráveis e minorias em face da discriminação algorítmica", de Dérique Soares Crestane e Mônia Clarissa Hennig Leal, discute como a sociedade da informação trouxe novos desafios para a proteção de dados pessoais, com ênfase na proteção de dados sensíveis, que frequentemente afetam grupos vulneráveis e minorias. A pesquisa explora a teoria habermasiana para entender a proteção de dados como um serviço público essencial e analisa como essa prática pode se transformar em políticas públicas inclusivas. Em particular, examina o fenômeno da discriminação algorítmica, que ocorre quando dados são usados de forma a perpetuar preconceitos históricos e reforçar a vulnerabilidade de certos grupos. Ao longo do artigo, os autores defendem que a proteção de dados pessoais sensíveis deveria ser central para políticas públicas que visem combater a discriminação algorítmica e garantir a dignidade e igualdade dos indivíduos na sociedade digital. A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) brasileira é destacada como um marco importante, mas ainda há a necessidade de maior implementação de políticas públicas que protejam esses grupos vulneráveis no contexto da sociedade da informação.

No terceiro trabalho, intitulado: "Direito à Desconexão e Meio Ambiente de Trabalho Digitalizado," de autoria de Nathália Eugênia

Nascimento e Silva e Jorge David Barrientos-Parra, explora-se o impacto das tecnologias na vida dos trabalhadores. A pesquisa aborda a relação entre a Quarta Revolução Industrial e o aumento da produtividade, ressaltando como a digitalização também pode gerar sobrecarga e prejuízos à saúde mental e física dos trabalhadores.

Através de uma abordagem histórica para contextualizar as mudanças nas condições de trabalho, os autores descrevem que as jornadas de trabalho são frequentemente prolongadas devido à facilidade de conexão. Concluem que a proteção do direito à desconexão é fundamental para a promoção do trabalho decente, conforme preconizado pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), e sugerem a adoção de políticas que respeitem os limites entre a vida profissional e pessoal dos trabalhadores.

O quarto artigo "Liberdade De Expressão E 'Filtragem' De Conteúdos Na Política Do Audiovisual: O Caso Da Ancine No Governo Bolsonaro," escrito por Raimilan Rodrigues e Mônica Tassigny, discute as tensões entre liberdade de expressão e políticas públicas, enfocando a decisão de Jair Bolsonaro, em 2019, de aplicar filtros ao conteúdo cultural financiado pela Agência Nacional do Cinema (ANCINE). O estudo de caso examina como essa política foi recebida e contestada judicialmente, em especial pelo Partido Rede Sustentabilidade, que questionou a restrição de temas como diversidade de gênero e sexualidade, considerada censura.

Com metodologia de análise documental e revisão bibliográfica, os autores investigam o papel das instituições jurídicas no equilíbrio de poder frente às pressões políticas. O artigo também destaca as manifestações culturais como fundamentais para a diversidade democrática, argumentando que intervenções ideológicas podem violar o direito de expressão artística garantido pela Constituição de 1988 e tratados internacionais.

O quinto artigo "Tributação Ótima do Consumo e da Renda: Análise da Política Fiscal," de autoria de Joedson de Souza Delgado e Ana Paula Basso, aborda a tributação ótima sobre consumo e renda no

contexto das políticas fiscais, destacando a importância da equidade distributiva e eficácia produtiva. Inspirado pelo trabalho do economista J. A. Mirrlees, o estudo explora como a estrutura tributária pode ser otimizada para reduzir desigualdades sociais e financiar o Estado sem comprometer a produtividade.

Os autores propõem uma análise sobre como os impostos podem ser utilizados de maneira eficaz para maximizar o bem-estar social. Essa abordagem leva em conta a capacidade limitada do governo de observar a produtividade individual e discute o papel das informações assimétricas na formulação de impostos, apontando a necessidade de impostos diferenciados para evitar distorções econômicas. A conclusão sugere que uma tributação otimizada deve ser vista como uma diretriz para ajustar as ações políticas às condições socioeconômicas específicas, buscando equilíbrio entre equidade e eficiência.

* * *

Este número traz uma seleção de artigos que exploram os temas mais atuais e relevantes sobre direitos humanos e cidadania global. Destaca-se que a necessidade de nova regulamentação pode trazer ainda mais segurança para os consumidores no tema do cashback. Aborda-se como a proteção de dados pessoais para grupos vulneráveis e como políticas públicas podem combater a discriminação algorítmica na era digital. Além da perspectiva sobre o direito à desconexão, às questões em torno da liberdade de expressão na produção cultural e a proposta de tributação que equilibra justiça social e produtividade, ajudando a construir um futuro mais inclusivo para todos.

Que seja proveitosa a leitura – cada artigo é uma leitura essencial para quem busca entender e participar da construção de uma cidadania global mais justa e conectada com os desafios

contemporâneos!

Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo

Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

Profa. Dra. Hirdan Katarina de Medeiros Costa

Professora Visitante do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas
Editor-Chefe Prim@ Facie, vol. 22, n. 50, 2023

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2023v22n50.72314>

Conteúdo sob licença *Creative Commons*: [Attribution-NonCommercial-NoDerivative 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/) (CC BY-NC-ND 4.0)



Perspectivas Regulatórias Da Prática De Cashback Como Instrumento De Impulso Do E-Commerce Brasileiro: Análise Ex-Pos-Facto No Contexto Do Covid-19

Ana Carolina Neiva Gondim Ferreira Gomes*
 Universidade de Fortaleza, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza-CE, Brasil
 <https://orcid.org/0000-0003-2350-9769>

Mônica Tassigny **
 Universidade de Fortaleza, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza-CE, Brasil
 <https://orcid.org/0000-0001-9483-0547>

Vanessa Fernanda Soares Carneiro *
 Universidade de Fortaleza, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza-CE, Brasil
 <https://orcid.org/0000-0002-0657-238X>

Resumo: Com as dificuldades econômicas acentuadas pela pandemia do COVID-19 e a concorrência acirrada, tem-se verificado notícias da adoção do programa cashback por variados setores brasileiros, sobretudo no ambiente de E-commerce. No Brasil, inexistente legislação específica que regulamente esse programa, dando ensejo à utilização de diversos formatos que implicam estruturas e relações jurídicas menos ou mais complexas. A partir de uma abordagem qualitativa do cenário legislativo brasileiro e da metodologia de pesquisas bibliográfica, documental, jurisprudencial e notícias de jornais e sites especializados em estudos do comportamento de mercado, utilizou-se os resultados de forma pura, no intuito de ampliar o conhecimento sobre um tema que é pouco ou superficialmente abordado pela literatura existente. A pesquisa é do tipo ex-post-facto, assumindo como fato passado a pandemia do COVID-19 e analisando o cenário anterior e o posterior com a finalidade de concluir sobre as perspectivas regulatórias do cashback. O objetivo geral deste trabalho foi o de analisar as perspectivas de regulamentação do programa cashback no Brasil, justificando sua relevância na conclusão de que há aparente lacuna legislativa, vez que as normas gerais já existentes, mormente as do Código de defesa do consumidor, são perfeitamente aplicáveis às relações dele oriundas.

Palavras-Chave: Pandemia. Cashback. E-commerce. Regulamentação.

* Doutoranda em Direito pela Universidade de Fortaleza. Email: acngondimfgomes@gmail.com

** Doutora em Educação pela Universidade Federal do Ceará. Professora titular da Universidade de Fortaleza. E-mail: monicatass@unifor.br

*** Mestranda em Direito pela Universidade de Fortaleza. Email: vanessa.fernanda.soares@gmail.com



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2023v22n50.64214>

Perspectivas Regulatórias Da Prática De Cashback Como Instrumento De Impulso Do E-Commerce Brasileiro: Análise Ex-Pos-Facto No Contexto Do Covid-19

Ana Carolina Neiva Gondim Ferreira Gomes

Mônica Tassigny

Vanessa Fernanda Soares Carneiro

1 INTRODUÇÃO

Embora os Estados Unidos adotem o programa cashback desde meados de 1990 e este já tenha sido bastante difundido pela Europa e Ásia, continentes que contam atualmente com mais de 570 milhões de usuários (ZANFOLIN, 2021), a sua utilização pelo mercado brasileiro vinha sendo tímida na última década. Entretanto, com as dificuldades econômicas acentuadas pela pandemia oriunda do COVID-19 e a concorrência acirrada, tem-se verificado com maior intensidade, especialmente nos últimos meses, notícias da adoção do programa cashback por variados setores brasileiros, atuando como instrumento de atração de consumidores, sobretudo no E-commerce.

A possibilidade de realizar uma compra e receber de volta percentual do que foi gasto é realmente um vetor com fortes chances de atração. Essa é, de forma simplista, a premissa do programa de cashback que, numa tradução literal, significa dinheiro de volta.

Estima-se que o Brasil tenha atualmente alcançado a marca de 35 milhões de usuários desse programa (ZANFOLIN, 2021). Aliás, especialistas afirmam que a pandemia do COVID-19 tem importante responsabilidade pela quebra de paradigmas do modo de compra do consumidor (tímido no meio digital) e dos meios de pagamento online, forçando muitos setores a se reinventarem. Acirra-se, portanto, não só a disputa entre as empresas em atrair os clientes, mas também o desafio de fidelizá-los no meio digital.

O programa de cashback, portanto, tem se mostrado como um instrumento adicional nessa competição. Apesar de sua utilização há mais de uma década e da recente intensificação do seu uso pelo mercado brasileiro, não há legislação específica que regule esse programa. Por isso, tem-se verificado a oferta de diversos formatos que, a depender da criatividade do mercado e das respectivas partes aderentes, pode implicar estruturas e relações jurídicas menos ou mais complexas¹ e que demandam análises mais específicas quanto às suas aplicabilidades e consequências. Isso pode ser um fator que prejudique a disseminação desse instrumento, ante a dificuldade de compreensão pelo consumidor brasileiro do programa ofertado ou até mesmo o receio de fraudes ou engodos.

Entretanto, diante de todo o arcabouço legislativo brasileiro já existente, mormente o que respalda as relações cíveis e comerciais, a falta de regulamentação específica não seria apenas uma aparente lacuna legal?

No contexto do mercado brasileiro, ciente dos relevantes resultados financeiros esperados pelos setores que apostam nesse programa como instrumento de atração e fidelização de consumidores, sobretudo pelo crescimento do E-commerce, este trabalho tem por objetivo geral analisar as respectivas relações

¹ Fortes (2003, p. 218) explica que “devido a toda essa teia de novas relações que surgem com o comércio eletrônico, advêm diversos pontos controversos. Essas transformações acabam por surgir fórmulas e modos de contratar ainda não contemplados na lei, mas que se tornam regras de força obrigatória na prática comercial, fato bastante coerente com a própria natureza do direito comercial”.

jurídicas advindas e as suas perspectivas regulatórias, bem como se a atual lacuna legislativa é efetiva, não sendo possível imprimir direitos e obrigações às partes envolvidas, ou se apenas aparente, pois as normas em vigor, ainda que não particularizadas, são suficientes para trazer um mínimo de segurança jurídica para o cashback.

O E-commerce avança no contexto da transformação da sociedade, a partir da incorporação de novas tecnologias. Nesse contexto, ocorreu a incorporação do E-commerce no mercado. Segundo Lemos e Goés (2015), esse termo é definido como comércio eletrônico, ou seja, refere-se às negociações realizadas pela internet. Dessa forma, é possível comprar o melhor produto, pelo melhor preço, com redução de tempo e custos envolvidos, já que se trata de uma forma de comércio à distância. Os autores apontam a existência de quatro modelos de E-commerce, a saber: B2B (Business-to-Business), que se refere às negociações online entre empresas; C2C (Consumer-to-Consumer), que aborda negociações eletrônicas entre pessoas físicas; B2G (Business-to-Government), que são as transações que ocorrem online entre as empresas e o governo; e B2C (Business-to-Consumer) que abarca o comércio online entre empresa e consumidor.

Nesse contexto, a relevância deste trabalho justifica-se pela necessidade de confirmação da existência ou não de uma lacuna legislativa sobre o tema, fato que pode enfraquecer ou fortalecer, respectivamente, a segurança jurídica das partes envolvidas num programa que vem sendo apontado como fator de extrema influência no ambiente de E-commerce.

Para tanto, adota-se como metodologia as pesquisas bibliográficas, inclusive com consultas às Plataformas Revista dos Tribunais e VLex, documental, jurisprudencial e em notícias de jornais e sites especializados em estudos do comportamento de mercado, sobretudo no E-commerce. Relativamente à utilização dos resultados obtidos, a metodologia aplicada é de forma pura, vez que

se pretende ampliar o conhecimento sobre tema pouco ou superficialmente abordado pela literatura existente até o momento. A abordagem, portanto, será qualitativa, pois pretende-se analisar o cenário legislativo brasileiro existente, buscando alternativa para o que aparentemente se apresenta como lacuna regulatória sobre tema específico. A pesquisa é ainda do tipo *ex-post-facto*, ou seja, a partir do fato passado. O fato é a pandemia do COVID-19 e o estudo analisa o cenário anterior e o posterior, para fins de tecer conclusões sobre as perspectivas regulatórias do *cashback*.

2 A APOSTA NO PROGRAMA CASHBACK COMO INSTRUMENTO DE IMPULSO DA ECONOMIA BRASILEIRA NO E-COMMERCE EX-POST-FACTO PANDEMIA COVID 19

Não é novidade que o mercado financeiro recorrentemente busca apresentar inovações que ensejam determinados benefícios aos consumidores, incentivando sua adesão e fidelidade a diferentes programas, visando, por certo, significativos retornos monetários. Nesse contexto, tem sido cada vez mais recorrente no mercado o surgimento de propostas criativas com vistas a capturar novos clientes.

Uma pesquisa *ex-post-facto*, como a presente, permite que a ciência jurídica avance com a análise dos acontecimentos anteriores e posteriores. O fato que tem sido estudado tanto pelas ciências da saúde quanto pelas demais áreas como a do Direito é a recente pandemia oriunda do COVID-19. Para Leite, Lins e Tassigny (2021), a nova realidade trazida pelo COVID-19 na educação jurídica passou a exigir novas estratégias de professores, alunos e instituições para atender às expectativas do século XXI. Para acompanhar a evolução da ciência jurídica, Tassigny, Freire Nottingham e Karam (2016)

concluíram que a pesquisa deve adaptar-se à modelagem que busca resultados voltados para a realidade fática.

Nesse sentido, o estudo ex-post-facto Pandemia COVID-19 contribui para que a ciência jurídica, a partir da revisão bibliográfica e com o correto desenho da pesquisa ex-post-facto, analise os impactos jurídicos em relação à prática do cashback, especialmente relacionados à sua regulação.

Com as restrições advindas da pandemia do COVID 19, a mentalidade do consumidor brasileiro vem evidenciando significativas transformações, mormente no que diz respeito à experiência de compra online², aderindo a programas e plataformas digitais que facilitem e tornem mais satisfatória essa aquisição.

Isso tem explicado o aumento significativo do programa cashback³ que oferece ao consumidor o benefício de receber de volta parte do seu dinheiro gasto na compra realizada⁴. A pandemia, portanto, acelerou não só o crescimento da digitalização com o aumento do número de instituições financeiras sem estabelecimentos físicos e plataformas de pagamento eletrônico, bem como colocou o

² Sobre esse avanço, Dias e Pinto (2020, p. 03) destacam que “com a constante evolução e democratização do acesso aos *smartphones* pela população brasileira, se deu a revolução tecnológica, baseada na utilização de aplicativos. Além disso, houve a modernização da cultura do consumo de *delivery*, que antes era majoritariamente via ligação telefônica”.

³ Sakajiri (2021, p. 23) explica que, “à primeira vista uma promoção de vendas do tipo cashback pode parecer muito semelhante a uma que utiliza cupons de desconto, formato menos recorrente no varejo alimentar brasileiro, e descontos temporários sobre preço de vendas, geralmente comunicadas por meio dos tabloides, ou por meio de etiquetas de preço diferenciadas nas gôndolas de produtos. Tanto os cupons quanto o cashback apresentam uma importante vantagem sobre os descontos, ao permitir que os shoppers sejam segmentados por preço (LU; MOORTHY, 2007). Em outras palavras, enquanto os descontos são oferecidos para todos os consumidores indistintamente, com o uso de cashback e cupons, os varejistas e fabricantes conseguem segmentar e focar em diferentes grupos de consumidores com base na sua sensibilidade de preço, ou ainda elasticidade promocional.”.

⁴Sakajiri (2021, p. 23) utiliza um termo adicional na sua conceituação do programa cashback, veja: “o cashback é um nome mais atual de uma mecânica promocional anteriormente conhecida como rebate, que consiste na devolução de parte do valor gasto na compra, e que pode ser traduzido como reembolso”.

programa de cashback em evidência no mercado do E-commerce brasileiro, que alcançou, desde o início de 2020, a marca recente de 48% de consumidores valendo-se desse sistema⁵.

Todos os programas de milhagem, cupons, pontos e devolução de valores almejam estimular as compras e por conseguinte fidelizar os consumidores. Sakajiri (2021) traz relevante distinção e impacto sobre a adesão aos programas de cupons e cashback, destacando que não obstante um olhar mais cuidadoso revela uma diferença importante do cashback em relação ao cupom, o seu efeito ocorre em duas etapas diferidas do processo de compra, a primeira consiste na decisão de compra em si e a segunda, a decisão pós-compra de cumprir os requisitos para a obtenção do benefício.

Esse autor complementa observando a vantagem de que com essa técnica do cashback é possível o preço de referência, ou seja, não existe impacto negativo nesse sentido. Para o consumidor não seria tão vantajoso quanto um cupom ou desconto direto e também em alguns casos existem valores a serem reembolsados que não chegam a ser concedidos, fenômeno chamado de slippage.

Não se pretende analisar se vale ou não a pena a adoção por um ou outro programa, especialmente o da sistemática de cashback. Contudo, por óbvio que aqueles modelos nos quais não haja (i) cobrança pela adesão, (ii) exigência de que seja adquirido algum cartão de crédito com consequente cobrança de anuidade ou (iii) expiração para utilização do valor devolvido ensejam uma expectativa de maior atratividade aos consumidores (CARMO, 2019).

Assim, embora o cashback remonte sua existência no Brasil a meados de 1990, é fato noticiado que apenas recentemente os consumidores digitais e comerciantes vêm se mostrando mais

⁵Conforme evidenciam dados da Sociedade Brasileira de Varejo e Consumo (SBVC), <https://cndl.org.br/varejosa/cashback-atrair-cliente-de-varejo/> . Acesso em: 13 nov. 2021.

entusiasmados por tal programa. Em avaliação do sistema cashback feita pela Clearsale, empresa que mapeia o comportamento do consumidor digital, foi atribuído a esse programa o valor de R\$108 bilhões em vendas mundiais no exercício de 2020. Dentre os países analisados, o Brasil, com a marca atingida de 31 milhões de compradores digitais em 2020, foi destacado como mercado promissor em crescimento esperado de aproximadamente 22% para o E-commerce neste ano, tendo sido o único país da América Latina citado em tal levantamento, cuja projeção de vendas online é de US\$16,7 bilhões. Comparando o desempenho do Brasil na primeira quinzena de março de 2019 com o mesmo período em 2021, esse levantamento destacou também o aumento de 40% nas vendas de comércio eletrônico (GHIRALDI, 2020).

Como as compras online estão ganhando cada vez mais popularidade, é natural que os programas que anunciam alguma forma de economia ao consumidor tornem-se muito atrativos. De fato, esses números evidenciam a redução da insegurança dos consumidores de adquirirem mercadorias online e que o programa de cashback tem realmente atraído esse cliente. Entretanto, é relevante que o programa ofertado ao consumidor tenha critérios claros de sua funcionalidade, facilitando não só a sua compreensão como favorecendo a própria adesão, de modo a potencializar a sua utilização.

Como vantagens do programa cashback para a empresa, o ebook da HelloCash, constante no site do Sebrae, aponta a (i) visibilidade, ao agregar "mais exposição de marca", (ii) a fidelização, por ser "uma das principais alternativas para consolidar no mercado", e (iii) o aumento da base de clientes que, "com diferentes

opções no mercado, o consumidor acaba optando por quem oferece condições mais atraentes"⁶.

Desse modo, além de aumentar a frequência na realização de negócios, a credibilidade e reputação da empresa é favorecida, o que resulta na fidelização do cliente.

Fato é que o sucesso desse programa tem efetivamente provocado adesão de grandes empresas, como noticiado recentemente, que apostam numa perspectiva de retorno significativo e mais prolongado a partir da fidelização dos clientes. Diante desse cenário, tem sido cada vez mais recorrentes anúncios como o da plataforma brasileira “Ganhe de volta”, que noticiou na IstoÉ Dinheiro a expectativa de geração em 2020 de R\$24 milhões para as lojas parceiras (GHIRALDI, 2020).

Não menos que a gigante Méliuz, no setor digital, apresentou crescimento de 80% no montante de usuários ativos em comparação ao período de setembro de 2020 e setembro de 2019 e continua apostando no crescimento para o cashback no Brasil. Em comunicado ao mercado, datado de 05/04/2021, informou aos seus investidores o crescimento de 226% de usuários ativos nos últimos doze meses, equivalente a 7,1 milhões de pessoas cadastradas para recebimento de cashback⁷.

Além dessas empresas já citadas, tem gigantes do setor de varejo, como a Magazine Luiza, que também optou por desenvolver seu próprio aplicativo de rede, anunciando, em julho de 2021, seu programa de cashback pela Magalu Pay, alcançando 1 milhão de contas abertas em poucas semanas após o lançamento (GHIRALDI,

⁶ **O Efeito Cashback: como multiplicar os resultados do seu negócio.** P.13. Disponível em: [https://bibliotecas.sebrae.com.br/chronus/ARQUIVOS_CHRONUS/bds/bds.nsf/43eeb75b85f8aee070e8624b54efea97/\\$File/31064.pdf](https://bibliotecas.sebrae.com.br/chronus/ARQUIVOS_CHRONUS/bds/bds.nsf/43eeb75b85f8aee070e8624b54efea97/$File/31064.pdf) Acesso em: 03 maio 2022.

⁷ Cashback atrai clientes de varejo. **Varejo S.A.**, 2021. Disponível em: <https://cndl.org.br/varejosa/cashback-atrai-cliente-de-varejo/>. Acesso em: 13 nov. 2021.

2020). O PICPAY comunicou, em fevereiro de 2021, que dobrou sua base de clientes para 45 milhões nos últimos 12 meses, resultado de um movimento agressivo de expansão apoiado em incentivos como cashback, descontos em compras e remuneração de saldos acima do CDI (ALVES, 2021). Em outubro de 2021, a empresa 99 (transporte por aplicativo) lançou um interessante programa de atração, informando que sua carteira digital concederá aos seus clientes o cashback na forma de bitcoins (ALVES, 2021). Em novembro de 2021, o Next, banco digital do Bradesco, anunciou como iniciativa de elevar o número de seus clientes o programa de cashback consistente na devolução entre 7,5% e 10% do valor dos produtos adquiridos no Nextshop, plataforma de marketplace (FIGO, 2021). A concorrente da 99, UBER, também está inclusa no mercado de carteiras digitais e criou, em parceria com a fintech Digio, plataforma de serviços semelhante ao 99Pay (SCHLINDWEIN, 2021).

É, portanto, incontestável a aposta milionária que foi feita nesse programa. A diversidade de empresas e setores colacionados acima só referendam a intensificação de oferta do programa de cashback como instrumento de atração e fidelização dos clientes, adotado no Brasil, que se tornou atrativo para mercado por favorecer a ampliação de vendas de produtos e margens, ensejando não só sistemas mais eficientes de distribuição de mercadorias, mas também redução de custos de gestão física de estabelecimentos e de dinheiro.

Porém, diante dessa disseminação, é impossível não se perguntar se haveria a necessidade de regulamentação específica para garantir a clareza dos direitos e obrigações advindos das diversas relações jurídicas oriundas desse programa. Pretende-se, pois, avaliar as relações jurídicas decorrentes do programa de cashback visando verificar se a legislação brasileira já existente acomodaria as eventuais intercorrências que podem advir da adesão a esse sistema, especialmente no que diz respeito à relação

fornecedor e adquirente do produto posto no mercado via plataforma digital.

3 AS RELAÇÕES JURÍDICAS ADVINDAS DO PROGRAMA CASHBACK NO MERCADO BRASILEIRO

Seja para fins didáticos, para encurtar distâncias entre as pessoas, para expandir conhecimento ou mesmo para ter ciência sobre o que está acontecendo no mundo, fato é que a necessidade da internet pela sociedade tornou-se extremamente relevante. Além disso, seu uso nos últimos anos acentuou-se consideravelmente também para fins comerciais, favorecendo o aparecimento do comércio eletrônico (MARTINS; MACHADO, 2013), ou, assumindo o termo mais recorrentemente utilizado, do E-commerce. Conforme exposto por Amorim (2015), a prática mercantil de maneira eletrônica vem se desenvolvendo na forma de contratos eletrônicos, sendo conhecida como E-commerce, com lojas virtuais, porém não se trata apenas de vender produtos de maneira virtual, pois esse comércio traz várias formas negociais, não apenas essa compra e venda simples.

Dentre as diversas relações comerciais que possam ocorrer na internet, o programa de cashback, como já dito, vem despertando muita atenção das empresas, sobretudo como alternativa de impulsionar vendas e resultados. Sabe-se que ele tem aplicação mais favorável no ambiente E-commerce, mas não há impedimento para que também seja utilizado em aquisições realizadas em estabelecimentos físicos, fator que pode ser tido como potencializador da sua oferta ao mercado.

Gomes (2021, p. 7) trata do caso do programa Smiles e ressalta inclusive que antes eram ofertados prêmios quando os consumidores realizavam viagem e, hoje, a pontuação é tida como moeda, sendo

inclusive possível a compra dela. Assim, pelo lucro e número de clientes, conclui-se que a estratégia parece ter surtido efeito.

Para Agostinho, Penachiotti e Souza (2021, p. 9) o projeto de fidelização dentro de uma organização se tornou algo necessário, e, não se trata de diferencial, mas de necessidade, e alerta para a importância que seja bem realizado para que não ocorra o efeito inverso de afastamento e bloqueio de entrada de clientes.

Entretanto, diante da ausência de regulamentação específica na legislação brasileira sobre o tema, torna-se necessário delimitar a natureza das relações jurídicas instauradas entre as partes envolvidas nesse programa no intuito de aferir se as normas atualmente vigentes as respaldam ou se realmente há uma lacuna legislativa insuperável.

A necessidade sobre a clareza das regras legais aplicáveis encontra justificativa também na assertiva de Martins e Machado (2013) ao disporem que ao Direito incumbe disciplinar o relacionamento humano e assegurar o convívio harmonioso e pacífico em sociedade, não podendo ficar à margem das mudanças sociais. O Estado tem que ter conhecimento das relações contratuais realizadas virtualmente em seu território. Ocorre que, no ambiente virtual, muitos contratos são realizados sem que o Estado saiba. Assim, surgem novos conflitos envolvendo essas operações comerciais por meio da internet, que por não terem regramento específico, necessitam de maior dificuldade para solução.

A plataforma que oferece o sistema de cashback pode ser considerada como parte do marketing ou pode ser considerada como um novo serviço, qual seja, de intermediação entre usuários e empresas vendedoras. Independentemente de como se considere, trata-se de um serviço com custo. Fato é que a plataforma é remunerada nessa operação com uma porcentagem sobre o valor da mercadoria vendida ou do serviço prestado. Assim, ao oferecer ao consumidor parte dessa comissão em devolução sobre o valor gasto e estimulá-lo a comprar por essa plataforma, instaura-se entre o

usuário e a plataforma uma relação claramente consumerista⁸ pela prestação de serviços àquele, embora não seja remunerada diretamente por ele.

Diante desse contexto, embora os lucros da empresa que oferece a plataforma com a modalidade cashback sejam obtidos pela remuneração incidente sobre as vendas efetivadas pelas empresas parceiras, a relação de consumo não é instaurada apenas entre a empresa parceira vendedora e o consumidor, mas também entre este e a empresa que oferece a plataforma mediante à qual a oferta de cashback será concretizada.

Diz que se trata de uma relação de consumo porque o Código de Defesa do Consumidor qualifica como fornecedor aquele que, dentre outras atividades, desenvolve a comercialização de produtos ou a prestação de serviços (art. 3º)⁹. E serviço, por sua vez, de acordo com o parágrafo 2º do artigo 3º, por se tratar de atividade no mercado de consumo mediante remuneração. Convém esclarecer que a remuneração recebida de forma indireta pela plataforma, decorrente da porcentagem aplicada sobre a venda, não descaracteriza a natureza de serviço prestado ao consumidor.

É irrelevante haver ou não personalização da plataforma para caracterizar a relação de consumo entre ela e o seu usuário. Tampouco, reitera-se, há necessidade de caracterizar o tipo de serviço prestado ou a existência de remuneração direta. É tão somente imprescindível que a plataforma realize uma atividade na cadeia de consumo e seja remunerada, direta ou indiretamente, por

⁸ Esse entendimento também é corroborado pelo seguinte texto: Plataformas de cashback devem responder por danos causados aos consumidores. **Consultor Jurídico**. 2020. Disponível em [Vlexhttps://app.vlex.com/#search/jurisdiction:BR/cashback/WW/vid/852173566](https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:BR/cashback/WW/vid/852173566). Acesso em: 05 nov. 2021.

⁹Artigo 3º fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços” (BRASIL, 1990).

tal atividade, ensejando assim todas as consequências prescritas no Código de Defesa do Consumidor.

Aliás, com base nos artigos 12 e 18 do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade solidária pode ser atribuída a todos os integrantes da cadeia de consumo. De acordo com Flumingnan (2021), no caso do modelo cashback, tanto a plataforma que o oferece quanto a empresa parceira, proprietária da mercadoria, poderiam ser responsabilizadas de forma objetiva e solidária por eventuais danos causados ao consumidor.

Aliás, já existem recentes julgados perante o Tribunal de Justiça de Minas Gerais e do Tribunal de Justiça do Paraná , confirmando que se trata de uma relação sujeita às regras do Código de Direito do Consumidor¹⁰, respectivamente. Outro dispositivo, que também deve ser aplicado às operações ora em análise, é o art. 30 do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece as características da oferta e as consequentes obrigações assumidas pelo ofertante, veja-se:

Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado (BRASIL, 1990).

Conforme afirma Amorim (2015), da leitura do artigo supracitado é possível concluir que o referido diploma legal almeja que o consumidor possa escolher um serviço ou produto que melhor atenda ao binômio adequação-qualidade. Esse binômio concretiza-se a partir do momento que o fornecedor pode ter acesso a informações adequadas sobre o respectivo produto ou serviço que deseja adquirir, sem que para tanto seja enganado, e assim compre aquele que considerar de melhor qualidade para atender os devidos fins que

¹⁰Exemplos seriam as ações da apelação cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, número 1.0000.21.040063-6/001 de relatoria do desembargador Marcos Lincoln, julgada em 28 de abril de 2021 e o Recurso Inominado 0017420-16.2018.8.16.0018 do Tribunal de Justiça do Paraná da relatoria de Marcel Luis Hoffmann, julgado em 17 de setembro de 2019.

aspira. E para que o mesmo possa realizar esse feito, o Código de Defesa do Consumidor vincula o fornecedor do produto ou serviço, tanto aquele que usa a propaganda como aquele que a veicula, a propaganda realizada.

Diante das considerações realizadas sobre a legislação, doutrina e a jurisprudência, infere-se que o direito do consumidor que concretiza suas compras, ainda que online, sob a expectativa de obter de volta percentual do valor gasto, a título de adesão a produto ofertado sob o título de programa cashback, está necessariamente amparado pelo Código de Defesa do Consumidor¹¹ em todos os seus aspectos¹².

Ademais, é relevante ressaltar que, de um modo geral, havendo hipóteses em que a lei seja omissa, o judiciário poderá valer-se da analogia, os costumes e os princípios gerais de direito¹³ como meio para conformar a norma ao caso concreto. Interessante destacar que, para realizar a compra via essa plataforma, o usuário ao realizar o seu cadastro concede à plataforma não apenas dados pessoais como dados que refletem seus hábitos de consumidor, contexto que, por si só, já exige observância das recentes regras trazidas pela LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais).

O sistema de casback traduz-se, portanto, em mais um sistema que visa buscar a fidelidade do consumidor, impondo como meio de atração a devolução de percentagem do dinheiro na compra de produtos ou serviços. Por óbvio que, quanto maior a clareza do funcionamento do programa, maior será a autonomia do consumidor

¹¹ Aliás, Fortes (2003, p. 219) já elucidou há mais de uma década, no que tange ao e-commerce, que “a tutela do consumidor também surge como um dos pontos basilares. Muitas questões legais que se relacionam com a proteção dos consumidores, abrangendo adulterações até diferentes tipos de fraude, estão relacionadas ao comércio eletrônico”.

¹² Vanessa Amorim destaca que “mesmo que esse diploma legal tenha sido criado e publicado antes do uso da internet e do início da prática comercial através da mesma, ele possui as normas legais que regem esse tipo de relação consumerista” (AMORIM, 2015, p. 37).

¹³Conforme art. 4º, da LINDB: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” (BRASIL, 1942).

para avaliar as suas possibilidades e aderir ao que melhor lhe convenha. Assim, a plataforma que utiliza esse tipo de programa não só atrai o consumidor pelas parceiras que congrega, mas também pelos benefícios que oferece.

Cristalino que entre o consumidor e a empresa parceira, que vende efetivamente o produto, também há a relação consumerista perfeitamente estabelecida¹⁴. Nesse aspecto, não há dúvidas de que o Código do Consumidor pode ser aplicado em eventual dano que venha ocorrer para o adquirente da mercadoria. Nesse aspecto, a relação é mais clara e direta. Fortes (2003) defende, desde 2003, que um detalhe a ser observado é que o contrato eletrônico via de regra tem as características típicas de contrato de adesão, com as mesmas consequências jurídicas que advêm desse fato nas contratações convencionais, como a presunção de boa-fé e a noção de hipossuficiência do consumidor, que levam à interpretação mais favorável para aquele que aderiu ao contrato.

Apesar de não haver dúvidas quanto à aplicação desse Código, é relevante o apontamento de Barbosa e Marques (2019) relembram a necessidade de atualização do Código do Consumidor para reconhecer figuras jurídicas que antes não eram conhecidas, para o reequilíbrio das relações marcadas por desequilíbrio de forças.

Ademais, trazendo um ponto de vista alternativo e não excludente, uma normatização específica e atualizada favorece também a implementação de políticas públicas voltadas à alfabetização financeira da sociedade, potencializando a adesão a novos produtos. Berquó (2007) enfatiza que a proteção legal e o reconhecimento da vulnerabilidade é conquista de séculos e que para ser mantida é imprescindível que existam programas governamentais que eduquem o consumidor, que conscientizem sobre direitos e

¹⁴ Fortes (2003, p. 243) destaca que “um tema de grande evidência é a relação do comércio eletrônico brasileiro com os direitos dos consumidores. Nesse particular, há a aplicabilidade integral do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) e seus princípios, que é reiterada pelo Projeto de Lei n. 4.906/01”.

obrigações e que a sociedade de consumo participe buscando os órgãos de defesa do consumidor para esclarecimentos e para denúncias.

Nesse aspecto, é perfeitamente aceitável fazer um paralelo com os apontamentos realizados por Doll e Cavallazzi (2016, p. 326) ao tratarem desse mesmo aspecto no que tange o crédito consignado e o superendividamento de idosos, veja-se:

E a terceira medida, que talvez deveria ser a primeira, é de uma educação financeira adequada para pessoas adultas e idosas. Campanhas de informação e oficinas sobre formas de lidar com dinheiro, crédito e consumo são importantes. Mas para se obter mudanças mais profundas, é necessário entrar em um diálogo aberto com os grupos populacionais envolvidos. (DOLL E CAVALLAZZI, 2016, p. 326).

Esses autores enfatizam ainda a relevância de que o processo de educação seja significativo para o grupo e que seja capaz de promover posturas reflexivas por meio de aprendizado com base em vivências.

Rosa, Pamplona e Martins (2019) mencionam, ainda, a vulnerabilidade do consumidor diante do desconhecimento da natureza jurídica obrigacional do seu crédito. Assim, acaba ocorrendo uma noção incorreta de que não possuem pretensão a ser buscada judicialmente, especialmente em relação às milhas, porém, como se trata de algo explorado comercialmente, é impossível negar a proteção pelo Código de Defesa do Consumidor.

Além das relações envolvendo o consumidor, existe outra relação jurídica estabelecida nesse programa entre a plataforma e a empresa parceira, que contrata aquela para favorecê-la mediante remuneração de valor calculado com a aplicação de porcentagem aplicada sobre o montante gasto pelo consumidor. Nessa hipótese, a relação contratual tem amparo no novo Código Civil, sobretudo, no seu Título V, denominado “Dos Contratos em Geral” (BRASIL, 2002), e não enseja tanta dificuldade, pois perfaz-se relação com obrigação de fazer de ambas as partes decorrentes de contratos comerciais,

independentemente da nomenclatura que lhe seja dada, seja esta de marketing, intermediação, parceria.¹⁵

Desse modo, sob a ótica do consumidor ou das partes que subsidiam o negócio jurídico, quais sejam, plataforma e ente que pretende comercializar o produto ou serviço, infere-se que a legislação vigente respalda as relações jurídicas advindas do programa cashback. Entretanto, sob uma perspectiva de maior clareza para o consumidor, eventual legislação específica sobre o tema favorece consideravelmente a adesão e potencialização desse programa.

4 CONCLUSÃO

A pesquisa jurídica, assim como a pesquisa relacionada às demais áreas do conhecimento, deve se utilizar de desenhos e técnicas do ponto de vista metodológico que lhe permitam analisar a realidade a fim de tecer perspectivas para o futuro. Um desses desenhos metodológicos é o da pesquisa ex-post-fato e nesse caso o fato seria a pandemia COVID-19 e as práticas do comércio eletrônico.

A pandemia do COVID-19 disseminou o comércio eletrônico e práticas como a do cashback e, nesse sentido, a pesquisa ex-post-fato permitiu tecer perspectivas regulatórias sobre o tema, sobretudo sobre a efetiva lacuna ou não regulamentar sobre o tema.

Embora esteja ocorrendo essa disseminação de contratos comerciais por meio eletrônico, e o avanço do programa cashback seja realidade no Brasil, mormente pós pandemia do COVID-19, fato é que parcela relevante da sociedade ainda não tem clareza suficiente quanto às relações jurídicas que são instauradas ou à segurança jurídica de concretizar esses negócios no ambiente E-commerce.

¹⁵ Fortes (2003, p. 238) ressalta que se pode “encontrar, entre os contratos eletrônicos, vários tipos de contrato, sejam típicos – previstos nos textos normativos e que devem seguir os moldes pré-estabelecidos em lei – sejam atípicos, que permitem maior margem de criação das partes contratantes, as quais devem se atentar para os princípios gerais dos contratos.”

Somando-se a isso, a falta de legislação específica sobre o programa em questão pode intensificar a falsa percepção de que não há qualquer amparo legal para as operações que arrisquem aderir a esse meio.

Por outro lado, não se tem dúvidas de que o programa de cashback, como uma tendência mundial, que atualmente já movimentava bilhões nos Estados Unidos, Europa e Ásia, se apresenta como uma solução contemporânea capaz de acomodar as complexas necessidades do mercado de atração e fidelização dos clientes, incentivando as vendas no E-commerce na atual era digital.

Assim, é incontestável que a modalidade de programa cashback, respaldada na premissa de devolução de dinheiro para o consumidor, vem ganhando força em tempos de concorrência extremamente acirrada e necessidade de opções criativas para o mercado.

Diante disso, as perspectivas do programa cashback são claramente promissoras, especialmente no Brasil, mercado no qual aplicativos e plataformas vêm ganhando popularidade e as empresas estão se adequando aos programas inovadores que favorecem as vendas no ambiente E-commerce.

Entretanto, o sucesso desse programa está essencialmente vinculado à transparência das suas condições e garantia das entregas propostas, e, por certo, uma regulamentação específica na legislação brasileira poderia favorecer na construção de um cenário ainda mais confiável e estimulante à adoção.

Nesse contexto, como já se discutia há mais de uma década a validade da contratação eletrônica, o cashback e suas especificidades podem ser regulamentados inclusive numa perspectiva social, garantindo não só a transparência das contratações, mas também a exata compreensão pelo consumidor do acordo comercial ao qual esteja aderindo.

Assim, por certo que, sendo a prática do cashback relativamente nova para o cenário brasileiro, uma atualização

normativa cumpriria não só a função de trazer ainda mais segurança jurídica pela tutela legislativa específica, como também a função social, favorecendo um viés educativo da sociedade no que tange à exata compreensão de uma sistemática que, a depender do formato, pode trazer benefícios financeiros para todas as partes envolvidas.

Até que ocorra essa regulamentação específica, apesar de escasso material de pesquisa sobre o tema e do existente ser pouco aprofundado no contexto regulatório, o estudo das relações jurídicas que esse programa enseja entre consumidores, plataformas e empresas que comercializam seus produtos evidenciam que a legislação vigente, sobretudo o Código de Defesa do Consumidor, são suficiente para acomodar e solucionar eventuais intercorrências que o programa cashback possa gerar por falha na sua oferta e efetivação, sob a perspectiva do usuário que aderiu a tal proposta.

Data de Submissão: 04/09/2022

Data de Aprovação: 15/02/2024

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Jailton Macena de Araújo

Assistente Editorial: Hellen Alessandra Dantas Pereira

REFERÊNCIAS

AGOSTINO, Gabriel Araújo de; PENACHOTTI, Anderson Gustavo; SOUZA, Mariângela Catelani. A IMPORTÂNCIA DA TECNOLOGIA DIGITAL NA FIDELIZAÇÃO DE CLIENTES E NAS TOMADAS DE DECISÕES DAS EMPRESAS NO CENÁRIO ATUAL. **Revista Científica**, Rio Preto, v. 1, n. 1, 2021. Disponível em: <https://revistas.unilago.edu.br/index.php/revista-cientifica/article/view/524>. Acesso em: 19 dez. 2022.

ALVES, Aluísio. Carteira digital da 99 terá cashback em bitcoin. **Reuters (Português, Brasil)**, 2021. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/reuters/2021/10/25/carteira-digital-da-99-tera-cashback-em-bitcoin.htm>. Acesso em: 06 nov. 2021.

AMORIM, Vanessa Costa. **A aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nas práticas abusivas realizadas por sites de compras coletivas**. 2015. 43 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2015.

BERQUÓ, A. T. A. P. P. A proteção jurídica do consumidor: análise histórico-jurídica da evolução do direito do consumidor no Brasil. **Prim Facie**, [S. l.], v. 6, n. 10, 2010. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/primafacie/article/view/6536>. Acesso em: 19 dez. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 05 dez. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 05 dez. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Diário Oficial da União**, Brasília, 15 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 05 dez. 2021.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 set. 1942. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 05 dez. 2021.

BARBOSA, Fernanda Nunes; MARQUES, Cláudia Lima. A proteção dispensada à pessoa idosa pelo direito consumerista é suficiente como uma intervenção reequilibradora? **Civilística.com**, ano 8, n. 2, p. 1-26, 2019.

CARMO, Kátia. Como aproveitar (de verdade) os programas de cashback: sistema que devolve uma porcentagem do dinheiro na compra de produtos ou serviços tem crescido no país. **Administrador profissional**, v. 42, n. 389, p. 24-26, jul./ago. 2019.

Cashback atrai cliente de varejo. **Varejo S.A.**, 2021. Disponível em: <https://cndl.org.br/varejosa/cashback-atrai-cliente-de-varejo/> . Acesso em: 13 nov. 2021.

DIAS, Yasmin Baeta Gomes; PINTO, Natália Fernandes. Aplicativo de delivery de alimentos: fatores quem influenciam no comportamento do consumidor. **Dspace/Manakin Repository**, 2020. Disponível em: <https://dspace.doctum.edu.br/bitstream/123456789/3727/1/Yasmin%20Baeta.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2021.

DOLL, Johannes; CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli. Crédito consignado e o superendividamento dos idosos. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 107, p. 309-341, 2016.

FIGO, Anderson. Next, banco digital do Bradesco, lança marketplace com cashback. **Infomoney**, 3 nov. 2021. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/minhas-financas/next-banco-digital-do-bradesco-lanca-marketplace-com-cashback/>. Acesso em: 4 set. 2022.

FLUMIGNAN, Wévertton Gabriel Gomes. Plataformas de cashback devem responder por danos causados aos consumidores. **Consultor Jurídico**, 21 nov. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-21/flumignan-plataformas-cashback-responder-danos>. Acesso em 05 nov. 2021.

FORTES, Christienne Krassuski. Notas sobre o comércio eletrônico e suas implicações na realidade jurídica contemporânea: uma leitura interdisciplinar. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná**, v. 39, p. 215-254, 2003. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1756/1453>. Acesso em: 06 jan. 2022.

GHIRALDI, Victoria. É comprando que se recebe. **ISTOÉ Dinheiro**, 04 dez. 2020. Disponível em: <https://www.istoedinheiro.com.br/e-comprando-que-se-recebe>. Acesso em: 13 nov. 2021.

GOMES, A. M. . Programa de fidelidade Smiles: Apresentação de suas vantagens para o consumidor. **Revista de Ensino, Pesquisa e Extensão em Gestão**, [S. L.], v. 4, n. 1, p. e24961, 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/revenspesextgestao/article/view/24961>. Acesso em: 19 dez. 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – IDEC. Serviços financeiros, desconto invertido: entenda como funcionam os programas de cashback e saiba quais cuidados tomar antes de aderir. **Revista do IDEC**, n. 228, p. 24-25, jan./fev. 2020.

LINS, M. R.; LEITE, L. C.; TASSIGNY, M. M. O ensino jurídico e o desenvolvimento das habilidades profissionais para o século XXI na pandemia de Covid-19: uma visão a partir dos docentes do Estado do Ceará. **Prim Facie**, v. 20, n. 43, 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/54292>. Acesso em: 16 dez. 2021.

MACHADO, Edinilson Donizete; MARTINS, Adriano de Oliveira. A boa-fé objetiva nas relações contratuais virtuais e a incidência do Código de Defesa do Consumidor. **CONPEDI**, São Paulo, nov. 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e1e32e235eee1f97>. Acesso em: 13 nov. 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. ApCiv nº. 1.0000.21.040063-6/001 - Marcos Lincoln - Data de Julgamento 28/04/2021. Diário da Justiça Eletrônico.Abr / 2021. JRP\2021\420417.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Diário da Justiça Eletrônico | Set / 2019 |JRP\2019\808560. Recurso Inominado 0017420-16.2018.8.16.0018 - Marcel Luis Hoffmann - Data de Julgamento 17/09/2019.

SEBRAE. O Efeito Cashback: como multiplicar os resultados do seu negócio. SEBRAE 2022. P.13. Disponível em: [https://bibliotecas.sebrae.com.br/chronus/ARQUIVOS_CHRONUS/bds/bds.nsf/43eeb75b85f8aee070e8624b54efea97/\\$File/31064.pdf](https://bibliotecas.sebrae.com.br/chronus/ARQUIVOS_CHRONUS/bds/bds.nsf/43eeb75b85f8aee070e8624b54efea97/$File/31064.pdf) Acesso em: 03 maio 2022.

ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; PAMPLONA, Naiara Guimarães; MARTINS, Murilo Moreira. O caráter remuneratório das recompensas dos programas de fidelidade e a discriminação do consumidor fidelizado. **Revista Jurídica da Presidência**, [S.L.], v. 21, n. 123, p. 197, 31 maio 2019. Biblioteca da Presidência da República. <http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.rjp2019v21e123-1721>.

SAKAJIRI, Lucas Jun. **Cashback no supermercado? Estudo sobre o efeito no comportamento de compra dos consumidores usuários de aplicativo móvel.** 2021. 63 f. Dissertação (Mestrado Profissional MPGC) –

Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/30476>. Acesso em: 12 dez. 2021.

SCHLINDWEIN, Manoel. Motoristas ganham cashback em parceria do Uber e postos Ipiranga. **Veja**, 25 mar. 2021. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/radar/motoristas-ganham-cashback-em-parceria-do-uber-e-postos-ipuranga/>. Acesso em: 4 dez.2021.

TASSIGNY, Mônica; FREIRE, Cylviane; NOTTINGHAM, Andrea; KARAM, Andrea. A aplicabilidade do método do estudo de caso em pesquisas Jurídicas. **Revista Acadêmica**, v. 88, n. 1, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/2268>. Acesso em: 12 nov. 2021.

ZANFOLIN, Thainá. O poder dos programas de cashback e como as empresas devem olhar para eles. **NOVAREJO**, 12 abr. 2021. Disponível em: <https://www.consumidormoderno.com.br/2021/04/12/poder-programas-cashback-empresas-devem-olhar/>. Acesso em: 13 nov. 2021.

Regulatory Perspectives Of The Practice Of Cashback As An Instrument To Drive Brazilian E-Commerce: Ex-Pos-Facto Analysis In The Context Of Covid-19

Ana Carolina Neiva Gondim Ferreira Gomes

Mônica Tassigny

Vanessa Fernanda Soares Carneiro

Abstract: With the economic difficulties accentuated by the COVID-19 pandemic and fierce competition, there has been news of the adoption of cashback programs by various Brazilian sectors, especially in the E-commerce environment. In Brazil, there is no specific legislation that regulates this program, giving rise to the use of different formats that imply less or more complex legal structures and relationships. From a qualitative approach of the Brazilian legislative scenario and the methodology of bibliographic, documentary, jurisprudential research and news from newspapers and websites specialized in studies of market behavior, the results were used in a pure form, in order to expand the knowledge about a topic that is little or superficially addressed by the existing literature. The research is ex-post-facto, assuming the COVID-19 pandemic as a past fact and analyzing the previous and subsequent scenario in order to conclude on the regulatory perspectives of cashback. The general objective of this work was to analyze the perspectives of regulation of the cashback program in Brasil, justifying its relevance in the conclusion that there is an apparent legislative gap, since the existing general norms, especially those of the Defense Code of the consumer, are perfectly applicable to the relationships arising from it.

Keywords: Pandemic. Cashback. E-commerce. Regulation.

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2023v22n50.64214>

Conteúdo sob licença *Creative Commons: Attribution-NonCommercial-NoDerivative 4.0 International* (CC BY-NC-ND 4.0)



A Proteção De Dados Pessoais Sensíveis Como Política Pública De Proteção De Grupos Vulneráveis E Minorias Em Face Da Discriminação Algorítmica


Dérique Soares Crestane*

Universidade de Santa Cruz do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito, Santa Cruz do Sul-RS, Brasil

 <https://orcid.org/0000-0002-6331-2648>

Mônia Clarissa Hennig Leal **

Universidade de Santa Cruz do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito, Santa Cruz do Sul-RS, Brasil

 <https://0000-0002-3446-1302>

Resumo: A sociedade da informação apresenta-se como espaço onde os dados circulam com maior velocidade por meio da utilização de diversas tecnologias. O aumento no consumo de mídias e de dados demanda um maior zelo na proteção dos direitos fundamentais das pessoas. Determinados agrupamentos de pessoas apresentam características próprias que, muitas vezes, são utilizadas com finalidade discriminatória e, esta discriminação, tende a se reproduzir no meio digital na forma de discriminação algorítmica. Portanto, questiona-se: existe um serviço público de proteção de dados pessoais sensíveis atuando no fomento de políticas públicas voltadas a proteger grupos vulneráveis e minorias dos riscos provenientes da sociedade da informação? Utilizou-se o método de abordagem dedutivo, o método procedimental monográfico e a técnica da documentação indireta. Objetivou-se, primeiramente, traçar um panorama da teoria habermasiana no que se refere à identificação de problemas públicos e a forma que isto se relaciona com um serviço público de proteção de dados pessoais. Após, analisou-se os fundamentos do serviço público, enquanto instituto do direito administrativo, bem como o processo de elaboração de políticas públicas. Por fim, demonstrou-se que a proteção de dados, entendida como serviço público, deve beneficiar a todos, inclusive, como sendo instrumento de políticas públicas na proteção de grupos vulneráveis e minorias.

Palavras-Chave: Discriminação estrutural; Grupos em situação de vulnerabilidade; Serviço público; Sociedade da informação.

* Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Email: dscrestane@gmail.com

** Pós-Doutorado na Ruprecht-KarlsUniversität Heidelberg (Alemanha) e Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Email: moniah@unisc.br



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2023v22n50.65911>

A Proteção De Dados Pessoais Sensíveis Como Política Pública De Proteção De Grupos Vulneráveis E Minorias Em Face Da Discriminação Algorítmica

Dérique Soares Crestane¹

Mônia Clarissa Hennig Leal²

1 INTRODUÇÃO

O avanço tecnológico recente alterou a vida de muitas pessoas, proporcionando maior facilidade de acesso a bens e serviços. A sociedade da informação é um espaço onde os dados circulam rapidamente por meio de diversas tecnologias. Com o avanço da tecnologia e o aumento do uso de dados e mídia digital é essencial proteger os direitos fundamentais das pessoas.

Alguns grupos da sociedade possuem características próprias que, muitas vezes, são utilizadas de forma discriminatória. Essa discriminação tende a se reproduzir no meio digital, fenômeno denominado de discriminação algorítmica. Para lidar com esse novo problema, o legislador brasileiro elevou a proteção de dados pessoais ao status de direito fundamental, especialmente, para proteger dados pessoais sensíveis, entendidos como aqueles que carregam uma característica potencialmente discriminatória, de forma diferenciada.

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

² Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq.

Neste contexto, questiona-se: existe um serviço público de proteção de dados pessoais sensíveis atuando no fomento de políticas públicas voltadas a proteger grupos vulneráveis e minorias dos riscos provenientes da sociedade da informação? O artigo será construído e elaborado a partir do método de abordagem dedutivo, do método procedimental monográfico e da técnica da documentação indireta.

Primeiramente, será traçado um panorama da teoria habermasiana no que diz respeito à identificação de problemas públicos e, especificamente, de que forma isto se relaciona com um serviço público de proteção de dados pessoais. É indiscutível a densidade da obra de Jürgen Habermas, por este motivo, esta pesquisa não tem por objetivo esgotar todos os delineamentos de sua teoria, pelo contrário, o objetivo é, apenas, destacar pontos relevantes diretamente colhidos de sua obra, com eventual auxílio de alguns dos seus interlocutores.

Após, o objetivo é analisar os fundamentos do serviço público, enquanto instituto do direito administrativo, bem como o processo de elaboração de políticas públicas. Por fim, serão demonstrados os motivos pelos quais deve-se entender a proteção de dados como um serviço público em benefício de todos, diante dos diferentes níveis de vulnerabilidade existentes, que, na sociedade da informação, podem ocasionar discriminações algorítmicas.

2 DEMOCRACIA DELIBERATIVA E TEORIA DO DISCURSO: A CONTRIBUIÇÃO DE HABERMAS PARA A IDENTIFICAÇÃO DE PROBLEMAS PÚBLICOS

Habermas (2004, p. 277) propõe o modelo democrático deliberativo como alternativa aos modelos liberal e republicano, que, na sua concepção, são polêmicos em relação a três fatores: os conceitos de “cidadão do Estado” e “direito”, bem como a natureza do processo político de formação de vontade. Sob o ponto de vista

liberal, o processo democrático busca programar o Estado para que este se volte ao interesse da sociedade. Compreende-se o Estado como aparato da administração pública, ao passo que a sociedade corresponde ao sistema de circulação de pessoas e do trabalho social por essas desempenhado, estruturado a partir das leis do mercado. Neste contexto, a política “tem a função de congregar e impor interesses sociais em particular mediante um aparato estatal já especializado no uso administrativo do poder político para fins coletivos”. No paradigma republicano, a política “é constitutiva do processo de coletivização social como um todo” (Habermas, 2004, p. 278) e conforma o laço por meio do qual os componentes de comunidades solidárias têm ciência de sua interdependência mútua e, enquanto cidadãos, transformam as relações preexistentes de reconhecimento mútuo em forma voluntária de uma associação de jurisconsortes livres e iguais. Gabardo (2009, p. 60) afirma que “a função da política é possibilitar este equilíbrio por intermédio do fortalecimento de condições férteis para o desenvolvimento da autonomia tanto pública quanto privada”.

A solidariedade é elevada ao status de fonte de integração social, ao lado da instância hierárquica reguladora do poder soberano estatal e da instância reguladora descentralizada do mercado. A opinião pública, de caráter político, e a sociedade civil, operam como vetores de força integrativa, com autonomia de entendimento entre os cidadãos do Estado, de forma que há um desacoplamento entre a comunicação política e a sociedade econômica, o que resulta em um fortalecimento do poder administrativo estatal a partir do poder comunicativo decorrente da formação de vontade (Habermas, 2004, p. 278-279). As concepções de “cidadão do Estado” diferenciam-se na medida em que, sob o ponto de vista liberal, o status dos cidadãos é determinado conforme a medida de seus direitos individuais em face do Estado, ao passo que, no paradigma republicano, o status dos

cidadãos é determinado pela possibilidade de participação em uma práxis comum, e não com as liberdades negativas que podem ser reivindicadas de forma particular. O processo político tem por objetivo controlar o comportamento estatal por meio dos cidadãos, que, ao exercitarem seus direitos e liberdades, adquirem uma autonomia preexistente ao Estado. Justifica-se a existência do Estado “na garantia de um processo inclusivo de formação da opinião e da vontade, em que cidadãos livres e iguais chegam ao acordo mútuo quanto a quais devem ser os objetivos e normas que correspondam ao interesse comum” (Habermas, 2004, p. 281). Por este motivo, o cidadão republicano deve orientar suas atitudes não apenas pelo interesse particular.

Já o modelo democrático deliberativo “baseia-se nas condições de comunicação sob as quais o processo político supõe-se capaz de alcançar resultados racionais, justamente por cumprir-se, em todo o seu alcance de modo deliberativo” (Habermas, 2004, p. 286). O procedimento democrático origina uma coesão entre os discursos de autoentendimento, os discursos sobre a justiça e as negociações, isto é, baseia-se na suposição de que, sob essas condições, é possível alcançar resultados ora justos e honestos, ora racionais. Logo, a razão prática concentra-se nas “regras discursivas e formas argumentativas que extraem seu teor normativo da base validativa da ação que se orienta ao estabelecimento de um acordo mútuo, isto é, da estrutura da comunicação lingüística (sic)” (Habermas, 2004, p. 286). Habermas busca encontrar um novo caminho de legitimação democrática, por meio da utilização da razão pública, uma vez que o antigo modelo, baseado na mera aquiescência dos cidadãos, fracassou diante da segunda grande guerra (Pinto; Lemos. 2019, p. 206).

A democracia remete a condições sociais que permitem a auto-organização de uma comunidade jurídica e política, por este motivo a política deliberativa vincula-se a um conceito procedimental

de legitimidade. A democracia baseada no conceito de discurso origina-se de uma imagem de sociedade descentralizada, que constitui uma arena de percepção e identificação para o posterior tratamento dos problemas. A concepção de democracia deliberativa pressupõe o processo democrático como única forma de produzir um direito suficiente e legítimo à modernidade (Pinto; Lemos, 2019, p. 215). Até porque, uma das pretensões do autor alemão ao propor o modelo deliberativo é justamente superar o conceito de sociedade centrada no Estado como único ente apto a organizá-la (Lanes Pilau Sobrinho; Dos Santos, 2014, p. 6). Por este motivo, a teoria do discurso, sobre a qual está fundamentado o modelo democrático deliberativo, contém conotações normativas mais fortes do que aquelas do modelo liberal, e mais fracas do que aquelas do modelo republicano, de forma que assume elementos de ambos os paradigmas e os combina de uma maneira inédita. Nesta combinação, é reservada uma posição central para o processo político de formação de opinião e de vontade, entendendo-se a constituição jurídico-estatal como algo principal, de forma que concebe os direitos fundamentais e os princípios do Estado de Direito como um vetor de institucionalização de condições de comunicação no processo democrático (Habermas, 2004, p. 289). A efetivação da política deliberativa depende da institucionalização de procedimentos que lhe sejam correlatos, de forma que

A teoria do discurso conta com a intersubjetividade mais avançada presente em processos de entendimento mútuo que se cumprem, por um lado, na forma institucionalizada de aconselhamentos em corporações parlamentares, bem como, por outro lado, na rede de comunicação formada pela opinião pública de cunho político. Essas comunicações sem sujeito, internas e externas às corporações políticas e programadas para tomar decisões, formam arenas nas quais pode ocorrer a formação mais ou menos racional da opinião e da vontade acerca de temas relevantes para o todo social e sobre matérias carentes de regulamentação (Habermas, 2004, p. 289).

A teoria do conhecimento proposta por Habermas fundamenta-se na noção de razão comunicativa. Assim, “para

Habermas, além de uma construção conceitual e compreensiva, é necessário o levantamento de dados empíricos para que se proceda a uma reconstrução da realidade” (Almeida; Reck, 2013, p. 67). Trata-se da propositura de uma teoria sociológica, de forma que se entende a sociologia como uma das ciências sociais capazes de dialogar com as demais, bem como de sensibilizar-se aos problemas de ordem diversa existentes na sociedade. Este cenário se relaciona com

Os processos comunicativos de cunho político que passam pelo filtro deliberativo dependem de recursos do universo vital – da cultura política libertadora, de uma socialização política esclarecida e sobretudo das iniciativas de associações formadoras de opinião -, recursos que se formam de maneira espontânea ou que, em todo caso, só podem ser atingidos com grande dificuldade, caso o caminho escolhido para se tentar alcançá-los seja o do direcionamento político (Habermas, 2004, p. 292).

A pretensão de validade do processo comunicativo é baseada em um exame compreensivo e adequado para a construção de uma metodologia capaz de analisar os fundamentos das demandas sociais, bem como as formas por meio das quais elas se relacionam com o mundo (Almeida; Reck, 2013, p. 75). A base da ação comunicativa é o “mundo da vida”, local de onde os indivíduos retiram, a partir de suas vivências, interpretações que permitirão uma ação no mundo (Habermas, 1989, p. 166). O “mundo da vida” abarca, por sua vez, toda a carga de pré-compreensões da vida contidas no interior dos interlocutores, sendo que essas pré-compreensões se tornam a base dos diálogos promovidos pelos atores sociais, motivo pelo qual elas podem contribuir, inclusive, nos debates acerca da formulação de políticas públicas. A função da teoria da ação comunicativa é promover a interação de sujeitos capazes de falar e de agir intersubjetivamente. Há uma interação e uma ação compreensiva voltada à ação e os planos de ação existentes, resultando em um diálogo entre a sociedade (Sturza; Rodrigues, 2019).

A ação comunicativa vai ao encontro de outras percepções do Direito, atribuindo maior efetividade e discussão às temáticas relacionadas à sociedade e à administração pública (Sturza; Rodrigues, 2019, p. 390). A ideia de racionalidade da ação se conecta com a problemática da compreensão, de forma que há um vínculo entre racionalidade da comunicação e observação social. Esta observação social ocorre, em termos de compreensão, na medida em que o observador do fenômeno social deve assumir uma postura crítica diante das pretensões de validade apresentadas, como se fosse um participante daquele agir comunicativo. Todavia, a interação entre participante e observador limita-se aos atos de fala, uma vez que as orientações de ambos serão diferentes, já que o observador examinará as pretensões de validade na forma de um participante virtual (De Almeida, Reck, 2013, p. 78).

A linguagem constitui, portanto, um fundamento da teoria do agir comunicativo, de forma que operacionaliza as compreensões, os sentimentos e os significados no mundo, resultando em um acréscimo, inclusive, para a tomada de decisões e a execução dos serviços públicos por meio da argumentação. Ao lado da linguagem, a racionalidade surge como segunda fundação da teoria habermasiana, podendo-se verificar, nela, uma divisão tripartite não hierárquica, consistente nas racionalidades epistemológica, teleológica e comunicativa, sendo que esta última se relaciona à ideia de que, ao lado de uma construção conceitual e compreensiva, torna-se necessário levantar dados de forma empírica, a fim de se reconstruir a realidade (Sturza; Rodrigues, 2019, p. 393).

A teoria do discurso se refere, de modos distintos, a questões morais, éticas e pragmáticas. Da mesma forma, a razão prática pode ser usada de diferentes maneiras a depender das questões morais, éticas e pragmáticas, dividindo-se a relação existente entre razão e vontade. De fato, os problemas práticos se apresentam das mais

variadas maneiras e precisam ser resolvidos. Visualizado o problema, inicia-se a busca de razões para a tomada de uma decisão racional dentre diversas possibilidades de ação. Em qualquer caso, o que racionalmente deve ser feito é determinado, em parte, por aquilo que realmente se quer. Em outras palavras: trata-se de uma ponderação racional entre os meios e os fins, baseada nas preferências do indivíduo. Nos casos complexos, devem ser desenvolvidas estratégias de tomada de decisão, de forma que a razão se assegura de seu próprio procedimento e se torna reflexiva. A pergunta: “o que devo fazer?” refere-se a problemas pragmáticos que podem ser resolvidos por recomendações em forma de imperativos semânticos condicionados. O sentido imperativo por eles expressado pode ser considerado um dever ser relativo. (Habermas, 2000, p. 127).

Algumas decisões complexas, como, por exemplo, a escolha de um parceiro amoroso, não correspondem a uma questão pragmática absoluta, pois elas se relacionam com as próprias inclinações e disposições individuais. Decisões baseadas em preferências triviais, tais como a escolha da marca de um carro para aquisição, denominam-se “débeis”, de forma que não exigem justificação alguma. Entretanto, existem as chamadas decisões de preferências fortes que afetam a autocompreensão de uma pessoa, seu modo geral de vida e seu caráter, contidas no espectro de sua identidade e que se relacionam com a “vida boa”, dependendo de uma justificação baseada no contexto. A razão prática, neste sentido, está no âmbito da ética. As questões éticas, via de regra, são respondidas por imperativos incondicionados, baseados em um dever ser independente de preferências e fins subjetivos, cujo objetivo é mensurado em o que é bom para si a longo prazo: “las valoraciones fuertes se orientan por lo que para mí es un fin último y por tanto absoluto, a saber, por el bien supremo que representa un modo de

vida autárquico, que tenga su valor en sí mismo”³ (Habermas, 2000, p. 129).

A situação modifica-se, quando o sentido da pergunta “o que devo fazer” busca verificar se as máximas de um indivíduo se compatibilizam com as dos demais ou se geram conflitos que devem ser resolvidos de forma imparcial, a partir de pontos de vista morais. As tarefas pragmáticas correspondem à perspectiva de um agente voltado a atender seus objetivos e preferência, de forma que, aqui, não há nenhum problema moral, na medida em que as pessoas desempenham seu papel em prestígio à realização do seu plano de ação individual. As questões éticas diferem-se das morais na medida em que aquelas não têm por preocupação regular conflitos interpessoais de ação que resultam em interesses opostos, enquanto estas últimas têm. Há uma aproximação do campo da moral quando são examinadas as considerações morais individuais de acordo com a compatibilidade com as dos demais (Habermas, 2000, 129-130):

La máxima de permitirme una pequeña maniobra de engaño puede que no sea buena para mí, a saber, no lo es si no se acomoda a la imagen de la persona que yo quisiera ser y como la que yo quisiera ser reconocida. La misma máxima puede a la vez de ser injusta, a saber, cuando su seguimiento general no resultase bueno para todos por igual. Un examen de máximas o una heurística formadora de máximas, que se dejen guiar por la cuestión de cómo quiero vivir, hace uso de la razón práctica de modo distinto del que lo hace la consideración de si desde mi punto de vista una determinada máxima que fuese seguida por todos sería idónea para regular nuestra convivencia⁴ (Habermas, 2000, p. 130-131).

³ “As valorações fortes são orientadas pelo que, para mim, é um fim último e, portanto, absoluto, ou seja, pelo bem supremo que representa um modo de vida autárquico, que tenha seu valor em si mesmo” (Habermas, 2000, p. 129, tradução nossa).

⁴ A máxima que me permita uma pequena manobra de engano pode não ser boa para mim, ou seja, não o é se não se adequar à imagem da pessoa que eu gostaria de ser e como aquela que eu gostaria que fosse reconhecida. A mesma máxima pode, ao mesmo tempo, ser injusta, ou seja, quando seu seguimento geral não resultar bom para todos igualmente. Um exame das máximas ou uma heurística formadora de máximas, que se deixe guiar pela questão de como quero viver, faz uso da razão prática de maneira diferente da consideração se, do meu ponto de vista, uma determinada máxima que fosse seguida por todos seria adequada para regular nossa convivência (Habermas, 2000, p. 130-131, tradução nossa).

No primeiro caso, o objetivo é comprovar se uma máxima é boa para o indivíduo e adequada para uma situação, enquanto, no segundo caso, o objetivo é verificar se uma máxima pode ser seguida por qualquer um, como uma lei geral. Portanto, o primeiro caso corresponde a uma consideração ética, enquanto o segundo corresponde a uma consideração moral. As considerações morais devem passar por um teste de universalização aplicado para verificar sua aceitação por todos, como uma pauta moral de ação: “sólo una máxima susceptible de universalización desde la perspectiva de todos los afectados puede ser considerada una norma que puede encontrar un asentimiento general y que, por tanto, merece reconocimiento, es decir, que es moralmente debida u obligatoria”⁵ (Habermas, 2000, p. 131). Verifica-se que o problema resumido na pergunta “o que devo fazer?” tem um significado pragmático, um ético e um moral. Em todas as perspectivas, o objeto consiste em justificar uma decisão entre possibilidades alternativas de agir. As tarefas pragmáticas exigem um tipo de ação distinto e, as perguntas correspondentes dependem de uma resposta diversa daquelas éticas e morais. Em questões pragmáticas, a decisão é orientada aos fins buscados, de forma que há uma ponderação racional de fins, orientada por valores, e uma ponderação dos meios disponíveis de intervenção no mundo. Os usos pragmáticos, éticos e morais da razão prática correspondem, respectivamente, à obtenção de instruções do tipo estratégico, de aconselhamento clínico e de juízos morais:

Llamamos razón práctica a la capacidad de justificar los correspondientes imperativos; según sea la referencia a la acción y el tipo de decisión que haya de tomarse, no sólo cambia el sentido ilocucionario de ‘tener que’ o de ‘deber’, sino también el concepto de la voluntad que en cada caso ha de

⁵ “Apenas uma máxima passível de universalização, do ponto de vista de todos os afetados, pode ser considerada uma norma que pode encontrar um consentimento geral e, portanto, merece reconhecimento, ou seja, é moralmente devida ou obrigatória” (Habermas, 2000, p. 131, tradução nossa).

dejarse determinar por imperativos racionalmente fundados⁶ (Habermas, 2000, p. 133).

O dever ser das recomendações pragmáticas direciona-se ao livre arbítrio de um indivíduo que decide inteligentemente, a partir de suas próprias preferências. O dever ser dos aconselhamentos clínicos, que representa a “vida boa”, destina-se à aspiração do indivíduo de auto realizar-se; em outras palavras, visa a capacitar um indivíduo a decidir com autenticidade pessoal, em respeito a seus desejos mais profundos. Por fim, o dever ser dos juízos morais é dirigido ao livre arbítrio de um indivíduo, que age de acordo com as leis impostas por ele mesmo, apenas esta vontade é considerada autônoma (Habermas, 2000, p. 134). O caráter universal da ética deontológica proposta por Habermas cinge as questões valorativas das questões de justiça. As normas morais devem ser contextualizadas no “mundo da vida”, a fim de compensar as perdas de eticidade da sociedade pós-convencional e, para Habermas, os direitos fundamentais expressos nas Constituições são um bom exemplo disto, pois os direitos fundamentais constituem aspectos estruturais de uma “vida digna” (Cittadino, 2004, p. 114-115):

Resumiendo, la razón práctica, según opere bajo el aspecto de lo adecuado o útil, de lo bueno, o de lo justo, se dirige a la libertad de arbitrio del agente racional con arreglo a fines, o a la fuerza de decisión del sujeto que trata de realizarse em autenticidad, o a la voluntad libre del sujeto capaz de juzgar moralmente.⁷ (Habermas, 2000, p. 134).

Os discursos pragmáticos aludem à necessidade de concordância de interesses individuais com interesses como

⁶ Chamamos de razão prática à capacidade de justificar os imperativos correspondentes. Dependendo da referência à ação e do tipo de decisão a ser tomada, não apenas o sentido ilocucionário de 'ter que' ou 'dever' muda, mas também o conceito da vontade que, em cada caso, deve ser determinado por imperativos fundamentados racionalmente. (Habermas, 2000, p. 133, tradução nossa).

⁷ Em resumo, a razão prática, dependendo de operar sob a perspectiva do adequado ou útil, do bom ou do justo, direciona-se à liberdade de arbítrio do agente racional de acordo com fins, ou à força de decisão do sujeito que busca realizar-se em autenticidade, ou à vontade livre do sujeito capaz de julgar moralmente (Habermas, 2000, p. 134, tradução nossa).

pressuposto para a assunção de compromissos. Nos discursos éticos, emerge uma identidade coletiva que deve deixar espaço para a diversidade de projetos e identidades individuais. Os discursos morais referem-se a enunciados universalizáveis por todos – por isto a grande busca de inclusão da moral no direito (Habermas, 2000, p. 135). A teoria de justiça proposta por Habermas pressupõe o estabelecimento de procedimentos voltados às reivindicações de identidades tematizadas no espaço público com o propósito de atender às demandas de uma sociedade plural (Bruch, Reck, 2022, p. 63). Logo, a legitimidade das decisões políticas pressupõe que os fluxos comunicacionais que partem da periferia superem as barreiras do procedimento democrático e do Estado de Direito para que, após, possam entrar no complexo parlamentar ou jurídico (Lanes Pilau Sobrinho; Dos Santos, 2014, p. 21). O direito moderno adequa-se à integração social das sociedades econômicas que, em locais dominados por ações éticas, ou seja, desvinculadas da moral, dependem de decisões de indivíduos movidos pela ambição. Além de satisfazer as exigências formais de uma sociedade complexa, deve o direito atender às condições de integração social por meio do entendimento dos sujeitos que agem comunicativamente, ou seja, por meio da aceitação das pretensões de validade (Pinto; Lemos, 2019, p. 206-207). Apresentados alguns aspectos da teoria habermasiana, em especial aqueles úteis ao serviço público e à implementação de políticas públicas, serão estes analisados no próximo tópico.

3 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DO SERVIÇO PÚBLICO E DO PROCESSO DE ELABORAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O serviço público fundamenta-se na ideia de compreendê-lo “como atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por

quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público” (Schier, 2016, p. 31). Está vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana e constitui uma das modalidades de atividade prestada pelo Estado, resultando, portanto, em intervenção do poder público na sociedade, tendo-se que as atividades materiais fornecidas pelo poder público em benefício da coletividade, com o objetivo de proporcionar condições de acesso aos bens indispensáveis à vida humana, configuram serviço público.

No paradigma do Estado liberal, o serviço público constituía-se na prestação estatal de atividades desvinculadas do lucro burguês, mas que a este viabilizavam, por exemplo, o oferecimento de saneamento básico e iluminação pública. Logo, neste paradigma, considerava-se o serviço público como um “instrumento de gestão do poder público na implantação de serviços básicos para promover as condições do desenvolvimento econômico” (Schier, 2016, p. 41), sem o objetivo de atuar como vetor de redução de desigualdades sociais. Entretanto, no século XIX, especificamente em decorrência da jurisprudência francesa, há um desenvolvimento teórico da noção de serviço público, elevando-o ao status de instituto de direito administrativo. Esse cenário proporcionou o surgimento, no século XX, da Escola do Serviço Público, que passou a entendê-lo “como instituto capaz de identificar toda a atuação do Estado em prol do atendimento de necessidades de interesse geral” (Schier, 2016, p. 44).

A Escola do Serviço Público enfrentou sua maior crise em razão da conclusão de que a atividade administrativa não se restringe à prestação e gestão de serviços públicos aos particulares. Assim, no paradigma do Estado social, a importância do serviço público ressurgiu com a finalidade principal de promover os princípios fundamentais, em especial a dignidade da pessoa humana, por meio do Estado: “passa a ser tarefa do Estado intervir na sociedade para garantir a todos uma existência digna. E o instrumento eleito para

realizar tal intento é o serviço público” (Schier, 2016, p. 52). Tem-se, pois, que a noção de serviço público no Estado social deve atender às necessidades sociais, a partir de um regime jurídico específico, ou seja, a partir da previsão, em lei, da possibilidade de instituição de um serviço público em determinada matéria. Há, ainda, a possibilidade de se reconhecer um elemento subjetivo do serviço público, por meio do qual é possível particulares o explorarem por meio de um vínculo com o poder público, que pode existir mediante concessões e permissões. No Estado social, são ampliados os deveres estatais em relação à sociedade, de forma que passa a existir um incremento da finalidade do serviço público, que não mais opera como um mecanismo de coesão social, mas principalmente como um instrumento de distribuição de riquezas (Schier, 2016, p. 53-54), sendo que “a história tem demonstrado a importância da intervenção dos poderes públicos na economia, garantindo a liberdade (embora nem sempre tão ampla), a propriedade (ainda que relativizada) e promovendo a igualdade (por vezes formal, por vezes material) elementos necessários para a adequada autoproteção do sistema” (Gabardo, 2009, p. 89-90).

A Constituição Federal instituiu, por sua vez, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana⁸ e previu, como objetivos, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; o desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza; a redução de desigualdades sociais e a promoção do bem de todos sem quaisquer discriminações, o que faz mediante a instituição de inúmeros direitos e garantias fundamentais⁹. A fim de promover e concretizar tais direitos, bem

⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

⁹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

como perseguir os objetivos fundamentais, o Estado muitas vezes precisa instituir serviços públicos, tal como informa o texto constitucional em seu art. 175¹⁰ (Brasil, 1988). Portanto, o serviço público é uma das atividades atribuídas ao Estado, ente capaz de titularizar e exercer funções relacionadas à concretização dos valores importantes eleitos pela própria sociedade (Schier, 2016, p. 65).

Determinadas utilidades ou comodidades materiais, em virtude de sua imprescindibilidade ao atendimento de necessidades básicas sociais de um determinado contexto histórico-social, devem ser proporcionadas pelo Estado como instrumento viabilizador de acesso aos direitos fundamentais (Schier, 2016, p. 71). É neste contexto que Gabardo (2009, p. 73) sustenta que o Estado de Direito deve estabelecer um conjunto de direitos e liberdades que não estejam restritos ao aspecto formal-negativo, mas que ampliem o âmbito subjetivo das pessoas. Aqui, surge a importância da elaboração de políticas públicas.

O processo de elaboração de políticas públicas consiste em sete fases principais: a) indicação do problema; b) formação da agenda; c) formulação de alternativas; d) tomada de decisão; e) implementação; f) avaliação; g) extinção. Pois bem, identificar um problema significa identificar uma diferença entre a realidade e uma situação ideal possível. Identificar um problema público, portanto, significa identificar uma diferença entre a realidade pública e aquilo que ela poderia ou deveria – tomando-se como referência os preceitos constitucionais e os direitos fundamentais ser de forma ideal. Um problema público pode ter diversas naturezas, podendo ele ser decorrente de uma catástrofe natural, mas também surgir

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹⁰ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

repentinamente, ou a ainda adquirir importância de forma gradativa; pode, igualmente, existir há determinado tempo, sem ter, contudo, tido a devida atenção do poder público, diante da normalização da situação aos olhos da coletividade. Identificar um problema público envolve, portanto: (i) percebê-lo de forma intersubjetiva, uma vez que deve ser assim entendido por diversos atores relevantes da comunidade, como, por exemplo, partidos e agentes políticos; (ii) defini-lo e delimitá-lo, de forma que seja sintetizada sua essência, sendo que nesta etapa são apontadas as causas e possíveis soluções, eventuais culpados, obstáculos e avaliações e; (iii) avaliar a possibilidade de resolução. (Secchi, 2012, p. 33-35). Destaque-se, ainda, que no paradigma democrático deliberativo proposto por Habermas, “as estruturas periféricas de formação de opinião assumem posição fundamental, especialmente quanto às expectativas normativas, consistentes na capacidade de individuar os problemas da sociedade, interpretando-os e posicionando-os no cenário de modo a chamar a atenção” (Lanes Pilau Sobrinho; Dos Santos, 2014, p. 22).

Uma vez identificado o problema público, deve ele ser inserido na “agenda”. Compreende-se a “agenda” como “um conjunto de problemas ou temas entendidos como relevantes” (Secchi, 2012, p. 36), que pode tomar a forma de um programa de governo, por exemplo. Nessa linha, é possível apontar três condições para que um problema público entre na agenda política: (i) a atenção de diferentes atores que o entendam como merecedor de intervenção; (ii) ter uma solução viável e (iii) enquadrar-se na esfera de competência do poder público. Depois de introduzido na “agenda”, devem ser formuladas alternativas de soluções que, de forma ideal, devem estabelecer objetivos e estratégias, bem como analisar as possíveis consequências de cada alternativa de solução. No momento de estabelecer objetivos, os políticos, analistas de políticas públicas e demais atores envolvidos no processo sintetizam o que pretendem com determinada política pública. O estabelecimento pode ocorrer de maneira frouxa, quando,

por exemplo, não é informado um percentual de mitigação do problema público enfrentado, ou de forma concreta, quando é informado este percentual. Ainda que seja difícil estabelecer metas concretas em políticas públicas, quanto mais concreto for o objetivo estipulado, maior será a possibilidade de verificar a sua eficácia (Secchi, 2012, p. 36-40).

Formuladas as alternativas, passa-se à tomada de decisão, que “representa o momento em que os interesses dos atores são equacionados e as intenções (objetivos e métodos) de enfrentamento são explicitadas” (Secchi, 2012, p. 40). Sucede à tomada de decisão a fase de implementação da política pública. É neste momento que são produzidos os seus resultados concretos: “a fase de implementação é aquela em que a administração pública reveste-se de sua função precípua, a de transformar intenções políticas em ações concretas” (Secchi, 2012, p. 46). Nesta fase, pode haver a participação de atores políticos não estatais, como, por exemplo, prestadores de serviço, fornecedores, parceiros, entre outros.

Pode-se afirmar que existem dois modelos de implementação de políticas públicas: o modelo top-down e o modelo bottom-up. No primeiro, verifica-se claramente uma separação entre o momento de tomada de decisão e o momento de implementação, e, em caso de falha, a culpa é atribuída aos agentes que não souberam implementar a política pública planejada. Já o segundo modelo caracteriza-se por uma liberdade maior dos administradores em auto-organizar e modelar a implementação de políticas públicas, de forma que os implementadores têm participação importante inclusive no escrutínio do problema público e na fase de formulação de alternativas, o que torna a política pública mais maleável durante a implementação, circunstância que não é vista como um desvirtuamento, mas sim com uma necessidade decorrente dos problemas práticos de implementação (Secchi, 2012, p. 48).

O processo de avaliação da política pública pode acontecer de três maneiras: antes, durante ou depois de sua implementação e consiste no processo de deliberações sobre a validade das propostas da política pública, bem assim sobre o êxito ou não dos projetos colocados em prática. Este é considerado o momento-chave para o feedback acerca das fases antecedentes. A avaliação de uma política pública necessita de uma definição de critérios, indicadores e padrões. Entende-se por critérios “os mecanismos lógicos que servem como base para escolhas e julgamentos” e que “se fundamentam em entendimentos valorativos da realidade e abastecem o avaliador de parâmetros para julgar se uma política pública funcionou bem ou mal” (Secchi, 2012, p. 50). Os principais critérios de avaliação são: a economicidade; a eficiência econômica; a eficiência administrativa; a eficácia e a equidade. Entende-se por economicidade o nível de utilização dos recursos, eficiência, por sua vez, refere-se à relação existente entre os recursos e produtividade. Eficiência administrativa corresponde ao nível de conformação da execução à métodos preestabelecidos, já a eficácia corresponde ao nível de alcance das metas ou objetivos previamente estabelecidos. Por fim, equidade significa a homogeneidade da distribuição de benefícios aos destinatários de determinada política pública.

Para tanto, são utilizados indicadores, tidos como “artifícios (proxies) que podem ser criados para medir input, output e resultado (outcome)” (Secchi, 2012, p. 50). Os indicadores de input correspondem ao critério da economicidade, de forma que estão relacionados aos gastos financeiros de implementação de políticas públicas. Os indicadores de output, por sua vez, correspondem à produtividade de serviços e produtos. Por fim, os indicadores de resultado, ou outcome, referem-se aos efeitos de determinada política pública e à capacidade de resolução, completa ou parcial, de determinado problema público. Os padrões têm por finalidade criar uma referência comparativa aos indicadores e podem ser: absolutos, históricos e normativos. Os padrões absolutos correspondem às

metas estabelecidas antes da fase de implementação das políticas públicas. Os padrões históricos são os valores eventualmente alcançados no passado e que podem facilitar a compreensão por períodos e, por conseguinte, gerar informações sobre a melhora ou piora da política pública. Os padrões normativos são as metas qualitativas ou quantitativas estabelecidas a partir de um standard ideal. Avaliar uma política pública pode resultar na decisão de continuá-la, reestruturá-la ou até mesmo extingui-la. Tudo dependerá da relevância das adversidades surgidas durante o processo de implementação; quanto mais graves e insolúveis, mais provável será a extinção da política pública (Secchi, 2012, p. 50-51).

Por fim, a última fase do ciclo de políticas públicas é a extinção, que pode ocorrer em razão de, pelo menos, três causas: a) resolução do problema; b) percepção de ineficácia ou; c) perda da importância do problema público em pauta. O momento de extinção de políticas públicas pode, muitas vezes, enfrentar resistência dos grupos que percebem os seus benefícios, principalmente em se tratando de políticas públicas distributivas (Secchi, 2012, p. 54).

Analizados os fundamentos do serviço público, bem como o processo de elaboração de políticas públicas, será, no próximo tópico, apresentado um cotejo dessas premissas com o direito brasileiro à proteção de dados pessoais, em especial a proteção de dados sensíveis, a fim de se verificar a necessidade de elaboração de políticas públicas sobre essa temática.

4 A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS ENQUANTO MECANISMO DE PROTEÇÃO DE GRUPOS VULNERÁVEIS EM FACE DA DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA: HÁ NECESSIDADE DE UMA POLÍTICA PÚBLICA?

Quando a temática diz respeito a grupos vulneráveis, a premissa básica é o reconhecimento de uma sociedade marcada pela heterogeneidade, onde as diferenças - na perspectiva de pluralismo e de diversidade - devem ser prestigiadas, e não, reprimidas. Entretanto, existem grupos historicamente subjugados a uma situação de desvantagem, em que as oportunidades educacionais, laborais e sociais são limitadas e, muitas vezes, o acesso aos serviços públicos básicos é obstado. A criação de estruturas discriminatórias é apenas uma das técnicas usadas para perpetuar um contexto de subordinação sistemática em desfavor de grupos definidos: “Hoy enfrentamos demandas de igualdad de un sinnúmero de grupos desfavorecidos, incluidos aquellos definidos por género, estatus migratorio, criterios económicos, discapacidades físicas y mentales o creencias religiosas. Debemos atender estos reclamos”¹¹ (Fiss, 2021, p. 124).

A busca pela igualdade tem como marco histórico principal a Revolução Francesa de 1789, quando se deu a busca de reconhecimento de uma igualdade formal, jurídica, entre os indivíduos. Entretanto, diante da insuficiência de uma igualdade meramente formal, o pensamento evoluiu no sentido de se buscar uma igualdade material, de forma que aqueles que se encontrem em uma posição desigual devem ser tratados de acordo com esta desigualdade. Neste contexto, entram em pauta assuntos como ações afirmativas, políticas públicas de inclusão e amparo jurídico a grupos vulneráveis, de forma que estes mecanismos passam a ser vistos como método mais eficaz, na tentativa de correção dessas desigualdades. A concretização de uma igualdade material pode ser visualizada em uma dupla dimensão: positiva, na medida em que dependente de atuação estatal, em determinados casos, para a promoção de direitos humanos e fundamentais; e negativa, uma vez

¹¹ Hoje enfrentamos demandas de igualdade de inúmeros grupos desfavorecidos, incluindo aqueles definidos por gênero, status migratório, critérios econômicos, incapacidades físicas e mentais ou crenças religiosas. Devemos atender a essas reivindicações (Fiss, 2021, p. 124, tradução nossa).

que algumas vezes o Estado precisa abster-se de intervenção, a fim de não exercer alguma discriminação (Leal; Lima, 2020, p. 199-200).

A origem de minorias e grupos vulneráveis decorre de relações de assimetria social, que podem ser de caráter econômico, educacional, ou cultural. Ainda que exista certa divergência doutrinária, os conceitos de grupos vulneráveis e de minorias não se confundem, decorrendo dessa distinção consequências práticas no que concerne à forma de proteção de ambos (Siqueira; Castro, 2017, p. 110). Nessa linha, uma minoria pode ser definida a partir da identificação, pela “maioria”, de uma característica destoante em um determinado grupo que a entenda anormal, enquanto a vulnerabilidade decorre justamente da pressão exercida por esta “maioria” em busca da extinção deste traço característico entendido por anormal. Desta pressão, pode, inclusive, decorrer uma violência, que poderá ser física ou simbólica. Utilizaram-se as aspas na palavra “maioria” para deixar claro que, nem sempre, um grupo denominado como “minorias” conta, efetivamente, com o menor número de membros, como é o caso das mulheres, que, embora em maior número, sofrem diariamente com comportamentos discriminatórios. Já grupos vulneráveis são indivíduos que não possuem um traço característico específico, mas, ainda assim, contam com alto risco de discriminação. Exemplos de grupos vulneráveis são membros de sindicatos, réus de persecuções penais, entre outros; já de minorias, podem-se citar os indígenas, homossexuais, negros, etc. A referida diferença prática entre os conceitos reside no fato de que o objetivo das minorias é a proteção e o reconhecimento da característica discriminante como algo fundamental a uma sociedade plural, ao passo que, em relação aos grupos vulneráveis, o objetivo é justamente a extinção dessa condição de vulnerabilidade (Leal; Lima, 2021, p. 152-153).

Pode-se afirmar, portanto que a diferenciação tem grande utilidade durante a implementação de políticas públicas específicas

voltadas à proteção de grupos vulneráveis e/ou minorias: “no momento em que se estiver tratando de uma minoria, deve-se pensar em uma estratégia que contemple a necessidade de reconhecimento de direitos, bem como a manutenção do seu traço cultural específico”, ao passo que, quando se estiver tratando de proteção de grupos vulneráveis, “a estratégia e mecanismos utilizados devem ser traçados de forma distinta, pois a pretensão não envolve essa manutenção, essa preservação, de determinado do traço cultural” (Leal; Lima, 2021, p. 154-155). É importante ter-se clara essa diferenciação terminológica, a fim de desenvolver planos, estratégias e ferramentas de proteção que atendam o objetivo específico e particularidade de cada grupo que se tenta proteger, sob pena de se incorrer em erros conceituais.

Neste ponto, faz-se necessário, por sua vez, resgatar a discussão exposta no primeiro tópico desta pesquisa, na medida em que a razão pública presente na teoria do discurso habermasiana possui três prismas: o moral, o ético e o pragmático, que podem auxiliar o administrador a identificar e resolver um problema público. Sob o prisma pragmático, um problema público poderia ser visualizado e resolvido a partir de imperativos semânticos que incidiriam sobre determinada situação fática. Já sob o prisma ético, o problema poderia ser visualizado e resolvido a partir da utilização da concepção de “vida boa” de forma que um determinado indivíduo, provavelmente um representante eleito, determinaria o comportamento o qual coincidiria com o seu conceito de vida boa e o faria reproduzir em uma determinada comunidade. Por fim, sob o prisma moral, o problema poderia ser visualizado e resolvido a partir de máximas com objetivo de universalização, ou seja, com a possibilidade de aceitação dialógica por todos os indivíduos da sociedade (Habermas, 2000, 133-135).

Um algoritmo, aqui considerado como uma sequência de instruções lógicas, ordenadas e não ambíguas o suficiente para que sejam entendidas por um computador (Domingos, 2020, p. 3), tem

como um de seus objetivos auxiliar o processo de tomada de decisão. E, para atingir este desiderato, algoritmos operam por meio da análise de probabilidades, isso porque eles não são dotados da capacidade de entender qualquer expressão que carregue consigo uma determinada subjetividade, como, por exemplo, “suficiente”, “bom” ou “ruim”, motivo pelo qual precisam de informações objetivas, que, geralmente, apresentam-se na roupagem de percentuais. A partir das probabilidades, um algoritmo é capaz de apresentar previsões de fatos e de comportamentos que irão auxiliar no processo de tomada de decisão, o que poderá resultar em impactos e riscos aos direitos humanos e fundamentais das pessoas (Mendes; Mattiuzzo, 2019, p. 47). O funcionamento dos algoritmos pressupõe a utilização de quantidades expressivas de dados, os quais, tratados, possibilitam a produção de respostas relevantes; para tanto, é necessária cautela na determinação de quais dados os algoritmos terão acesso, a fim de se evitar o fenômeno denominado de “discriminação algorítmica” (Hoffmann-Riem, 2020, p. 4).

No paradigma da sociedade da informação, marcado pelas incessantes trocas de comunicações e informações sobretudo no meio virtual, os dados utilizados por algoritmos são extraídos da realidade encontrada na sociedade. Os riscos são acrescidos na medida em que são utilizados algoritmos de inteligência artificial. Neste contexto, a diferença entre algoritmos simples e algoritmos de inteligência artificial é heurística, de forma que no processo de programação dos primeiros, são fornecidos os dados e estabelecido minuciosamente o caminho a ser percorrido pelo algoritmo até chegar a um resultado pré-estabelecido, ao passo que, nos últimos, os programadores restringem-se a fornecer os dados iniciais e pré-estabelecer o objetivo a ser buscado pelo algoritmo, outorgando a este a capacidade de escolher o caminho para tanto (DOMINGOS, 2020, p. 18). Neste processo, é possível que se estabeleçam vieses discriminatórios, que poderão refletir ou potencializar comportamentos preconceituosos ou

discriminatórios. Um exemplo interessante sobre a temática é o caso ChatBot Tay, produzido pela Microsoft. Este algoritmo foi criado com o objetivo de conversar de forma descontraída com os usuários do Twitter; entretanto, em um período menor que 24 horas, os usuários da rede social corromperam o algoritmo Tay, que passou a apresentar uma personalidade agressiva e preconceituosa, reproduzindo comportamentos nazistas, racistas e transfóbicos. Em nota¹², a Microsoft informou, em seu blog oficial, que uma vulnerabilidade específica do sistema permitiu que um ataque coordenado alterasse o propósito inicial de Tay (Zullo et al., 2021, p. 488-489).

Tendo, no horizonte, estes aspectos, com o advento da Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), o ordenamento jurídico brasileiro passou a regular, expressamente, o tratamento analógico e digital de dados pessoais por pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a fim de resguardar os direitos fundamentais de liberdade, privacidade e de livre desenvolvimento da personalidade humana¹³. (Brasil, 2018). A LGPD versa, contudo, apenas sobre o tratamento de dados de pessoa natural identificada ou identificável, de forma que os dados cuja titularidade pertence a pessoas jurídicas não estão sob a proteção desta lei, salvo no caso de estes conterem dados pessoais em conjunto (Vainzof, 2019, n.p.). De acordo com a LGPD, os fundamentos da proteção de dados pessoais são: o respeito à privacidade; a autodeterminação informativa; a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; os direitos humanos, o livre desenvolvimento

¹² LEE, Peter. Learning from Tay's introduction. *Microsoft blogs*, 25 mar. 2016. Disponível em: <https://blogs.microsoft.com/blog/2016/03/25/learning-tays-introduction/>. Acesso em 22 jul. 2022.

¹³ Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais¹⁴ (Brasil, 2018).

O conceito legal de dado pessoal sensível encontra-se, por sua vez, no art. 5º, inciso II, da LGPD e corresponde a dado que verse sobre a “origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural” (Brasil, 2018). Esses dados são assim considerados uma vez que, do seu tratamento, pode decorrer algum tipo de discriminação, implicando em riscos aos direitos de seus titulares, bem como de reprodução de vulnerabilidades historicamente existentes. A conceituação de uma categoria especial de dados sensíveis decorre de uma observação pragmática da diferença de tratamento destes em comparação com os demais (Vainzof, 2019, n.p.). Pode-se citar, como exemplos de tratamento diferenciado, a necessidade de um consentimento específico e destacado do titular dos dados sensíveis¹⁵; a possibilidade de vedação ou regulamentação do uso compartilhado de dados sensíveis pela Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD)¹⁶, bem como a vedação ao tratamento de dados sensíveis por interesse

¹⁴ Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

I - o respeito à privacidade;

II - a autodeterminação informativa;

III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;

IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;

V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;

VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e

VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

¹⁵ Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:

I - quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas;

¹⁶ § 3º A comunicação ou o uso compartilhado de dados pessoais sensíveis entre controladores com objetivo de obter vantagem econômica poderá ser objeto de vedação ou de regulamentação por parte da autoridade nacional, ouvidos os órgãos setoriais do Poder Público, no âmbito de suas competências.

legítimo; a impossibilidade de tratamento de dados sensíveis para a proteção de crédito e a formulação de scores¹⁷ (Lima, 2020, n.p.).

A proteção diferenciada aos dados sensíveis está intrinsecamente ligada ao direito de igualdade, na medida em que o tratamento diferenciado com base em características discriminatórias e estereotipadas clássicas protege a personalidade e o desenvolvimento de cada um. Isso porque a necessidade de proteção, aqui, decorre de uma cultura histórica de discriminação a determinados grupos, que tendem a se reproduzir no âmbito da sociedade da informação. Conforme referido, algoritmos apresentam suas conclusões a partir da análise de probabilidades e, muitas vezes, essas probabilidades referentes aos grupos vulneráveis e minorias são consistentes, porém, negativas, isto é, “por se tratarem de grupos historicamente discriminados, é um dos tipos mais perversos de discriminação, ao reforçar o tratamento discriminatório e automatizá-lo, tornando mais difícil para os membros de tais agrupamentos superarem determinada situação prejudicial” (Mendes; Mattiuzzo, 2019, p. 54), de modo que este cenário precisa ser compatibilizado com o desenvolvimento econômico tecnológico.

A fim de regular o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação, o Poder Executivo editou o Decreto n.º 9.319, de 21 de março de 2018, no qual instituiu o Sistema Nacional para a Transformação Digital (SinDigital), que é composto pela Estratégia Brasileira para a Transformação Digital (E-Digital), seus eixos temáticos e sua estrutura de governança¹⁸ (Brasil, 2018b). Entre as previsões do SinDigital está a necessidade de a economia digital ser desenvolvida dentro de um ambiente de confiança digital, de forma

¹⁷ Lei n.º 12.414, de 9 de junho de 2011. Art. 3º Os bancos de dados poderão conter informações de adimplemento do cadastrado, para a formação do histórico de crédito, nas condições estabelecidas nesta Lei. II - informações sensíveis, assim consideradas aquelas pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas.

¹⁸ Art. 1º Fica instituído o Sistema Nacional para a Transformação Digital - SinDigital, composto pela Estratégia Brasileira para a Transformação Digital - E-Digital, seus eixos temáticos e sua estrutura de governança, nos termos do disposto neste Decreto.

que a ação governamental deve envidar esforços na proteção dos direitos, inclusive de privacidade, e na segurança do ambiente digital. Isto deverá ocorrer por meio do aprimoramento de mecanismos de proteção de direitos no meio digital, bem como do fortalecimento da segurança cibernética nacional, com o estabelecimento de mecanismos cooperativos entre os entes governamentais, os entes federados e o setor privado, a fim de que todos adotem as melhores práticas de coordenação de resposta a incidentes de proteção da infraestrutura (Vainzof, 2019, n.p.).

Analisando a situação à luz do processo de elaboração de políticas públicas, apresentado no tópico anterior, verifica-se que o Brasil está na fase de implementação. Existe um serviço público de proteção de dados pessoais, de forma que, após a Emenda Constitucional n.º 115, há um interesse constitucional explícito na proteção de dados pessoais. Logo, o problema público já foi identificado e incluído na agenda, formularam-se alternativas e a decisão foi tomada: a proteção diferenciada de dados sensíveis, com força de lei, a fim de prevenir eventuais discriminações, inclusive algorítmicas, motivo pelo qual devem ocorrer, neste processo de implementação, sucessivas avaliações, prospectivas e retrospectivas, no que se refere aos impactos sociais, econômicos e ambientais, bem como o alcance do objetivo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Destacados os pontos relevantes da teoria de Habermas, pode-se verificar que a democracia deliberativa por ele proposta está vinculada à teoria do discurso, que se refere, de modo distinto, a questões pragmáticas, éticas e morais. A depender da escolha entre estes três prismas, o processo de tomada de decisão, voltado à resolução de um problema público apresentará diferenças. Isso porque, conforme demonstrado no primeiro tópico, os argumentos

baseados em uma razão pragmática são voltados ao indivíduo de maneira egocêntrica; já os argumentos baseados em uma razão ética são voltados ao alcance da vida boa individual; apenas os argumentos baseados em uma razão moral têm pretensão de universalidade, onde todos os envolvidos serão beneficiados.

Deste modo, considerando-se que o Brasil utiliza o modelo democrático representativo, e que grande parte daqueles que são eleitos representantes não fazem parte das camadas mais vulneráveis da população, pode-se afirmar que a discriminação algorítmica, enquanto problema público, deve ser enfrentada a partir de argumentos baseados na razão moral habermasiana, sob pena de se reproduzirem discriminações históricas.

No segundo tópico, foram analisados os fundamentos do serviço público, enquanto instituto do direito administrativo, bem como o processo de elaboração de políticas públicas. O serviço público consiste no oferecimento de determinadas utilidades ou comodidades materiais, em virtude de sua imprescindibilidade ao atendimento de necessidades básicas sociais de um determinado contexto histórico-social, que devem ser proporcionadas pelo Estado como instrumento viabilizador de acesso aos direitos fundamentais. Portanto, pode-se afirmar que, no contexto atual da sociedade da informação, a proteção de dados pessoais deve ser oferecida pelo Estado, sob pena de se inviabilizar o acesso dos indivíduos a direitos fundamentais. Verificou-se, ainda, que o processo de elaboração de políticas públicas consiste em sete fases principais: a indicação do problema; a formação da agenda; a formulação de alternativas; a tomada de decisão; a implementação; a avaliação e a extinção.

No terceiro tópico, foram demonstradas as vulnerabilidades presentes na sociedade e como elas formam os chamados grupos vulneráveis e minorias, oportunidade em que foi destacada a importância da distinção conceitual entre ambos, a fim de realizar o devido enfrentamento, bem como foram relacionadas estas vulnerabilidades à proteção diferenciada de dados pessoais sensíveis

pela Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) brasileira, com o objetivo de evitar o fenômeno da discriminação algorítmica. Neste contexto, a resposta ao questionamento proposto é no sentido de que existe, no Brasil, um serviço público de proteção de dados pessoais, em especial, após sua inclusão no catálogo constitucional de direitos fundamentais, de forma que há uma necessidade de implementação de políticas públicas voltadas à proteção de grupos vulneráveis e de minorias no contexto da sociedade da informação. Pode-se concluir, ainda, que, analisado o ciclo de políticas públicas, o Brasil está na fase de implementação da política, uma vez que o problema já foi identificado e inserido na agenda pública, já foram analisadas alternativas, que estão sendo implementadas, como exemplifica edição da LGPD, a proteção diferenciada de dados sensíveis, a criação de uma Autoridade Nacional de Proteção de Dados, bem como a instituição de um Sistema Nacional de Transformação Digital.

Data de Submissão: 22/02/2023

Data de Aprovação: 25/11/2023

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Jailton Macena de Araújo

Assistente Editorial: Maria Christina Morais

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Almiro Eduardo de; RECK, Janriê Rodrigues. **Direito & Ação Comunicativa: Apresentação e fundamentação teórica da matriz linguístico-pragmática de Jürgen Habermas e suas repercussões na compreensão do Direito.** Porto Alegre: HS Editora, 2013.

BITTENCOURT, Caroline Muller; GABARDO, Emerson. Governo eletrônico, serviços públicos digitais e participação popular: um caminho democrático a ser percorrido pela administração pública brasileira. **Interesse Público (IP)**, ano 23, n. 129, p. 41-73, set./out. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 08 jul. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 9.319, de 21 de março de 2018**. Institui o Sistema Nacional para a Transformação Digital e estabelece a estrutura de governança para a implantação da Estratégia Brasileira para a Transformação Digital. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2018/decreto-9319-21-marco-2018-786355-publicacaooriginal-155087-pe.html>. Acesso em: 08 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 08 jul. 2022.

BRUCH, Tiago Bruno; RECK, Janriê Rodrigues. Participação popular enquanto elemento essencial da democracia e o constitucionalismo latino-americano. **Prima Facie**, João Pessoa, v. 21, n. 47, p. 47-73, 2022. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/61938>. Acesso em 14 nov. 2023.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DOMINGOS, Pedro. **A revolução do algoritmo mestre: como a aprendizagem automática está a mudar o mundo**. 10. ed. Lisboa: Manuscrito, 2020.

FISS, Owen M. La acumulación de desventajas. Traducción de Juan Francisco Patzán Sánchez. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 44, p. 95-129, 2021.

FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Democracia digital e avaliação continuada de políticas públicas. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 119, p. 227-252, jul./dez. 2019.

GABARDO, Emerson. **O Jardim e a Praça para Além do Bem e do Mal: uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social**. 2009, 409 f. Tese (Programa de Pós-Graduação em Direito – Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **Aclaraciones a la ética del discurso**. Traducción de M. Jiménez Redondo. 1. ed. Madrid: Editorial Trotta S.A, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe, Milton Camargo Mota. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1989.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Artificial Intelligence as a Challenge for Law and Regulation. In: WISCHMEYER, Thomas; RADEMACHER, Timo (editors). **Regulating Artificial Intelligence**. Springer: Cham, 2020.

LANES PILAU SOBRINHO, Liton; DOS SANTOS, Rafael Padilha. A política deliberativa e a esfera pública no pensamento de Jürgen Habermas. **Prima Facie**, João Pessoa, v. 13, n. 24, p. 01-43, 2015.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; LIMA, Sabrina Santos. A atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos no que tange a grupos em situação de vulnerabilidade: Análise da Opinião Consultiva 24/2017. **Revista IUS ET VERITAS**, Lima, Peru, n.º 61, p. 194-205, diciembre 2020. Disponível em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/23085>. Acesso em: 14 nov. 2023.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; LIMA, Sabrina Santos. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a Proteção de Minorias e Grupos Vulneráveis. **Revista de direito brasileira**, Florianópolis, v. 29, n. 11, p. 144-163, mai./ago. 2021. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/6774>. Acesso em: 14 nov. 2023.

LIMA, Caio César Carvalho. Comentários aos artigos 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12, 13, 14, 15 e 16. In, MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice (Coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Comentada**. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MENDES, Laura Schertel; MATTIUZZO, Marcela. Discriminação Algorítmica: Conceito, Fundamento Legal e Tipologia. **Revista de Direito Público**, v. 16, n. 90, p. 39-64, nov./dez. 2019.

PINTO, Gerson Neves; LEMOS, Fabrício José Rodrigues de. O Diálogo entre Habermas e Rawls: Os fundamentos da justificação pública democrática em sociedades pluralistas. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 02, p. 198-224, 2019.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Serviço Público: Garantia Fundamental e Cláusula de Proibição de Retrocesso Social**. Curitiba: Íthala, 2016.

SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: Conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; CASTRO, Lorena Roberta Barbosa. Minorias e grupos vulneráveis: a questão terminológica como fator preponderante para uma real inclusão social. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, v. 5, n. 1, p. 105-122, 2017.

STURZA, Janaína Machado; RODRIGUES, Bruna dos Passos. Diálogos entre políticas públicas e direito à saúde: as audiências públicas enquanto instrumento de participação popular sob a perspectiva da teoria da ação comunicativa de Habermas. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, Bebedouro, v.7, n. 2, p. 375-411, mai./ago. 2019.

VAINZOF, Rony. Comentários aos artigos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º e 6º. In MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice (Coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Comentada**. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

ZULLO, Bruno; TORRES, Maurilio; ARAÚJO, Valter Shuenquener de. Big Data, algoritmos e inteligência artificial na administração pública: Reflexões para a sua utilização em um ambiente democrático. In BARBOSA, Mafalda Miranda; BRAGA NETTO, Felipe; SILVA, Michael César; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura (Coord.). **Direito Digital e Inteligência Artificial**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

The Protection Of Sensitive Personal Data As A Public Policy For The Protection Of Vulnerable Groups And Minorities In The Face Of Algorithmic Discrimination

Dérique Soares Crestane

Mônia Clarissa Hennig Leal

Abstract: The information society presents itself as a space where data circulate at a higher speed through the use of various technologies. The increase in media consumption and data demands greater care in protecting the fundamental rights of individuals. Certain groups of people have distinct characteristics that are often used for discriminatory purposes, and this discrimination tends to replicate in the digital environment in the form of algorithmic discrimination. Therefore, the question arises: is there a public service for the protection of sensitive personal data working to promote public policies aimed at protecting vulnerable groups and minorities from risks arising from the information society? The deductive approach, monographic procedural method, and the technique of indirect documentation were employed. The primary objective was to first outline an overview of Habermasian theory regarding the identification of public problems and how it relates to a public service for the protection of personal data. Subsequently, the foundations of public service were analyzed as an institution of administrative law, as well as the process of developing public policies. Finally, it was demonstrated that data protection, understood as a public service, should benefit everyone, serving as an instrument for public policies in the protection of vulnerable groups and minorities.

Keywords: Groups in vulnerable situations; Information society; Public service; Structural discrimination.

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2023v22n50.65911>

Conteúdo sob licença *Creative Commons*: Attribution-NonCommercial-NoDerivative 4.0 International (CC BY-NC-ND 4.0)



Direito À Desconexão E Meio Ambiente De Trabalho Digitalizado


Nathália Eugênia Nascimento e Silva*

Universidade Estadual Paulista, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Paulo-SP, Brasil

 <https://orcid.org/0000-0002-2341-2775>

Jorge David Barrientos-Parra **

Universidade Estadual Paulista, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Paulo-SP, Brasil

 <https://orcid.org/0000-0002-7718-5088>

Resumo: Um dos principais paradoxos da sociedade contemporânea é o excesso de trabalho, de conexão e de controle, proporcionados pela técnica, ao mesmo tempo em que se tem um mercado de trabalho com altos índices de desemprego, bem como de trabalhos precarizados. Observa-se que, apesar dos avanços cibernéticos e das conquistas de espaço, a sobrejornada, problema da Primeira Revolução Industrial, retorna com força em nossos dias, pela exigência de elevada produtividade, fato que é ampliado em um ambiente de trabalho cada vez mais digitalizado, tendo em vista a facilidade de conexão e controle dos horários e dos resultados. Neste contexto, o presente artigo objetiva estudar o direito à desconexão como um dos pilares para se alcançar o trabalho decente. Para o desenvolvimento do trabalho, utilizou-se da técnica de pesquisa bibliográfica em materiais publicados, tendo como método de abordagem o dedutivo. Como conclusão parcial, verifica-se, ainda na segunda década do século XXI, que os trabalhadores reclamam, de novo, velhos e consagrados direitos, como o de digna (previsão de máxima) jornada de trabalho, direito ao descanso e ao lazer, bem como por respeito e compreensão de que a vida privada não se confunde com a vida profissional.

Palavras-Chave: Direito à desconexão. Meio ambiente de trabalho digitalizado. Trabalho decente.

* Mestranda em Direito na Universidade Estadual Paulista – UNESP. Email: nathalia.eugenia@unesp.br

** Pós- Doutor pela University of Toronto. Doutor em Direito pela Université Catholique de Louvain. Leciona no Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da UNESP Email: barrientos.parra@unesp.br



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2023v22n50.63238>

Direito À Desconexão E Meio Ambiente De Trabalho Digitalizado

Nathália Eugênia Nascimento e Silva

Jorge David Barrientos-Parra

1 INTRODUÇÃO

No atual estágio da denominada Quarta Revolução Industrial¹ ou Revolução Digital deve-se considerar as relações trabalhistas em um meio ambiente de trabalho digitalizado, cuja expressão generalizada é o da automação em substituição aos serviços mecânicos prestados pelos seres humanos, sejam braçais ou intelectuais. O meio ambiente de trabalho está cada vez mais integrado por computadores, aplicativos, softwares, tablets, chips e inteligência artificial, o que, *pari passu* à elevação dos níveis de eficácia, produtividade e lucratividade, traz como consequência a precarização da condição humana.

Em nosso tempo, a linha demarcatória entre a vida profissional e a vida privada é muito tênue e, amiúde, essa última é invadida pela execução de tarefas profissionais, inclusive em fins de semana e em feriados. Neste contexto, o presente artigo estuda o

¹ Sobre a Quarta Revolução Industrial ver, entre outros: SCHWAB, K. The Fourth Industrial Revolution: what it means, how to respond. **World Economic Forum**, Geneva, Switzerland, 2016. Disponível em: <https://www.weforum.org/agenda/2016/01/the-fourth-industrial-revolution-what-it-means-and-how-to-respond/> Acesso em: 23 maio 2022.

direito à desconexão e sua violação, principalmente nesse ambiente do trabalho cada vez mais digital.

Primeiramente, faz-se uma análise histórica para demonstrar que o que está acontecendo são velhos problemas revestidos de uma nova roupagem: a digital. Na Revolução Industrial havia o trabalho degradante nas fábricas, o desrespeito à saúde do trabalhador, que labutava, de sol a sol, em ambientes insalubres, determinados pelo empregador. Hoje, o grande problema é o excesso de trabalho e a dificuldade de desconexão, pois os meios tecnológicos disponíveis permitem que as tarefas sejam realizadas em qualquer local, em qualquer dia e em qualquer horário.

Por isso, afirma-se a necessidade de promover a proteção do homem face à digitalização, bem como da necessidade do respeito ao direito à desconexão, como um dos pilares de outros direitos prescritos em nosso ordenamento e consagrados internacionalmente em tratados que o País é signatário, de modo que o Trabalho Decente, como preconizado pelo OIT, seja atingido.

Dizem que Deus criou o homem à sua imagem e semelhança. O homem, por sua vez, criou a máquina, mas esta, sem que se perceba, está recriando o homem à sua imagem e semelhança. Na era da informática, o homem está sendo transformado em sua essência: está se criando o homem cibernético. Se não for, portanto, por uma questão de responsabilidade social, que se pense no problema da desconexão do trabalho, então, como uma forma do homem (enquanto gênero humano) encontrar-se a si mesmo, para que consiga ser pai, mãe, filho, amigo; para que leia livros, assista filmes etc.; para que tenha tempo para rir, chorar, se emocionar... Não se adquire a plenitude do ser sem o sentimento. Este sentimento, aliás, é essencial até mesmo para que, ao retornar ao trabalho, o trabalhador consiga, enfim, enxergar as pessoas que estão à sua volta. A distância do trabalho permite até mesmo que a pessoa se veja no trabalho e consiga, então, avaliar criticamente sua postura, o que é essencial para, por mais paradoxal que pareça, atingir uma melhor eficiência no trabalho, mesmo que não seja este o propósito primordial da presente preocupação (SOUTO MAIOR, 2003, p. 312).

O tema é relevante e atual, haja vista o excesso de conexão, em um contexto em que o trabalho é marcado pela ausência de jornada pré-estabelecida, metas de produção flexíveis e a remuneração é feita com base em resultados, o que incentiva o trabalho excessivo. Desrespeita-se, conseqüentemente, o direito ao descanso, à saúde mental, ao lazer, à vida privada e à convivência com os pares, fundamentos legais, constitucionais e internacionais do direito à desconexão.

Do ponto de vista metodológico, este é um trabalho que seguiu a técnica de pesquisa bibliográfica, em que os autores se utilizaram de materiais publicados, como doutrinas, artigos e dissertações, e documental, pois foram analisadas as legislações aplicáveis ao direito à desconexão. A análise do material coletado se deu pelo método de abordagem dedutivo, de modo a extrair particularidades sobre o direito à desconexão, a partir de uma situação generalizada de tecnificação e digitalização do meio ambiente de trabalho. Como resultado da pesquisa, chegou-se à conclusão de que o direito à desconexão é fundamental no atual estágio da sociedade tecnológica para a efetiva consagração do trabalho decente no meio ambiente de trabalho digital.

1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

No mundo do trabalho, o contexto histórico de degradação, de luta e de conquista de direitos se repete. Na Revolução Industrial, com a mudança do ambiente rural para o urbano, com o crescimento demográfico, bem como com as necessidades produtivas para alimentação da população, verificou-se uma concentração populacional nas cidades e o ambiente fabril passou a explorar a mão de obra (muita mão de obra para pouco trabalho), do homem, da mulher e das crianças, com jornadas exorbitantes e com controle extensivo para alcançar os resultados desejados à época: maior produção com o menor custo.

Friedrich Engels (2010, p. 198-199), em seu livro “A situação da classe trabalhadora na Inglaterra”, transcreve alguns relatos de James Leach, constantes de outro livro “*Stubborn facts from the factories*” (1844), segundo o qual: “[m]uitos operários, pela manhã, ao chegar aos portões das fábricas, encontram-nos fechados porque o relógio da fábrica está um quarto de hora adiantado; enquanto isso, um funcionário percorre as seções com o caderno de multas na mão, anotando as ausências [...]” (2010, p. 198).

Há, ainda, relatos de

mulheres em adiantado estado de gravidez serem multadas em seis pence por terem se sentado por um momento, durante o trabalho, para descansar [...] o chefe do controle anota as multas numa lista sem sequer ouvir o operário, que só fica sabendo que foi multado quando recebe o salário – [...] (ENGELS, 2010, p. 199).

Para encerrar a sequência descrita por Engels, a partir dos relatos de Leach, anota-se que “[...] o fabricante sempre obriga o operário a assinar um documento no qual este declara “estar de acordo com os descontos efetuados [...]” (ENGELS, 2010, p. 215), sob pena de “[i]f you don’t like to be frizzled in my frying-pan, you can take a walk into the tire [...]” (ENGELS, 2010, p. 407).

O meio ambiente do trabalho, organizado a partir da máquina, objetivava unicamente os rendimentos, a despeito das necessidades do trabalhador. Não se reconheciam pausas e insalubridades; não havia treinamento. Em síntese, inexistia proteção. A ausência de regulamentação deixava os envolvidos “livres”; quer dizer, o detentor do poderio econômico era livre para impor as condições do contrato àquele que lhe vendia sua força de trabalho.

Tempos passaram e, no século XXI, o problema ressurgiu com nova feição: a digital. Observa-se, primeiramente, a questão da superexploração.

A classe trabalhadora na atualidade enfrenta um antagonismo importante: enquanto parcela (em expansão) sofre com o desemprego e com a falta de colocação no mercado de trabalho outra, que continua empregada, padece de males consequentes do excesso do trabalho e da sobrecarga de trabalho que lhe é imposta (NAVARRO, 2006, p. 50).

De fato, a prática de horas extras tem sido uma constante (a maioria dos que trabalham excedem, e muito, a sua jornada de trabalho) e, concomitantemente, a sociedade contemporânea é marcada por um elevado índice de desemprego. Segundo informações colhidas do site oficial do IBGE, para o primeiro trimestre de 2022 há 11,9 milhões de desempregados e uma taxa de 22,2% de subutilização. Consideram-se desempregadas as pessoas em idade para trabalhar que não estão trabalhando, mas estão dispostas a encontrar trabalho (IBGE, 2022).

Inclusive, de acordo com o disposto no art. 611-A da Lei 13.467/2017, prevalece o negociado sobre o legislado, sobre a prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho, e ainda quando a disposição contratual se referir: ao pacto sobre a jornada de trabalho; intervalo intrajornada; teletrabalho, regime de sobreaviso, trabalho intermitente; remuneração por produtividade e remuneração por desempenho individual; modalidade de registro de jornada; troca de dia do feriado; enquadramento do grau de insalubridade, entre outras. Ainda, no que tange ao teletrabalho por produção ou tarefa, destaca-se que não há mais controle de jornada, conforme disposição do art. 62, inciso III, da CLT.

Evidentemente, a reforma trabalhista se insere no processo de desregulamentação pleiteado pelo empresariado, que contesta a interferência estatal nessa relação por eles considerada como “privada e igualitária”, em que deve prevalecer a vontade das partes. Nesse contexto, Ivan Simões Garcia e Valéria Gerber Mariscal afirmam que “[...] a legislação é instrumento pelo qual se permite o progresso do modo de produção provendo a integração do conflito

social somente ao ponto de torná-lo compatível com a viabilidade do sistema [...]” (GARCIA; MARISCAL, 2020, p. 1512).

Além disso, há a questão da vigilância e do controle, que sempre existiu. Agora, no entanto, o controle não é mais aquele do superior que ficava vigiando e fiscalizando os trabalhadores na fábrica. Agora é tecnológico, permanente e sem falha; alcança os trabalhadores no chão da fábrica e todo o quadro administrativo. O controle de movimentos se aperfeiçoou na linha de produção e projetou-se no espaço virtual. O trabalhador é vigiado pelo Estado e pelas empresas privadas, por meio das tecnologias da informação e da comunicação.

A evolução das tecnologias da informação propiciou mudanças reveladoras de novo processo civilizatório, que, com o advento da internet, criou – tanto de forma positiva como de forma negativa – novo espaço de troca e formação de relações sociais: o espaço digital (FIORILLO; FERREIRA, 2020, p. 208).

No âmbito do trabalho, notadamente quanto à sua reorganização, o labor “material cedeu espaço ao imaterial, que consiste na soma do trabalho intelectual e do manual” (DACHERI; GOLDSCHMIDT, 2018, p. 5), em que os produtos e serviços antes produzidos dão lugar à informação e ao conhecimento.

Na Revolução Industrial uma forma de enfrentar os problemas foi a promoção da consciência de que os trabalhadores deviam unir-se em sindicatos para conquistar direitos. Em nossos dias, diante de uma sociedade individualista e liberal, as conquistas do Estado de bem-estar social se perdem, os trabalhadores se dispersam e os sindicatos se enfraquecem. Inclusive, há inúmeras PEC’s tramitando no Congresso Nacional para promover uma mudança no sistema sindical do nosso país, notadamente com relação ao fim da unidade sindical. No entanto, o que se viu com a Reforma Trabalhista foi a prevalência do negociado sobre o legislado ao mesmo tempo em que se enfraqueceu os sindicatos, por exemplo,

com o fim da obrigatoriedade do imposto sindical e com a manutenção da unidade sindical. Ainda, os trabalhadores se transformam em autônomos, empreendedores, colaboradores e parceiros.

Hoje, de acordo com Ellul (1968), a dimensão chave para a compreensão dos problemas de nosso tempo é a técnica. A nossa civilização é uma civilização de meios: “consiste, pois, o fenômeno técnico na preocupação da imensa maioria dos homens de nosso tempo em procurar em todas as coisas o método absolutamente mais eficaz” (ELLUL, 1968, p. 21). Nessa busca pela eficácia, passamos das máquinas da Revolução Industrial à sofisticação das redes sociais e da inteligência artificial de nossos dias, que têm um impacto brutal sobre os trabalhadores e sobre o mundo do trabalho.

Weber (2002) observa que há uma técnica para cada tipo de ação, e as relaciona: “técnica da oração, da ascese, do pensamento e da pesquisa, da memorização, da educação, do poder político ou religioso, da administração, de fazer amor, de fazer a guerra, de performances musicais, de pintura e escultura, de resolução de questões jurídicas” (WEBER, 2002, p. 47-48). Nada escapa à ação da técnica, “nossos mais profundos impulsos, nossas mais secretas palpitações do coração, nossas mais íntimas paixões são conhecidas, publicadas, analisadas, utilizadas” (ELLUL, 1968, p. 439).

Atualmente, o fenômeno técnico é universal e abrange transversalmente todas as atividades humanas em qualquer país, independentemente da ideologia ou da religião que adote. Em outras palavras, o domínio das melhores técnicas, em todas as disciplinas, em tempos de guerra ou paz, se fará no Estado capitalista ou socialista, muçulmano, budista ou animista. Se o país é rico, tratará de comprar e/ou desenvolver as melhores técnicas; se for menos avançado ou emergente, procurará a transferência dessas tecnologias para melhorar a performance nacional em todas as áreas.

Observa-se, assim, que a técnica transformou o modo de vida contemporâneo em geral, e, especificamente, a vida dos

trabalhadores para ir cada vez mais rápido: no cumprimento de metas, em jornadas de trabalho extenuantes, na adaptação constante às novas técnicas e na impossibilidade de encontrar uma pausa no ritmo alucinante do trabalho. Tudo isso produz, como consequência, uma série de problemas de saúde: o envelhecimento prematuro, a inadaptação e a exclusão de muitos. Nas palavras de Ellul:

Isso é basicamente o desgaste dos nervos devido ao estresse extremo, como em novas fábricas. O homem encontra-se em um universo que exige reflexos mais rápidos, atenção constante e sustentada, adaptação a situações e desafios sempre novos. O desgaste do nervo compensa o descanso muscular. Já é certo que o desgaste dos nervos leva ao envelhecimento prematuro [...]. Estudos epidemiológicos recentes mostram que as “doenças executivas”: ataques cardíacos e distúrbios nervosos se tornaram doenças dos trabalhadores, há cerca de dez anos. Último exemplo das razões desse desgaste nervoso: a vida moderna e a contrariedade dos ritmos vitais sazonais a partir do momento em que o home vive tanto à noite quanto durante o dia, o que lhe é garantido pela iluminação artificial, um dos ritmos da vida mais essenciais que são quebrados. Segue-se um esgotamento inevitável [...]. Encontramos nas nossas sociedades técnicas um número crescente de homens e mulheres incapazes de se adaptar a essas especializações, de incapazes de acompanhar o ritmo geral da vida moderna. Isso não acontece apenas nos países capitalistas, como atesta o relatório Rudenko do Ministério do Trabalho Soviético em 1961. Este não é apenas o fato dos idosos: é em parte o crescimento dos jovens desajustados (ELLUL, 1988, p. 102-103; 129-130, tradução nossa)².

² No original: “Il s’agit essentiellement de l’usure nerveuse à cause de la tension extrême comme dans les nouvelles usines. L’homme se trouve dans un univers exigeant des réflexes plus rapides, une attention soutenue en permanence, une adaptation à des situations et des enjeux toujours nouveaux. L’usure nerveuse compense le repos musculaire. Il est maintenant certain que l’usure nerveuse entraîne un vieillissement précoce [...] Les études épidémiologiques récentes montrent que les «maladies des cadres»: infarctus et troubles nerveux sont devenues maintenant des maladies ouvrières, depuis environs dix ans. Dernier exemple des raisons de cette usure nerveuse: la vie moderne et la contrariété des rythmes vitaux saisonniers à partir du moment où l’homme vit autant la nuit que le jour ce qui lui est assuré par l’éclairage artificiel, un des rythmes de vie les plus essentiels se trouve rompu. Il s’ensuit un épuisement inévitable [...] Nous rencontrons dans nos sociétés techniciennes un nombre croissant d’hommes et de femmes incapables de s’adapter à ces spécialisations, incapables de suivre le rythme général da la vie moderne. Ceci ne se produit pas seulement dans les pays capitalistes, comme l’atteste le rapport Rudenko, du ministère de Travail soviétique, en 1961. Ceci n’est pas seulement le fait des personnes âgées : c’est en

No mundo contemporâneo, a técnica em alta é a digital; o meio ambiente de trabalho que se expande pelo mundo também é o digital. Cita-se o exemplo do acordo celebrado entre a Coldeco e a Microsoft, que estabeleceram acordo para a transformação digital da principal estatal chilena (ADPRENSA, 2021). Portanto, importante o estudo do meio ambiente de trabalho digital transgressor do direito à desconexão, assim como aconteceu no passado industrial.

2 O MEIO AMBIENTE DE TRABALHO DIGITAL

Sabe-se, hoje, que a técnica alcançou autonomia em relação à máquina, notadamente quanto ao uso das técnicas abstratas, que dispensam o objeto material. A técnica transformou o meio no qual o homem vive e se desenvolve. Ela é a mediadora das relações do homem com a natureza e com os outros seres humanos – mediação técnica das relações humanas. Nesse sentido, Ellul afirma que “[a] técnica, mesmo quando ela é abstrata, processo, organização, é uma mediação, mais que um instrumento” (ELLUL, 1968, p. 45).

Nesses tempos, a mediação técnica é realizada através do fenômeno da digitalização. O que é a digitalização? A palavra vem do inglês *digitalisation* e *digit*, e significa cifra, dígito, funcionando como sinônimo de algarismo. Pode-se dizer que é a conversão das informações de um áudio, vídeo, texto, imagem ou de sinais elétricos em dados digitais, que podem ser tratados por dispositivos informáticos, que, por sua vez, têm aplicação em todos os âmbitos da vida humana e em todas as disciplinas científicas. Nesse sentido, há:

uma cultura de convergência em que as emissoras de rádio, televisão, o cinema, os videogames, a internet, as comunicações por meio de ligações de telefones fixos e

partie cela qu’exprime la croissance des jeunes inadaptés” (ELLUL, 1988, p. 102-103; 129-130).

celulares etc. moldam uma ‘nova vida’ reveladora de nova faceta do meio ambiente cultural, a saber: o meio ambiente digital” (FIORILLO; FERREIRA, 2020; p. 215).

A irrupção da digitalização no mundo do trabalho implica na automação e na utilização da inteligência artificial, que modificam radicalmente o meio ambiente laboral, agravando a situação de dependência dos trabalhadores à técnica, seja na agricultura, seja na indústria, seja nos serviços. O trabalhador realiza tarefas intercambiáveis, mecânicas, repetitivas, até ser substituído por um robô, muito mais eficiente.

Jünger (2018), em sua obra “A Perfeição da Técnica”, descreve:

[...] seja como for organizado, tais esforços são um pré-requisito para o aparato; ele está apenas seguindo aqui a legalidade inerente da nova técnica. Independentemente da extensão do caminho percorrido e do local onde se apodera desse aparato, essa tomada de poder não muda nada. Ele continua dependente. Nada nas máquinas que cercam o trabalhador o protege. Pelo contrário, desenvolve uma legalidade que ameaça o homem, o assedia e o ataca. Ela não é amiga do trabalhador (JÜNGER, 2018, p. 94, tradução nossa)³.

A dependência, a agressão e o assédio a que o trabalhador está submetido não tem nada a ver com os tempos do maquinismo industrial, que desenvolveu um sistema centralizado, hierarquizado, de separação entre os meios e os fins, com muita absorção de mão de obra para a operação de máquinas movidas a vapor, petróleo ou eletricidade. Agora, o meio ambiente de trabalho digitalizado é descentralizado, permitindo a terceirização ou a quarteirização e o teletrabalho, tão conveniente nestes tempos pandêmicos.

³ No original: “Quelle que soit la façon dont il s’organise, des tels efforts sont prérequis par l’appareillage; il ne fait que suivre ici la légalité inhérente à la nouvelle technique. Quelle que soit l’étendue du chemin parcouru et l’endroit où il s’empare de cet appareillage, cette prise de pouvoir ne change rien. Il reste dépendant. Rien dans la machinerie entourant le travailleur ne le protège. Elle développe plutôt une légalité qui menace l’homme, le harcèle et l’agresse. Elle n’est pas l’ami du travailleur” (JÜNGER, 2018, p. 94).

A digitalização permite a eliminação das funções de direção e de execução, favorece um crescimento polivalente, em rede (CASTELLS, 1996; CASTELLS, 2012; CASTELLS, 2009), e não linear. Ainda, suprime as tarefas repetitivas, portanto, economiza trabalho. Nesse sentido, permite uma melhor remuneração do capital, porém exclui postos de trabalho. Em outras palavras, o fator que produz o valor não é mais o trabalho humano, mas sim a inovação tecno-científica. Destaca-se que, neste cenário:

[...] funções de gerência, outrora exercidas por indivíduos humanos, passaram a ser exercidas por algoritmos computacionais, que atendem com eficácia e exatidão a incumbência de avaliação de desempenho das atividades cumpridas. É relevante a observação de que o poder de direção da empresa contratante se intensifica com a utilização dos apps, afinal, os programas computacionais acompanham cada acesso dos utilizadores às plataformas digitais, de forma que a empresa possui uma visão completa sobre como se apresenta a demanda pelo serviço que ela oferece e sobre a mão de obra que dispõe (LABRUNA; DE AZEVEDO GONZAGA; AURÉLIO BARRETO LIMA, 2021, p. 398).

Vive-se frente a um sistema técnico, em que a análise de Marx, de que a economia se sustenta graças à mais valia produzida pelo trabalho assalariado do operário industrial, não mais se aplica. Na sociedade tecnificada do século XXI, o setor dos serviços passou a ter maior importância, e as novas ferramentas tecnológicas, a saber: a inteligência artificial, a automação e a gestão algorítmica, se impõem, acarretando graves problemas e novos desafios. Alguns já são conhecidos, como a alienação do trabalho, que agora é intensificada, pois o trabalhador não tem acesso aos bens que ele produz, inclusive, nas plataformas digitais, a sua intervenção, em uma planilha virtual disponibilizada por um empregador desconhecido, do outro lado do mundo, é descartável, como ele próprio.

Os trabalhadores que perderem os seus empregos por causa da digitalização, da inteligência artificial, da automação e da robótica poderão ser os menos preparados para se reinserir num mercado de trabalho, que exige formação específica para alcançar o domínio

dessas novas tecnologias. Por outro lado, os que conseguirem inserir-se em prestação de serviços ou em processos produtivos impulsionados pela tecnologia poderão deparar-se com tarefas supérfluas, isso porque a automação pode reduzir a riqueza do conteúdo do trabalho, acarretando a erosão das competências e o declínio na satisfação do trabalhador (OIT, 2019).

A substituição dos trabalhadores por robôs ou por sistemas de inteligência artificial e o desaparecimento de ofícios e profissões implicam também a perda de um *know how*, de uma cultura e de uma economia local.

No Brasil, ainda não se tem dados sobre a quantidade de desempregados por força da implementação das inovações tecnológicas. Todavia, é possível constatar, conforme dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) do IBGE (ibge.gov.br), referente ao trimestre encerrado em fevereiro de 2019, que a população economicamente ativa ocupada era 92,1 milhões de pessoas, registrando a taxa de desocupação de 12,4% (13,1 milhões de 9 pessoas). Considerando a totalidade dessa força de trabalho, chama a atenção a taxa de subutilização, 24,6% (percentual de pessoas desocupadas, subocupadas por insuficiência de horas trabalhadas e na força de trabalho potencial), o que equivale a 27,9 milhões de pessoas. Destaca-se, ainda, que o número de trabalhadores por conta própria, 23,8 milhões, e o número de pessoas desalentadas, 4,9 milhões, também estão crescendo (ROSA; CALVETE, 2020, p. 237).

De acordo com Frey e Osborne (2015), 59% dos trabalhadores em Portugal e 55% na Espanha correm o risco de vir a ser substituídos pela automação. Nos países em desenvolvimento, esse risco é ainda maior. Segundo o relatório do Banco Mundial intitulado *Digital Dividends*: “[...] dois terços dos empregos no mundo em desenvolvimento são suscetíveis de serem automatizados [...]” (WORLD BANK, 2016). Sabe-se que as competências de hoje não serão suficientes para cumprir, a contento, os trabalhos de amanhã. Os sites de *crowdworking* e o trabalho mediado por aplicativos que compõem a economia de plataformas digitais poderão recriar as

práticas de trabalho do século XIX e as futuras gerações de trabalhadores digitais (MERKEL, 2018).

Comparativamente com os espaços das usinas da Revolução Industrial e com as cidades pestilentas dos séculos XVIII e XIX, um observador externo percebe que nos espaços físicos do meio ambiente digital tudo é hígido, asséptico. A mediação feita pela tecnologia digital nos apresenta um mundo *clean*, prometeico, de infinitas possibilidades, de inovação e de aceleração. Adentrar nesses espaços físicos de bancos, financeiras, seguradoras, companhias de mineração, transporte aéreo ou construção civil nos catapulta para o futuro, um mundo de luzes ao alcance de um toque no monitor multitáctil. Para Jünger (2018, p. 165, tradução nossa), o progresso técnico é uma mobilização de tudo imóvel, e, nesse espaço, “[o] homem também se tornou móvel, segue o movimento automático sem resistência, gostaria até de vê-lo acelerar [...]”⁴.

Como exposto, diante da exaltação do número e da exclusão do humano, da homogeneização e da aceleração da sociedade, face ao aprofundamento da alienação e da exploração dos trabalhadores, em um mundo projetado e construído à imagem da máquina, em que nada mais importa que a aferição da *ratio inputs-outputs* (VANDERBURG, 2011, p. 9), tais como, eficiência, produtividade e rentabilidade, em detrimento da saúde das pessoas, pode-se afirmar que não existe um campo da atividade humana em que não sejam utilizadas as técnicas digitais, desde a nanotecnologia e a engenharia genética, até a astronomia e os laboratórios espaciais, passando pela neurotecnologia, o marketing político, a medicina e a digitalização das profissões jurídicas e do Poder Judiciário (SILVA; BARRIENTOS-PARRA, 2012).

Nesse contexto, uma questão fundamental envolvendo o meio ambiente de trabalho digital a ser considerada é à saúde dos

⁴ No original: “[l]’homme est lui aussi devenue mobile, il suit le mouvement automatique sans résistance, il aimerait même le voir accélérer” (JÜNGER, 2018, p. 165).

trabalhadores, notadamente com relação aos riscos de violação a esse direito pela facilidade de conexão e rompimentos dos espaços pessoais e profissionais. Antes disso, para reflexão, é válido indagar se, nessa sociedade que submete o humano à inteligência artificial e manipula mentes e corações por meio das tecnologias da informação e da comunicação, a digitalização torna o homem e a sociedade mais humana e fraterna ou fatalmente nos submete a uma *capitis diminutio* tecnológica?

2.1 O EXCESSO DE CONEXÃO NO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO DIGITAL E OS RISCOS À SAÚDE DO TRABALHADOR

Ainda, verifica-se que a linha é tênue entre a separação de trabalho e período de descanso. “É certo que aquela repartição dicotômica, aquela lógica binária tempo de trabalho/período de descanso, nunca foi linear [...]” (AMADO, 2018, p. 259). No entanto, o binômio não é reconhecido ou identificado com facilidade, até porque “[...] o tempo real é substituído pelo tempo virtual, especialmente quando em atividades de home office ou teletrabalho [...]” (PINTO; SOUZA, 2017, p. 108).

Assim, um dos principais desafios da realidade do meio ambiente de trabalho digital é que as novas tecnologias possibilitam que as tarefas acompanhem o trabalhador fora do espaço/tempo profissional, invadindo, assim, o tempo dedicado à sua vida privada. Nesse sentido,

[s]ão de todos conhecidas as impressionantes mudanças registradas na nossa forma de viver, de comunicar e de trabalhar, resultantes da informatização, da internet, do e-mail, das redes sociais, dos telemóveis, dos computadores... E um dos principais efeitos destes fenômenos consiste, sem dúvida, na diluição das tradicionais fronteiras entre vida profissional e vida pessoal, entre o público e o privado, sobretudo no âmbito das atividades de cariz intelectual. Agora, em muitos

casos, o trabalho (e, por via disso, o empregador) pode facilmente acompanhar o trabalhador, seja quando for e onde quer que este se encontre. Agora, o modelo é o de um trabalhador conectado e disponível 24 sobre 24 horas, pois a tecnologia permite a conexão por tempo integral (hiperconexão), potenciando situações de quase escravização do trabalhador - a escravatura, diz-se, do *homo connectus*, visto, amiúde, como “colaborador” de quem não se espera outra coisa senão dedicação permanente e ilimitada (AMADO, 2018, p. 260).

Ricardo Antunes, comentando o monitoramento eletrônico dos trabalhadores, com a conseqüente invasão da sua privacidade e intimidade, notou que “[...] o trabalho online fez desmoronar a separação entre o tempo de vida no trabalho e fora dele, com isso, podemos presenciar o crescimento exponencial de uma era de escravidão digital [...]” (ANTUNES, 2020, p. 11). Para ele, de um lado, há “[...] a disponibilidade perpétua para o labor, facilitada pela expansão do trabalho *online*. De outro, propaga-se a flexibilidade total. Florescem, então, os novos escravos intermitentes globais [...]” (ANTUNES, 2020, p. 12).

Recente pesquisa da Organização Mundial da Saúde e da Organização Internacional do Trabalho (PEGA *et al.*, 2021), que abrangeu os anos 2000 a 2016, alerta para o fato de que trabalhar mais de 55 horas semanais aumenta o risco de morte por doenças cardíacas e AVCs. A Organização Mundial da Saúde e a Organização Internacional do Trabalho estimam que, em 2016, morreram 398.000 trabalhadores vítimas de um AVC, e 347.000 de uma doença cardíaca por terem trabalhado excessivamente (ao menos 55 horas por semana). Conclui-se, então, que trabalhar mais de 55 horas semanais aumenta em 35% o risco de um AVC, e em 17% o risco de morrer de uma cardiopatia isquêmica, comparativamente a uma pessoa que trabalha o período normal, de 35 a 40 horas semanais (DW, 2021; REVISTA EXAME, 2021).

Ainda conforme o relatório da Comissão Mundial sobre o Futuro do Trabalho da OIT (2019), essas mudanças fundamentais e disruptivas na vida profissional afetam todas as sociedades e o

estresse no local de trabalho aumentou o risco para a saúde mental dos trabalhadores

Hoje os trabalhadores de todo o mundo estão enfrentando mudanças significativas na organização do trabalho e nas relações trabalhistas; eles estão sob maior pressão para atender às demandas da vida profissional moderna. Com o ritmo de trabalho ditado por comunicações instantâneas e altos níveis de competição global, as linhas que separam o trabalho da vida estão se tornando cada vez mais difíceis de identificar. O impacto do estresse relacionado ao trabalho por produtividade no local de trabalho e na economia em geral é considerável. O estresse relacionado ao trabalho pode afetar severamente os níveis gerais de desempenho dos trabalhadores de maneira negativa em relação à eficiência e precisão. Estudos que investigam o impacto do estresse relacionado ao trabalho nos resultados organizacionais revelaram uma série de formas associadas de comportamento que afetam a produtividade, a competitividade e a imagem pública da empresa. Por exemplo, além do impacto na saúde e no bem-estar dos trabalhadores, um ambiente de trabalho psicossocial ruim que contribui para o estresse relacionado ao trabalho pode resultar em aumento do absenteísmo e presenteísmo, bem como redução da motivação, satisfação e comprometimento, juntamente com uma maior taxa de rotatividade de pessoal e intenção de desistir. Todos os itens acima podem ter um impacto negativo em termos de custos humanos, sociais e financeiros (OIT, 2016. p. 2-9, tradução nossa).⁵

Inclusive, analisando o papel das plataformas digitais na transformação do mundo do trabalho, a OIT (2021, p. 171) apontou que uma elevada proporção de motoristas (79%) e entregadores

⁵ No original: “Today workers all over the world are facing significant changes in work organization and labour relations; they are under greater pressure to meet the demands of modern working life. With the pace of work dictated by instant communications and high levels of global competition, the lines separating work from life are becoming more and more difficult to identify.” “The impact of work-related stress on workplace productivity and the broader economy is considerable. Work-related stress can severely impact workers’ general achievement levels in a negative way with respect to both efficiency and accuracy. Studies investigating the impact of work-related stress on organizational outcomes have revealed a number of associated forms of behaviour affecting productivity, competitiveness and the public image of the enterprise. For example, besides the impact on workers’ health and wellbeing, a poor psychosocial working environment contributing to work-related stress can result in increased absenteeism and presenteeism, as well as reduced motivation, satisfaction and commitment, along with a greater rate of staff turnover and intention to quit. All of the above can have a negative impact in terms of human, social and financial costs” (OIT, 2016. p. 2-9).

(74%), que participaram de uma enquete, sofriam de algum grau de estresse associado ao trabalho, provocado pela intensidade do tráfego, pela remuneração insuficiente, pela falta de pedidos ou de clientes e pela pressão para ir mais rápido.

Não se questiona que o progresso tecnológico trouxe mudanças e inovações aos processos produtivos para atingir maior eficiência e produtividade. Contudo, isso exige que os trabalhadores passem mais tempo conectados, que trabalhem fora dos horários de expediente, inclusive nos seus lares. Dessa forma, tarefas e demandas constantes do empregador invadem a vida privada do trabalhador, que não tem mais descanso; seguem-se daí conflitos pela violação dos limites entre trabalho e família (HUNTER; CLARK; CARLSON, 2019, p. 1307). Ora, isso se agravou, e muito, em função da pandemia da Covid-19 (HOLMES *et al*, 2020), em que os trabalhadores estão se submetendo cada vez mais a períodos mais longos de trabalho.

Para ilustrar o contexto de excesso de trabalho e dificuldade de separação da vida pessoal e profissional, menciona-se, a título exemplificativo, a denúncia, feita em março de 2021, do Banco Goldman Sachs (SÁNCHEZ, 2021), empresa americana referência no setor financeiro, cuja jornada corporativa atinge a média de 95 horas semanais. Vive-se

situação de conexão por tempo integral – hoje permitida, desde logo, pelo computador e, sobretudo, pelo telemóvel/smartphone, esse objeto precioso que nunca largamos e que tão bem simboliza os tempos que vivemos –, isto é, uma situação de “bombardeamento” permanente do trabalhador, com e-mails, perguntas constantes, mensagens diversas sempre urgentes, pedidos de elaboração de relatórios sempre inadiáveis etc. (AMADO, 2018, p. 264-265).

Com a incorporação tecnológica impactando não só os meios de produção, mas também a forma de controle e cobrança no trabalho, bem como a expansão dos meios ambientes de trabalho digital, a atuação humana não pode ser comparada a performance da máquina. Isso justifica as disposições protetivas para redução dos

riscos inerentes ao trabalho, feitas por meio de normas de saúde, de higiene e de segurança, bem como a proteção em face da automação e a garantia do direito à desconexão. É preciso, nesse contexto prometeico, altamente digitalizado, refletir, como proposto pela OIT ao formular o objetivo de alcançar o trabalho decente, sobre as formas de assegurar a dignidade desse trabalhador sujeito à hiperconexão.

3 O DIREITO À DESCONEXÃO PARA O CUMPRIMENTO DO TRABALHO DECENTE NO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO DIGITAL

A OIT, na 105^a Conferência Internacional do Trabalho, de 2016, no Relatório VI intitulado “Promover a justiça social: Análise do impacto da Declaração da OIT sobre a Justiça Social para uma Globalização Justa” (OIT, 2016), já alertava para as mudanças imposta pelo progresso tecnológico, na produção e no fornecimento de bens e serviços.

Com efeito, os avanços trazidos pelo desenvolvimento da microinformática, das tecnologias de informação, da robótica e da inteligência artificial impactaram negativamente os trabalhadores, o que faz urgente a tomada de decisões para promover o trabalho decente.

Os tipos de trabalho relacionados com a era digital facilitam a conexão entre trabalhadores e empregadores e oferecem flexibilidade, mas também trazem desafios no sentido de garantir condições de trabalho digno. Sem contratos formais, estas novas modalidades podem implicar horários de trabalho excessivos e proteção social reduzida. Devido à natureza descentralizada destes empregos, torna-se mais difícil aos trabalhadores organizarem-se e exercerem o seu direito à negociação coletiva. Nos países em desenvolvimento, em particular, o trabalho remunerado e assalariado permite expandir as

opções de emprego e trazer as mulheres, os jovens e outros grupos de trabalhadores expostos aos déficits de trabalho digno para o mercado de trabalho. Os trabalhadores sem contrato permanente também tendem a ser mais vulneráveis do que os trabalhadores com relações de emprego tradicionais, a estar mais expostos a riscos de segurança e saúde no trabalho e a auferir uma remuneração inferior (OIT, 2016, p. 5-6).

Esses e outros desafios da OIT, como o dos milhões de trabalhadores que morrem anualmente em consequência de acidentes de trabalho e doenças profissionais (OIT, 2014), o desafio das milhões de vítimas de trabalho forçado (OIT, 2012) e dos milhões de crianças submetidas ao trabalho infantil (OIT, 2012), foram incluídos pelas Nações Unidas na Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável⁶. Entre os objetivos da Agenda, o de número 8 é particularmente importante para diminuir os impactos negativos da digitalização no mundo do trabalho, a saber: “promover o crescimento econômico, inclusivo e sustentável, **o emprego pleno e produtivo e o trabalho digno para todos**” (TRANSFORMANDO, 2016, p. 19, grifo nosso).

Encontra-se o trabalho digno e plenamente integrado em vários outros objetivos e metas da Agenda 2030. Em outras palavras, a OIT, por meio da promoção do trabalho decente, busca superar os problemas acarretados pelos avanços da tecnologia no século XXI, com a proteção dos direitos trabalhistas e a tentativa de tornar seguros os ambientes de trabalho para as trabalhadoras e os trabalhadores.

O conceito de trabalho decente, formalizado pela OIT em 1999, sintetiza a sua missão histórica de promover oportunidades para que homens e mulheres obtenham um trabalho produtivo e de qualidade,

⁶ A Agenda 2030 é um plano de ação das Nações Unidas que indica 17 objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS) e 169 metas, que são objetivos e claros, para que todos os países adotem, de acordo com suas próprias prioridades, e atuem no espírito de uma parceria global que orienta as escolhas necessárias para melhorar a vida das pessoas, agora e no futuro. Os 17 objetivos são integrados e indivisíveis, e mesclam, de forma equilibrada, as três dimensões do desenvolvimento sustentável: a econômica, a social e a ambiental. Disponível em: http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenvsust/Agenda2030-completo-site.pdf. Acesso em 2 jun. 2022.

em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humanas. Trata-se, inclusive, do ponto de convergência dos quatro objetivos estratégicos da OIT, a saber:

- i) o respeito aos direitos no trabalho, especialmente aqueles definidos como fundamentais (liberdade sindical, direito de negociação coletiva, eliminação de todas as formas de discriminação em matéria de emprego e ocupação e erradicação de todas as formas de trabalho forçado e trabalho infantil);
- ii) a promoção do emprego produtivo e de qualidade;
- iii) a ampliação da proteção social;
- iv) e o fortalecimento do diálogo social. (OIT, 20--?).

No contexto brasileiro, o trabalho decente se coaduna com o cumprimento dos direitos consagrados na Constituição Federal, entre eles a regulamentação do art. 7º, XXVII, que estabelece “proteção em face da automação, na forma da lei” (BRASIL, 1988) e do reconhecimento do direito à desconexão.

Antes de adentrar ao aspecto de defesa ao direito à desconexão, é importante esclarecer que não se tem ilusões de que a flexibilização e a precarização dos direitos sindicais, trabalhistas e previdenciários serão revertidos no plano político ou jurídico. É, pois, necessário relativizar as expectativas depositadas na elaboração de normas para dominar a automação, uma vez que a técnica é autônoma, não se submete a padrões éticos, nem a prescrições jurídicas. Isto é, a orientação e as escolhas se efetuam por si mesmas, dependendo da eficiência do meio e não depende da vontade de administradores, de juristas ou de políticos (ELLUL, 1968, p. 82). Em outras palavras, a ordem técnica domina o direito (VANDERBURG, 2013, p. 47).

Contudo, as normas éticas e/ou jurídicas podem ter um valor, não para controlar ou dominar a digitalização, mas para evitar suas consequências danosas durante certo período e em relação a determinados trabalhadores, como no caso da Lei n. 9.956, de 12 de janeiro de 2000, que estabeleceu a proibição do funcionamento de

bombas de autosserviço operadas pelo próprio consumidor nos postos de abastecimento de combustíveis.

Concorda-se que “o maior desafio é conseguir, a despeito das dificuldades de representação e diálogo, com que o direito tenha uma resposta adequada a tais situações de trabalho e não propicie o desenvolvimento de novas desigualdades. (COUTINHO, 2018, p. 85). Dessa forma, é necessário que se fortalece-se o diálogo tripartite, a negociação coletiva, as recomendações de caráter ético e a adoção de padrões internacionais.

Acerca de padrões internacionais, leciona a OIT da importância de se reconhecer o direito a se desligar digitalmente: “Na era digital, os governos e as organizações de empregadores e de trabalhadores precisarão de encontrar novos meios para aplicar de forma eficaz, tetos máximos de horas de trabalho, definidos a nível nacional, estabelecendo, por exemplo, o direito a desligar digitalmente” (OIT, 2019, p. 42).

Por isso, visando a elaboração de uma política pública preventiva, em face da nova realidade imposta pela técnica propugnamos pelo direito à desconexão, ou “*right to be alone*”, ou ainda “*do not disturb*”. Dessa forma, a legislação e os acordos para a realização de horas extras devem respeitar o princípio de preservação da saúde física e psíquica do trabalhador, como garantia de promoção e proteção da dignidade da pessoa humana na sociedade tecnológica e, conseqüentemente, do trabalho decente.

O direito à desconexão pode ser conceituado como o direito a efetivamente usufruir de períodos de descanso de seu trabalho. O descanso deve se dar nas jornadas, entre as jornadas e depois da jornada. São períodos em que o trabalhador tem o direito a não ser contactado, de modo a desvincular-se de suas práticas profissionais.

O professor Jorge Luiz Souto Maior faz uma salutar distinção entre o direito à desconexão e o direito ao não trabalho.

Esclareça-se que o não-trabalho aqui referido não é visto no sentido de não trabalhar completamente e sim no sentido de trabalhar menos, até o nível necessário à preservação da vida privada e da saúde, considerando-se essencial esta preocupação (de se desligar, concretamente, do trabalho) exatamente por conta das características deste mundo do trabalho marca do pela evolução da tecnologia, pela deificação do Mercado e pelo atendimento, em primeiro plano, das exigências do consumo. (SOUTO MAIOR, 2003, p. 3).

Para João Leal Amado, a desconexão é uma versão virtual – típica do mundo digital – do direito ao descanso: “A desconexão não é propriamente um direito. O direito aqui em causa é, sim, o direito ao repouso e aos lazeres, ao descanso semanal, a férias periódicas, à limitação da jornada de trabalho” (AMADO, 2018, p. 263).

Há países, como, França, Bélgica, Itália e Equador, que adotam expressamente o direito à desconexão. No entanto, nosso ordenamento jurídico ainda não o reconhece expressamente nestes termos, o que não impede seu reconhecimento e aplicação com fundamento em outros direitos já reconhecidos, como o direito social ao lazer e à saúde e, ainda, ao meio ambiente de trabalho equilibrado, todos consagrados constitucionalmente (art. 6^a, art. 7^o, inciso IV, art. 200, VIII, art. 217, §3^o, art. 225 e art. 227).

Outros descansos são ainda assegurados em nossa Constituição e no texto celetista, como é o caso dos intervalos intrajornada e interjornada, o repouso semanal remunerado, as férias, todos com o intuito de promover a recuperação das forças físicas para a retomada do trabalho. Todos esses fatos, implicitamente, nos levam ao reconhecimento do direito à desconexão.

Ainda é importante lembrar que a Reforma Trabalhista regulamentou os danos extrapatrimoniais e uma das ofensas a configurar tal dano é a violação ao direito ao lazer (art. 223-C da CLT). Então, não será pelo argumento de ausência de previsão

expressa que o direito à desconexão não será aplicado. Inclusive, há normativa internacional, conforme já reconheceu o TST.

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. JORNADA DE TRABALHO. HORAS DE SOBREAVALO [...] Finalmente, a proteção não se limita ao direito interno. **Mencione-se, na mesma linha, diversos diplomas normativos internacionais, que, ou o reconhecem de modo expresse, ou asseguram o direito à limitação do número de horas de trabalho, ora destacados: artigos 4º do Complemento da Declaração dos Direitos do Homem (elaborado pela Liga dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1936); XXIV da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948; 7º do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966; e 7º, ‘g’ e ‘h’ do Protocolo de San Salvador (Protocolo Adicional à Convenção Interamericana Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), os dois últimos ratificados pelo Brasil (TST, 2017, grifo nosso).**

Em nome e em busca de efetivação de toda a normatização interna e externa, espera-se a superação dessa contradição que nos aflige: o trabalho que deveria dignificar o homem, “mas sob outro ângulo, é o trabalho que retira esta dignidade do homem, impondo-lhe limites enquanto pessoa na medida em que avança sobre a sua intimidade e a sua vida privada” (SOUTO MAIOR, 2003, p. 296). No mesmo sentido, João Leal Amado nota que vivemos numa era tecnológica, marcada por múltiplas contradições:

preocupamo-nos com o não-trabalho, com o descanso, com o lazer, com o ócio, num mundo marcado pelo desemprego; preocupamo-nos com o desemprego causado pelo avanço tecnológico, num mundo em que a tecnologia não tem deixado de escravizar o homem ao trabalho; preocupamo-nos com a dignificação do homem através do trabalho, num mundo em que a tecnologia pode roubar dignidade ao homem que trabalha, devassando a sua intimidade e perturbando a sua vida privada [...] (AMADO, 2018, p. 261).

Há raras situações em que o tempo de desconexão poderá ser violado. Trata-se, pois, de situações excepcionais e devidamente

justificadas. No nosso ordenamento, por exemplo, nos casos de necessidade imperiosa, seja por motivo de força maior, seja para a conclusão de serviços inadiáveis, seja porque a inexecução possa acarretar prejuízo manifesto, admite-se que a duração normal do trabalho exceda do limite legal ou convencionado (art. 61 da CLT).

No entanto, o que se tem percebido é que, em algumas empresas ou em alguns setores, isso se trata de prática habitual e reiterada, como é o caso dos funcionários do banco Goldman Sachs, já comentado, que desde o início do processo seletivo são submetidos a rígidos procedimentos de adequação à cultura da instituição.

Assim, conclui-se que uma das principais preocupações da sociedade contemporânea está relacionada:

[...] ao direito de desconexão, ou seja, de como assegurar nesse novo ambiente laboral, em que a vida profissional ocorre lado a lado à pessoal, a fixação e a observância de regras que possibilitem a salvaguarda dos direitos ao lazer e ao descanso, especialmente em uma sociedade marcada pela era digital, em que as tecnologias da informação e da comunicação, como o WhatsApp, propiciam o recebimento de informações em tempo real e estabelecem, por vezes, uma relação de trabalho marcada pela disponibilidade full time, com metas cada vez mais altas (LEAL; RODRIGUES, 2020, p. 160).

A violação ao direito à desconexão afeta, além da esfera individual de cada um dos trabalhadores hiperconectados, suas famílias e conviventes, bem como toda a sociedade. Trata-se, pois, de direito individual e social. Não se pode deixar de comentar que, muito embora haja elevados ganhos daqueles que trabalham de forma imoderada, o excesso de conexão impede o convívio com os pares, afasta e fragiliza os vínculos familiares, bem como pode onerar toda a sociedade, com a majoração das chances de acidente de trabalho.

Jorge Luiz Souto Maior chama, ainda, atenção à violação ao direito à desconexão, principalmente nos casos de gestores ou empregados mais bem qualificados. Isso porque

o desemprego desses trabalhadores representa muito mais que uma desocupação temporária, representa interrupção de uma trajetória de carreira, vista como um plano de vida, implicando crise de identidade, humilhação, sentimento de culpa e deslocamento social. Em suma, a sua subordinação ao processo produtivo é intensa, corroendo sua saúde e desagregando sua família. Veja-se, por exemplo, que muitos sequer têm tido tempo para tirar férias, pois que, diante do quase inesgotável acesso a fontes de informações e por conta das constantes mutações das complexidades empresariais, ficar muitos dias desligado do trabalho representa, até mesmo, um risco para a manutenção do próprio emprego (SOUTO MAIOR, 2003, p. 18).

Defende-se que, ao meio ambiente de trabalho digital, também devem ser aplicadas todas as considerações e princípios do Direito do Trabalho. Os trabalhadores devem ser respeitados nas suas limitações humanas, até para que eles possam atingir uma melhor produtividade. Para tanto, mister o reconhecimento e aplicação do direito à desconexão em vistas ao atingimento do trabalho decente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Revolução Digital provocou modificações, notadamente em razão da incorporação tecnológica, nos modelos de produção, gestão e distribuição no mundo do trabalho, tornando-o altamente digitalizado. De um lado, considera-se um aumento da produtividade e da riqueza, mas, por outro, verifica-se um aumento brutal da desigualdade, da exploração e da alienação dos trabalhadores. Percebe-se, ainda, o retorno de velhos desafios encontrados desde à época da Revolução Industrial pelos trabalhadores. A diferença é que agora eles estão sob um novo viés: o técnico ou tecnológico.

De fato, embora tenha havido “inovações”, a precarização da condição do homem-trabalhador remanesce, seja pelo excesso de trabalho e controle, seja pela desregulamentação e desproteção normativa, ou seja, pela invasão da sua privacidade e intimidade

diante da extrema conexão digital. O trabalho é por aplicativos (intermediador) e o controle é o algoritmo. A inteligência artificial e os robôs, como exemplos da máquina, expandem-se nas relações laborais, antes existentes entre humanos (trabalhador e empregador). As empresas tendem a ser mais fluidas e fragmentadas, e o trabalhador tende a ser autônomo, freelancer e empreendedor de si, mesmo que submetido às metas, organizações e sujeições de seu contratante.

Nesse contexto, diante da necessidade de proteção do homem-trabalhador em face da digitalização, defende-se o direito à desconexão como sendo fundamental para a garantia da saúde física e mental dos trabalhadores e, por decorrência, da saúde organizacional e financeira das próprias empresas.

O descanso e o direito de desligar-se do trabalho apresentam-se essenciais ao trabalhador, resultando, até mesmo, em melhor produtividade e eficiência. Além do mais, o direito à desconexão é de interesse de toda a coletividade, sendo que seus desafios ultrapassam os interesses individuais. Trata-se, pois, de medida de saúde pública, que pode impactar na previdência, nos cofres públicos, na concentração de riquezas e no direito das famílias, ao privar o convívio entre os pares.

Para tanto, destaca-se o papel do direito do trabalho como um ramo garantidor dos limites de jornada, assegurador dos períodos de descanso e de repouso, bem como promotor da condição da pessoa da humana, que não se exaure no trabalho e para o trabalho. Tudo isso para que o trabalho decente, nos moldes preconizados pela OIT, seja respeitado.

Propugna-se pela promoção do trabalho decente no Brasil, pois dessa forma estar-se-á diminuindo os impactos negativos do meio ambiente do trabalho altamente digitalizado. Portanto, é importante que os governos, nos âmbitos federal, estaduais e municipais, e as empresas, públicas e privadas, se dediquem a

cumprir os objetivos e as metas da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável.

Pretende-se, portanto, o respeito a direitos consagrados infraconstitucional, constitucional e internacionalmente, como marcos protetivos aplicáveis ao meio ambiente do trabalho digital, que apesar de informatizado tem como principal elemento o homem. Assim, a sociedade não pode ser do cansaço e nem formadora de “workaholics”. Afinal, o homem não é uma máquina e precisa dela se desconectar, mesmo porque “[o] cansaço de esgotamento não é um cansaço da potência positiva. Ele nos incapacita de fazer qualquer coisa. O cansaço que inspira é um cansaço da potência negativa, a saber, do não-para [...]” (HAN, 2015, p. 40).

Sabe-se que, em breve, em razão da adoração tecnológica e de seus efeitos de controle e dominação, novas considerações precisarão ser pensadas. Por ora, de modo imediato, não se pode deixar de interpretar e abstrair os direitos existentes com base nessa roupagem digital, sob pena de se esvaziar e desproteger o humano, que não é técnico. No entanto, de forma mediata, outras e novas proposições, até este momento não vislumbradas, serão necessárias, pois a autonomia técnica é uma realidade em ascensão e incontrolável.

Data de Submissão: 02/06/2022

Data de Aprovação: 18/04/2024

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Jailton Macena de Araújo

Assistente Editorial: Bárbara Rhaíssa Pinheiro De Lima

REFERÊNCIAS

ACELERAÇÃO. Em busca de inovação, grandes empresas batem recorde de aquisições de startups. **O Estado de S. Paulo**, domingo, 23 de maio de 2022, B1. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,em-busca-de-inovacao-grandes-empresas-batem-recorde-de-aquisicoes-de-startups,7003723370> Acesso em: 23 maio 2022.

ADPRENSA – Agenda de Prensa. **Codelco y Microsoft sellan acuerdo a favor de la transformación digital de la principal empresa estatal chilena**. Santiago, 24 maio 2021. Disponível em: <https://www.adprensa.cl/economia/codelco-y-microsoft-sellan-acuerdo-a-favor-de-la-transformacion-digital-de-la-principal-empresa-estatal-chilena/>. Acesso em: 24 maio 2022.

AMADO, J. L. Tempo de trabalho e tempo de vida: sobre o direito à desconexão profissional = Work time and life time: on the right to professional disconnection. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas-SP, n. 52, p. 264-266, jan./jun. 2018. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/141951/2018_amado_joao_leal_tempo_trabalho.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 19 mar. 2022.

ANTUNES, R. Qual o futuro do trabalho na Era Digital. **Laborare**, ano III, num. 4, p. 6-14, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://trabalhodigno.org/laborare>. DOI: <https://doi.org/10.33637/2595-847x.2020-46>. Acesso em: 19 maio 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 maio 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 4.224, de 1998**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1998. p. 102. Disponível em: [Dossie-PL-4224-1998 - Proíbe a instalação de bombas de auto-serviço nos postos de combustíveis.pdf](#). Acesso em 15 maio 2022.

BRASIL. Projeto de Lei nº 4.224, de 1998. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1998. Disponível em: [Dossie-PL-4224-1998 - Proíbe a](#)

instalação de bombas de auto-serviço nos postos de combustíveis.pdf. Acesso em 15 maio 2022.

CASTELLS, M. **A Sociedade em Rede**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009.

CASTELLS, M. **Networks of Outrage and Hope: Social Movements in the Internet Age**. Cambridge, 2012.

CASTELLS, M. **The Rise of the Network Society**. Massachusetts: Blackwell, 1996.

COUTINHO, S. G. Os Desafios para a Regulamentação: questões que não estão bem contempladas no arcabouço legal. *In: OIT. Futuro do Trabalho no Brasil: Perspectivas e diálogos Tripartites*. Brasília, 2018. p. 83-85. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/publicacoes/WCMS_626908/lang--pt/index.htm. Acesso em: 15 maio 2022.

DACHERI, E.; GOLDSCHMIDT, R. Teletrabalho: Uma Possibilidade De Inclusão Socioeconômica Do Trabalhador. **Prim Facie**, [S. l.], v. 17, n. 35, p. 01–29, 2018. DOI: 10.22478/ufrpb.1678-2593.2018v17n35.40160. Disponível em: <https://periodicos.ufrpb.br/index.php/primafacie/article/view/40160>. Acesso em: 27 jul. 2023.

DW. **Trabalhar mais de 55 horas semanais eleva risco de morte**. AFP, Reuters, 17 maio 2021.

ELLUL, J. **A Técnica e o Desafio do Século**. Tradução de Roland Corbisier. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968.

ELLUL, J. **Le bluff technologique**. Paris: Hachette, 1988.

ENGELS, F. **A situação da classe trabalhadora na Inglaterra**. Tradução A. Schumann. São Paulo: Boitempo, 2010.

FINCATO, D.; GUIMARÃES, C.; MATTE, M. (org.). **Direito e Tecnologia – Reflexões Sociojurídicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

FIORILLO, C. A. P.; FERREIRA, R. M. Os fatos notórios em face das lides vinculadas ao meio ambiente digital na sociedade da informação. **Revista Thomson Reuters**, v. 310, p. 205-236, dez. 2020.

FREY, C.B.; OSBORNE, M. **Technology at Work : The future of innovation and employment**. Citi Global Perspectives and Solutions (Citi GPS). University of Oxford and CitiGroup, 2015.

Disponível em:

file:///C:/Users/55169/OneDrive/Documentos/Direito%20%C3%A0%20Desconex%C3%A3o/Citi_GPS_Technology_Work%20-%20FREY%20&%20OSBORNE.pdf. Acesso em: 20 maio 2022.

GARCIA, I. S.; MARISCAL, V. G. A proteção constitucional em face da automação: limites e possibilidades. **Revista LTr**, v. 84, n. 12, p.1507-1514, dezembro 2020.

HAN, B.-C. **Sociedade do cansaço**. Tradução Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2015.

HARTMUT, R. **Social Acceleration: A New Theory of Modernity**. New York, Columbia University Press, 2013.

HOLMES, E. *et al.* Health workers who come in close contact with the virus and are exposed to traumatic events, such as death and dying, while making highly challenging decisions, are particularly at risk of stress responses. **Lancet Psychiatry**, vol. 7, p. 547–60, jun. 2020. Disponível em: [https://www.thelancet.com/pdfs/journals/lanpsy/PIIS2215-0366\(20\)30168-1.pdf](https://www.thelancet.com/pdfs/journals/lanpsy/PIIS2215-0366(20)30168-1.pdf). Acesso em: 05 maio 2022.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Desemprego**. 2022. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php>. Acesso em: 10 maio 2022.

JÜNGER, F. G. **La Perfection de la technique**. Paris: Allia, 2018.

LABRUNA, F.; DE AZEVEDO GONZAGA, A.; AURÉLIO BARRETO LIMA, M. A Precariedade Das Condições De Trabalho Dos Entregadores Por Aplicativos. **Prim Facie**, [S. l.], v. 20, n. 43, 2021. DOI: 10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n43.54209. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/54209>. Acesso em: 27 jul. 2023.

LEAL, C. R. F.; RODRIGUES, D. R. N. CARMO, V. M. A precarização do trabalho na era digital e seu impacto no equilíbrio laboral-ambiental. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 17, n. 38, p. 137-165, maio/ago. 2020. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/1789>. Acesso: 26 mar. 2022.

MARTINS, H. **Experimentum Humanum: Civilização Tecnológica e Condição Humana**. Belo Horizonte: Editora Fino Traço, 2012.

MERKEL, A. Speech by Federal Chancellor Merkel at the 21st Ordinary DGB Federal Congress, Berlin, 15 May (Berlin, Federal Government of Germany, 2018). Disponível em: www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/rede-von-bundeskanzlerin-merkel-beim-21-ordentlichen-dgb-bundeskongress-am15-mai-2018-in-berlin-1008658. Acesso em: 2 jun. 2022.

NAVARRO, V. L. Trabalho, saúde e tempo livre sob os domínios do capital. In: PADILHA, V. (org.). **Dialética do Lazer**. São Paulo: Cortez, 2006. p. 50-74.

OIT. Estimativa global da OIT em relação ao trabalho

forçado: Resultados e metodologia. Bureau Internacional do Trabalho: Genebra, 2012. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_715134.pdf. Acesso em 16 maio 2022.

OIT. Futuro do Trabalho no Brasil: Perspectivas e Diálogos

Tripartites. Brasília, 2018. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/publicacoes/WCMS_626908/lang--pt/index.htm. Acesso em: 18 maio 2022.

OIT. Relatório VI: Promover a justiça social. Revisão do impacto da

Declaração da OIT sobre Justiça Social para uma Globalização Justa. Bureau Internacional do Trabalho: Genebra, 2016. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_718014.pdf. Acesso em: 16 maio 2022.

OIT. Safety and health at work: a vision for sustainable prevention. In: XX WORLD CONGRESS ON SAFETY AND HEALTH AT WORK 2014: Global Forum for Prevention, 24-27 ago. 2014. ILO: Genebra, 2014. Disponível em:

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/publication/wcms_301214.pdf. Acesso em: 16 maio 2022.

OIT. Trabalhar para um futuro melhor – Comissão Mundial

sobre o Futuro do Trabalho. Lisboa: OIT, 2019. Disponível em: https://www.ilo.org/lisbon/publica%C3%A7%C3%B5es/WCMS_677383/lang--pt/index.htm Acesso em: 2 jun. 2022.

OIT. Workplace Stress: A collective challenge. International

Labour Office, Geneva, 2016. p. 2-9. Disponível em: https://www.ilo.org/safework/info/publications/WCMS_466547/lang--en/index.htm. Acesso em: 02 jun. 2022.

PEGA, F. *et al.* Global, regional, and national burdens of ischemic heart disease and stroke attributable to exposure to long working hours for 194 countries, 2000–2016: A systematic analysis from the WHO/ILO Joint Estimates of the Work-related Burden of Disease and Injury. **Environment International**, vol. 154, 2021.

Disponível em:

<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0160412021002208?via%3Dihub>. Acesso em: 2 jun. 2022.

REVISTA EXAME. **Trabalhar mais de 55 horas por semana aumenta risco de morte, diz OMS**. Agência Brasil, 17 maio 2021.

Disponível em:

<https://exame.com/carreira/trabalhar-mais-de-55-horas-por-semana-aumenta-risco-de-morte-diz-oms/>. Acesso em: 2 jun. 2022.

ROSA, F.; CALVETE, C. da. Revolução tecnológica e reforma trabalhista: fim dos empregos no Brasil? *In*: CALVETE, C. da S.; HORN, C. H. (org.). **A quarta revolução industrial e a reforma trabalhista: impactos nas relações de trabalho no Brasil**. Porto Alegre: Cirkula, 2020. p. 241-259.

SÁNCHEZ, A. O escândalo de funcionários do Goldman Sachs que trabalham por 95 horas por semana: “Não consigo dormir”. **El País**, Madrid, 2021. Disponível em:

<https://brasil.elpais.com/internacional/2021-03-19/o-escandalo-de-funcionarios-do-goldman-sachs-que-trabalham-95-horas-por-semana-nao-consigo-dormir.html>. Acesso em: 09 maio 2022.

SCHWAB, K. The Fourth Industrial Revolution: what it means, how to respond. **World Economic Forum**, Geneva, Switzerland, 2016.

Disponível em:

<https://www.weforum.org/agenda/2016/01/the-fourth-industrial-revolution-what-it-means-and-how-to-respond/>. Acesso em: 23 maio 2022.

SILVA, F. R. da; BARRIENTOS-PARRA, J. A Modernização da Justiça do Trabalho um Processo de Tecnificação dos Meios e a Redefinição dos Fins. *In*: BARRIENTOS-PARRA, J. (org.). A Relevância do Pensamento de Jacques Ellul no Início do Século XXI, **Anais do V Seminário Brasileiro sobre o Pensamento de Jacques Ellul**, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, UNESP, 2012, p. 59-72.

SOUTO MAIOR, J. L.. Do direito à desconexão do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 23, p. 296-313, 2003. Disponível em:

<https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/108056>

/2003_maior_jorge_direito_desconexao.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 20 mar. 2022.

TCHIMICHKIAN, M. La protection et la sécurité du travail dans les entreprises industrielles soviétiques. In: **Revue de l'Est**, vol. 3, 1972, nº1. p. 69-136. DOI: <https://doi.org/10.3406/receo.1972.1075>. Disponível em: https://www.persee.fr/doc/receo_0035-1415_1972_num_3_1_1075. Acesso em: 02 jun. 2022.

TRANSFORMANDO nosso mundo: A Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável. 2016. Disponível em: http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenvsust/Agenda2030-completo-site.pdf. Acesso em: 2 jun. 2022.

TST – AIRR: 20584320125020464, Relator: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 18/10/17, 7ª turma, Data de Publicação: DEJT 27/10/2017. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/514456120/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-20584320125020464/inteiro-teor-514456145>. Acesso em: 11 maio 2022.

VANDERBURG, W. H. **Our War on Ourselves: rethinking science, technology, and economic growth**. Toronto: University of Toronto Press, 2011.

VANDERBURG, W. H. Técnica, dessimbolização e o papel do direito. In: **Direito Técnica, Imagem: os limites e os fundamentos do humano**. Jorge Barrientos-Parra e Marcus Vinicius de Matos (org.). São Paulo: Editora Unesp, 2013. p. 21-52.

VOSTAL, F. Towards a social theory of acceleration: Time, modernity, critique. **European Journal of Social Sciences**, 52-2, 2014, p. 235-249. Disponível em: <https://journals.openedition.org/ress/2893#>. Acesso em: 2 jun. 2022.

WEBER, M. **Economía y Sociedad. Esbozo de Sociología Comprensiva**. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 2002.

WORLD BANK. World Development Report 2016, Digital Dividends. Washington, DC. Disponível em: <https://www.worldbank.org/en/publication/wdr2016>. Acesso em: 21 abr. 2022.

Right To Disconnection And Digitized Work Environment

Nathália Eugênia Nascimento e Silva

Jorge David Barrientos-Parra

Abstract: One of the main paradoxes of contemporary society is the excess of work, connection and control, provided by the technique, as the same time that there is a job market with high unemployment, as well as precarious jobs. It is observed that, despite the cybernetic advances and the conquests of space, the overwork, a problem of the First Industrial Revolution, returns with force in our days, due to the requirement of high productivity, a fact that is amplified in an increasingly digitalized work environment, in view of the ease of connection and control of schedules and results. In this context, this article aims to study the right to disconnect as one of the pillars to achieve decent work. For the development of the work, we used the technique of bibliography research in published materials, using the deductive method of approach. As a partial conclusion, it is verified, still in the second decade of the 21st century, that workers claim, once again, old and consecrated rights, such as dignified (maximum forecast) working hours, the right to rest and leisure, as well as out of respect and understanding that private life is not to be confused with professional life.

Keywords: Right to disconnect. Digitized work environment. Decente work.

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2023v22n50.63238>

Conteúdo sob licença *Creative Commons*: Attribution-NonCommercial-NoDerivative 4.0 International (CC BY-NC-ND 4.0)



Liberdade De Expressão E “Filtragem” De Conteúdos Na Política Do Audiovisual: O Caso Da Ancine No Governo Bolsonaro


Raimilan Rodrigues *

Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza-CE, Brasil

 <https://orcid.org/0000-0001-6551-8407>

Mônica Tassigny **

Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza-CE, Brasil

 <https://orcid.org/0000-0001-9483-0547>

Resumo: O tema do artigo situa-se no campo das investigações das tensões entre a concretização do direito à liberdade de expressão artística e a realização das políticas públicas. Foi realizado estudo de caso a respeito de medida realizada em 2019 pelo presidente da república Jair Bolsonaro, que ao anunciar filtro sobre conteúdo das obras artísticas, suspendeu chamada pública de projetos em curso na ANCINE. O objetivo do estudo foi avaliar o conteúdo da decisão governamental que pretendeu implementar o filtro anunciado sobre a política do audiovisual; e, como objetivo específico, analisar os papéis dos atores do campo de poder jurídico das instituições frente ao campo de poder político envolvidos. Adotou-se como metodologia estudo de caso, pesquisa documental e bibliográfica a partir do estudo da ANCINE ocorrido em 2019. Os resultados obtidos foram os de que, a despeito da instituição incumbida da última palavra não haver chegado a um paradigma para decisões futuras, houve efetiva atuação das instituições no jogo democrático, ao lado da deficiência do órgão incumbido do papel de fiscal da lei. O filtro anunciado não restou implementado no caso analisado. As discussões das instituições estruturaram-se sob padrões tradicionais a respeito da discricionariedade nas políticas públicas.

Palavras-Chave: Liberdade de expressão artística. Políticas públicas. Filtragem de conteúdos. Estudo de caso.

* Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Email: seneterri@hotmail.com

** Pós-Doutorado em Direito na Faculté de Droit et Sciences Politiques da Université Aix-Marseille. Email: monicatass@unifor.br



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2023v22n50.65549>

Liberdade De Expressão E “Filtragem” De Conteúdos Na Política Do Audiovisual: O Caso Da Ancine No Governo Bolsonaro

Raimilan Rodrigues

Mônica Tassigny

1 INTRODUÇÃO

As disputas conceituais em torno da liberdade de expressão, seus limites e interações com outras posições jurídicas fundamentais, individuais ou coletivas, ocupam lugar central na sociedade de informação. Avultam compreensões, desde a sua função enquanto espectro da dignidade humana e, portanto, intrínseco à realização pessoal do indivíduo, até a sua máxima dimensão coletiva fundamental à manutenção da democracia, atravessando na contemporaneidade dilemas como aqueles relativos à legitimidade de controles sobre fake news, discursos de ódio, livre circulação da informação no contexto dos controles algorítmicos, dentre outros.

Tais questões, que atravessam a liberdade de expressão, conquanto fundamentais à compreensão do modelo de qualquer organização coletiva democrática, costumam ser enfrentadas, de modo geral, sob o aspecto normativo-constitucional do espaço de imunidade reconhecido ao sujeito (cidadão) de determinada organização política, em certo tempo e lugar. Um outro aspecto significativamente menos observado consiste na atuação

promocional das instituições por meio de políticas públicas de acesso às fontes de recursos materiais e seu papel na valorização e difusão das manifestações culturais. Tendo sido este papel outorgado ao Estado pela Constituição brasileira de 1988 no que tange às políticas culturais, a questão está longe de ser pacificada no contexto das disputas sociopolíticas quando se trata de discutir a legitimidade do poder público impor condicionamentos econômicos – limitação ao acesso dos recursos públicos – sob o argumento da decência e respeito em obras artísticas e culturalmente diversas a serem financiadas.

O presente artigo apresenta um recorte desses conflitos tomando como ponto de partida a disputa concreta em torno da política do áudio visual que, na realidade do Estado brasileiro, é organizada e subvencionada pela Agência Nacional do Cinema (ANCINE), agência reguladora e de fomento no setor, um dos atores do presente estudo de caso. Esta escolha está calcada na convicção de que o caso se apresenta como promissor a fornecer dados acerca do ingresso, no campo jurídico e político, das discussões tanto a respeito dos limites estatais à formulação das políticas públicas, quanto acerca das discussões sobre um certo padrão de moralidade na esfera pública.

Brevemente contextualizado o caso em estudo, em julho de 2019 manifestou-se o então Presidente da República Jair Messias Bolsonaro (2019-2022) sobre a necessidade de estabelecimento de “filtros” sobre determinados conteúdos e seu desacordo em relação ao financiamento de obras com temáticas LGBTQIA+. A partir disso, as disputas em torno do assunto culminaram na exoneração do então Secretário Especial de Cultura do Ministério da Cidadania e no ajuizamento da ADPF 614 no STF.

Para compreensão dos eventos é importante saber que no início de 2018 (antes da posse do referido chefe de Estado), a

ANCINE, o Fundo Setorial do Audiovisual (FSA) e o Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul (BRDE) lançaram em conjunto a Chamada Pública BRDE/FSA PRODAV – TVS PÚBLICAS – 2018, destinada à seleção de projetos independentes de obras audiovisuais para televisão nos segmentos comunitário, universitário, legislativo, radiodifusão pública e educativa. No ano seguinte (2019), com a posse do novo Presidente da República, de filiação ideológica declaradamente conservadora, medidas foram anunciadas publicamente que iriam de encontro ao prosseguimento do processo de seleção pública já em andamento. As medidas foram interpretadas por atores sociais que pleitearam o prosseguimento da seleção pública nos termos iniciais como tentativas de intervenção governamental na agência reguladora de cinema e, principalmente, tendo como objetivo suprimir determinados conteúdos artísticos ao lado de promover estéticas conservadoras.

O estudo de caso escolhido como emblemático de uma possível concretização de uma agenda ideológica conservadora – uma das mais precoces medidas adotadas desde a posse do governo conservador - no contrafluxo da pragmática pluralista que se percebe tendencialmente na esfera pública do país, busca fornecer subsídios empíricos para um problema de pesquisa mais amplo, qual seja, como e por que o fenômeno confirma ou não a existência de choques entre, de um lado, a liberdade de expressão artística e, do outro, a liberdade de conformação das políticas públicas e suas interfaces com direitos à não discriminação e da promoção da pluralidade de manifestações.

Avulta-se a relevância concreta na realização do estudo de caso diante da necessidade de se mapear estratégias, sobretudo aquelas menos evidentes, de controle sobre a liberdade de expressão. Como observa a pesquisadora coordenadora do Observatório de Comunicação, Liberdade de Expressão e Censura da USP, Cristina Costa (2018), ao utilizar o termo pós-censura para designar o fenômeno, há ainda necessidade de situar atuações estatais que, sob

diversos discursos, tais como de proteção ao erário, de proteção a certa moralidade pública ou de grupo vulneráveis (como a infância), têm como finalidade a asfixia de discursos divergentes mediante a negativa de financiamentos públicos. A questão que ingressa na seara jurídica e política é se, erigindo barreiras econômicas a manifestações culturais e artísticas, tais ações estatais poderiam ser enquadradas como afronta à pluralidade de expressões necessárias à construção e preservação da democracia¹.

O estudo de caso tem como objetivo principal avaliar o conteúdo da decisão governamental que pretendeu implementar o filtro anunciado sobre a política do audiovisual; e, como objetivos específicos, fornecer elementos para análise do papel dos atores do campo de poder jurídico das instituições brasileiras frente à atuação do campo de poder político por excelência em situações críticas. Em que medida a interseção entre esses dois campos de poder contribuíram para a (não) implementação do anunciado filtro ideológico, quais os resultados decorrentes do arranjo de forças interinstitucional, atuação do poder judiciário e possíveis paradigmas teóricos extraídos para a soluções de conflitos futuros.

Metodologicamente adota-se o modelo para estudos de caso preconizado por Tassigny, Freire, Nottingham e Karam (2016), através do qual a metodologia deve partir de questões preestabelecidas em concatenação com os objetivos inicialmente buscados, utilizando-se aqui de fontes bibliográficas e documentais

¹ Termos jurídicos de elevada margem de indeterminação são utilizados para fundamentar diversas formas de censura sobre a atividade artística, como chamam atenção Sarlet, Marinoni e Mitidiero: “Dentre as situações mais corriqueiras e que já geraram farta jurisprudência no Brasil e no exterior, incluindo a atuação dos Tribunais Internacionais, está a proibição de manifestações (publicações, filmes etc.) de cunho pornográfico e de manifestações culturais e artísticas consideradas ofensivas à moral, aos bons costumes e mesmo à dignidade da pessoa humana e direitos de personalidade de terceiros. (...) Ainda assim, o risco, por conta da abertura e polissemia da noção de dignidade da pessoa humana, de nela serem embutidas valorações de ordem moral, religiosa e ideológica nem sempre compartilhadas no âmbito do corpo social, por exemplo, quando se trata de distinguir o ‘lixo cultural’ da ‘verdadeira e saudável cultura’, não é insignificante, pois, pelo contrário, não raro se percebe, na prática jurisprudencial e mesmo na doutrina, uma hipertrofia da dignidade.” (2018, p. 534)

produzidas a partir das discussões em torno da Chamada Pública BRDE/FSA PRODAV – TVS PÚBLICAS – 2018 e ADPF 614 (STF). A opção metodológica pelo estudo de caso se dá pela necessidade de aproximação o quanto possível das particularidades do objeto, das disputas argumentativas desenvolvidas em seu percurso, dos possíveis caminhos teóricos apontados e das soluções institucionais adotadas, especialmente sob o enfoque crítico a partir do recorte das teorias das políticas públicas e destas em intersecção com o direito à liberdade de expressão para, com isso, contribuir para formulações genéricas que possam solucionar tensões semelhantes evidenciadas no direito brasileiro. Como e por que o fenômeno confirma ou não a existência de choques entre, de um lado, a liberdade de expressão artística e, do outro, a liberdade de conformação das políticas públicas, são as questões fundamentais a serem identificadas no caso concreto e quais os parâmetros metodológicos adotados para sua solução.

1 O FOMENTO DA POLÍTICA PÚBLICA DO AUDIOVISUAL NO BRASIL E DESAFIOS À EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O constante processo de evolução das relações sociais demanda permanente revisão do estudo acerca das formas de proteção à liberdade de expressão, haja vista novas possibilidades de agressão, muitas vezes de complexa identificação. A experiência democrática na atual quadra do século XXI vem descortinando diferentes disputas em torno do conteúdo dessa categoria jurídica, seja em razão da reivindicação de novos espaços na sociedade da informação, seja mediante a discussão a respeito dos limites legítimos ao exercício do direito. Múltiplos são os fundamentos para o direito à liberdade de expressão, tais como o fortalecimento da democracia, a importância do acesso ao livre mercado de ideias, o direito à informação verídica,

o livre desenvolvimento da individualidade, dentre outros (Magalhães, 2021, p.3).

Ademais, a proteção à livre manifestação do pensamento abrange uma multiplicidade de posições individuais e coletivas a serem garantidas pela coletividade política: a expressão do pensamento em geral ou qualificado por conhecimentos científicos, acadêmicos ou convicções das mais variadas naturezas, que devem abranger, inclusive, a artística. Neste sentido é que as disputas em torno da democracia resvalam, inexoravelmente, sobre as formas de exercício da liberdade de expressão artística e cultural que, por contingências socioeconômicas, subordinam-se tanto às regulações estatais como aos investimentos públicos.

A dependência é particularmente agravada em países onde não se identifica um mercado cultural economicamente incapaz de promover as mais diversas formas de manifestações de forma independente dos subsídios estatais. Por uma série de fatores que escapam as propostas analíticas deste estudo, o noticiário internacional vem registrando episódios que parecem apontar para um crescimento de medidas governamentais e de grupos econômicos, interpretadas como formas ilegítimas de intervenção sobre a livre expressão artística e cultural. Atuações que em alguns locais vão desde a atuação direta de órgãos censores, passando por estratégias de subfinanciamento de atividades, nomeações de tecnocratas inoperantes e, sem esgotar os exemplos, até mesmo restrições calcadas em alegações de combate ao terrorismo.

Neste sentido, a revista artística especializada Artland Magazine aponta para o cenário de intolerância que desponta no século XXI e vem desafiando artistas de todos os setores ao redor do mundo. Em alguns países, como Polônia, Hungria e Índia, o peso do nacionalismo e da religião, vem sendo apontado como decisivo para

prescrever os padrões morais das formas de arte subvencionadas. Mas ao lado disso, o mesmo periódico chama atenção para aplicação da lei antiterror contra artistas, como o caso da artista e jornalista turca Zehra Doğan, condenada a dois anos e 10 meses, por uma pintura que retrata uma cidade no sudeste do país de maioria curda que foi destruída em uma operação militar turca em 2015.” (Hencz, 2022)²

O atual estágio do pensamento jurídico acerca dos direitos fundamentais em geral alcançou um consenso razoável em reconhecê-los como dotados tanto de uma dimensão negativa

² Texto original: “Dominant forms of political narratives polarise us around the world and leave no mercy to theaters, novelists, museums and musicians who find themselves under attack for being critical of the government and governing ideologies. Forms of nationalism – or religious nationalism – have been used in Poland and Hungary, but also in India, where governments institutionalised religious bodies play a growing role in determining what is deemed appropriate in the public space. This tendency adds to the growing global trend of underfunding culture to make it vulnerable. The appointment of unprepared and unprofessional persons in key cultural positions has thus become a systemic issues. As the largest independent international organisation defending freedom of artistic expression *Freemuse* reports, the Turkish, Russian, and Chinese governments abuse counterterror laws against artists, who therefore face censorship, harassment, threats, or imprisonment, accused of being close to terrorist groups or because their artwork was interpreted as a threat to the nation. The case of Turkish artist and journalist Zehra Doğan sparked media attention from human rights advocacy groups and arts communities in 2017 when she was sentenced to two years and 10 months. She was jailed, together with her work as a journalist, for a painting depicting a town in the majority-Kurdish south-east of the country that was destroyed in a Turkish military operation in 2015. Ai Weiwei is an artist who today is known not only for his art and activism, but also his crusade against the Chinese government. Ai Weiwei uses his creative work as a vehicle to speak out against censorship, the gentrification of the art market, and to criticise China’s ruling government. In 2011 he was detained after police had searched his studio, confiscated computers, and questioned assistants. Shortly after his 81-day detention, followed by four years of de-facto house arrest, his studio in Shanghai was demolished. However, the demolition appeared to be a by product of Beijing’s latest urban development plans, even though it is still widely believed to be in retaliation for the artist’s criticism of the government. In 2014, days before the government-operated Power Station of Art in Shanghai was to stage an exhibition devoted to the winners of the Chinese Contemporary Art Award, officials in the city dropped his name from the artist list –removing his renowned work Sunflower Seeds from display— due to his outspoken criticism of systematic censorship.” (Hencz, 2022)

(enquanto direitos de liberdade³) como positiva (direitos a prestações fáticas e normativas a serem exercidas em face da organização política). Por outro lado, no que diz respeito ao enquadramento teórico do direito fundamental à liberdade de expressão artística e cultural, ainda é pequeno o esforço em densificar a sua dimensão positiva ou promocional, sobretudo no que diz respeito a uma exigibilidade em face do poder público que transborde a simples dimensão programática. A dimensão positiva concretizadora, contudo, é exatamente a mais sensível a ingerências econômicas e suscetível a intervenções, ostensivas ou veladas, pelas múltiplas formas de autoritarismo.

Em sociedades marcadas por profundas desigualdades, a liberdade de expressão artística tende a depender de políticas públicas estatais, esforços materiais e do cumprimento de onerosas prestações econômicas. A intensidade com que se é possível exigir o cumprimento das prestações positivas necessárias à efetivação dos direitos culturais e das formas de expressão artística está intimamente ligada ao pacto social sobre o qual está calcada determinada organização política. Sob um aspecto normativo-prescritivo, nos Estados organizados sob o constitucionalismo é a constituição a obra política que deve funcionar como parâmetro a partir do qual se devem tomar as *promessas* a serem cumpridas no campo das políticas públicas.

³ Cuida-se de categoria jurídica sintetizada da seguinte forma, remontando à fórmula kantiana: “Para a teoria de Kant — que podemos considerar como a conclusão dessa primeira fase da história dos direitos do homem, que culmina nas primeiras Declarações dos Direitos não mais enunciadas por filósofos, e portanto *sine imperio*, mas por detentores do poder de governo, e portanto *cum imperio* —, o homem natural tem um único direito, o direito de liberdade, entendida a liberdade como ‘independência em face de todo constrangimento imposto pela vontade de outro’, já que todos os demais direitos, incluído o direito à igualdade, estão compreendidos nele.” (Bobbio, 2004, p. 34)

As discussões em torno das diferentes filiações ideológicas em disputa pela direção da organização política, embora por vezes reivindicuem a legitimidade até mesmo para a realização de opções políticas que venham a contrastar radicalmente com o arcabouço constitucional do país, este deve funcionar como limite às tentativas de reduzir excessivamente o programa do legislador constituinte. A legitimidade de determinada política pública concebida pelo representante eleito, sob a ótica do constitucionalismo, dialoga necessariamente com a proibição de retrocessos, que longe de impor o imobilismo à sociedade, reclama uma permanente dialética entre a obra do constituinte e as atuais necessidades de equalização das oportunidades para sua realização. No particular do programa constitucional para as artes e cultura, defende Fonseca (2018, p. 261) que a Constituição brasileira adota a concepção de um “Estado de Cultura” constituído a partir da centralidade de um planejamento sistêmico, estrutural de financeiro, a fim de promover as mais diversas manifestações culturais⁴.

É importante ter em mente que o Brasil internalizou, por meio do Decreto n.º 6.177, de 1º de agosto de 2007, a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, de 20 de outubro de 2005, através da qual se elegeu a indústria cultural como um bem a ser protegido pelas nações, “recordando que a diversidade cultural, ao florescer em um ambiente de democracia, tolerância, justiça social e mútuo respeito entre povos e culturas, é indispensável para a paz e a segurança no plano local, nacional e internacional” (Brasil, 2007). No campo da promoção da política do audiovisual brasileiro, a respeito da qual o caso apresentado neste estudo apresenta suas implicações diretas, tem-se como marco regulatório a Lei Federal n. 8.685, de 20 de julho de 1993 (Lei do Audiovisual), que estrutura o setor a partir de incentivos fiscais. Em

⁴ Os dilemas do financiamento artístico, longe de ser uma atipicidade brasileira, esteve em discussão também na seara judicial dos Estados Unidos através do controverso precedente da Suprema Corte, *National Endowment for Arts (NEA) v. Finley*, 524 U.S. 569 (1998).

conjunto com a Lei Rouanet (Brasil, 1991), o Estado estimula a atuação de terceiros para que atuem em todas as etapas do processo de produção e distribuição das obras artísticas.

Segundo o modelo brasileiro, a ANCINE possui natureza jurídica de agência reguladora, embora o setor do audiovisual não possua as mesmas características de outros setores regulados, sobretudo pelo importante aspecto de não constituir um serviço público essencial. Se na época da sua criação em substituição da extinta EMBRAFILME salientou-se a preocupação de manter viva a indústria cinematográfica nacional, o amadurecimento do papel da agência vem revelando que suas práticas basicamente consistem em fiscalizar a denominada *cota de tela*, gerir a distribuição dos recursos públicos que propulsionam o setor (principalmente a Contribuição para a Indústria Cinematográfica Nacional, a CONDECINE), bem como catalisar os incentivos privados para as áreas identificadas como mais necessitadas de acordo com a avaliação do Conselho Superior do Cinema.

Em razão do papel do Conselho, como responsável pela escolha dos projetos destinatários dos recursos captados, é sensível o tema relativo aos critérios adotados para escolha dos seus membros. Como órgão colegiado, a pluralidade de matizes ideológicos dos seus componentes possui potencial aptidão para se refletir na pluralidade das manifestações culturais resultantes das suas decisões. Concatenando-se o princípio de que se deve garantir a pluralidade de visões de mundo no órgão colegiado ao dever do Estado brasileiro cumprir a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, uma possível composição monolítica do órgão acende o alerta para o risco de que o acesso aos recursos venha a ser condicionados ao atendimento a uma única determinada vertente ideológica ou política.

Um recente estudo realizado pelas pesquisadoras Câmara e Almeida (2022) sobre o recorte temporal em que o governo federal foi exercido pelo Presidente da República Jair Bolsonaro apurou uma série de atos concretos que levaram à extinção de trinta e cinco órgãos colegiados, o que aponta para um panorama de redução da pluralidade nas concepções das políticas públicas governamentais. Neste conjunto de medidas governamentais acerca dos órgãos colegiados, as alterações levadas a cabo no Conselho Superior do Cinema, que vieram a alterar a composição do órgão, compõem a lógica adotada pela gestão do governo federal de 2019 a 2022. Embora deva-se ponderar, por outro lado, se os órgãos colegiados atingidos durante a gestão vinham efetivamente contribuindo para a democratização e concretização de políticas públicas em suas áreas, as decisões que levaram às suas extinções e reformulações, segundo as autoras, teriam passado pela intenção de eliminar legados de governos passados⁵.

2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA DO AUDIOVISUAL E O CASO DA ADPF 614

Nesta seção busca-se expor e examinar as peculiaridades evidenciadas no caso estudado, que deverão subsidiar a abordagem analítica proposta por esta pesquisa. Em 13 de março de 2018 o Fundo Setorial do Audiovisual (FSA) havia lançado o edital⁶ para

⁵ Dentre as supressões de órgãos colegiados, a extinção daquele que se ocupa das decisões relativas ao Fundo Amazônia foi compreendida recentemente pelo STF como tendente a inviabilizar a política pública, o que levou à declaração de inconstitucionalidade por omissão no início de novembro de 2022 (BRASIL, 2022).

⁶ O documento de abertura da seleção pública examinado consiste no Edital de Chamada Pública de 13 de março de 2018, para seleção de propostas para investimento do Fundo Setorial do Audiovisual (FSA) em projetos de produção independente de obras audiovisuais brasileiras com destinação inicial ao campo público de televisão. **1 Chamada Pública BRDE/FSA – PRODAV – TVs Públicas – 2018**. Rio de Janeiro, RJ, 13 mar. 2018. p. 1-36. Disponível em: <https://www.brde.com.br/chamada-publica-brde-fsa-prodav-tvs-publicas-2018/>. Acesso em: 29 nov. 2022.

seleção de projetos que receberiam investimentos do fundo para produção independente de obras audiovisuais, destinadas a canais comunitários, universitários, legislativo e emissoras que exploram o serviço de radiodifusão pública e televisão educativa. O edital visava a executar política do PRODAV (Programa de Apoio ao Desenvolvimento do Audiovisual Brasileiro), programa que se encontra incluído nas ações legais para execução das verbas do FSA (Brasil, 2006). O investimento é oriundo do Fundo Setorial do Audiovisual (FSA), integrante do Fundo Nacional de Cultura (FNC), mantido por receitas de variadas origens, inclusive pela Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional (CONDECINE).

De acordo com o edital, os projetos apresentados deveriam se adequar a um dos seguintes quatorze blocos: livre, ficção-profissão, ficção-histórica, sociedade e meio-ambiente, raça e religião, diversidade de gênero, sexualidade, biográfico, manifestações culturais, qualidade de vida, jovem, documentário infantil, animação infantil, animação infanto-juvenil. Cada um desses blocos ainda se subdividiam em descrições temáticas. Por exemplo, o bloco 4 (sociedade e meio ambiente) compreendia as seguintes subdivisões temáticas: (I) série que explora questões ambientais, (II) série que trata da emigração de brasileiros e (III) série que aborda questões de fronteira no Brasil.

As polêmicas que viriam a ocorrer em torno das manifestações públicas e medidas tomadas pelo Presidente da República que tomaria posse no ano seguinte (2019), deram-se em torno do bloco 6 e 7 da seleção pública, que tinham como subtemas, respectivamente, projetos relativos a questões de diversidade de gênero e sexualidade.

A discussão de mercado teor ideológico se deu a partir da divulgação do Resultado Preliminar da chamada pública em 19 de março de 2019, pela Empresa Brasil de Comunicação (EBC),

vinculada ao Ministério das Comunicações e encarregada de recebimento dos projetos. Neste momento da divulgação a administração pública federal já estava sob o governo do Presidente eleito Jair Messias Bolsonaro, que desde a sua candidatura defendia um radical discurso de que a educação inclusiva estaria provocando uma *esquerdização* dos jovens⁷, sexualização precoce dos indivíduos e estimulando orientações sexuais diversas de uma normatividade que defende a identificação de indivíduos com o seu sexo biológico.

O mesmo Presidente da República, enquanto candidato, defendia ao menos ostensivamente em seus discursos, um *ethos* de construção das decisões políticas essencialmente majoritário, de que “As minorias têm que se curvar para as maiorias” (FRASES..., 2018). Esta conjuntura já apontava para o surgimento de tensões, haja vista que não apenas no setor do audiovisual mas em diversas atividades artísticas a regulação legal – já explorada na seção anterior – prevê a captação de recursos públicos para obras artísticas sem qualquer restrição para temáticas identitárias (politicamente minoritárias). Ademais, tendo sido o edital em questão lançado durante o governo do Presidente Michel Temer (2016 a 2018), este um liberal cuja agenda política era construída menos com base no conservadorismo moral e mais nas reformas econômicas neoliberais, a divulgação do resultado da seleção pública já no início de 2019 seria uma oportunidade para que o novo mandatário pudesse estabelecer simbolicamente o discurso antagônico que marcasse a diferença em relação aos governos anteriores.

No curso da seleção, dos 609 projetos apresentados na chamada pública foram preliminarmente classificados uma totalidade de 289 projetos, divididos em todas as regiões do país (Norte, Nordeste, Centro-Oeste, Sudeste e Sul). Consideradas todas as regiões, os blocos 6 (diversidade de gênero) e 7 (sexualidade),

⁷ A esse respeito vêm sendo produzidos estudos sobre as conexões entre o bolsonarismo e o movimento denominado “escola sem partido”, como observam Fernandes e Ferreira (2021).

corresponderam a uma totalidade de apenas 19 projetos, cujos títulos foram os seguintes: Visto para Amar, Transversais, Além do Que se Vê, Retrato Íntimo, O Sexo Reverso, Uma Outra Liberdade, Transmutação, Desobediência de Gênero, Afronte, Destemperadas, Tem Saída?, Reconstruindo Lares, ABC do Sexo, Religare Queer, Corpo a Corpo, Homo Mundi, Violadas e Segregadas, Retratos & Revelações e Vinde Vênus. Os títulos das obras possuem fundamental importância na construção do discurso do então Presidente da República, uma vez que a sua avaliação de despreço aos projetos teve como fundamento apenas esses dados e algumas sinopses.

Chama-se atenção para o fato de que, em um comparativo com o número total de projetos preliminarmente classificados (289), o número daqueles que integraram os blocos 6 e 7 (diversidade de gênero e sexualidade) correspondeu a uma parcela relativamente ínfima, de apenas 6,57% da totalidade.

Apesar desse pequeno percentual de projetos relativos aos blocos 6 (diversidade de gênero) e 7 (sexualidade), seguiram-se nos meses seguintes manifestações públicas do Presidente da República expressando inconformismo com as temáticas selecionadas nestes blocos. A sua manifestação, ao invés de utilização dos canais oficiais de comunicação da Presidência da República, veio através da sua página mantida na rede social *Facebook*, em de *live* realizada em 15 de agosto de 2019, onde demonstrou sua mais forte insatisfação. Naquele momento, o maior engajamento em redes sociais ocorria por meio daquelas plataformas, sendo ponderável portanto que ali encontraria possivelmente maior aprovação das medidas políticas anunciadas. Na aparição, expressou-se claramente contra os projetos aprovados nos blocos 6 e 7 da chamada pública, especialmente os títulos mais sugestivos: Transversais, Sexo Reverso, Afronte e Religare Queer⁸.

⁸ Transcreve-se a seguir a manifestação oral do Presidente da República em sua rede social no dia 15 de agosto de 2019, com dois propósitos: o primeiro é

Cinco dias depois da manifestação na rede social veio a público a decisão oficial do Ministério da Cidadania de suspender o chamamento público – cujo resultado preliminar havia sido publicado - por cento e oitenta dias. No ato de suspensão do certame, houve determinação para que os critérios e diretrizes para aplicação dos recursos do fundo FSA fossem *revisados*, “bem como que sejam avaliados os critérios de apresentação de propostas de projetos, os parâmetros de julgamento e os limites de valor de apoio para cada linha de ação” (Brasil, 2019).

documentar os antecedentes das tensões jurídico-políticas relacionadas ao caso estudado e o segundo objetivo é o de preservar o quanto foi documentado de forma oral, através de *live* do *Facebook*. Assim foram as principais falas do presidente da república Jair Bolsonaro, retiradas da gravação audiovisual: “Você pode ver, nós temos que ter preocupação com tudo. Eu tava criticando a ANCINE há pouco tempo sobre o filme da Bruna Surfistinha. Deram pancada em mim falando que eu tava censurando. Não censurei nada, quem quiser pagar, né, a iniciativa privada, fazer o dinheiro da Bruna Surfistinha, fique à vontade, não vamo interferir nisso aí. Agora, detalhe, fomos garimpar na ANCINE filmes que estavam já pronto pra ser captado recurso no mercado. Olha o nome de alguns, são dezenas, alguns, o nome e o tema. Já que você falou em Ceará, com todo respeito ao Ceará aí. Um filme aqui chama-se ‘Transversais’. Olha o tema: ‘sonhos e realizações de cinco pessoas transgêneros que moram no Ceará’. Depois cê explica esse boneco aqui, tá? Eu vim com esse boneco. Então o filme é esse daqui. Conseguimos abortar essa missão aqui. Outro filme aqui ‘Sexo Reverso’. Bárbara é questionada pelos índios sobre sexo grupal, sexo oral, sobre certas posições sexuais. É o enredo do filme. Com o dinheiro público? E outra, geralmente, esses filmes não têm audiência, não têm plateia. Tem meia dúzia ali. Agora, o dinheiro é gasto, são milhões de reais que são gastos com esse tipo de tema aqui. (...) A vida particular de quem quer que seja, ninguém tem nada a ver com isso. Mas fazer um filme, ‘Afronte’, sobre negros homossexuais do DF, confesso que não dá pra entender. Então mais um filme aí que foi pro saco aí. Se a ANCINE não tivesse, a sua cabeça toda, mandato, já tinha degolado todo mundo. Mais um filme aqui, esse aqui é pra cair pra trás. (...) O nome é, eu não sei pronunciar aqui, é ‘Religare queer’, ‘Religare queer’. O filme é sobre uma ex-freira lésbica, ok? E daí, então, vários episódios, são 10 episódios, eu não vou falar todos não, tá? É... tem a ver com religiões tradicionalmente homofóbicas e transfóbicas. Tudo tem a ver, sexualidade LGBT com evangélicos, católicos, espíritas, testemunhas de Jeová, umbanda, budismo, candomblé, judaísmo, islamismo e santo daime. Bem, confesso que não entendi porque gastar dinheiro público com um filme desse. O que que vai agregar no tocante à nossa cultura, às nossas tradições, no Brasil. Não tô perseguindo ninguém, cada um faça o que bem entender no seu corpo pra ser feliz. Agora gastar dinheiro público pra fazer esse tipo de filme. (...) Ô, Enzo, esses filmes aí o dinheiro privado não ia investir, porque não tem plateia, não tem audiência. Dizem pra mim aqui que filmes anteriores, desde o governo lá de Lula, Dilma, etc, não têm plateia, têm meia dúzia. Não tem bilheteria, o termo certo é esse, não tem bilheteria pra fazer isso aí. Então é dinheiro jogado fora, além de divulgar(...)” BOLSONARO, Jair Messias. **Live de quinta-feira com o Presidente (15/08/2019). Assista as realizações da semana do Governo Bolsonaro.**: link no youtube: Facebook, 15 ago. 2019. Facebook: Jair Messias Bolsonaro. Disponível em: <https://www.facebook.com/jairmessias.bolsonaro/videos/381579675743149/>. Acesso em: 29 nov. 2022.

A suspensão do chamamento público e a determinação para a modificação em suas regras foram objeto da Portaria do Ministério da Cidadania de n.º 1.576, publicada em 21 de agosto de 2019, que também fundamentava a necessidade de suspensão no Decreto Federal n.º 9.919, publicado no mês anterior (em 18 de julho de 2019), apresentando mudanças na estrutura e organização do Conselho Superior do Cinema, que passava para a estrutura da Casa Civil, órgão vinculado diretamente à Presidência da República, não mais integrando então o Ministério da Cidadania; e, pela mesma regulamentação, o Conselho Superior de Cinema passou a abrigar um número menor de conselheiros.

Dias depois o partido político Rede Sustentabilidade, com representação no Congresso Nacional brasileiro, ingressou com ação judicial no Supremo Tribunal Federal, onde pediu a cassação dos referidos decreto e portaria que serviram de base à suspensão do certame. Dentre seus pleitos estavam, ainda, uma contraposição à modificação que se dera no quadro de membros do conselho superior. O instrumento processual utilizado pelo partido foi a modalidade de ação judicial de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, que no direito brasileiro tem por finalidade, dentre outras, o de controle de constitucionalidade de atos infralegais que ofendam a regras constitucionais definidas como preceitos fundamentais.

No direito constitucional do país, a caracterização daquilo que consiste em preceito fundamental de *status* constitucional não encontra definição legal precisa, dependendo quase sempre de um forte exercício argumentativo construído no campo judicial a fim de convencer os membros da mais alta corte a respeito da real ofensa à regra constitucional, observando-se no instituto da ADPF uma função claramente subsidiária em relação às demais ações de

controle de constitucionalidade. Ao longo da história constitucional brasileira foi observado que muitas medidas governamentais escapavam ao controle concentrado por meio das demais ações judiciais disponíveis, de modo que através de uma legislação superveniente à constituição (Brasil, 1999) os contornos dessa modalidade de ação foram traçados, complementados pela evolução jurisprudencial da suprema corte brasileira.

A ADPF apresentada ao Supremo Tribunal Federal pelo partido REDE recebeu o número de ADPF 614 e os argumentos para anulação das medidas governamentais sobre a política do audiovisual seguem sintetizados na tabela seguinte.

	ARGUMENTOS CONTIDOS NA PETIÇÃO INICIAL DA ADPF 614
1	São citadas as críticas públicas do Presidente da República Jair Messias Bolsonaro à lei brasileira que permite a captação e aplicação de recursos para o setor cultural (Lei Federal n.º 8.313, de 1991, conhecida por Lei Rouanet), assim como a opinião de especialistas na área de cultura em defesa da lei. Estes ressaltam a necessidade de recursos para formação de talentos, criação de público.
2	Cita a manifestação pública do Presidente da República de julho de 2019, quando afirmou a sua intenção de criar um <i>filtro</i> para os investimentos ou, do contrário, deveria extinguir a agência de fomento ao cinema brasileiro.
3	A ação defende que o estabelecimento de <i>filtros morais ou ideológicos</i> não se coaduna com um estado democrático moderno, devendo o acesso às verbas manter-se pautado em critérios técnicos: currículo do diretor, proposta de desenvolvimento e inovação e capilaridade dos roteiros.

4	A medida governamental que reorganizou o Conselho Nacional de Cinema (CNC) e o transferiu para Brasília diminuiu a representação de cineastas e da sociedade civil.
5	O edital suspenso pelo governo federal previa seleção de projetos por critérios técnicos e não ideológicos: avaliação do projeto apresentado, sinopse, visão do diretor e roteiro, com peso de 60%; experiência e desempenho pregresso do(a) diretor(a), com peso de 20%; e capacidade gerencial da produtora, com peso de 20%.
6	Narra que o próprio secretário especial de cultura do Ministério da Cidadania discordou da visão governamental e deixou o cargo após a suspensão do chamamento público.
7	O ato governamental ofendeu preceitos fundamentais de liberdade de expressão e outros inerentes ao Sistema Nacional de Cultura: diversidade das expressões culturais, transversalidade das políticas culturais, democratização dos processos decisórios e descentralização articulada e pactuada da gestão.
8	A ADPF seria cabível por inexistir outro meio capaz de defender os preceitos fundamentais em questão (argumento da subsidiariedade).
9	A liberdade de expressão artística e cultural estaria sendo ofendida pela ampliação da representação governamental no conselho para decidir a destinação dos investimentos do Fundo Setorial do Audiovisual, sendo esta na prática a implementação do <i>filtro</i> anunciado pelo Presidente da República.
10	A criação de um <i>filtro</i> sobre conteúdo seria uma espécie de censura a projetos de audiovisual, especialmente de temática LGBTQIA+. Uma escolha por investir em projetos classificados pelo governo como <i>mais úteis</i> e de <i>maior audiência</i> seria igualmente uma censura inconstitucional.

11	Cita o caso Granier e outros v. Venezuela, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.
1 2	A redução na participação de cidadãos no conselho responsável pela política do audiovisual, diminui a democracia nos processos decisórios.
1 3	A medida governamental não realiza os princípios da diversidade e transversalidade das expressões culturais, podando a liberdade de expressão de dez por cento da população brasileira que se autodeclararam LGBT em 2017.
1 4	A liberdade de expressão tem posição preferencial, atraindo o ônus argumentativo a qualquer um que deseje afastá-la.
1 5	Em precedente do STF (ADI n.º 4815/DF) a liberdade de expressão foi tomada como essencial para tutela do princípio democrático e da dignidade da pessoa humana.
1 6	Os critérios de seleção das obras devem ser técnicos e objetivos, estando sujeitas a críticas posteriores, sendo importante que as obras artísticas deem voz a indivíduos sujeitos a realidades diversas.
17	Ressalta os efeitos negativos da censura sobre o livre pensamento, introduzindo nos indivíduos o medo de não ser bem acolhido no grupo social, favorecendo a desinformação, diminuindo a representação das minorias, incitando o ódio.
1 8	Afirma que a medida governamental poderá tirar o país do mapa do audiovisual.
1 9	A medida governamental sobre chamamento público já em andamento teve impactos negativos no mercado, com oposição expressa de associações, sindicatos e grupos profissionais.
2 0	A medida governamental arrefece a inclusão LGBTQIA+, uma vez que as produções culturais favorecem a alteridade e aceitação das diferenças.

2	Considerando que os projetos participantes do chamamento público já se encontravam em andamento, dispêndios haviam sido feitos pelos interessados.
---	--

A ADPF foi despachada em 11 de setembro de 2019 pela Ministra do Supremo Tribunal Federal Cármen Lúcia requisitando informações ao Presidente da República, Ministro da Cidadania, Advocacia Geral da União e Procuradoria Geral da República. Em 30 de setembro de 2019, designou audiência pública de especialistas, representantes do poder público e da sociedade civil.

O Ministro da Cidadania apresentou informações elaboradas pelo Advogado da União em 02 de outubro de 2019, defendendo os atos governamentais que suspenderam o chamamento público e seus argumentos estão sintetizados no quadro abaixo.

	ARGUMENTOS QUE FORAM APRESENTADOS PELO MINISTÉRIO DA CIDADANIA E ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO
1	Visando à diminuição de gastos, o decreto governamental apenas fez retornar o Conselho Superior de Cinema para a estrutura da Casa Civil, do qual já fez parte um dia.
2	A simples reorganização administrativa não pode ser compreendida como tentativa de imposição de censura.
3	A reorganização administrativa insere-se no campo dos atos discricionários, cujo erro ou acerto é controlável politicamente e não judicialmente.
4	Afirmou que não há nos autos prova de tentativa de controle ideológico, o que não pode ser verificado aprioristicamente.
5	A redução do número de membros do Conselho Superior do Cinema não ofenderia o conceito de cidadania constitucional.

6	Defendeu que o ato governamental se caracterizaria como decreto autônomo, não podendo ser objeto de ADPF mas de ADI.
7	Reconheceu a importância dos direitos culturais para a democracia, mas os limites das prestações devidas pelo poder público estão sujeitos à avaliação do Poder Executivo. Defende que o novo governo foi eleito para realizar política conservadora, representando a maioria dos eleitores e, portanto, não cabendo à ADPF exercer controle sobre essa opção política.
8	Defende que o pronunciamento do Presidente da República em rede social é expressão de um pensamento conservador existente na sociedade, podendo ser questionada a escolha das palavras, mas não deslegitima a sua opção de rever o fomento das atividades culturais.
9	Afirmou que a Secretaria do Audiovisual editou a Nota Técnica n. 3/2019, com diversos motivos para a suspensão do edital, o que justificaria a escolha técnica: autotutela da administração pública, inexistência de direito adquirido e a existência de um inquérito civil em tramitação apurando possíveis irregularidades cometidas pela ANCINE e EBC no uso de recursos públicos financiados pelo FSA decorrente do edital em questão.
10	O próprio edital trouxe previsão de revogação da chamada pública.

Há nos autos outras manifestações da Advocacia Geral da União, respectivamente apresentadas em 11 e 25 de outubro de 2019, bem como do Ministro da Cidadania, datada de 23 de outubro de 2019, mas ambas não apresentam acréscimos substanciais em relação aos argumentos que foram explorados na manifestação do

mesmo órgão de representação judicial federal, sintetizada no quadro anterior.

A Procuradoria Geral da República, órgão da mais alta hierarquia do Ministério Público no âmbito federal, apresentou manifestação em 30 de julho de 2020, afirmando a posição do governo federal e, portanto, contrariamente à aceitação da ADPF por entender que a medida judicial não seria cabível para discutir a validade de portaria e decreto autônomo que reorganiza a administração pública federal.

Em 26 de novembro de 2020 a Advocacia Geral da União apresentou nova manifestação nos autos, desta vez informando que foram revogados os atos regulamentares que haviam motivado a impetração da ADPF. Na prática, o governo federal retrocedeu em relação às medidas adotadas em 2019 e, com isso, desapareceram as razões formais para o prosseguimento da ação. Também uma decisão proferida pela justiça federal do Rio de Janeiro havia determinado a retomada do chamamento público⁹.

Diante dessa última manifestação, em 16 de dezembro de 2020 o Supremo Tribunal Federal reconheceu a revogação e o exaurimento dos efeitos dos atos governamentais impugnados e, por isso, a perda do objeto da ADPF 614. O processo, portanto, teve desfecho rápido e, embora um processo judicial seja o *locus* por excelência dos atores do *campo jurídico*, o que foi decisivo para sua conclusão rápida foi a abertura em seu interior para a atuação *política*, o que evidencia uma tendência à interação, cada vez mais institucionalizada, entre esses dois campos de poder nos processos judiciais mais rumorosos no Brasil. Através dessa abertura, a pressão política exercida principalmente pela classe artística foi canalizada para o interior do processo judicial por uma série de manifestações formais, inclusive em audiência pública da qual participou uma

⁹ Processo nº 5067900-76.2019.4.02.5101, que tramitou na Justiça Federal do Rio de Janeiro.

quantidade expressiva de trabalhadores da indústria cultural (Caetano Veloso, Dira Paes, Caio Blat, Gregório Duvalier, dentre outros), todos eles chamando atenção para os riscos de censura pelas medidas governamentais adotadas (STF, 2019).

O resultado do tensionamento neste caso específico parece ter levado a uma flexão do governo, mas é preciso situar o episódio como anterior aos embates que viriam a ser travados mais diretamente entre o governo Jair Messias Bolsonaro e o Supremo Tribunal Federal somente após a crise sanitária do coronavírus que viria a atingir o Brasil em março de 2020. O momento posterior passará a ser marcado, no discurso da extrema direita brasileira, por uma disputa em torno dos significados do conceito jurídico-político de *liberdade* em vários aspectos mas principalmente comerciais e de expressão. A seção seguinte será dedicada *menos* à análise das interpretações jurídicas para a liberdade de expressão sustentadas pelos segmentos conservadores que contribuíram para a eleição de Jair Messias Bolsonaro (de 2019 a 2022), e *mais* ao enquadramento da atuação concreta dos ocupantes de posições privilegiadas na estrutura que exercem o denominado *poder jurídico burocrático* perante o difícil dilema (o *hard case*) entre, de um lado, a implementação da agenda conservadora e, do outro, as demandas por autonomia dos atores culturais, também detentores de um certo *poder simbólico*.

Processo nº 5067900-76.2019.4.02.5101, que tramitou na Justiça Federal do Rio de Janeiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No estudo de caso realizado, mesmo não tendo o poder judiciário proferido um entendimento definitivo sobre a disputa entre, de um lado, a intenção do governo federal conformar a política pública ao seu perfil conservador e, do outro, a promoção da liberdade de expressão em favor de certa visão de mundo dissonante da ideologia governamental, resultado do processo - retrocesso do

governo federal e revogação dos atos impugnados - foi igualmente significativo. É certo que o desfecho dado privou a sociedade de conhecer a posição institucional da corte constitucional do país a respeito de um dos temas caros ao conservadorismo político – a compreensão acerca da liberdade de expressão - cujas disputas em torno do seu campo semântico permanecem em pleno curso mesmo alguns anos após a disputa objeto deste artigo: no ano de 2024, por exemplo, um importante capítulo do debate permanece em aberto, que consiste na disputa para o cumprimento de ordens judiciais pelo X (antiga rede social *Twitter*), envolvendo diretamente o seu proprietário Elon Musk, ao anunciar que deixaria de cumprir as decisões do STF que determinassem suspensões de contas individuais acusadas de violar os limites da liberdade de expressão, ainda que tenha que interromper seu funcionamento no Brasil (Porto, 2024).

É de imaginar que a grande complexidade do caso tratado na ADPF 614, que envolvia não apenas uma questão de liberdade de expressão em sua forma direta, mas qualificada pela questão dos limites governamentais admissíveis ao eleito para moldar as políticas públicas segundo sua visão ideológica, teria poucas chances de encontrar uma solução judiciária definitiva naqueles primeiros meses do governo do Presidente Jair Messias Bolsonaro. De modo geral, um cenário de acirrada polarização política permite poucas inflexões e dificuldade de estabilização de consensos sobre temas de irreduzível disputa conceitual e pragmática. É de se imaginar que as questões mais complexas em torno da liberdade de expressão, tema que tangencia vários dilemas ainda não resolvidas pelos campos político e jurídico brasileiros (regulação de internet, regulação de mídia, limites ao conteúdo do proselitismo político, *fake news*, dentre outras), assim persistam por algum tempo. Deste modo o presente artigo evita a pretensão – mesmo ciente da sua elevada importância -, de

desenvolver uma solução normativa, não porque essa seria impossível mas pela deliberada opção de enfatizar que *a ideia* não existe desvinculada dos atores políticos e, assim, limita-se a demarcar a atuação concreta daqueles no *campo jurídico* frente a tema de elevado interesse para o conservadorismo político, crente de que a abordagem possa contribuir para a compreensão da pragmática dos atores envolvidos.

O órgão encarregado da última palavra em matéria jurídica no país furtou-se (por razões processuais ou pela conveniência do momento em que o debate se instaurou) de proferir uma decisão de mérito, o que, contudo, não elimina as contribuições possíveis de um estudo da trama que envolve o caso. No que diz respeito à atuação do governo de 2019 na implementação da política pública do audiovisual, é possível extrair com bastante margem de segurança que houve atuação específica motivada pela intenção de impedir que projetos ligados a temáticas sexualidade e diversidade de gêneros. Sob este aspecto identifica-se o empoderamento de determinada ala do conservadorismo político brasileiro que, já naquele momento, reivindicava uma pragmática que ultrapassasse o simples debate de ideias, conforme se viu, adotando o corte concreto de subsídios a determinadas visões de mundo extremamente dependes de recursos materiais, como é o cinema brasileiro que decide trilhar uma via menos atrativa a investidores privados. Esta versão pragmática do conservadorismo político encontra-se mobilizada em vários níveis, tendo adotado a mesma lógica de atuação (o desinvestimento público) em momento posterior, quando em 2024 logrou proibir em três estados brasileiros que escolas públicas continuassem a adotar a obra literária *O Averso da Pele*, do escritor Jeferson Tenório, que aborda conflitos identitários (Santos, 2024).

É possível dizer que houve, de fato, tentativa de imposição de um *filtro* ideológico sobre a produção artística pelo poder executivo e, através da atuação de agentes jurídicos ocupantes de cargos de elevada hierarquia no campo jurídico brasileiro, verifica-se que esta

possibilidade de filtragem foi fortemente defendida, o que revela neste momento a permeabilidade com o campo político, a despeito da tradicional reivindicação de diferenciação entre esses campos apregoada pela ciência do direito. Uma interpretação mais simples, por outro lado, seria de que os atores jurídicos, ainda que integrantes de setores profissionais e autônomos, tendem a adotar posturas de funcionais de defensores *tout court* das decisões governamentais; hipótese carente de estudos empíricos rigorosos mas de alta plausibilidade em razão da frequência de casos em que isso ocorre.

As temáticas objeto da tentativa de *filtragem* haviam sido abertas para obtenção de recursos no edital publicado em 2018, ainda sob a presidência de Michel Temer (2016 a 2018). A oposição ao financiamento manifestada pelo presidente seguinte, Jair Messias Bolsonaro (2019 a 2022), ocorreu em 15 de agosto de 2019, levando à suspensão do chamamento público – cujo resultado preliminar havia sido publicado - por cento e oitenta dias depois. A cronologia já exposta neste artigo não permite concluir que a decisão governamental tenha sido detidamente estudada e a suspensão tenha sido planejada. A brevidade dos atos aponta para uma reação rápida do conservadorismo radical pragmático. A pesquisa sobre uma quantidade mais expressiva de casos, poderá lançar mais luzes sobre o *ethos* de construção majoritária da ala política do então presidente da república. Há estudos que já agregam as atuações individuais do mesmo presidente da república como parte de um conjunto de medidas no contexto do processo de *erosão democrática* do Estado brasileiro (Câmara; Almeida, 2022).

No que diz respeito à atuação institucional dos diferentes órgãos envolvidos na discussão do caso, verificou-se atuação efetiva e funcionamento dos instrumentos institucionais disponíveis na ordem democrática naquele momento (partido político, corte constitucional, convocação de audiências públicas), tendo sido decisivo para o

resultado a abertura política que permitem os processos judiciais que tramitam no STF (audiências públicas e *amicus curiae*), apontando assim para o satisfatório funcionamento, em 2019, das instâncias constitucionalmente concebidas como guardiãs da democracia.

Uma ressalva se faz ao funcionamento da Procuradoria Geral da República naquela situação, à época sob a direção de Augusto Aras (2019-2023), perfilado muitas vezes no jogo político como ator excessivamente alinhado ao então presidente Jair Messias Bolsonaro (Coutinho, 2023). A manifestação do órgão no caso parece haver adotado posição conservadora e reverente ao poder executivo, evitando abordar os aspectos centrais da discussão. Na situação, observou-se que a manifestação do agente público se limitou a afirmar uma defesa formal do ato do Poder Executivo e o não cabimento da ADPF por motivos processuais, ignorando que a ação possuía também pedido subsidiário de que fosse processada por outra via adequada, caso se verificasse óbice pelo processamento da via principal. Eximiu-se o órgão de ingressar na discussão quanto à função da política pública para o fortalecimento da democracia.

Para além disso, a despeito da sofisticada postulação articulada pelo partido político proponente relativa à reivindicação de um espaço de formulação plural de políticas públicas imunes à *filtragem* por parte do poder executivo, as defesas articuladas pela advocacia pública mantiveram-se de modo geral na tradicional reivindicação de um espaço de discricionariedade imune ao controle judicial. A maior ênfase para tal argumento esteve na primeira manifestação da Advocacia Geral da União, onde adotou uma radical concepção política de liberdade para a adoção da agenda pelo vencedor da eleição: em seu entender, o governo eleito é livre para realizar sua pauta conservadora, sem ponderações quanto a limites à implementação e revisão de políticas públicas.

Chama-se atenção para o fato de que, no caso concreto, passou ao largo dos operadores a baixa representatividade dos projetos nas temáticas sexualidade e diversidade de gênero pré-aprovados (menos

de dez por cento) na chamada pública, de modo que a reivindicação do governo federal conservador no caso concreto passava por reduzir a zero o financiamento a obras com os conteúdos objeto da pretendida *filtragem*, virtualidade a ser estudada em trabalhos posteriores sob a perspectiva normativa do compromisso democrático com a pluralidade.

Aponta-se para a necessidade de outras investigações a respeito de medidas administrativas concretas lançadas pelas vertentes conservadoras políticas que vêm ascendendo na arena política brasileira, a fim de conhecer as possíveis determinações contidas no discurso que, no caso concreto, foi articulado pelo então Presidente da República em 2019, qual seja, o discurso de uma necessária *filtragem* de conteúdo sobre a produção cultural subsidiada. O conhecimento através de pesquisas mais amplas sobre as raízes e potencialidades desse discurso poderá subsidiar teorizações para o fortalecimento de controles democráticos das políticas públicas. Sobretudo porque, como se verificou no caso concreto, o arbitramento de conflitos dessa natureza pelo poder judiciário revela-se em larga medida insuficiente para a realização integral do projeto constitucional, uma vez que costumam ficar restritas às reivindicações de espaços de discricionariedade contra a intervenção da autoridade judicial.

Data de Submissão: 01/03/2023

Data de Aprovação: 14/11/2024

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo e Profa. Dra. Hirdan Katarina de Medeiros Costa

Assistentes Editoriais: Damião Benilson Gomes de Melo e Lucas Aquino

REFERÊNCIAS

BOLSONARO, Jair Messias. **Live de quinta-feira com o Presidente (15/08/2019). Assista as realizações da semana do Governo Bolsonaro:** link no youtube. Facebook, 15 ago. 2019. Facebook: Jair Messias Bolsonaro. Disponível em: <https://www.facebook.com/jairmessias.bolsonaro/videos/381579675743149/>. Acesso em: 29 nov. 2022.

BRANT, Danielle. Bolsonaro quer evangélico que recite versículos bíblicos na Ancine. **Folha de São Paulo.** São Paulo, p. 1-2. 31 ago. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2019/08/bolsonaro-quer-evangelico-que-recite-versiculos-biblicos-na-ancine.shtml>. Acesso em: 4 dez. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 6177, de 1 de agosto de 2007.** Promulga a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, assinada em Paris, em 20 de outubro de 2005. Brasília, DF, 2 ago. 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6177.htm. Acesso em: 2 dez. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 9919, de 18 de julho de 2019.** Transfere o Conselho Superior do Cinema para a Casa Civil da Presidência da República e altera o Decreto nº 4.858, de 13 de outubro de 2003, que dispõe sobre a composição e o funcionamento do Conselho Superior do Cinema. Decreto. Brasília, DF, 19 jul. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9919.htm. Acesso em: 29 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8313, de 23 de dezembro de 1991.** Restabelece princípios da Lei nº 7.505, de 2 de julho de 1986, institui o Programa Nacional de Apoio à Cultura (Pronac) e dá outras providências. Brasília, DF, 23 dez. 1991. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8313cons.htm. Acesso em: 2 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8685, de 20 de julho de 1993.** Cria mecanismos de fomento à atividade audiovisual e dá outras providências. Brasília, DF, 21 jul. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8685.htm. Acesso em: 02 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9882, de 3 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília, DF, 6 dez. 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm. Acesso em: 24 abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 11437, de 28 de dezembro de 2006**. Altera a destinação de receitas decorrentes da Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional -CONDECINE, criada pela Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, visando ao financiamento de programas e projetos voltados para o desenvolvimento das atividades audiovisuais; altera a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e a Lei nº 8.685, de 20 de julho de 1993, prorrogando e instituindo mecanismos de fomento à atividade audiovisual; e dá outras providências.

BRASIL. **Edital de Chamada Pública, de 13 de março de 2018**. Seleção de propostas para investimento do Fundo Setorial do Audiovisual (FSA) em projetos de produção independente de obras audiovisuais brasileiras com destinação inicial ao campo público de televisão. 1 Chamada Pública BRDE/FSA – PRODAV – TVs Públicas – 2018. Rio de Janeiro, RJ, 13 mar. 2018. p. 1-36. Disponível em: <https://www.brde.com.br/chamada-publica-brde-fsa-prodav-tvs-publicas-2018/>. Acesso em: 29 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão em ADO nº 59**. Requerente: Partido Socialista Brasileiro. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília, 10 nov. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5930766>. Acesso em: 4 nov. 2022.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Lisboa-Rio de Janeiro: Difel-Bertrand Brasil, 1989. Tradução de Fernando Tomaz.

CÂMARA, Heloisa Fernandes; ALMEIDA, Ana Paula Cardoso. Estratégias de erosão constitucional no Brasil: bolsonarismo e a desconstituição por meios legais e administrativos. **Revista Direito e Práxis**: Ahead of print, Rio de Janeiro, p. 1-31, 2022. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/66510>. Acesso em: 4 dez. 2022.

COSTA, Maria Cristina Castilho. Pós-censura – enquanto discutir for permitido. **Pós-tudo e crise da democracia**. Organizadores: COSTA, Maria Cristina Castilho; BLANCO, Patrícia. São Paulo, ECA-USP, 2018, pp. 8-15.

COUTINHO, Mateus. Após quatro anos, Augusto Aras deixa PGR marcado pela omissão em relação à gestão Bolsonaro. **Brasil de Fato: Uma visão**

popular do Brasil e do mundo. Brasília, p. 1-1. 26 set. 2023. Disponível em:

<https://www.brasildefato.com.br/2023/09/26/apos-quatro-anos-augusto-aras-deixa-pgr-marcado-pela-omissao-em-relacao-a-gestao-bolsonaro>. Acesso em: 25 maio 2024.

FERNANDES, Lorena Ismael; FERREIRA, Camila Alves. O Movimento Escola Sem Partido: ascensão e discurso. **Humanidades em Diálogo**, [S.L.], v. 10, p. 194-209, 14 abr. 2021. Universidade de São Paulo, Agência USP de Gestão da Informação Acadêmica (AGUIA). <http://dx.doi.org/10.11606/issn.1982-7547.hd.2021.159234>.

FONSECA, Rafael Campos Soares da. A liberdade de conformação do Poder Legislativo e o financiamento da cultura no Brasil. **Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDDE**. Belo Horizonte, ano 7, n. 13, p. 247-272, mar./ago. 2018.

FRASES de Bolsonaro, o candidato que despreza as minorias. **Estado de Minas**, Belo Horizonte, 24 set. 2018. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2018/09/24/interna_internacional,991372/frases-de-bolsonaro-o-candidato-que-despreza-as-minorias.shtml. Acesso em: 30 nov. 2022.

GENESTRETI, Guilherme. Diretor da Ancine paralisa liberação de verbas para o audiovisual. **Folha de São Paulo**. São Paulo, p. 1-1. 18 abr. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2019/04/diretor-da-ancine-paralisa-liberacao-de-verbas-para-o-audiovisual.shtml>. Acesso em: 4 dez. 2022.

HENCZ, Adam. The Fear Of Art: contemporary art censorship. Contemporary Art Censorship. **Artland Magazine**. Disponível em: <https://magazine.artland.com/the-fear-of-art-contemporary-art-censorship/>. Acesso em: 02 dez. 2022.

IKEDA, Marcelo. Fundação Casa de Rui Barbosa www.casaruibarbosa.gov.br Estado e cinema no início do século XXI: características de formação da ANCINE. In: II SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE POLÍTICAS CULTURAIS, 2., 2011, Rio de Janeiro. **Comunicações Mesa XI**. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 2011. p. 1-20. Disponível em: http://antigo.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/palestras/Políticas_Culturais/II_Seminario_Internacional/FCRB_MarceloIkeda_Estado_e_cinema_no_inicio_do_seculo_XXI.pdf. Acesso em: 27 nov. 2022.

MAGALHÃES, Breno Baía. A liberdade de expressão na jurisprudência do STF (2017-2020): justificativa poliárquica e o teste da posição preferencial relativa. **Pensar - Revista de Ciências Jurídicas**, [S.L.], v. 26, n. 4, p. 1-18,

2021. Fundacao Edson Queiroz.
<http://dx.doi.org/10.5020/2317-2150.2021.12247>.

MAZUI, Guilherme. 'Se não puder ter filtro, nós extinguiremos a Ancine', diz Bolsonaro. **G1**. Brasília, p. 1-1. 19 jul. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/19/se-nao-puder-ter-filtro-nos-extinguiremos-a-ancine-diz-bolsonaro.ghtml>. Acesso em: 5 dez. 2022.

PORTO, Douglas. Moraes x Musk: o que se sabe até agora. **CNN Brasil**. São Paulo, p. 1-1. 17 abr. 2024. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/moraes-x-musk-o-que-se-sabe-ate-agora/>. Acesso em: 25 maio 2024.

RISTOW, Fabiano. Presidente da Ancine suspende repasse de verbas para o audiovisual. **O Globo**. Rio de Janeiro, p. 1-1. 19 abr. 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/cultura/filmes/presidente-da-ancine-suspende-repasse-de-verbas-para-audiovisual-23610669>. Acesso em: 5 dez. 2022.

RODAS, Sérgio. Juíza ordena retomada de edital da Ancine censurado por projetos LGBT. **Consultor Jurídico**. São Paulo, p. 1-1. 7 out. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-07/juiza-ordena-retomada-edital-ancine-censurado-projetos-lgbt>. Acesso em: 5 dez. 2022.

SANTOS, Emily. 'O Averso da Pele': livro que debate racismo é censurado em escolas de 3 estados por reação equivocada ao conteúdo, alertam especialistas. **G1**. S.I., p. 1-1. 08 mar. 2024. Disponível em: <https://g1.globo.com/educacao/noticia/2024/03/08/o-avesso-da-pele-livro-que-debate-racismo-e-censurado-em-escolas-de-3-estados-por-reacao-equivocada-ao-conteudo-alertam-especialistas.ghtml>. Acesso em: 25 maio 2024.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Formato ePub.

STF. **Audiência pública: cineastas, artistas e atores manifestam preocupação com mudanças no setor**. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=428827&ori=1>. Acesso em: 25 maio 2024.

TASSIGNY, Mônica Mota; FREIRE, Cylviane Maria Cavalcante de Brito Pinheiro; NOTTINGHAM, Andréa de Boni; KARAM, Andréa Maria Sobreira. A aplicabilidade do método de estudo de caso em pesquisas jurídicas. **Revista Acadêmica Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 1, n. 8, p. 39-57, jun. 2016. Semestral.

UNITED STATES OS AMERICA. Supreme Court Of United States Of America. nº 569. **National Endowment For The Arts v. Finley, 524 U.S. 569 (1998)**. United States Of America. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/524/569/>. Acesso em: 26 out. 2023.

WERTHEIN, Jorge. A sociedade da informação e seus desafios. **Revista IBICT**, Brasília, v. 29, n. 2, p. 71-77, mai-ago. 2000. Disponível em: <https://revista.ibict.br/ciinf/article/view/889/924>. Acesso em: 2 dez. 2022.

Freedom Of Expression And “Filtering” Of Content In Audiovisual Policy: The Case Of Ancine In The Bolsonaro Government

Raimilan Rodrigues

Mônica Tassigny

Abstract: This study investigates tensions between the realization of the right to freedom of expression and the implementation of public policies. A case study was conducted regarding a policy conducted in 2019 by the President of the Republic, Jair Bolsonaro, who tried to implement a filter on the content of artistic works. The objective of the study was to evaluate the content of the government decision that intended to implement the “filter” announced on the audiovisual policy; and, as a specific objective, to analyze the performance of the institutions involved in the conflict and theoretical paradigms for future cases. A case study, documentary and bibliographic research based on the ANCINE study that took place in 2019 was adopted as a methodology. The results obtained were that, even though the institution in charge of the last word did not arrive at a paradigm for future decisions, there was effective performance of institutions in the democratic game, alongside the deficiency of the body entrusted with the role of law enforcement. The announced filter was not implemented in the analyzed case. The institutions' discussions were still structured according to traditional standards regarding legal limits in public policies.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E “FILTRAGEM” DE CONTEÚDOS NA POLÍTICA DO AUDIOVISUAL: O CASO DA ANCINE NO GOVERNO BOLSONARO

Keywords: Freedom of artistic expression. Public policy. Content filtering. Case study.

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2023v22n50.65549>

Conteúdo sob licença *Creative Commons: Attribution-NonCommercial-NoDerivative 4.0 International* (CC BY-NC-ND 4.0)



Tributação Ótima Do Consumo E Da Renda: Análise Da Política Fiscal

Joedson de Souza Delgado*

Universidade de Brasília (UnB), Programa de Pós-Graduação em Direito, Brasília-DF, Brasil

 <https://orcid.org/0000-0002-0968-2058>

Ana Paula Basso**

Universidade Federal da Paraíba (UFPB), Programa de Pós-Graduação em Direito, João Pessoa-PB, Brasil

 <https://orcid.org/0000-0001-9119-5832>

Resumo: O estudo da tributação ótima da renda ocorre na década de 1970 na obra do economista britânico J. A. Mirrlees, que observa o impacto da tributação sobre o emprego. Enfatiza que as pessoas determinam racionalmente a quantidade e o tipo de trabalho que realizam, maximizam sua utilidade e adotam vieses de bem-estar comum. O objetivo proposto aqui é analisar o efeito dos impostos sobre a distribuição de renda e consumo como parte dos instrumentos de política fiscal. Para tanto, a pesquisa destaca a necessidade de refletir criticamente sobre fatores que moldam a tributação ótima sobre o consumo e sobre a renda. O campo de estudo é a política governamental que inclui pesquisa bibliográfica com recorte jurídico e econômico, bem como pesquisa analítica e descritiva visando encontrar modelos efetivos de matrizes tributárias. A conclusão é que a tributação ótima deve ser vista como um guia que aproxima as ações políticas dos modelos teóricos e os adapta à situação socioeconômica de referência.

Palavras-Chave: Equidade distributiva. Eficácia produtiva. Política fiscal. Tributação ótima.

* Doutorando em Direito na Universidade de Brasília (UnB). Email: joedson.delgado@hotmail.com

** Doutora em Direito Tributário Europeu pela Universidad de Castilla-La Mancha, Espanha, e na Università di Bologna, Itália. Email: anapaula.basso@gmail.com



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2023v22n50.66469>

Tributação Ótima Do Consumo E Da Renda: Análise Da Política Fiscal

Joedson de Souza Delgado

Ana Paula Basso

1 INTRODUÇÃO

Os impostos são os alicerces básicos do financiamento sustentável que garantem o funcionamento do Estado e a prestação de serviços aos cidadãos. No entanto, a forma como os impostos são cobrados pode levar a distorções na distribuição da renda, uma vez que os indivíduos têm diferentes níveis de rendimento e capacidade de pagamento.

A busca pelo bem-estar social e a redução da pobreza continuam sendo os pilares da política governamental, e a tributação ótima da renda é um dos meios eficazes para atingir esses objetivos. A tributação ótima surge como uma abordagem normativa que desenvolve políticas sobre como alocar recursos da maneira mais eficiente e garantir uma distribuição justa de renda, e esta ferramenta é baseada em padrões de economia do bem-estar.

Na tributação ótima, mantendo o equilíbrio entre eficácia produtiva e equidade distributiva, diferentes fórmulas são focadas para alíquotas ideais, a fim de obter receita tributária suficiente para atender à necessidade de financiamento público. Contudo, um fator que ainda não é considerado nesta análise é a assimetria de informação referente a existência de indivíduos com rendas muito

diferentes. Esta assimetria pode levar a distorções na tributação ótima, uma vez que os indivíduos com rendimentos mais altos têm maior capacidade para pagar impostos mais elevados.

De acordo com a tributação ótima, o governo deve aumentar suas receitas até um determinado nível que pode ser utilizado como instrumento arrecadatório, de redistribuição da riqueza e de justiça social, em particular o imposto de renda, o imposto sobre o consumo ou ambos os grupos tributários. As decisões governamentais devem ser coerentes com a otimização do indivíduo ou da empresa e maximizar o bem-estar dos diversos membros da sociedade.

Este artigo analisa o impacto da otimização tributária no consumo e na distribuição de renda como parte de instrumentos de política fiscal. A investigação aqui destaca a necessidade de examinar criticamente os fatores otimizados que constituem o consumo e a renda. É necessário analisar em que combinação e em que nível o formulador e o gestor de política econômica (governo) devem utilizar a tributação ótima, tendo em conta os efeitos da assimetria de informação entre o governo e os cidadãos.

Um modelo fiscal ótimo tem a vantagem da transparência: se aceitarmos os pressupostos sobre os objetivos sociais, devemos também aceitar as conclusões. Por outro lado, se discordar da conclusão, deverá explicá-la. Durante a construção, as conclusões surgem diretamente de premissas e modelos (parâmetros e especificações). Esses modelos formalizam argumentos normativos, supostamente tornando o debate transparente; mas quando formalizados, por vezes obscurecem a discussão.

O campo de estudo é a política governamental que inclui pesquisa bibliográfica com recorte jurídico e econômico, bem como pesquisa analítica e descritiva com o objetivo de encontrar modelos de matriz tributária eficazes. A efetividade de uma estrutura fiscal deve respeitar as receitas do Estado e, ao mesmo tempo, proporcionar a todos a mesma combinação de rendimento e consumo.

A hipótese é a de que as informações de produtividade são assimétricas porque o governo possui informações incompletas, o que, por sua vez, limita a capacidade de distribuir renda entre diferentes indivíduos. O governo pode apenas monitorar a renda de cada pessoa, enquanto a produtividade e o número de horas que escolhe dedicar ao trabalho são informações privadas. Portanto, a renda é escolhida como base de tributação para realizar a distribuição.

Na primeira parte da pesquisa discutirá os modelos tributários ótimos. Na segunda parte descreverá a diferenciação de receitas e impostos sobre bens. Na terceira parte buscará o modelo básico de tributação ótima, que diz respeito à capacidade do Estado de alocar uma certa quantia de receita devido à falta de informação. Na quarta parte apresentará exemplos das externalidades do modelo básico de tributação ótima, considerando os problemas que surgem quando diferentes níveis do setor público não conseguem coordenar sua arrecadação de impostos. Conclui-se que a tributação ótima deve ser vista como um guia que aproxima as ações políticas dos modelos teóricos e os adapta à situação socioeconômica de referência.

2 MODELOS DE TRIBUTAÇÃO ÓTIMA

A tributação da renda de Mirrlees (1971) representa a equidade distributiva que o governo deve fazer entre os contribuintes, por um lado, e a eficácia produtiva, por outro. Mirrlees (1971) distinguiu as pessoas com base em sua produtividade, ou seja, pelo potencial uso do salário por hora como medida de produtividade.

A tributação da renda que aumenta o bem-estar coletivo obriga, portanto, os Estados a enfatizar a importância de um sistema econômico sustentável e que preserve os contratos

sociais, com múltiplos objetivos socioeconômicos que podem ser alcançados através da distribuição da riqueza. A tributação da renda é mais comum na maioria dos países desenvolvidos do que os impostos indiretos sobre os preços dos produtos e serviços, que enfraquecem a situação econômica (BIRD; ZOLT, 2005).

Em outras palavras, a tributação ótima consiste em analisar o trade-off entre eficácia produtiva e a equidade distributiva da matriz tributária no contexto da estabilização econômica visando o aumento do bem-estar social (VILLAS-BÔAS, 2015). É importante ressaltar que na teoria da tributação ótima, Solow (2002) enfatizou a importância das políticas econômicas voltadas à estabilização estrutural ou mesmo a estabilidade financeira para os mais keynesianos.

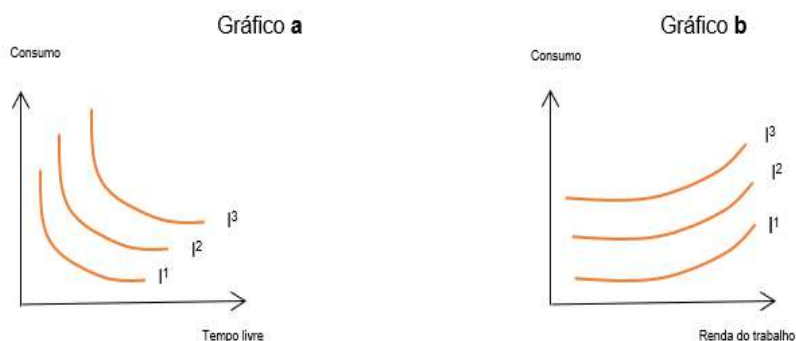
No cenário de Boadway, Marchand e Pestieau (1991), a produtividade é uma informação privada no sentido de que apenas o indivíduo sabe o quão produtivo realmente é (onde os empreendedores mais eficientes também são eficientes como trabalhadores), enquanto o governo observa apenas para a renda – de horas de trabalho e horas trabalhadas – ao tomar decisões redistributivas.

Com base nestas conclusões, a fórmula abaixo é um modelo multivariado para explorar como utilizar simultaneamente os impostos sobre o rendimento e o trabalho, e um modelo multiperíodo para explorar o imposto sobre ganhos de capital. Suponha que cada indivíduo tenha preferências de consumo e lazer representadas por uma função de utilidade, onde a utilidade, u , é uma função crescente do consumo do indivíduo, c , e do tempo de lazer, l , como segue nesta primeira equação:

$$u = u(c, l)$$

As preferências de consumo e lazer (e suas combinações) são ilustradas por curvas de indiferença que produzem a mesma utilidade para o indivíduo. Isso é mostrado na Figura 1, gráfico a.

Figura 1 – Curvas de indiferença.



Fonte: Elaborado pelos autores (2023).

Diferentes curvas de indiferença são mostradas na Figura 1 de modo que a construção de todos esses pontos proporciona a mesma utilidade para o indivíduo. Assim, cada curva representa diferentes combinações de consumo e lazer às quais é indiferente ao indivíduo.

De acordo com os gráficos 'a' e 'b', quanto maior for a curva de indiferença na Figura 1, maior será a utilidade que ela representa. Por exemplo, I² representa uma utilidade maior que I¹ e I³. No gráfico b da Figura 1 mostra as mesmas curvas de indiferença numa dimensão diferente, ou seja, as combinações de consumo e renda auferida trazem o mesmo benefício para o indivíduo se o salário-hora permanecer inalterado.

Esta interpretação é apropriada porque os salários e o rendimento disponível são variáveis observáveis, enquanto as horas efetivamente trabalhadas são geralmente não observáveis. A lógica desta formulação pode ser vista quando o tempo livre, l , pode ser escrito como a diferença entre o tempo total, L , disponível para o indivíduo e o tempo de trabalho h tal que $l = L - h$ durante o recebimento de renda, y , é o produto do salário por hora w e das horas de trabalho, ou seja, $y = w \cdot h$. A primeira equação é então reescrita da seguinte forma

$$u = u(c, l) \frac{y}{w}.$$

No gráfico b da Figura 1, a interpretação é análoga: quanto maior a curva de indiferença da figura, maior o resultado. O fato de as curvas de indiferença terem inclinação positiva no gráfico b deve-se ao fato de que o tempo de trabalho e o tempo de lazer serem imagens espelhadas um do outro (o aumento do tempo de trabalho diminui o tempo de lazer).

Quando o salário por hora de uma pessoa muda, as curvas de indiferença no gráfico b (não no gráfico a) mudam sua inclinação. A tributação dos lucros afeta a estrutura do setor produtivo, *ceteris paribus*, o nível de empreendedorismo é menor, mas a mão de obra é alocada de forma eficiente entre as empresas.

Por fim, o orçamento de consumo privado de um indivíduo é determinado por sua renda do trabalho auferida e pela reserva líquida T após impostos. Portanto, a restrição orçamentária pode ser escrita como $c = y - T$.

2.1 IMPOSTO DE RENDA ÓTIMA

A maioria dos países tributa a renda pessoal de forma progressiva, onde os rendimentos elevados são tributados mais do que os rendimentos baixos, enquanto outros tipos de impostos são aplicados da mesma forma (STILLER, 2017). A Lei brasileira nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 inclui um sistema progressivo de imposto de renda, onde alguns impostos são considerados regressivos (SILVA; OLIVEIRA, 2022). Isso inclui impostos indiretos sobre vendas federais e estaduais que já estão incluídos no preço dos bens ou serviços contratados.

Por exemplo, na matriz tributária brasileira, um auxiliar de serviços gerais ganha em média R\$ 2 mil e um servidor público ganha R\$ 20 mil por mês. Ambos vão ao supermercado e gastam R\$ 560,00 em produtos básicos, sendo que a taxa de compra é de R\$ 200,00, o que equivale a 10% da renda de um auxiliar de serviços gerais e 1% da renda de um servidor público.

Conforme explicado, os sistemas fiscais regressivos são mais comuns em países menos desenvolvidos, onde mais pessoas podem pertencer ao mesmo grupo de rendimentos, reduzindo assim o impacto negativo da tributação regressiva. Os governos aplicam o imposto sobre vendas igualmente a todos os consumidores com base na renda e nas compras. Embora o imposto possa ser fixo (como um imposto sobre vendas), ele afeta mais os consumidores pobres.

Devido ao caráter regressivo da matriz tributária, as empresas brasileiras distribuem dividendos adicionais dedutíveis, denominados de Juros de Capital Próprio – JCP; abrange a tributação neutra dos rendimentos e dividendos dos acionistas; contém uma carga tributária sobre bens e serviços mais elevada do que qualquer membro da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE (VALENÇA JÚNIOR, 2020).

Stiglitz (1982) relaciona o uso de cargas tributárias regressivas à escassez de informação numa economia composta por apenas dois tipos de indivíduos, um que se presume ter baixa produtividade

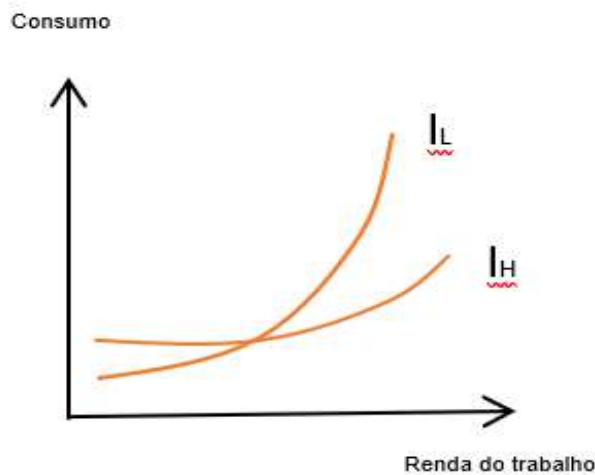
e o outro ter preferências elevadas e idênticas. A única diferença entre eles é que as pessoas com alta produtividade têm salários por hora mais altos do que as pessoas com baixa produtividade.

Isto significa que as curvas de indiferença na Figura 1, gráfico a, não diferem entre os tipos individuais. Por outro lado, na Figura 1, gráfico b, são diferentes porque uma pessoa com baixa produtividade tem de abdicar de mais tempo livre do que uma pessoa com alta produtividade para obter um determinado aumento de rendimento.

O consumo de bens e o consumo de tempo livre criam uma sensação individual de bem-estar e, por isso, são incluídos nas funções de utilidade individual, conferindo-lhe um valor positivo. O consumo de tempo livre torna-se o objetivo implícito da função de bem-estar social, se for considerado um “bem coletivo”, o governo deve levar isso em consideração, atentando para as altas taxas marginais, que também desestimulam o trabalho.

Por outro lado, a renda do trabalho aumenta em um real devido ao trabalho adicional, e os pequenos produtores precisam de mais compensação na forma de aumento do consumo para manter os lucros. Portanto, quando as curvas de indiferença são expressas em termos de consumo e rendimento do trabalho, as curvas de indiferença dos indivíduos altamente produtivos são mais planas do que as dos indivíduos de baixa produtividade.

Figura 2 – Diferenças de produtividade e curvas de indiferença



Fonte: Elaborado pelos autores (2023).

A Figura 2 mostra a curva de indiferença de I_H para o indivíduo de alta produtividade e I_L para um indivíduo pouco produtivo. Pessoas com produtividade diferente escolherão, portanto, diferentes combinações de consumo e renda, mesmo que tenham as mesmas preferências.

Uma matriz ótima de impostos e transferências reflete um objetivo social que mostra como os interesses de diferentes indivíduos são ponderados juntos. Isso é chamado de função de bem-estar social. O problema de política fiscal ótima pode, portanto, ser formulado como uma redistribuição de renda usando impostos e transferências de renda (juntamente com requisitos de renda para outros fins) para maximizar a função de bem-estar social.

Embora as metas de bem-estar possam parecer diferentes, duas variantes são recorrentes na literatura jurídica e econômica. Isso é chamado de função de bem-estar utilitária e significa que todos os interesses individuais recebem o mesmo peso. Portanto, o governo deve desenhar a matriz tributária e de transferência de renda de forma que beneficie ao máximo a todos.

A função social rawlsiana (em homenagem a John Rawls) visa incrementar o bem-estar dos desfavorecidos cuja teoria reforça dois conceitos: equidade distributiva e distribuição de renda (ZANITELLI, 2016). Pode-se imaginar outras formas – e talvez mais realistas –, como fazer com que os interesses de todos os indivíduos afetem o bem-estar social, mas recebendo pesos diferentes dependendo da posição do indivíduo na distribuição do rendimento.

Os estudos teórico-econômicos acreditam que a tributação ótima é baseada em como a matriz tributária e a transferência de renda podem ser projetadas para alcançar uma alocação de recursos com ótimo de Pareto (FACHIN, 2019; BELEAU, 2013). Isso significa que o benefício para um tipo de produtividade é mantido constante e que a política fiscal é então projetada para maximizar o benefício para o outro.

A tributação é implementada por meio da função fiscal, que é a mobilização de recursos orçamentários para financiar os gastos públicos, da função econômica, que aloca recursos para investimentos em setores econômicos específicos, e da função social, que distribui a renda por meio de políticas públicas (MUSGRAVE, 1959).

A tributação advém também da função estabilizadora de atuar como “regulador” da economia, ou seja, manter a estabilidade de preços e garantir o pleno emprego dos fatores de produção. Essa função insere-se na continuidade do pensamento keynesiano e do contexto econômico de Solow (2002), que evidencia o desejo de dar margem de manobra ao Estado e aos governos na execução da política fiscal para cumprir as três tarefas já mencionadas.

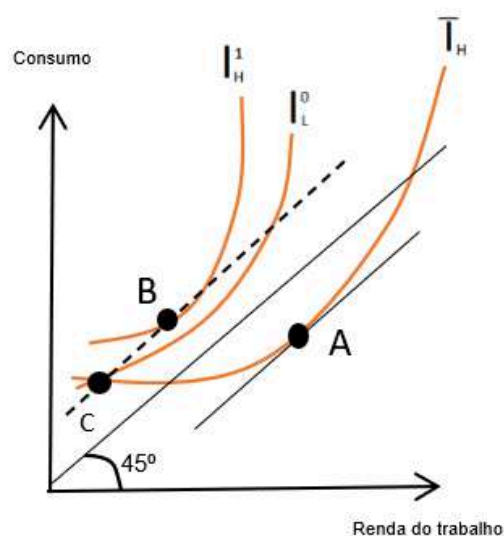
A estabilização econômica raramente é neutra em termos de distribuição de riqueza (LISTOKIN, 2012). E na medida em que quase todas as intervenções estatais alteram a distribuição do bem-estar coletivo, persiste o problema da “difusão” dos efeitos da função política fiscal, o que acaba por impedir a implementação de políticas independentes e neutras.

Para Sen (2008), o economista e filósofo indiano que ganhou o Prêmio Nobel de Economia em 1998, o bem-estar social fornece uma base de informação muito limitada para o desenvolvimento político porque não leva em conta os critérios que a comunidade pode adotar no julgamento de ações públicas. Kanbur, Keen e Tuomala (1994) enriqueceram as ferramentas teóricas da tributação ótima, concentrando a atenção na minimização do índice de pobreza em vez de na maximização da função de bem-estar.

Para os formuladores e gestores de políticas públicas (*policy makers*) ligados ao Poder Executivo, o foco de análise é a pobreza e não o bem-estar. O objetivo é garantir que aqueles em situação mais vulnerável tenham a oportunidade de receber uma renda estável, independentemente do trabalho. Além disso, o bem-estar coletivo fornecido por meio da assistência social deixou de ser uma filantropia estatal na atual Constituição Federal.

O sistema de impostos e transferências é projetado para maximizar a utilidade do indivíduo de baixa produtividade e manter constante a utilidade do indivíduo de alta produtividade em um nível predeterminado. Portanto, o raciocínio qualitativo pode ser aplicado independentemente do nível em que os benefícios da alta produtividade são definidos. Isso pressupõe que o governo conhece a distribuição da produtividade na economia como um todo e as preferências dos consumidores, mas não pode observar a produtividade no âmbito individual. Esta discussão é baseada na Figura 3.

Figura 3 – Modelo de dois tipos (modelo de dupla produtividade).



Fonte: Elaborado pelos autores (2023).

Políticas fiscais e econômicas de distribuição de renda baseadas apenas em impostos e transferências globais de renda não funcionam quando a produtividade individual é informação privada (BRITO, 2011). A distribuição da renda depende dos fatores de produção e da sua remuneração no mercado, de modo que o governo deveria se basear no imposto de renda em vez de impostos fixos baseados na produtividade.

O exemplo da Figura 3 sugere um sistema de distribuição completa onde pessoas de alta produtividade distribuem renda para pessoas de baixa produtividade. Além disso, presume-se que a economia consiste em números iguais de indivíduos de cada tipo.

Na Figura 3, a linha de 45 graus representa o orçamento de cada indivíduo sem impostos e transferências de renda (que significa que o consumo é igual à renda do trabalho), a curva de indiferença I_H mostra o nível de utilidade fixado para o indivíduo de altamente produtivo, enquanto I_L^0 e I_L^1 são duas curvas de indiferença de baixa produtividade. Para maximizar a utilidade, o indivíduo de baixa

produtividade deve receber o máximo possível de receita tributária do indivíduo de alta produtividade porque está em I_H .

Na mesma figura, a receita tributária é determinada pela distância entre a linha de 45 graus e o ponto A (medida pelo consumo), onde a curva de indiferença I_H tem a mesma inclinação da linha de 45 graus. Agora suponhamos que a receita tributária seja dada como uma transferência para um indivíduo de baixa produtividade como mostra a linha tracejada na figura. A figura mostra que a utilidade do tipo simples de baixa produtividade é maior no ponto B, onde a linha tracejada é tangente à curva de indiferença I'_L . Portanto, os escores A (altamente produtivo) e B (pouco produtivo) juntos formam a melhor distribuição possível.

No entanto, a distribuição dos pontos A e B não é possível neste modelo. Isso ocorre porque uma pessoa altamente produtiva prefere o ponto B à quantia que lhe é atribuída no ponto A. Passar de A para B aumentaria a vantagem de quem ganha mais, e esse benefício pode, por sua vez, pode ser alcançado imitando o indivíduo de baixa produtividade, ou seja, trabalhando menos e relatando a mesma renda de um indivíduo pouco produtivo que está em I_H .

Uma vez que a análise se baseia no pressuposto de que o governo pode controlar o rendimento, mas não a produtividade a nível individual, tal comportamento imitativo é possível e enfraqueceria naturalmente as condições de distribuição da riqueza às pessoas de alta para baixa produtividade. Boadway e Keen (1993) classificam um imitador como uma pessoa altamente produtiva que finge ser improdutiva, e para evitar tal comportamento deve ser introduzida uma restrição adicional chamada restrição de autosseleção.

Uma restrição de autosseleção significa que o indivíduo de alta produtividade deve preferir (ao menos fracamente preferir) uma alocação que lhe é destinada ao indivíduo de baixa produtividade. O

efeito da restrição de autosseleção é alterar a combinação de renda do trabalho e consumo destinados ao indivíduo de baixa produtividade, de modo que a alocação se torne pouco atrativa para indivíduos de alta produtividade (RÄSÄNEN; RUUSUNEN; HÄMÄLÄINEN, 1997).

Isto significa na Figura 3 que o ponto C (em vez do ponto B) representa a combinação de renda do trabalho e do consumo do indivíduo de baixa produtividade. Um indivíduo altamente produtivo não pode mais aumentar sua utilidade fingindo ser pouco produtivo. A alocação mostrada pelos pontos A e C pode ser chamada de modelo de dois tipos (modelo de dupla produtividade), ou seja, a melhor solução possível do ponto de vista do orçamento do governo e da restrição de autosseleção.

A Figura 3 mostra que a restrição de autosseleção limita a possibilidade de distribuição de renda entre os indivíduos. No ponto C, a utilidade da baixa produtividade os é menor do que no ponto B. Para que uma pessoa improdutiva escolha o ponto C (ao invés do ponto B se a distribuição de renda ocorresse em um ponto fixo), temos que mova-o a linha do orçamento de modo que toque a curva de indiferença I^o_L no ponto C. Isto é feito pelo indivíduo de baixa produtividade através de um imposto marginal sobre a renda do trabalho. O objetivo é tornar desagradável o comportamento imitativo, o que por sua vez é uma condição básica para a distribuição de renda.

Por outro lado, indivíduos de alta produtividade não precisam distorcer a oferta de trabalho porque não são ameaçados pela imitação. Para eles, o imposto marginal é, portanto, zero. Pode parecer contraintuitivo redistribuir o rendimento de uma produtividade elevada para uma produtividade baixa, mas lembre-se que os indivíduos com elevada produtividade são tributados, enquanto os indivíduos com baixa produtividade recebem uma transferência líquida. Para alcançar tal distribuição de renda na ausência de informação deve-se evitar o comportamento

imitativo, e é por isso que a renda do trabalho da baixa produtividade é tributada na margem.

3 IMPOSTOS SOBRE A RENDA E IMPOSTOS DIFERENCIADOS SOBRE BENS

Para incluir a análise dos impostos sobre bens, o modelo deve ser modificado para incluir diferentes mercadorias. Caso contrário, o modelo é o mesmo: assumimos que as pessoas têm as mesmas preferências, mas diferem em termos de produtividade. Se o governo tiver acesso aos impostos sobre o rendimento e sobre a propriedade, o imposto sobre a propriedade é uma ferramenta adicional para prevenir comportamentos de imitação.

No modelo de dois tipos (modelo de dupla produtividade), um imitador potencial é um indivíduo altamente produtivo que finge ser de baixa produtividade (embora a distribuição de renda seja benéfica). Assim, o imitador produz o mesmo rendimento antes dos impostos que o indivíduo de baixa produtividade. Assim, o imitador também paga o mesmo montante de imposto sobre o rendimento e recebe a mesma renda disponível que uma pessoa de baixa produtividade.

Um imitador não necessariamente escolherá o mesmo padrão de consumo, ou seja, a mesma quantidade do respectivo bem, como um indivíduo de baixa produtividade. A razão é que o imitador e o indivíduo de baixa produtividade não têm tanto tempo de lazer à sua disposição. Mais especificamente, o imitador desfruta de mais tempo de lazer, porque o imitador atinge a renda do indivíduo de baixa produtividade com um aporte de trabalho menor do que os próprios indivíduos de baixa produtividade.

Assim, se existe uma relação direta entre tempo de lazer e padrões de consumo, para um dado rendimento disponível, daí resulta uma regra simples de tributação diferenciada de mercadorias que equivale a tributar mais pesadamente os bens que um imitador escolher. Uma interpretação um tanto simplificada é que o

comportamento imitativo pode ser combatido tributando mercadorias que complementam o lazer de forma mais pesada, enquanto os bens que são substitutos do lazer são tributados de forma correspondentemente mais baixa.

Isso facilita afrouxar a restrição de autosseleção e, assim, permite maior distribuição de renda por meio de impostos e transferências de renda (HOMBURG, 2001). No entanto, se as preferências forem tais que as diferenças no tempo de lazer não afetem por si só os padrões de consumo (ou seja, se forem determinadas apenas com base na renda disponível e nos preços ao consumidor), então os impostos sobre bens não podem mais ser usados para facilitar a restrição de autosseleção.

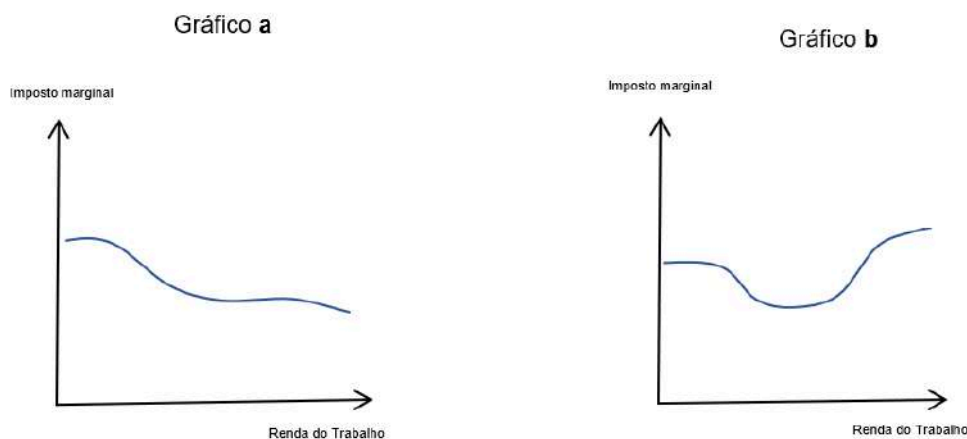
Como mostram Atkinson e Stiglitz (1976), impostos diferenciados sobre bens não têm efeito numa economia com opções ótimas de imposto sobre o rendimento. Decorre também desta literatura que é impossível estabelecer que os impostos regressivos sobre o rendimento do trabalho sejam apenas impostos marginais. É impossível avaliar a natureza regressiva de um sistema fiscal sem ter em conta a finalidade para a qual o imposto é aplicado.

4 COMO É O MODELO BÁSICO DE TRIBUTAÇÃO ÓTIMA

Até agora, o debate centrou-se na questão de saber por que razão o governo opta por utilizar impostos distorcivos em vez da redistribuição através de impostos de montante fixo, e mostrou que isto está relacionado com a falta de informação. A teoria baseia-se no pressuposto de que o governo pode controlar a renda, mas não a produtividade a nível individual. O modelo de dois tipos (modelo de dupla produtividade) constitui aqui uma estrutura pedagógica simples. Contudo, o modelo de dois tipos não é, obviamente, muito útil se quisermos caracterizar a escala fiscal como um todo.

Os fatores determinantes mais importantes por trás do surgimento do modelo básico de tributação ótima são a meta de distribuição social (representada pela função de bem-estar social), os efeitos dos impostos sobre o comportamento econômico das pessoas e a distribuição da produtividade na economia. Além disso, é importante saber quanto do rendimento é arrecadado para outros fins que não a distribuição de rendimentos (por exemplo, para financiar despesas públicas).

Figura 4 – Exemplos de tabela de impostos



Fonte: Elaborado pelos autores (2023).

A Figura 4 mostra duas tabelas de impostos, expressas como a razão entre o imposto marginal e a renda do trabalho. Como a distribuição de renda inclui tanto a tributação quanto as transferências, o imposto marginal é interpretado aqui como o efeito marginal total, ou seja, a soma dos efeitos marginais proporcionados pelo sistema de impostos e transferências.

As duas tabelas de impostos na figura não se baseiam em dados reais, mas são livremente desenhadas para mostrar dois

padrões típicos, ou seja, que o imposto marginal é alto em rendas baixas e depois cai com a renda como na parte a da figura, e que a tabela de impostos é em forma de U como na parte b da figura. São esses padrões que são interessantes e não tentam relacionar as curvas com os níveis reais do imposto marginal.

Os resultados de simulações geram tabelas de impostos marginais decrescentes, bem como tabelas de impostos em forma de U . O sistema de impostos e transferências visa redistribuir daqueles que são mais produtivos (possuem maior capacidade de gerar renda) para aqueles que são menos produtivos (têm menor capacidade de geração de renda). Para conseguir isso, os impostos médios devem ser relativamente altos para aqueles com renda alta, enquanto não distorcemos muito a oferta de trabalho nessas faixas de renda.

Na Figura 4, a renda é gerada por meio de uma transferência para os desempregados, ou seja, uma renda garantida, que passa a ser tributado rapidamente à medida que aumenta a renda do trabalho. Se o rendimento do trabalho for tão elevado que a pessoa pague o rendimento líquido do imposto, a taxa marginal é reduzida.

Isto explica por que razão a taxa marginal é elevada para os que ganham menos e depois diminui à medida que a renda aumenta. Se o imposto marginal se estabiliza ou continua a cair como no gráfico a da Figura 4, ou aumenta quando subimos na distribuição de renda como no gráfico b da Figura 4, depende, entre outras coisas, de como a distribuição da produtividade parece.

A exigência da receita tributária líquida para outros fins que não a distribuição de renda tende a aumentar os impostos médios. Uma possível consequência disto é que uma exigência de renda mais alta conduz a impostos marginais mais elevados na extremidade inferior da distribuição de renda, uma vez que gera receitas fiscais mais altas dos assalariados de renda média e alta.

As tabelas de impostos na Figura 4 – interpretados por Li, Lin e Zhang (2013) – utilizam uma fórmula que mostra como o imposto marginal em cada nível de produtividade depende dos determinantes

discutidos acima. O limite anual, t^i , de qualquer tipo de produtividade é determinado pelo produto de três determinantes, aqui chamados de a_1^i , a_2^i e a_3^i utilizando a seguinte expressão:

$$\frac{t^i}{1-t^i} = a_1^i \cdot a_2^i \cdot a_3^i$$

O primeiro componente, a_1^i , reflete o quanto os impostos distorcem o comportamento dos indivíduos produtivos tipo i , no caso a oferta de trabalho. Um aumento na tributação marginal levará então a uma diminuição na oferta de mão de obra, buscando um ponto ótimo entre aumento no salário por hora e níveis satisfatórios de oferta de trabalho.

Com base no seu modelo, pode-se mostrar que a_1^i é determinado pela elasticidade salarial compensada pela oferta de trabalho: se aumentar, então a_1^i diminui e vice-versa. A interpretação é que uma maior elasticidade salarial significa uma maior perda de eficácia produtiva devido à tributação. A elasticidade salarial pode ou não variar de acordo com diferentes grupos de pessoas.

Este componente opera com uma taxa marginal menor naqueles grupos de renda onde a perda de eficácia produtiva decorrente da tributação é grande, e vice-versa. Uma interpretação semelhante aplica-se ao caso mais geral do efeito renda. O significado do segundo componente a_2^i é mais facilmente ilustrado pela fórmula,

$$a_2^i = \frac{N^i}{w^i - n^i}$$

onde n^i é o número de indivíduos de produtividade tipo i , w^i com salário por hora antes de impostos para produtividade tipo i , enquanto N^i é o número de indivíduos na economia com maior produtividade (e, portanto, também maior renda no modelo) do que

a produtividade tipo i . Este componente desempenha um papel importante na tabela de impostos.

Lembre-se de que um aumento no imposto marginal sobre i , se todo o resto mantiver constante, resultará num imposto médio mais elevado sobre todos aqueles com renda maior que i . Para estes grupos, o aumento da carga tributária funciona como um imposto único.

O componente a_2^i representa o custo de oportunidade entre a cobrança de um imposto adicional sobre os indivíduos N_i com tendência superior a i e a perda de eficácia produtiva devido à distorção da oferta de trabalho para i . Quanto mais pessoas com renda maior a i (maior o numerador) e menos pessoas com produtividade tipo i , menor o salário por hora para i (menor o denominador), maior será a_2^i e maior será a taxa marginal ótima para produtividade do tipo i . Isto explica por que estudos anteriores concluíram que a taxa marginal é elevada para os que ganham menos (FERNANDES; CAMPOLINA; SILVEIRA, 2019; CASTRO; BUGARIN, 2017).

Quanto maior na distribuição de renda o tipo de produtividade i for encontrado, menos receita adicional pode ser naturalmente obtida tributando marginalmente apenas i , o que funciona para um imposto marginal mais baixo mais alto na distribuição (através do numerador na expressão para a_2^i). Ao mesmo tempo, o número de pessoas de um determinado tipo de produtividade também desempenha um papel. Por exemplo, se houver um pico na distribuição da produtividade, o denominador da expressão a_2^i aumenta até esse pico; depois disso, o denominador pode diminuir. A conclusão é que a_2^i pode aumentar ou diminuir à medida que se move ao longo da distribuição de produtividade, significando que a taxa marginal pode aumentar ou diminuir com a renda mais alta na distribuição. Isso, por sua vez, ajuda a explicar a diferença entre o gráfico a e o gráfico b na Figura 4.

O componente a_3^i é, em última análise, sobre a aparência das metas de distribuição. Pirttilä e Tuomala (2001) interpretam a_3^i como um ganho de bem-estar social ao tributar marginalmente a produtividade tipo i da renda do trabalho, que gera maiores receitas tributárias na distribuição de renda, que é então transferida para aqueles com menor produtividade do que i . Como o a_3^i afeta a aparência da tabela de impostos depende, portanto, do bem-estar social. Mas este componente também pode estar relacionado à restrição de autosseleção discutida anteriormente, ou seja, a_3^i seria zero se o governo pudesse controlar a produtividade individual, caso não houvesse déficit de informação. Neste caso, o governo poderia distribuir a renda com impostos fixos baseados na produtividade e, é claro, não há ganho de bem-estar social em distribuir a margem impondo um imposto distorcido sobre a produtividade tipo i .

Na literatura jurídica e econômica, diferentes tabelas de impostos podem ser utilizadas para diferentes grupos de pessoas. Alesina e Giuliano (2011) apontaram que se a matriz tributária pudesse ser diferenciada entre os indivíduos com base em alguma característica correlacionada com a produtividade seria possível reduzir o conflito entre eficácia produtiva e equidade distributiva. Heathcote, Storesletten e Violante (2020) asseveram que é politicamente conveniente implementar um imposto de renda baseado na idade com tabelas diferentes. Simulações numéricas de Kataoka e Takamatsu (2020) sugerem que os ganhos de bem-estar decorrentes dos impostos classificados por idade podem ser significativos.

5 ALÉM DO MODELO BÁSICO: ALGUNS EXEMPLOS DE TRIBUTAÇÃO ÓTIMA

Até agora, os argumentos têm sido baseados em modelos que utilizam a literatura de tributação ótima, cuja escolha pode afetar os resultados. Por isso é importante tentar dar um passo adiante.

A análise do modelo básico pressupõe que os próprios desempregados o escolheram, com base nos incentivos criados pelas matrizes tributárias e de transferências. Também pressupõe que o bem-estar de uma pessoa não é diretamente afetado por quanto os outros gastam, o que contradiz claramente os resultados da investigação em economia comportamental.

A discussão também não leva em conta a possível diminuição da eficácia produtiva, que se deve ao fato de a redução fiscal normalmente não ser implementada por um único governo como no modelo básico de tributação ótima, mas por vários níveis diferentes do setor público. Portanto, nos tópicos a seguir, discutiremos brevemente o que acontece quando essas premissas são atendidas.

5.1 CONCORRÊNCIA IMPERFEITA E DESEMPREGO DE EQUILÍBRIO

No modelo básico de tributação ótima, o mercado de trabalho é competitivo: qualquer pessoa disposta a trabalhar pelo salário por hora tem a oportunidade de fazê-lo. O fato de alguns (na parte inferior da distribuição de produtividade) poderem ainda não trabalhar é porque eles próprios optam por trabalhar zero horas com base nos incentivos que recebem.

Embora a oferta de trabalho seja importante do ponto de vista da tributação ótima, é, no entanto, razoável examinar as consequências do esperado abandono da concorrência no mercado de trabalho, especialmente porque o desemprego é um problema grave em muitos países. A questão importante é como a tributação pode combater o desemprego e, portanto, é necessário compreender por que ocorre o desemprego equilibrado.

É importante ressaltar o efeito sobre a oferta de trabalho de um aumento no salário por hora após impostos pode ser dividido em efeito renda e efeito substituição (KANCZUK, 2002). O efeito renda sobre a oferta de trabalho é negativo, porque uma pessoa ficou mais rica devido ao aumento do salário por hora e pode, portanto, aumentar seu consumo, incluindo o consumo de tempo de lazer. O efeito substituição é positivo no sentido de que um aumento no salário por hora após impostos torna o trabalho relativamente mais lucrativo em comparação com o consumo de tempo de lazer.

Pesquisas anteriores sobre tributação e desemprego argumentam que os sindicatos têm tradicionalmente desempenhado um papel importante no mercado de trabalho (PIKETTY, 2008; ULYSSEA, 2006; SIEBERT, 1997). Existe uma extensa literatura sobre formação salarial que analisa os incentivos enfrentados pelos sindicatos e como estes, por sua vez, afetam os resultados do mercado de trabalho em termos de salários e emprego (GUIMARÃES, 2002; PISSARIDES, 1986; DRÈZE, 1979).

Os resultados mostram que os sindicatos têm incentivos para explorar o seu poder de mercado e, portanto, manter a remuneração acima do salário competitivo, levando ao desemprego de equilíbrio. Por que isso é interessante do ponto de vista da tributação ótima? A razão é que se a economia se caracteriza pelo mesmo peso do desemprego involuntário, o bem-estar coletivo aumenta à medida que o desemprego diminui. Outra razão é que as receitas fiscais podem ser utilizadas para outros fins que não as transferências para os desempregados.

Por outro lado, a tributação afeta os salários antes do imposto de renda, que é determinado nas negociações entre sindicatos e empregadores. O número de trabalhadores pode assim ser aumentado tributando a oferta de trabalho dos empregados.

Os estudos sobre o efeito dos impostos sobre a negociação salarial sindical baseiam-se normalmente em modelos nos quais o

sindicato estima o nível de vida dos seus membros (em termos de consumo) e a taxa de emprego. Surge aqui um conflito de objetivos, porque à medida que o salário antes de impostos aumenta, a procura de mão-de-obra diminui e, portanto, o número de trabalhadores diminui.

O empreendedorismo é um insumo não observável e não pode ser diretamente tributado (ou subsidiado). No entanto, a quantidade de mão de obra contratada pelo empresário é observável e pode ser tributada. Isto levanta a questão de saber se o imposto sobre a renda deve ser complementado por um imposto sobre o trabalho (ou um imposto sobre a produtividade das empresas). Compreendemos que não há necessidade de tributar o trabalho se os lucros forem tributados de forma otimizada.

Suponha que todos os trabalhadores sejam considerados igualmente produtivos e, portanto, recebam o mesmo salário por hora. Se a alíquota marginal aumenta e o nível médio permanece o mesmo (de modo que o consumo de mão de obra permanece essencialmente o mesmo), o desemprego aumenta.

O aumento do emprego por meio da divisão do trabalho baseia-se no pressuposto de que as pessoas e as horas de trabalho são substituíveis na produção, caso em que uma hora de trabalho por pessoa pode ser substituída por trabalhadores adicionais (mas não necessariamente substitutos perfeitos), enquanto cada trabalhador escolhe seu próprio trabalho de acordo com suas preferências e restrições. Neste caso, a decisão empregatícia é influenciada por fatores externos, como o aumento da tributação marginal, para que cada trabalhador decida por trabalhar menos horas.

Dathein (2015) mostra que apenas o desemprego voluntário pode justificar um imposto de renda mais progressivo. O objetivo da distribuição da riqueza é alterar a distribuição inicial de renda e capital de acordo com os desejos expressos pela sociedade. Assim, a introdução de um imposto gradual é, por exemplo, uma solução para uma distribuição mais justa da renda.

A literatura tributária empírica não fornece uma imagem clara de como a tributação da renda afeta a formação salarial ou quais os “modelos sindicais” de segmentos do mercado de trabalho que descrevem adequadamente a formação salarial. Com a ajuda de um novo estudo baseado em modelos numéricos, é possível compreender como o desemprego de equilíbrio afeta o modelo básico de tributação ótima e ter uma ideia da magnitude dos efeitos.

5.2 GESTÃO FISCAL DO SETOR PÚBLICO

O modelo básico de tributação ótima baseia-se no pressuposto de que todas as decisões relativas à arrecadação de impostos são tomadas por uma única autoridade (o governo). Na economia real, as decisões de arrecadação de impostos são tomadas a muitos níveis diferentes no setor público, e muitas vezes a mesma base tributária é utilizada a estes diferentes níveis.

Atuando na alocação de recursos, a tributação enfraquece a eficácia produtiva de todo o sistema. Mesmo com a mesma base de cálculo, as externalidades permitem prejudicar o bem-estar do setor público em graus variados.

Embora cada nível de tomada de decisão considere suas próprias restrições orçamentárias e como sua alíquota afeta sua própria base tributária, pode não haver incentivo para considerar o impacto nas receitas fiscais a outro nível. Por exemplo, o imposto federal afeta não apenas sua própria base de cálculo, mas também a sua base de cálculo municipal e estadual.

Estes efeitos diretos sobre a base de cálculo a outros níveis são chamados de externalidades verticais porque surgem de um nível, mas prejudicam ou beneficiam outro (dependendo se a externalidade é positiva ou negativa). No caso da mesma base de cálculo do imposto sobre a renda, há razões para acreditar que estas externalidades sejam negativas.

Se a oferta de trabalho diminuir devido a um aumento na taxa de juro, então um aumento da taxa de juro em um nível leva a uma diminuição no rendimento líquido em outros níveis. Kaplow (2010) afirma que ignorar a forma como a própria tributação afeta as receitas a outros níveis de decisão tende a subestimar os custos sociais marginais da geração de receitas fiscais. Mantendo-se todos os outros fatores iguais, o resultado provável é que as receitas fiscais sejam mais elevadas do que seriam se todas as decisões fiscais fossem tomadas ao mesmo nível de tomada de decisão.

A questão de como este problema de coordenação pode ser resolvido na prática foi analisada em vários estudos baseados no pressuposto de que o governo central atua como um “líder estratégico” perante os formuladores e gestores de política econômica local e/ou regional. Isto significa que o Estado age primeiro e leva em consideração como suas decisões afetam as decisões de política econômica tomadas posteriormente no nível local/regional, enquanto os tomadores de decisão locais/regionais consideram as decisões fiscais e de gastos do Estado como exógenas.

Uma forma de contabilizar as externalidades verticais – discutida por Kotsogiannis (2010) – é que toda a arrecadação de impostos ocorre em algum nível decisório, enquanto o governo central distribui as receitas entre os diferentes níveis por meio de um sistema de redistribuição dentro do setor público. Nesse caso, a externalidade é introduzida justamente porque cada arrecadação ocorre em apenas um nível. Uma alternativa é o governo federal projetar o sistema de redistribuição de renda do setor público de modo que as transferências de rendas (positivas ou negativas) pagas nos níveis de governo estadual e local dependam das externalidades que geram.

De acordo com a teoria do federalismo fiscal de Oates (2008), o governo central pode, assim, regular os incentivos político-econômicos nos níveis federal, estadual e municipal e manter a capacidade de tributar em todos os níveis, a exemplo da guerra

fiscal entendida como uma externalidade. Diferentes variações desta teoria são exploradas por Oliveira (2016) e Shah (1991), que estudam de forma prática a estrutura da matriz tributária a partir de uma perspectiva holística, que inclui não apenas a política tributária governamental, mas também a política fiscal com os incentivos à arrecadação de impostos e decisões de gastos em nível estadual e municipal.

Os subsídios estatais e outras distribuições de renda do setor público desempenham um papel importante na motivação dos formuladores e gestores de políticas fiscais e econômicas locais/regionais. Isso sugere que os sistemas tributários, os subsídios do setor público e outros sistemas distributivos devem ser projetados simultaneamente. Como isso pode ser feito da melhor maneira não é evidente, e o passo da discussão teórico-econômica conduzida acima para a implementação prática ainda está longe.

Estudos empíricos mostram que diferentes níveis do setor público influenciam as políticas fiscais e econômicas uns dos outros, e a distribuição de recursos não é ótima precisamente devido as externalidades verticais. Um próximo passo seria tentar quantificar como a falta de coordenação a diferentes níveis afeta a arrecadação e a tributação. Isto também forneceria informações importantes para futuras revisões da política fiscal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo apresentou a tributação ótima da renda centrando-se nas consequências da informação assimétrica, e discutiu o efeito dos impostos na distribuição de rendimento, que permite atingir objetivos justos com perda mínima de eficácia produtiva. Os principais resultados são mostrados a seguir.

(i) A utilização de impostos regressivos é consequência da falta de informação. Presume-se que o governo pode observar o rendimento, mas não a produtividade a nível individual, o que significa que a distribuição deve basear-se no rendimento observável e não na produtividade (não observável). Isto limita a possibilidade de distribuição porque uma pessoa com elevada produtividade pode imitar uma pessoa com baixa produtividade trabalhando menos e relatando a mesma renda que uma pessoa de baixa produtividade. Ao tributar a oferta de trabalho pelos tipos de produtividade que a tributação ameaça imitar, o incentivo por trás do comportamento imitativo pode ser neutralizado.

(ii) Para uma tributação ótima da renda, um imposto diferenciado sobre o consumo é utilizado como um instrumento tributário complementar quando ajuda a neutralizar o comportamento imitativo e aumentar a margem de distribuição. É apresentada uma regra política simples, *ceteris paribus*, escolher um imposto relativamente alto sobre bens que não relacionados ao lazer. A intuição é que no modelo a única coisa que distingue um potencial imitador de um indivíduo de baixa produtividade é que o imitador (que é mais produtivo) passa mais tempo livre. São delineadas regras de política fiscal semelhantes, uma vez que o imposto sobre o rendimento do capital também pode ser utilizado em adição ao imposto sobre o rendimento do trabalho. A chave aqui é a relação entre lazer e poupança.

(iii) No que diz respeito à disposição da tabela de impostos, existem dois resultados típicos na literatura: a taxa marginal diminui com o rendimento e a tabela de impostos tem a forma de U . Para uma função de bem-estar utilitarista, os resultados mostram uma tabela de impostos ótima em forma de U dentro das faixas de renda onde está a maioria das pessoas. Na função de bem-estar individual rawlsiana, a renda é marginalmente tributada, mas estes resultados devem ser interpretados com cautela.

(iv) O desemprego de equilíbrio resultante da concorrência imperfeita no mercado de trabalho (que ocorre de forma não intencional) pode justificar um imposto sobre o rendimento mais progressivo. O aumento da tributação progressiva reduziria intuitivamente os salários, o que, por sua vez, levaria a novos empregos. No entanto, existem lacunas significativas no efeito da incorporação do desemprego involuntário, na descentralização dos modelos fiscais e no efeito da tributação na formação de salários e no emprego em diferentes áreas do mercado de trabalho.

(v) O modelo básico de tributação ótima assume que o bem-estar individual é determinado apenas pelo seu próprio consumo e lazer, e não por quanto os outros gastam. No entanto, existem boas razões para esta suposição, uma vez que existem provas empíricas suficientes de que o consumo relativo (em comparação com outros) também afeta o bem-estar individual. Os padrões relativos de despesa podem ter implicações significativas para a política fiscal. Um motivo de taxa de correção é adicionado para justificar uma taxa de margem mais alta do que o modelo base. Além disso, os resultados mostram que os padrões de consumo relativo podem levar a uma tributação mais progressiva.

(vi) O modelo básico de tributação ótima baseia-se no fato de que todas as decisões de política fiscal serem tomadas pelo governo. Na economia real, as decisões de arrecadação de impostos são tomadas a muitos níveis diferentes no setor público e, mesmo nesses diferentes níveis, é frequentemente utilizada a mesma base tributária. Em termos de política fiscal, isso é importante, porque cada nível individual pode não considerar que sua arrecadação também afeta a base tributária dos outros níveis. Isto leva a externalidades que o Estado pode internalizar, por exemplo, ajustando os incentivos políticos econômicos estaduais e municipais por meio do sistema de apoio estatal.

O planejamento da matriz tributária visa uma pura distribuição de renda ao maximizar a função de bem-estar social enquanto decide os gastos dos governos estaduais e municipais e arrecada certa quantia de receita tributária. Isto significa que os sistemas tributários e os sistemas distributivos do setor público se complementam e, portanto, devem ser concebidos simultaneamente.

Embora a discussão sobre a teoria da tributária ótima deva ocorrer no âmbito da eficácia produtiva e da equidade distributiva, a pesquisa sobre a otimização tributária continua no contexto do desenvolvimento tecnológico, ao nível de desenvolvimento econômico, à competição tributária internacional, aos fluxos de capital e aos fatores ambientais. Em cada caso, discutimos os estágios iniciais da literatura sobre economia comportamental e as suas implicações para a política fiscal.

Embora este artigo apresente a tributação ótima, a interface entre a economia comportamental e as finanças públicas é mais ampla. Uma extensa literatura mostra que algumas pessoas sofrem de problemas de autocontrole e, portanto, tendem a tomar decisões de curto prazo que não fazem sentido no longo prazo. Isto constitui um incentivo para futuras investigações abordarem os limites e contradições da teoria tributária ótima: contabilizar os efeitos macroeconômicos da distribuição do rendimento, garantindo assim a complementaridade entre as funções redistributiva e estabilizadora.

Data de Submissão: 19/03/2023

Data de Aprovação: 14/11/2024

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo e Profa. Dra. Hirdan Katarina de Medeiros Costa

Assistentes Editoriais: Damião Benilson Gomes de Melo e Jennifer Pinheiro

REFERÊNCIAS

ALESINA, Alberto; GIULIANO, Paola. Preferences for redistribution. In: **Handbook of social economics**. North-Holland, 2011. p. 93-131. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/B978-0-444-53187-2.00004-8> Acessado em: 31 jan. 2023.

ATKINSON, Anthony Barnes; STIGLITZ, Joseph E. The design of tax structure: direct versus indirect taxation. **Journal of Public Economics**, v. 6, n. 1-2, p. 55-75, 1976. Disponível em: [https://doi.org/10.1016/0047-2727\(76\)90041-4](https://doi.org/10.1016/0047-2727(76)90041-4) Acessado em: 23 jan. 2023.

BELEAU, Aurélien. Théorie de la taxation optimale et politique de stabilisation: une incompatibilité théorique?. **CES Working Papers**, documents de travail du Centre d'Economie de la Sorbonne - 2013.59, juin 2013. Disponível em: <https://rb.gy/z2j> Acessado em: 28 mar. 2023.

BIRD, Richard M.; ZOLT, Eric M. Redistribution via taxation: The limited role of the personal income tax in developing countries. **UCLA Law Review**, v. 52, p. 1627-1696, 2005. Disponível em: <https://is.gd/CLL6ES> Acessado em: 13 fev. 2023.

BOADWAY, Robin; KEEN, Michael. Public goods, self-selection and optimal income taxation. **International Economic Review**, p. 463-478, 1993. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/2527177> Acessado em: 10 fev. 2023.

BOADWAY, Robin; MARCHAND, Maurice; PESTIEAU, Pierre. Optimal linear income taxation in models with occupational choice. **Journal of Public Economics**, v. 46, n. 2, p. 133-162, 1991. Disponível em: [https://doi.org/10.1016/0047-2727\(91\)90001-I](https://doi.org/10.1016/0047-2727(91)90001-I) Acessado em: 13 mar. 2023.

BRITO, Alessandra Scalioni. Efeitos esperados pela teoria econômica de políticas de transferência de renda sobre o mercado de trabalho. **Texto para Discussão nº 43**, maio 2011. Disponível em: <https://bit.ly/3cColYz> Acessado em: 22 jul. 2022.

CASTRO, Fábio Avila de; BUGARIN, Maurício Soares. A progressividade do imposto de renda da pessoa física no Brasil. **Estudos Econômicos (São Paulo)**, v. 47, p. 259-293, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0101-416147222fcm> Acessado em: 30 mar. 2023.

DATHEIN, Ricardo. Teorias econômicas e políticas contra o desemprego. **Pesquisa & Debate** – Revista do Programa de Estudos Pós-Graduados em Economia Política, v. 16, n. 1 (27), 2005. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/rpe/article/view/11892> Acessado em: 10 fev. 2023.

DELGADO, Joedson de Souza; BASSO, Ana Paula. A tributação ótima sobre a renda estruturada com os impostos especiais de consumo. **Revista Direito Mackenzie**, v. 16, n. 1, 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.5935/2317-2622/direitomackenzie.v16n115492> Acessado em: 20 jul. 2022.

DRÈZE, Jacques H. Salaires, emploi et durée du travail. **Recherches Économiques de Louvain / Louvain Economic Review**, v. 45, n. 1, p. 17-34, 1979. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/40723578> Acessado em: 12 jan. 2023.

FACHIN, Laura Stéfeno. Eficiência e Equidade: uma análise do direito tributário brasileiro na perspectiva da tributação ótima. **Revista Pensamento Jurídico**, v. 13, n. 2, 2019. Disponível em: <https://rb.gy/oob> Acessado em: 28 mar. 2023.

FARHI, Emmanuel; GABAIX, Xavier. Optimal taxation with behavioral agents. **American Economic Review**, v. 110, n. 1, p. 298-336, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1257/aer.20151079> Acessado em: 20 jul. 2022.

FERNANDES, Rodrigo Cardoso; CAMPOLINA, Bernardo; SILVEIRA, Fernando Gaiger. Imposto de renda e distribuição de renda no Brasil. **Texto para discussão 2449**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: Rio de Janeiro: Ipea, fevereiro de 2019. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/9136> Acessado em: 30 mar. 2023.

GRILLI, Vittorio; MASCIANDARO, Donato; TABELINI, Guido. Political and monetary institutions and public financial policies in the industrial countries. **Economic Policy**, volume 6, issue 13, 1 October 1991, pages 341–392, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/1344630> Acessado em: 25 jul. 2022.

GUIMARÃES, Nadya Araujo. Por uma sociologia do desemprego. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 17, p. 104-121, 2002. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-69092002000300007> Acessado em: 12 jan. 2023.

HEATHCOTE, Jonathan; STORESLETTEN, Kjetil; VIOLANTE, Giovanni L. Optimal progressivity with age-dependent taxation. **Journal of Public Economics**, v. 189, p. 104074, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.jpubeco.2019.104074> Acessado em: 31 jan. 2023.

HOMBURG, Stefan. The optimal income tax: Restatement and extensions. **Public Finance Analysis**, vol. 58, n. 4, p. 363-395, 2001. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/40912975> Acessado em: 10 jan. 2023.

KANBUR, Ravi; KEEN, Michael; TUOMALA, Matti. Optimal non-linear income taxation for the alleviation of income-poverty. **European Economic Review**, v. 38, n. 8, p. 1613-1632, 1994. Disponível em: [https://doi.org/10.1016/0014-2921\(94\)90030-2](https://doi.org/10.1016/0014-2921(94)90030-2) Acessado em: 12 jan. 2023.

KANCZUK, Fabio. Juros reais e ciclos reais brasileiros. **Revista Brasileira de Economia**, v. 56, p. 249-267, 2002. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0034-71402002000200003> Acessado em: 30 mar. 2023.

KAPLOW, Louis. **The theory of taxation and public economics**. Princeton University Press, 2010.

KOTSOGIANNIS, Christos. Federal tax competition and the efficiency consequences for local taxation of revenue equalization. **International Tax and Public Finance**, v. 17, p. 1-14, 2010. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s10797-008-9094-8> Acessado em: 31 jan. 2023.

LI, Jinlu; LIN, Shuanglin; ZHANG, Congjun. Skill distribution and the optimal marginal income tax rate. **Economics Letters**, v. 118, n. 3, p. 515-518, 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.econlet.2012.12.022> Acessado em: 13 jan. 2023.

LISTOKIN, Yair. Equity, efficiency, and stability: The importance of macroeconomics for evaluating income tax policy. **Yale Journal on Regulation**, v. 29, ed. 1, p. 45-89, 2012. Disponível em: <https://www.proquest.com/docview/927710566> Acessado em: 10 fev. 2023.

MIRRLEES, J. A. An exploration in the theory of optimum income taxation. **Review of Economic Studies**, Oxford, v. 38, n. 2, p.

175-208, apb. 1971. Disponível em: <https://bit.ly/3zuJXAQ> Acessado em: 20 jul. 2022.

MUSGRAVE, R. M. **Theory of Public Finance** – A Study in Public Economy. New York: McGraw Hill, 1959.

OATES, Wallace E. On the evolution of fiscal federalism: Theory and institutions. **National tax journal**, v. 61, n. 2, p. 313-334, 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.17310/ntj.2008.2.08> Acessado em: 1º fev. 2023.

OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. **Temas de federalismo fiscal brasileiro**. 1 ed. Rio de Janeiro: Gramma, 2016.

PIKETTY, Thomas. **A economia das desigualdades**. Leya, 2018.

PIRTTILÄ, Jukka; TUOMALA, Matti. On optimal non-linear taxation and public good provision in an overlapping generations economy. **Journal of Public Economics**, v. 79, n. 3, p. 485-501, 2001. Disponível em: [https://doi.org/10.1016/S0047-2727\(99\)00105-X](https://doi.org/10.1016/S0047-2727(99)00105-X) Acessado em: 31 jan. 2023.

PISSARIDES, Christopher A. Trade unions and the efficiency of the natural rate of unemployment. **Journal of Labor Economics**, v. 4, n. 4, p. 582-595, 1986. Disponível em: <https://doi.org/10.1086/298111> Acessado em: 20 jul. 2022.

RÄSÄNEN, Mika; RUUSUNEN, Jukka; HÄMÄLÄINEN, Raimo P. Optimal tariff design under consumer self-selection. **Energy Economics**, v. 19, n. 2, p. 151-167, 1997. Disponível em: [https://doi.org/10.1016/S0140-9883\(96\)01003-1](https://doi.org/10.1016/S0140-9883(96)01003-1) Acessado em: 28 mar. 2023.

SEN, Amartya. **Desigualdade reexaminada**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Record, 2008

SHAH, Anwar. **The new fiscal federalism in Brazil**. Washington, DC: World Bank, 1991. Disponível em: <https://is.gd/jmrIrK> Acessado em: 1º fev. 2023.

SIEBERT, Horst. Labor market rigidities: at the root of unemployment in Europe. **Journal of Economic Perspectives**, v. 11, n. 3, p. 37-54, 1997. Disponível em: <https://doi.org/10.1257/jep.11.3.37> Acessado em: 12 jan. 2023.

SILVA, Laércio Damiane Cerqueira da; OLIVEIRA, Bruno Bastos de. Estudo sobre o efeito líquido da incidência do ICMS e IRPF na distribuição de renda no estado de Pernambuco. **Direito**

Tributário e suas repercussões socioeconômicas/ Ana Paula Basso e André Luna (org). Andradina: Meraki, 2022.

SOLOW, Robert M. Peut-on recourir à la politique budgétaire? Est-ce souhaitable? **Revue de l'OFCE**, n. 4, p. 7-24, 2002. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-de-l-ofce-2002-4-page-7.htm> Acessado em: 10 fev. 2023. 2022.

STIGLITZ, Joseph E. Self-selection and Pareto efficient taxation. **Journal of Public Economics**, volume 17, Issue 2, March 1982, Pages 213-240. Disponível em: [https://doi.org/10.1016/0047-2727\(82\)90020-2](https://doi.org/10.1016/0047-2727(82)90020-2) Acessado em: 22 jul. 2022.

STILLER, Wojciech. Designing and Displaying the Income Tax Scale under Progressivity. **Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska, Sectio H Oeconomia**, v. 51, n. 4, p. 289-302, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.17951/h.2017.51.4.289> Acessado em: 7 fev. 2023.

ULYSSEA, Gabriel. Informalidade no mercado de trabalho brasileiro: uma resenha da literatura. **Revista de Economia Política**, vol. 26, n. 4, dez. 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0101-31572006000400008> Acessado em: 12 jan. 2023.

VALENÇA JÚNIOR, Francelino das Chagas. **A matriz tributária brasileira**: comparações entre a carga de tributos do Brasil com os países membros da OCDE. Orientador: Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, Coorientador: Cleucio Santos Nunes. 2020, 159f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Mestrado em Direito, Centro Universitário de Brasília (CEUB), Brasília, 2020. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/prefix/15798> Acessado em: 28 jul. 2022.

VILLAS-BÔAS, Marcos de Aguiar. A teoria da tributação ótima aplicada ao sistema brasileiro: parte 3 – o trabalho de Peter Diamond e James Mirrlees. **Direito UNIFACS – Debate Virtual**, n. 183, 2015. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3882/2653> Acessado em: 20 mar. 2023.

ZANITELLI, Leandro Martins. A democracia de cidadãos proprietários em Rawls: análise crítica acerca de diferentes interpretações. **Praxis Filosófica**, n. 42, p. 107-130, 2016. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/pafi/n42/n42a05.pdf> Acessado em: 20 mar. 2023.

Optimal Taxation of Consumption and Income: Analysis of Tax Policy

Joedson de Souza Delgado

Ana Paula Basso

Abstract: The study of optimal income taxation occurred in the 1970s in the work of British economist J. A. Mirrlees, who observed the impact of taxation on employment. He emphasizes that people rationally determine the amount and type of work they do, maximize their utility, and adopt common welfare biases. The objective proposed here is to analyze the effect of taxes on the distribution of income and consumption as part of fiscal policy instruments. To this end, the research highlights the need to critically reflect on factors that shape optimal taxation on consumption and income. The field of study is government policy, which includes bibliographical research with a legal and economic focus, as well as analytical and descriptive research aimed at finding effective models of tax matrices. The conclusion is that optimal taxation should be seen as a guide that brings political actions closer to theoretical models and adapts them to the reference socioeconomic situation.

Keywords: Distributive equity. Productive efficiency. Fiscal policy. Optimal taxation.

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2023v22n50.66469>

Conteúdo sob licença *Creative Commons*: [Attribution-NonCommercial-NoDerivative 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/) (CC BY-NC-ND 4.0)

