

IJDL

International Journal of DIGITAL LAW

IJDL – INTERNATIONAL JOURNAL OF DIGITAL LAW



Editor-Chefe

Prof. Dr. Emerson Gabardo, Pontifícia Universidade Católica do Paraná e
Universidade Federal do Paraná, Curitiba – PR, Brasil

Editores Associados

Prof. Dr. Alexandre Godoy Dotta, Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar, Curitiba – PR, Brasil

Prof. Dr. Juan Gustavo Corvalán, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

Editores Adjuntos

Ms. Fábio de Sousa Santos, Faculdade Católica de Rondônia, Porto Velho-RO, Brasil

Ms. Lucas Bossoni Saikali, Universidade Federal do Paraná, Curitiba-PR, Brasil

Conselho Editorial

- Prof. Dr. André Saddy**, Universidade Federal Fluminense, Niterói, Brasil
Profª Drª Annappa Nagarathna, National Law School of India, Bangalore, Índia (Presidente)
Profª Drª Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Brasil
Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem, Pontifícia Universidade Católica do Paraná e Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Brasil
Profª Drª Diana Carolina Valencia Tello, Universidad del Rosario, Bogotá, Colômbia
Prof. Dr. Endrius Cocciolo, Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, Espanha
Profª Drª Eneida Desiree Salgado, Universidade Federal do Paraná, Brasil
Prof. Dr. Fabrício Motta, Universidade Federal de Goiás, Goiânia, Brasil
Profª Drª Irene Bouhadana, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Paris, França
Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Brasil
Profª Drª Luísa Cristina Pinto e Netto, University of Utrecht, Utrecht, Holanda
Prof. Dr. Mohamed Arafa, Alexandria University, Alexandria, Egito
Profª Drª Obdulía Taboada Álvarez, Universidad de A Coruña, A Coruña, Espanha
Profª Drª Sofia Ranchordas, University of Groningen, Holanda
Profª Drª Vivian Cristina Lima Lopez Valle, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, Brasil
Prof. Dr. William Gilles, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Paris, França
Profª Drª Lyria Bennett Moses, University of New South Wales, Kensington, Austrália

Conselho Especial de Pareceristas

- Prof. Dr. Álvaro Sánchez Bravo**, Universidad de Sevilla, Sevilla, Espanha
Profª Drª Aline Sueli de Salles Santos, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, Tocantins
Profª Drª Carolina Zancaner Zockun, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, Brasil
Profª Drª Caroline Müller Bitencourt, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, Brasil
Profª Drª Catarina Botelho, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, Portugal
Profª. Dra. Cynara Monteiro Mariano, Universidade Federal do Ceará, Brasil
Profª Drª Denise Bittencourt Friedrich, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, Brasil
Prof. Dr. Eurico Bitencourt Neto, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Brasil
Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil
Prof. Dr. Fábio Lins Lessa Carvalho, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, Brasil
Prof. Dr. Fernando Leal, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, Brasil
Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira, Universidade de São Paulo, São Paulo, Brasil
Profª Drª Irene Patrícia Nohara, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, Brasil
Prof. Dr. Janriê Rodrigues Reck, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, Brasil
Prof. Dr. Josep Ramon Fuentes i Gasó, Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, Espanha
Prof. Dr. Justo Reyna, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fé, Argentina
Profª Drª Lígia Melo de Casimiro, Professora adjunta de Direito Administrativo Universidade Federal do Ceará, Brasil
Prof. Dr. Luiz Alberto Blanchet, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, Brasil
Profª Drª Marcia Carla Pereira Ribeiro, Pontifícia Universidade Católica do Paraná e Universidade Federal do Paraná
Prof. Dr. Mário André Machado Cabral, Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, Brasil
Prof. Dr. Maurício Zockun, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, Brasil
Prof. Dr. Rafael Valim, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, Brasil
Prof. Dr. Ricardo Marcondes Martins, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, Brasil
Prof. Dr. Rodrigo Valgas, Universidade Federal de Santa Catarina
Prof. Dr. Ronaldo Ferreira de Araújo, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, Alagoas

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

FORUM

Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Rua Paulo Ribeiro Bastos, 211 – Jardim Atlântico – CEP 31710-430
Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: (31) 99412.0131
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

IN61 International Journal of Digital Law – IJDL. – ano 1, n. 1
(abr. 2020) – Belo Horizonte: Fórum, 2020-

Quadrimestral; Publicação eletrônica
ISSN: 2675-7087

1. Direito. 2. Direito Digital. 3. Teoria do Direito. I. Fórum.

CDD: 340.0285
CDU: 34.004

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira

Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Sumário

Contents

EDITORIAL.....	7
<i>EDITORIAL.....</i>	9
Cadastros disciplinados na Lei de Combate à Corrupção	
<i>Registers governed by the Brazilian Clean Company Act</i>	
Ricardo Marcondes Martins	11
1 Breve introdução	12
2 Cadastro Nacional de Empresas Punidas: CNEP	12
2.1 Crítica à denominação	13
2.2 Conteúdo do cadastro	13
2.3 Portal do cadastro	14
2.4 Finalidade do cadastro e interpretação dela decorrente	15
2.5 Pressupostos para inserção no cadastro.....	18
2.6 Exclusão do cadastro	18
2.7 Comunicação à pessoa jurídica cadastrada	20
3 Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspeitas: CEIS	20
3.1 Finalidade do CEIS	22
3.2 Finalidade do art. 23 da Lei nº 12.846/13.....	25
4 Conclusões.....	26
Transformación digital de la Administración Pública. Avances y desafíos en el uso de la tecnología	
<i>Digital transformation of the public administration. Progress and challenges in the use of technology</i>	
Jaime Andrés Villacreses Valle	31
1 Introducción.....	32
2 Las tecnologías como instrumento de mejora de la gestión, respuesta y efectividad de las Administraciones Públicas	32
3 La implementación de la Administración Electrónica.....	34
4 Administración electrónica, procedimiento administrativo y su regulación en Ecuador.....	42
5 Teletrabajo	46
6 Competencias digitales y empleo público	47
7 Hacia la Administración Pública Inteligente	50
8 Inteligencia artificial y su impacto en el empleo público.....	53
9 Reflexiones finales	54

Estudos sobre a vigilância: do panóptico ao *big-other*

Studies on surveillance: from the panopticon to the big-other

Ana Cristina Aguiar Viana, Thiago Gomes Marcilio	59
1 Introdução	60
2 Mapeamento dos estudos da vigilância.....	61
3 Primeiro estágio dos estudos sobre vigilância: perspectiva moderna e o panóptico	63
4 Segundo estágio dos estudos da vigilância: o pós-moderno, as redes e o di-viduo	67
5 Terceiro estágio dos estudos da vigilância: impactos das novas tecnologias	71
5.1 A vigilância participativa e a sob vigilância.....	73
5.2 Os dados enquanto matéria-prima da vigilância	76
6 Considerações finais	81

La construcción de los derechos digitales bajo el régimen de la soberanía del Estado digital

The construction of digital rights under the regime of the sovereignty of the digital State

Nancy Nelly González Sanmiguel	85
1 La conceptualización de la soberanía del Estado dentro del derecho digital.....	86
2 La soberanía bajo el parámetro del derecho digital.....	88
3 Intermediación de accesibilidad del Estado al espacio virtual	91
4 La publicación de los servicios públicos	95
5 Conclusión.....	97

Nuevas tecnologías y buena Administración Pública

New technologies and good Public Administration

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz	101
1 Introducción.....	102
2 La buena administración en la Carta Europea de los Derechos Fundamentales de Diciembre de 2000.....	105
3 La buena administración en la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes de los Ciudadanos frente a la Administración Pública de Octubre de 2013.....	111
4 Ética, tecnologías y buena administración	116
5 Reflexión conclusiva	118

Razão ou esfera pública: uma proposta teórica de transparência para as decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal

Reason or public sphere: a theoretical proposal of transparency for the judicial decisions of the Brazilian Supreme Court

Wagner Vinícius de Oliveira	121
1 Introdução	122
2 A proposta de razão pública, segundo John Rawls.....	125
3 Posicionando a esfera pública segundo Jürgen Habermas	131
4 Conclusão	138

A destinação da receita de infoprodutos após a morte de seu titular

The destination of the revenue from infoproducts after the death of its owner

Ivan Guimarães Pompeu, Italo Nogueira de Moro Sergio Milanez Gomes	141
1 Introdução	142
2 Bens digitais.....	144
3 Direito Sucessório	150
3.1 A morte do titular dos bens digitais e a herança digital.....	151
4 A destinação da receita de infoprodutos após a morte do titular	154
5 Considerações finais	156

Administração Pública como consumidora e a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos administrativos de Tecnologia da Informação

Public administration as a consumer and the applicability of the consumer protection code to information technology administrative contracts

Rafaella Queiroz Del Rei Conversani, Tais Macedo de Brito Cunha, Rod Daniel Gomes ...	159
1 Introdução	160
2 Definição de consumidor como pilar que sustenta a tutela especial do CDC	161
3 Estado como consumidor	163
3.1 Administração Pública como destinatária final	164
3.2 Jurisprudência do STJ	165
4 Vulnerabilidade da Administração Pública nos contratos de Tecnologia da Informação e a insuficiência das cláusulas exorbitantes nos contratos de Tecnologia da Informação.....	167
5 Considerações finais	171

SOBRE A REVISTA	173
------------------------------	-----

DIRETRIZES PARA AUTORES	175
--------------------------------------	-----

Condições para Submissões	181
---------------------------------	-----

Política de Privacidade	182
-------------------------------	-----

<i>Author Guidelines</i>	185
--------------------------------	-----

Conditions for submissions	191
----------------------------------	-----

Privacy statement	192
-------------------------	-----

EDITORIAL

Chegamos ao nono número da *International Journal of Digital Law*. É uma satisfação poder ver a evolução do projeto, com a consolidação da revista no âmbito profissional e acadêmico. A IJDL, mesmo sendo um periódico iniciante, já é uma das revistas mais citadas na área, confirme as métricas do Google.

A tendência da IJDL tem sido tratar de temas novos e variados dentro do espectro do Direito Digital, tanto público como privado. Neste número temos a tratativa do combate à corrupção, da transformação digital, da sociedade de vigilância, dos direitos digitais, da boa administração pública, da transparência das decisões judiciais, dos infoprodutos e da aplicação do CDC aos contratos administrativos de tecnologia da informação.

Como sempre, reitero meus agradecimentos à Editora Fórum pelo apoio incondicional ao projeto e pela primorosa editoração da revista.

Emerson Gabardo
Editor-chefe da IJDL

EDITORIAL

We reached the ninth issue of the International Journal of Digital Law. It is a pleasure to see the evolution of the project, with the consolidation of the journal in the professional and academic scope. The IJDL, even though it is a beginner journal, is already one of the most cited journals in the area, confirming Google's metrics.

The tendency of the IJDL has been to deal with new and varied themes within the spectrum of Digital Law, both public and private. In this issue, we deal with the fight against corruption, digital transformation, surveillance society, digital rights, good public administration, transparency of judicial decisions, info products and the application of the CDC to administrative information technology contracts.

As always, I reiterate my thanks to Editora Fórum for the unconditional support of the project and the exquisite editing of the journal.

Emerson Gabardo
IJDL Editor in Chief

Cadastros disciplinados na Lei de Combate à Corrupção

Registers governed by the Brazilian Clean Company Act

Ricardo Marcondes Martins*

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo, São Paulo, Brasil)
ricmarconde@uol.com.br
<https://orcid.org/0000-0002-4161-9390>

Recebido/Received: 27.09.2022/ September 27th 2022

Aprovado/Approved: 19.12.2022/ December 19th 2022

Resumo: Este estudo tem por objeto os cadastros previstos nos artigos 22 e 23 da Lei de Combate à Corrupção – LCC (Lei nº 12.846/13): o Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP e o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspeitas – CEIS. A disciplina de ambos apresenta uma série de questões jurídicas tormentosas. O acesso ao CNEP deve ser restrito para que haja coerência com a previsão da sanção de publicação extraordinária e de seu eventual afastamento pelo acordo de leniência. A permanência mínima no cadastro é de cinco anos, tendo em vista a previsão legal de reincidência. A imposição de sanções da LCC exige a fixação expressa do prazo máximo de manutenção no CNEP, respeitado o prazo mínimo de cinco anos, caso não haja, após o prazo mínimo, a exclusão da empresa por reabilitação. A inserção no CEIS não implica automática proibição de participar de licitação e de ser contratado pelo Poder Público, tendo em vista as diferentes abrangências das sanções de suspensão temporária e da declaração de inidoneidade. A LCC não prevê a sanção de proibição de participação de licitação e de contratação pelo poder público, sendo o art. 23 uma autêntica norma heterotópica.

Palavras-chave: Combate à corrupção. Suspensão temporária e declaração de inidoneidade para participar de licitação. Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP. Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspeitas – CEIS.

Como citar esse artigo/*How to cite this article:* MARTINS, Ricardo Marcondes. Cadastros disciplinados na Lei de Combate à Corrupção. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, vol. 3, n. 3, p. 11-30, set./dez. 2022. DOI: 10.47975/digital.law.vol.3.n.3.martins.

* Professor na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo, São Paulo, Brasil). Doutor em Direito do Estado, Subárea de Direito Administrativo, pela PUC-SP (2011). Mestre em Direito do Estado, Subárea de Direito Administrativo, pela PUC-SP (2007). Professor do curso de graduação e pós-graduação *stricto sensu* em Direito da PUC-SP – Núcleo Direito Administrativo. Diretor especial de Comissões Temáticas do Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos da Infraestrutura (IBEJI). Vice-Presidente do Conselho Curador da Escola Superior de Direito Municipal (ESDM-SP). Coordenador da Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura (RDAI), da Revista Brasileira de Infraestrutura (RBINF) e da Revista Internacional de Direito Público (RIDP). Líder do Grupo de Pesquisa “Ponderação no direito administrativo e contrafações administrativas”, credenciado pela PUC-SP e registrado no CNPq. Procurador do Município de São Paulo. Advogado em São Paulo. E-mail: ricmarconde@uol.com.br.

Abstract: This study is intended to analyze the registers prescribed by Articles 22 and 23 of the Brazilian Clean Company Act (or Brazilian Anti-Corruption Law, no. 12846/2013): the National Registry of Sanctioned Companies – CNEP and the National Registry of Disreputable and Suspicious Companies (CEIS). The legal framework of both presents a series of controversial legal issues. Access to the CNEP should be restricted in order to preserve consistency with the penalty of extraordinary publication and of its possible cancellation under any leniency agreement. The minimum period of time required to remain listed in the registry is five years, considering the legal provision of recidivism. The imposition of sanctions under the LCC requires the explicit prescription of the maximum period of maintenance in the CNEP, subject to the minimum period of five years, unless the company is excluded after the minimum period by rehabilitation. The listing in the CEIS does not imply automatic prohibition to participate in bidding processes and to enter into contracts with Public Authorities, in view of the different scopes reached by the sanctions of temporary suspension and declaration of disreputable status. The LCC has no provision stipulating prohibition to participate in bidding processes and to enter into contracts with the public administration, considering that Article 23 constitutes an authentic “two-function rule”, which provides for both substantive and procedural law.

Keywords: Anticorruption. Temporary suspension and declaration of disreputable status to participate in bidding processes. National Registry of Sanctioned Companies – CNEP. National Registry of Disreputable and Suspicious Companies – CEIS.

Sumário: 1 Breve introdução – 2 Cadastro Nacional de Empresas Punidas: CNEP – 3 Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspeitas: CEIS – 4 Conclusões – Referências

1 Breve introdução

O art. 22 da Lei nº 12.846/13 (Lei de Combate à Corrupção – LCC, também chamada de Lei Anticorrupção – LA) criou o Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP; o art. 23 do mesmo diploma criou o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspeitas – CEIS. Raras as leis brasileiras que foram objeto de tantos comentários como o foi a LCC; já se publicaram mais de dez livros de comentários aos seus dispositivos. Apesar disso, boa parte de seus temas ainda não obteve respostas científicas satisfatórias. Este estudo tem por objeto as questões referentes aos dois Cadastros, instituídos nos artigos 22 e 23. Examina-se, em relação aos referidos cadastros, uma série de problemas jurídicos, ainda não adequadamente enfrentados pela doutrina especializada.

2 Cadastro Nacional de Empresas Punidas: CNEP

O art. 22 da Lei nº 12.846/13 cria um cadastro exclusivo para o sistema de responsabilização nela estabelecido e denomina-o Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP. Toda empresa punida, seja com as penas de multa e/ou publicação extraordinária – previstas nos incisos I e II do art. 6º da LCC, que podem ser impostas na instância administrativa e, na omissão da Administração, na instância jurisdicional –, seja com as penas de perdimento de bens, direitos ou

valores, suspensão ou interdição de suas atividades, dissolução compulsória ou proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas – previstas nos incisos I a IV do art. 19 da LCC, que podem ser impostas apenas na instância jurisdicional –, deve ser cadastrada no CNEP. Por força do §3º do art. 22 são cadastradas também as empresas que celebrarem acordo de leniência, nos termos do art. 16 da LCC. Sendo um cadastro exclusivo do sistema da Lei nº 12.846/2013, que tem por objeto a responsabilização de pessoas jurídicas pela prática dos atos de corrupção arrolados em seu art. 5º, não se admite o cadastro de pessoas físicas.

2.1 Crítica à denominação

A denominação é passível de crítica, pois gera confusão com o *Cadastro Nacional dos Entes Públicos* – CNEP, criado pela Resolução nº 76/2009 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, cadastro esse que tem por objetivo facilitar a identificação de entes públicos demandantes e demandados no Judiciário.² Sendo esse cadastro anterior ao CNEP criado pelo art. 22, deveria o legislador federal ter atribuído outra sigla. Como não o fez, diante da hierarquia das fontes normativas, é recomendável ao CNJ que altere a denominação do cadastro instituído pela referida Resolução nº 76/2009.

2.2 Conteúdo do cadastro

Por força do §2º do art. 22 ora comentado, deve constar do cadastro: a) a razão social da empresa punida ou que celebrou acordo de leniência, bem como seu número de inscrição no CNPJ (inciso I do §2º); b) o tipo de sanção (inciso II do §2º); c) a data da aplicação e, quando for o caso, a data inicial e a data final da vigência do efeito limitador ou impeditivo da sanção (inciso III do §2º). O inciso III do §2º não prevê expressamente a inserção da data inicial da vigência do efeito limitador ou impeditivo, mas, por interpretação, é possível supor que o exige. O inciso VI do art. 46 do Decreto nº 8.420/15, regulamentador da Lei nº 12.846/13, tornou a exigência expressa.

A sanção jurisdicional de proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos, prevista no inciso IV do art. 19, dá-se pelo prazo de 1 a 5 anos, prazo fixado pelo magistrado na dosimetria da pena. Logo, se for aplicada essa sanção, deve ser registrada no cadastro a data inicial e a data final da vigência do efeito impeditivo. A sanção de suspensão ou interdição parcial de atividades,

² O castrado é acessado no site: <http://www.cnj.jus.br/radio-cnj/575-acoes-e-programas/programas-de-a-a-z/pesquisas-judiciarias/16975-cadastro-nacional-de-entes-publicos-cnep>. Acesso em: 16 mar. 2019.

estabelecida no inciso II do art. 19, apesar da falta de previsão legal expressa, também pode ser limitada no tempo. Se o for, a data final do efeito limitador deve ser inserida no cadastro.

Por força do art. 46 do Decreto Federal nº 8.420/15 também devem ser incluídos no cadastro, sem prejuízo de outros dados a serem estabelecidos pela Controladoria-Geral da União: d) a fundamentação legal da sanção; e) o número do processo no qual está fundamentada a sanção; f) o nome do órgão ou entidade sancionadora; f) quando aplicada a sanção de multa, o respectivo valor. Por força dos §§3º e 4º do art. 22 da Lei nº 12.846/13, devem, também, constar do cadastro: g) as informações sobre o acordo de leniência celebrado; e h) as informações sobre o descumprimento do acordo de leniência.

2.3 Portal do cadastro

O cadastro é mantido pela Controladoria-Geral da União – CGU e seu acesso é restrito aos entes públicos. O §1º do art. 22 da Lei de Combate à Corrupção criou para todos os órgãos e entes públicos que apliquem as sanções nela previstas a obrigação de informar e manter o cadastro atualizado. É discutível a possibilidade de a União estabelecer essa obrigatoriedade às demais entidades federativas. Na verdade, o dispositivo legal estabelece mais uma *exortação* do que propriamente uma *determinação*, pois, caso a entidade federativa descumpra o comando, não fica sujeita a qualquer consequência jurídica. Se, por exemplo, a multa prevista no inciso I do art. 6º da LCC foi imposta pela Prefeitura “X” ou pelo Estado “Y”, *recomenda-se* ao respectivo ente que cadastre a imposição no CNEP. Caso a imposição dê-se pela via jurisdicional, *recomenda-se* ao órgão jurisdicional efetuar o cadastro ou oficiar ao Executivo para que o faça.

A CGU unificou o CNEP com o *Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas* – CEIS, previsto no art. 23 da LCC.³ O sistema está disponível no sítio <http://www.ceiscadastro.cgu.gov.br>. Ambos foram disciplinados pela Instrução Normativa nº 2, de 7 de abril de 2015, da CGU. Nos termos do art. 5º da Resolução, as informações constantes dos cadastros são divulgadas no Portal da Transparência do Governo Federal, disponível no sítio <http://www.portaltransparencia.gov.br/ceis/>. Pelo que se extrai dos sites, o acesso ao cadastro é *restrito* aos órgãos públicos, mas o acesso ao portal de transparência é aberto a todos os administrados.

³ O acesso dá-se no site: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/sistema-integrado-de-registro-do-ceis-cnep>. Acesso em: 16 mar. 19.

2.4 Finalidade do cadastro e interpretação dela decorrente

O direito à *imagem*, seguindo a classificação proposta por Luiz Alberto David Araujo, desdobra-se em: a) *imagem-retrato*, decorrente da expressão física do indivíduo, protegida pelo inciso X do art. 5º da CF/88; b) *imagem-atributo*, decorrente das características apresentadas socialmente por determinado indivíduo, protegida pelo inciso V do mesmo art. 5º.⁴ Enquanto as pessoas físicas possuem ambas as imagens, as pessoas jurídicas só possuem a imagem-atributo. Não obstante, trata-se, talvez, de um bem mais valioso para as pessoas jurídicas do que para as físicas, tanto que, muitas vezes, as pessoas jurídicas dependem de sua imagem para sobreviver. Com efeito, dependendo do caso, o dano à imagem-atributo da pessoa jurídica acarreta sua própria extinção. Imagine-se uma empresa produtora de alimentos que possua a imagem consagrada de ser uma desrespeitadora de normas sanitárias; dificilmente sobreviverá.

Justamente por isso uma das sanções previstas na Lei nº 12.846/13 é a da *publicação extraordinária* da decisão condenatória (art. 6º, II), consistente na publicação do extrato da sentença, a expensas da pessoa jurídica, em meio de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da apenada ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como na afixação de edital, com prazo mínimo de 30 dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico da rede mundial de computadores (art. 6º, §5º). A publicação da decisão que condena a pessoa jurídica por atos de corrupção macula sua imagem-atributo e, pois, consiste em verdadeira *pena*. A lei, tanto reconhece a gravidade da sanção, que possibilita a empresa, por meio da celebração do acordo de leniência, afastá-la. Deveras, um dos motivos para a empresa celebrar o acordo e, pois, colaborar com as investigações é justamente o afastamento da sanção de publicação extraordinária (art. 16, §2º).

Pressupõe-se que as normas jurídicas fazem parte de um sistema coerente.⁵ Atribuída ao art. 22, em assonância com a maioria da doutrina, a exegese de que deva ser dado ao CNEP acesso a todos os administrados, resta indagar: qual o sentido da sanção da publicação extraordinária e de sua isenção pela celebração do acordo de leniência? Perceba-se: a lei deixa claro que a sanção de multa pode ser imposta *sem* cumulação com a publicação extraordinária. A publicação extraordinária dá-se no sítio eletrônico por 30 dias. O acordo de leniência evita a publicação, justamente para não acarretar dano à imagem-atributo da empresa. Ora, nada disso

⁴ ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 27-32.

⁵ Adota-se a teoria da interpretação criativa de DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

faz sentido se, uma vez punida, ela passe a constar de um cadastro cujos dados são divulgados ao público em geral. Sua imagem-atributo será, independente da aplicação da sanção de publicação extraordinária, sempre comprometida. E mais: a isenção prevista no §2º do art. 16, em decorrência da celebração do acordo de leniência, não teria o mínimo sentido, tendo em vista que a empresa, por força da celebração, é inserida no cadastro, nos termos do §3º do art. 22.

Por essas razões, a única interpretação possível a ser dada ao art. 22 é que o CNEP, nele instituído, não permitirá, *jamaiz*, o acesso público. As informações nele registradas não podem ser divulgadas à sociedade. Caso o sejam, estar-se-á criando uma *sanção* não prevista na Lei nº 12.846/13 e, na hipótese de celebração do acordo de leniência, violando a isenção estabelecida no §2º do art. 16, em flagrante atentado à lealdade e à boa-fé. A divulgação das informações registradas no CNEP importará em *dano moral* à pessoa jurídica objeto do cadastrado, por violação à sua *imagem-atributo*. Dito isso, registra-se: por um lado, agiu bem a Controladoria-Geral da União, ao restringir o acesso ao cadastro aos entes e órgãos públicos; por outro, agiu mal ao estabelecer, no art. 5º da Instrução Normativa nº 2/2015, a divulgação no Portal da Transparência do Governo Federal das informações constantes do cadastro. Enfatiza-se: a divulgação das informações do CNEP no Portal da Transparência é *ilícita* e gerará dano moral à pessoa jurídica por ofensa à sua imagem-atributo.

Discorda-se, pois, de Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo, Augusto Neves Dal Pozzo, Beatriz Neves Dal Pozzo e Renan Marcondes Facchinatto, para quem a finalidade do CNEP é dar “ampla publicidade a respeito das empresas que tenham celebrado acordo de leniência ou que tenham sido condenadas pela prática de ato lesivo à Administração Pública”.⁶ A finalidade é dar conhecimento da condenação ou da celebração de acordo de leniência, ou a violação deste, apenas aos *entes* e *órgãos* públicos. Discorda-se, também, de Guilherme de Souza Nucci, para quem,

⁶ DAL POZZO, Antonio Araldo Ferraz; DAL POZZO, Augusto Neves; DAL POZZO, Beatriz Neves; FACCHINATTO, Renan Marcondes. *Lei anticorrupção*: apontamentos sobre a Lei nº 12.846/2013. 2. ed. São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 226. Os autores, por outro lado, consideram a sanção de publicação extraordinária de “constitucionalidade duvidosa”, por expressar “caráter de pessoalidade”. (DAL POZZO, Antonio Araldo Ferraz; DAL POZZO, Augusto Neves; DAL POZZO, Beatriz Neves; FACCHINATTO, Renan Marcondes. *Lei anticorrupção*: apontamentos sobre a Lei nº 12.846/2013. 2. ed. São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 220). Pouco adiante, asseveram sobre a referida sanção: “a pena de publicação extraordinária não passa de uma potencial excessência cujo único propósito há de ser o de humilhar e expor, ainda mais, a condenação da pessoa jurídica, para lhe causar verdadeira associação à imagem de ‘corrupta’” (DAL POZZO, Antonio Araldo Ferraz; DAL POZZO, Augusto Neves; DAL POZZO, Beatriz Neves; FACCHINATTO, Renan Marcondes. *Lei anticorrupção*: apontamentos sobre a Lei nº 12.846/2013. 2. ed. São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 222). Sem desprestigiar-los, discorda-se. A sanção é grave, mas é proporcional. A depender do comportamento da pessoa jurídica, em especial de seu esforço na efetivação de um programa de integridade, a pena de publicação extraordinária não será aplicada. Sua aplicação decorre de uma atuação, por parte da empresa, pouco comprometida com o combate à corrupção. Por outro lado, a ampla publicidade do CNEP pode gerar uma superexposição tão ou mais intensa do que a gerada pela publicação extraordinária.

caso se concentre o cadastro ao âmbito interno da própria Administração, ele terá “pouca utilidade”.⁷ A utilidade do cadastro é manifesta, por força de três fatores.

Primeiro: ele informa a todos os entes e órgãos públicos se a pessoa jurídica já foi punida por ato de corrupção, informação relevante para a *dosimetria* da sanção. O inciso V do art. 17 do Decreto nº 8.420/15 determina, para o cálculo do valor da multa prevista no inciso I do art. 6º da Lei nº 12.846/13, a soma de 5% do faturamento bruto da pessoa jurídica, no último exercício, em decorrência da reincidência, entendida esta como a ocorrência de nova infração tipificada no art. 5º da Lei nº 12.846/13, em menos de cinco anos, contados da publicação do julgamento da infração anterior. Só a consulta ao CNEP permitirá ao aplicador da sanção apurar se houve ou não condenação nos últimos cinco anos.

Segundo: o cadastro informa se houve descumprimento do acordo de leniência e, assim, se a pessoa jurídica está impedida de celebrar novo acordo. Dessarte, reza o §8º do art. 16 da Lei de Combate à Corrupção que o descumprimento do acordo de leniência impede a pessoa jurídica de celebrar novo acordo pelo prazo de três anos, contados do conhecimento pela Administração Pública do referido descumprimento. Só a consulta ao CNEP permitirá à autoridade saber se houve ou não descumprimento do acordo.

Terceiro: o cadastro interfere no exercício da competência discricionária da Administração. O fato de a pessoa jurídica constar do cadastro como sancionada ou como descumpridora do acordo de leniência não autoriza a Administração Pública a impedi-la de participar de certames licitatórios. É, porém, um elemento a ser considerado quando da escolha discricionária da contratante em hipóteses de contratação direta por dispensa ou inexigibilidade de licitação. Com efeito, havendo a possibilidade de escolher entre duas ou mais empresas, estando uma cadastrada no CNEP, por ter sido punida ou por ter descumprido acordo de leniência, deverá o agente público, regra geral, escolher outra. Isso porque o exercício da discricionariedade impõe ao agente público a escolha da *melhor* solução para o interesse público.⁸ Logo, configurando-se a competência discricionária para a escolha entre duas ou mais empresas, o fato de uma empresa ter sido punida por ato de corrupção ou o fato de ter descumprido acordo de leniência impede sua

⁷ *Corrupção e anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 202. Apesar disso, segundo o penalista, caso se admita que os dados sejam exibidos ao público em geral, a medida pode se tornar uma “via de mão única para a completa dissolução da empresa” (*idem, ibidem*). E, logo em seguida, reconhece que, nesse caso, a pena pode transformar-se em “pena perpétua, de caráter irrecuperável” (*idem, ibidem*). Justamente por esses motivos não se pode admitir a exibição ao público dos dados inseridos no CNEP.

⁸ Nesse sentido, afirma Celso Antônio Bandeira de Mello: “A discricção é a mais completa prova de que a lei sempre impõe o comportamento ótimo” (*Discricionariedade administrativa e controle jurisdicional*. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 32). E pouco adiante: “A discricção nasce precisamente do propósito normativo de que só se tome a providência excelente, e não a providência sofrível e eventualmente ruim, porque, se não fosse por isso, ela teria sido redigida vinculadamente” (*Idem*, p. 35).

escolha. É a consulta ao CNEP que permitirá ao agente administrativo bem exercer a competência discricionária nas hipóteses de contratação direta.

2.5 Pressupostos para inserção no cadastro

Vicente Greco Filho e João Daniel Rossi afirmam que a inserção no cadastro só pode dar-se quando a decisão se torne definitiva no âmbito administrativo ou quando haja o trânsito em julgado no âmbito jurisdicional.⁹ Discorda-se: uma vez aplicada a sanção, a empresa deve ser inserida no cadastro, ressalvada a possibilidade de haver *suspensão da decisão*. Nesse caso, de duas, uma: ou se retira a empresa do cadastro, ou se insere a informação de que a sanção foi suspensa, não podendo ser considerada, enquanto perdurar a suspensão, para os três efeitos dantes referidos.

Na instância administrativa, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.784/99, a regra é que o *recurso administrativo* não tenha efeito suspensivo, sendo essa regra afastada quando: a) houver expressa previsão legal em sentido contrário; b) a autoridade recorrida ou a imediatamente superior, de ofício ou a pedido do recorrente, der efeito suspensivo ao recurso. Se o recurso administrativo não suspendeu os efeitos da decisão punitiva, não há razão jurídica obstante da inserção da pessoa jurídica no cadastro. Na instância jurisdicional, se, por um lado, a regra é que a apelação tenha efeito suspensivo (CPC/2015, art. 1.012, *caput*), por outro, a regra é que os recursos especial e extraordinário não o tenham (CPC/2015, art. 1029, §5º). Condicionar a inserção no CNEP ao trânsito em julgado é atribuir, em desrespeito aos respectivos dispositivos legais, efeito suspensivo aos recursos que não o tenham.

2.6 Exclusão do cadastro

A exclusão está disciplinada no §5º do art. 22 da Lei de Combate à Corrupção. O dispositivo distingue duas hipóteses: a) a exclusão depois de decorrido o prazo previamente estabelecido no ato sancionador; b) a exclusão após o cumprimento integral do acordo de leniência e da reparação do dano causado. Nas duas a exclusão deve ser requerida pelo órgão ou entidade sancionadora. Evidente que a pessoa jurídica interessada deve requerer ao órgão público a exclusão e o órgão, verificado

⁹ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *O combate à corrupção e comentários à Lei de Responsabilidade de Pessoas Jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 208. Explicam: “Os efeitos das decisões, quer a administrativa, quer a judicial, são muito graves e, portanto, enquanto mutáveis, por via de recurso, não devem constar de cadastro público e dada publicidade geral. O respeito à integridade da pessoa e renome, inclusive da pessoa jurídica, exige essa cautela eis que não se pode esquecer que pessoas físicas podem também eventualmente ser punidas com sanções da Lei” (GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *O combate à corrupção e comentários à Lei de Responsabilidade de Pessoas Jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 208).

o cumprimento das exigências legais – decurso do prazo ou cumprimento do acordo e reparação integral do dano –, deve requerê-la à Controladoria-Geral da União.

Quando imposta uma sanção da Lei de Combate à Corrupção, seja pela autoridade administrativa, seja pela autoridade jurisdicional, o aplicador deve estabelecer o prazo em que a sanção deve permanecer no cadastro. Nos termos já expostos, durante o período de cinco anos, contados da aplicação da sanção, a empresa pode ser considerada *reincidente* (Decreto nº 8.420/15, art. 17, inciso V). O agente público não pode estabelecer prazo menor para a permanência do registro no CNEP, pois, do contrário, estaria, por via transversa, afastando a reincidência. Passado o referido prazo, a pessoa jurídica continuará cadastrada se tiver ocorrido dano ao erário e ela não tiver efetuado a integral reparação ou se tiver descumprido o acordo de leniência.¹⁰ Ficar eternamente no registro? Daí a finalidade do estabelecimento de prazo no ato sancionador: caberá a este estabelecer o prazo, respeitado o prazo mínimo de cinco anos em que subsistirá o registro.

Suponha-se que o ato sancionador estabeleça que o registro permanecerá pelo prazo de oito anos. Passados os oito anos, mesmo não havendo reparação integral do dano, cumprimento integral do acordo ou pagamento integral da multa, o registro é suprimido. Suponha-se, nesse caso, que, após cinco anos – prazo durante o qual a pessoa jurídica é considerada reincidente –, tenha ocorrido a reparação integral do dano e, caso celebrado, o cumprimento integral do acordo de leniência. Nessa hipótese, a despeito de não ter decorrido o prazo estabelecido na decisão sancionadora, tem a empresa direito à *reabilitação* e, com ela, à exclusão do cadastro. Essa é a interpretação correta do dispositivo legal.

O regulamento estabeleceu outro regime, próximo do previsto no inciso IV do art. 87 da Lei nº 8.666/93 e, ao fazê-lo, violou a disciplina legal. Por força do art. 47 do Decreto nº 8.420/15, a exclusão se dá em duas hipóteses: a) com o fim do efeito limitador ou impeditivo da sanção; b) a pedido da pessoa jurídica interessada, após o cumprimento integral do acordo de leniência, da reparação do dano causado e da quitação da multa aplicada. A disciplina é inválida, não apenas por violar a previsão do §5º do art. 22 da Lei Federal, mas por estabelecer um regime incoerente. Dessarte, pelo regime regulamentar, ao término do efeito limitador ou impeditivo, a sanção é excluída de ofício do cadastro. Assim, suponha-se que a empresa seja sancionada com a proibição de receber incentivos, subsídios, etc., pelo prazo de um ano. Ao final do prazo, a sanção é suprimida do cadastro, nos termos do inciso I do art. 47 do Decreto nº 8.420/15. Nesse caso, como apurar a reincidência?

¹⁰ Discorda-se, pois, de Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi quando sustentam, por analogia ao art. 25 da Lei nº 12.846/13, que o registro deve perdurar pelo máximo de 5 anos (GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *O combate à corrupção e comentários à Lei de Responsabilidade de Pessoas Jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 209).

Perceba-se: a exclusão não pode ocorrer antes de completados cinco anos, pois durante esse período a empresa pode ser considerada reincidente.

2.7 Comunicação à pessoa jurídica cadastrada

Afirmou-se que, em respeito à imagem-atributo da pessoa jurídica, o CNEP deve ser restrito aos órgãos e entidades públicas. A empresa cadastrada, contudo, tem *direito subjetivo* de ter integral conhecimento de todos os dados a seu respeito inseridos no cadastro. Efetuada a inserção das informações, deve o Poder Público comunicar o fato ao cadastrado. Concorde-se com Vicente Greco Filho e João Daniel Rossi, quando afirmam a aplicação do regime estabelecido na Lei nº 9.507/97.¹¹ Se não for comunicada ou se desconfiar que não lhe foi informado tudo que fora cadastrado a seu respeito, tem a pessoa jurídica o direito de solicitar o acesso às informações. A recusa ou o não deferimento no prazo de dez dias, contados do requerimento, assegura-lhe o interesse de agir para impetração de *habeas data* (Lei nº 9.507/97, art. 8º, parágrafo único, inciso I). Se constatar alguma incorreção ou omissão de dados no registro, tem o direito de solicitar a retificação ou a inserção da informação e, não atendido o pedido no prazo de quinze dias, caracteriza-se, também, o interesse de agir para impetração de *habeas data* (art. 8º, parágrafo único, incisos II e III). Finalmente, com o decurso do prazo fixado no ato sancionador ou, no caso de celebração de acordo, com o cumprimento do acordo e a reparação integral do dano, tem a pessoa jurídica o direito de solicitar a exclusão. Se indeferida ou não efetuada a exclusão no prazo de quinze dias, contado do requerimento, também se caracteriza o interesse de agir para impetração do *habeas data*.

3 Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspeitas: CEIS

O Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspeitas – CEIS foi inicialmente criado pela Portaria nº 516, de 15.03.10, da Controladoria-Geral da União. A Lei nº 12.846/13 pretendeu impor a todos os entes e órgãos públicos o dever de informar a CGU sobre as sanções impostas aos licitantes e contratados da Administração Pública. Reitera-se o afirmado em relação ao CNEP: considera-se que o legislador federal não tem competência para impor essa obrigatoriedade às demais entidades federativas. Trata-se de uma *exortação* legal e não de uma *determinação*, pois, caso as demais entidades descumpram a “determinação”, não serão sancionadas. A obrigatoriedade só é, de fato, vinculante aos entes e órgãos federais.

¹¹ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *O combate à corrupção e comentários à Lei de responsabilidade de pessoas jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 209.

Apesar da redação do art. 23 da Lei nº 12.846/13, o CNEP abrange todas as sanções administrativas obstativas de participação em licitações públicas ou procedimentos assemelhados e de contratação com a Administração. O art. 23 reporta-se apenas aos arts. 87 e 88 da Lei nº 8.666/93, mas o CNEP abrange, nos termos do art. 43 do Decreto Federal nº 8.420/15: a) a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração prevista no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93; b) a declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração prevista no inciso IV do art. 87 da Lei nº 8.666/93; c) o impedimento de licitar e contratar com a Administração previsto no art. 7º da Lei nº 10.520/02 (Lei do Pregão); d) o impedimento de licitar e contratar com a Administração previsto no art. 47 da Lei nº 12.462/11 (Lei do Regime Diferenciado de Licitações e Contratos – RDC); e) a suspensão temporária de participação em licitação e o impedimento de contratar com a Administração, bem como a declaração de inidoneidade, previstos, respectivamente, nos incisos IV e V do art. 33 da Lei nº 12.527/11 (Lei do Acesso à Informação).

A enumeração é meramente exemplificativa. Perceba-se que no Decreto não há menção expressa: f) da suspensão temporária/impedimento de contratar e a declaração de inidoneidade previstas na letra “g” do inciso II do art. 45 da Lei do RDC;¹² g) da suspensão temporária de participar de chamamento público/impedimento de celebrar parceria e a declaração de inidoneidade para participar de chamamento/celebrar parcerias previstas, respectivamente, nos incisos II e III do art. 73 da Lei nº 13.019/14 (Lei de parcerias com as organizações da sociedade civil); h) da declaração de inidoneidade para participar de licitação prevista no art. 46 da Lei nº 8.443/92 (Lei Orgânica do TCU); i) da proibição de contratar com o Poder Público estabelecida no art. 12 da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa). Não constam da enumeração do art. 43, mas devem ser registradas no cadastro. É bem apropriada, por isso, a regra estabelecida no art. 44 do Decreto nº 8.420/15, que admite o registro de todas as sanções que impliquem restrição ao direito de participar em licitações ou de celebrar contratos com a Administração Pública, “ainda que não sejam de natureza administrativa”.

A ressalva final do art. 44 do Decreto nº 8.420/15 tem em vista a controvérsia referente ao conceito de “sanção administrativa”. Para a maioria da doutrina, a nota diferencial da sanção administrativa está na competência: é a sanção imposta por

¹² Ao intérprete apressado pode parecer que no RDC não são aplicáveis as sanções previstas nos incisos III e IV do art. 87 da Lei nº 8.666/93. A letra “g” do inciso II do art. 45 impõe o entendimento contrário. Sobre o tema vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. Sanções administrativas no regime diferenciado de contratações públicas: RDC. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 4, n. 8, p. 47-88, jul./dez. 2015. p. 62.

agente no exercício de função administrativa.¹³ Segundo esse conceito, a sanção de improbidade não seria uma sanção administrativa, pois é imposta por magistrado no exercício de função jurisdicional. Em decorrência do caráter problemático do critério diferenciador, concorda-se com José Roberto Pimenta Oliveira: na verdade, existem vários sistemas, esferas ou instâncias de responsabilidade.¹⁴ Dito isso, reconhece-se: deve ser inserida no CEIS toda sanção que impeça a participação em licitações públicas (ou procedimentos assemelhados, como os chamamentos públicos) e a contratação com a Administração Pública.

3.1 Finalidade do CEIS

A finalidade do CEIS é dar publicidade à aplicação das sanções obstativas de participação em licitação e contratação com a Administração. Há, nessa finalidade, um problema. Ela dá a entender que, quando há o cadastro no CEIS, a cadastrada fica impedida de participar de qualquer licitação e de contratar com qualquer órgão ou ente público. Tal conclusão, porém, é de supina improcedência. Boa parte da doutrina defende a tese de que a *suspensão temporária* se restringe ao órgão que a impõe, enquanto a *declaração de inidoneidade* se estende a todos os entes federativos.¹⁵ A tese fundamenta-se na *literalidade* dos incisos III e IV do art. 87 da Lei nº 8.666/93: na utilização da palavra “Administração” no inciso III e da expressão “Administração Pública” no inciso IV. E isso porque, segundo o inciso XI do art. 6º da Lei nº 8.666/93, “Administração Pública” compreende a administração direta e indireta da União, Estados, DF e Municípios e, segundo o inciso XII do referido art. 6º, “Administração” consiste no “órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente”.

Na jurisprudência também há controvérsia: o STJ firmou o entendimento de que ambas as sanções têm a mesma extensão – impedem o infrator de participar de licitações e contratar com a Administração em qualquer entidade federativa.¹⁶

¹³ Por todos: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 871; VITTA, Herald Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 32; OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 52. Vide em especial: Sanções administrativas no regime diferenciado de contratações públicas: RDC. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 4, n. 8, p. 47-88, jul./dez. 2015. p. 49 *et seq.*

¹⁴ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 85-86.

¹⁵ Por todos: SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. Sanções administrativas: suspensão temporária e declaração de inidoneidade – extensão. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella *et al.* *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 338; PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 826.

¹⁶ STJ, RMS 32.628/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 06.09.11, DJe 14.09.11. Consta da ementa: “Não é demais destacar que neste Tribunal já se pontuou a ausência de distinção entre os termos Administração e Administração Pública, razão pela qual a sanção de impedimento de contratar estende-se a qualquer órgão ou entidade daquela”. No mesmo sentido: STJ, REsp 151.567/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 25.02.03, DJ 14.04.03, p. 208, RSTJ 170/167.

O TCU acolheu a posição da doutrina dominante e reconheceu a restrição da suspensão temporária ao órgão ou entidade que a aplica.¹⁷ Apesar de minoritária, considera-se, nesse tema, a posição de Francisco Zardo¹⁸ e de Joel Niebuhr¹⁹ a mais acertada. Argumenta Zardo que a competência atribuída literalmente ao Ministro e ao Secretário, no §3º do art. 87 da Lei nº 8.666/93, não impede, por exemplo, que o Presidente de um Tribunal puna os licitantes nas licitações realizadas perante o Poder Judiciário, pois o Poder Judiciário possui autonomia administrativa.²⁰ Lembra a lição de Marcelo Madureira Prates,²¹ segundo a qual o limite material para imposição da sanção administrativa é a “pertinência entre a pena imposta e as atribuições desempenhadas pela autoridade que a aplica”²² e concluiu que um Ministro de Estado não pode impor sanção ao administrado de modo a impedi-lo de contratar com o Poder Judiciário ou com o Poder Legislativo.

À vista do exposto, a diferença de *extensão* entre a *suspensão temporária* e a *declaração de inidoneidade* dá-se, não em decorrência da literalidade do texto legal – Administração Pública e Administração –, mas em decorrência do âmbito de abrangência da competência da autoridade que impõe a sanção: a *suspensão temporária* incide apenas sobre o órgão ou entidade contratante. Assim, uma suspensão temporária imposta por um Diretor de uma Autarquia restringir-se-á à Autarquia; imposta por um Secretário, restringir-se-á à Secretaria; imposta por um Ministro, restringir-se-á ao Ministério; imposta por um Diretor, restringir-se-á ao Departamento; se imposta pelo Presidente da República, restringir-se-á à Administração Direta do Executivo Federal etc. Esse parece ser o entendimento do TCU.²³

Já a *declaração de inidoneidade*, de competência exclusiva, nos termos do §3º do art. 87 da Lei nº 8.666/93, do Ministro ou do Secretário, estende-se a todos os órgãos da Administração direta e indireta do Poder Executivo da respectiva entidade federativa, mas não se estende aos outros poderes, nem às outras entidades

¹⁷ TCU, Pleno, TC-016737/1999-7, Decisão 36/2001, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, j. 07.02.01, DOU 23.02.01. No mesmo sentido: TCU 017.801/1995-8, Decisão 352/98, Rel. Min. Bento José Bugarin, j. 10.06.98.

¹⁸ ZARDO, Francisco. *Infrações e sanções em licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 177-183.

¹⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 1017-1019.

²⁰ ZARDO, Francisco. *Infrações e sanções em licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 178.

²¹ PRATES, Marcelo Madureira. *Sanção administrativa geral: anatomia e autonomia*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 125.

²² ZARDO, Francisco. *Infrações e sanções em licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 178.

²³ TCU, Pleno, TC-033.867/2011-9, Decisão 3439/12, Rel. Min. Valmir Campelo, j. 10.12.12. Transcreve-se o afirmado no voto do Relator: “5. No que se refere à sugestão da representante do Ministério Público de suscitar incidente de uniformização de jurisprudência, na forma do art. 91 do Regimento Interno, entendo não ser o caso, visto que as deliberações do Plenário são praticamente uniformes no sentido de que ‘a suspensão do direito de licitar abrange apenas o órgão ou a entidade contratante que aplicou a penalidade’, conferindo, portanto, interpretação restritiva aos ditames legais previstos na Lei de Licitações e Contratos”.

federativas. Tal entendimento observa duas diretrizes: 1) por força do *princípio federativo* um ente federativo não pode ser obrigado a aceitar a penalidade imposta administrativamente por outro;²⁴ 2) por força do *princípio da separação dos poderes*, a Administração de um poder não pode ser obrigada a aceitar a penalidade imposta, no controle interno, pela Administração de outro poder.²⁵

Esse entendimento torna perfeitamente coerente a sanção de proibição de contratar com a Administração por 10, 5 e 3 anos, imposta, respectivamente, aos atos de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário e violação dos princípios da administração, nos termos, também respectivamente, dos incisos I, II e III do art. 12 da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade). Trata-se de sanção imposta pela autoridade jurisdicional, mais grave do que as sanções administrativas estabelecidas nas leis de licitação, pois em razão dela o ímprobo fica proibido de contratar com a Administração de qualquer dos Poderes e de qualquer dos entes federativos.²⁶ Vale notar que a Lei de Combate à Corrupção não estabeleceu sanção tão grave: a sanção jurisdicional prevista no inciso IV do art. 19 da Lei nº 12.846/13 consiste na proibição, pelo prazo de 1 a 5 anos, de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações e empréstimos do poder público, não abrangendo o direito de participar de licitação e de ser contratado pela Administração.²⁷

Posto isso, só a sanção de improbidade se estende a todos os entes e órgãos públicos. Todas as demais sanções obstativas de participação em licitação, a partir de uma correta compreensão do ordenamento, têm eficácia limitada. Logo, o fato de a entidade estar cadastrada no CEIS não implica, automaticamente, a impossibilidade de participar de licitação ou de ser diretamente contratada pela Administração. Há que se examinar a extensão da sanção aplicada. Por isso, é de fundamental importância que conste do CEIS informações que possibilitem identificar a espécie de sanção, dentre elas, o respectivo fundamento legal. Caso

²⁴ Cf. NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 180.

²⁵ Cf. NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. Fazem-se ressalvas às diretrizes mencionadas por Niebuhr e Zardo. À afirmação de que “um ente federativo não pode ser obrigado a aceitar penalidade imposta por outro” acresce-se “administrativamente”. A penalidade imposta pelo Judiciário da União impõe-se, sim, aos Estados e aos Municípios. À afirmação de que “um poder não pode ser compelido a aceitar penalidade administrativa imposta por outro” acresce-se “a Administração de um poder” e “no controle interno”. O Tribunal de Contas pertence ao Poder Legislativo e exerce função administrativa (Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 369-372). A declaração de inidoneidade imposta pelo TCU, com fundamento no art. 46 da Lei nº 8.443/93, impõe-se ao Poder Executivo Federal. Assim, a sanção administrativa estabelecida pela Administração de um Poder, no exercício de controle externo, impõe-se, sim, à Administração de outro Poder.

²⁶ Cf. ZARDO, Francisco. *Infrações e sanções em licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 181.

²⁷ Por todos: PETRELLUZZI, Marco Vinício; RIZEK JUNIOR, Rubens Naman. *Lei Anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 98-99.

haja omissão na identificação ou informação equivocada, aplica-se, também aqui, o regime da Lei do *Habeas Data* (Lei nº 9.507/97), nos termos já referidos quando do exame do CNEP (*supra*, item 1.7).

Apesar dessa ressalva, não se impõe ao CEIS a mesma restrição imposta ao CNEP. Nos termos já explicados, dar ampla publicidade ao CNEP, possibilitando que todo administrado tenha acesso às informações nele cadastradas, viola a Lei nº 12.846/13, pois configura grave sanção não prevista em lei. Ao revés, nada impede que todo administrado tenha acesso ao CEIS. A divulgação da informação de que foi obstada de participar de licitação ou de contratar com a Administração não importa em grave violação à imagem-atributo da pessoa jurídica. Pelo contrário, a divulgação é condição necessária para que o administrado possa impugnar a participação indevida no certame ou a contratação indevida. Assim, em relação às sanções do CEIS não só é permitida a divulgação, como é devida, sob pena de ineficácia da própria sanção. Essa interpretação encontra amparo no texto normativo: o art. 23 da Lei nº 12.846/13 expressamente atribui ao CEIS o “caráter público”; o art. 22 não faz o mesmo em relação ao CNEP. Aplica-se o argumento *a contrario*: caso se pretendesse atribuir ao CNEP caráter público, a expressão também constaria do *caput* do art. 22.²⁸

A CGU, por meio da Instrução Normativa nº 2/2015, unificou os cadastros, criando, no art. 2º, um sistema integrado de registro de CEIS/CNPE, mas restringiu o acesso aos órgãos públicos. De modo que, diante da restrição de acesso, a unificação não é inválida. Em contrapartida, o art. 5º da Instrução Normativa nº 2/15 preceitua que as informações constantes do Sistema sejam divulgadas no Portal da Transparência do Governo Federal, de amplo acesso a todos os administrados. Essa divulgação só é válida, pelos motivos expostos, em relação às informações do CEIS.

3.2 Finalidade do art. 23 da Lei nº 12.846/13

O art. 23 estabelece uma norma heterotópica: apesar de integrar a Lei de Combate à Corrupção, não está diretamente relacionada com o sistema de responsabilização nela estabelecido. A heterotopia normativa gera insegurança jurídica,²⁹ daí a regra do inciso II do art. 7º da Lei Complementar nº 95/98, segundo a qual a lei não deve conter matéria estranha a seu objeto, ou a ele não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão. Não há, porém, violação do referido dispositivo, pois é inegável a conexão entre o CEIS e o sistema de responsabilização instituído

²⁸ Sobre o argumento *a contrario* vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 66-71.

²⁹ Por todos: ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 327.

na Lei Anticorrupção. Boa parte das condutas tipificadas no art. 5º diz respeito à participação em licitação ou à contratação com a Administração Pública. Dito isso, reitera-se: as sanções estabelecidas na Lei de Combate à Corrupção não obstam a participação em licitação ou à contratação com a Administração.

Discorda-se, portanto, da respeitável posição de Modesto Carvalhosa. Segundo ele, extrai-se do art. 23 que, uma vez punida por qualquer das sanções previstas na Lei nº 12.846/13, a pessoa jurídica deve ser cadastrada no CEIS e, por conseguinte, ser considerada obstada de participar de certames licitatórios e de ser contratada diretamente pela Administração.³⁰ Essa seria, para o ínclito jurista, “a razão útil do dispositivo contido no art. 23”. Sem desprestigá-lo, inexistente qualquer elemento textual que dê amparo a esse entendimento. Se essa fosse a intenção legal, certamente o efeito estaria previsto no inciso IV do art. 19. Calha à fiveteia, na exegese do referido inciso IV, o argumento *a contrario*: se não consta da enumeração, é porque intencionalmente não é para constar. Noutras palavras, se a sanção implica a proibição de “receber incentivos, subsídios, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e instituições financeiras ou controladas pelo poder público”, *a contrario sensu*, não implica a proibição de participar de licitação e ser contratado pela Administração. O texto normativo, conforme difundido por todos os métodos concretistas, é o *limite da interpretação*.³¹ Para que as sanções estabelecidas na Lei nº 12.846/13 tivessem esse grave efeito, seria necessária previsão expressa. Contudo, se houvesse previsão expressa, seria de duvidosa constitucionalidade, tendo em vista a ofensa ao postulado da proporcionalidade. Nos termos já explicados (supra, 2.4), a mácula à imagem-atributo da pessoa jurídica pode levar à sua extinção. Nesses termos, rejeita-se a proposta interpretativa de Carvalhosa: as sanções estabelecidas na Lei nº 12.846/13 não têm por efeito obstaculizar a participação em certames licitatórios e a contratação pela Administração Pública. O único efeito do art. 23 é exortar os entes e órgãos públicos a manter atualizado o CEIS, instituído no âmbito do Poder Executivo Federal.

4 Conclusões

1. O art. 22 da Lei de Combate à Corrupção (LCC) criou o *Cadastro Nacional de Empresas Punidas* – CNEP, no qual devem ser inseridas todas as pessoas jurídicas que forem punidas com as sanções estabelecidas nos arts. 6º e 19 da

³⁰ CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 421.

³¹ Por todos: HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Tradução Carlos dos Santos Almeida et al. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 117.

LCC; bem como todas as pessoas jurídicas que celebrarem o acordo de leniência previsto no art. 16 da LCC. Não é objeto do CNEP o cadastro de pessoas físicas.

2. Considerou-se a denominação do CNEP passível de crítica, pois gera confusão com o *Cadastro Nacional dos Entes Públicos* – CNEP, criado pela Resolução nº 76/2009 do CNJ. O conteúdo do CNEP está previsto no §2º do art. 22 da LCC e no art. 46 do Decreto Federal nº 8.420/15. É mantido pela CGU e seu acesso é restrito aos entes públicos. Apesar de o §1º do art. 22 da LCC parecer ter estabelecido o dever de todos os entes públicos alimentarem o cadastro, trata-se, na verdade, de mera exortação, pois a União não tem competência para estabelecer obrigações administrativas a Estados e Municípios.

3. Enquanto as pessoas físicas possuem imagem-retrato e imagem-atributo, as pessoas jurídicas só possuem imagem-atributo. Contudo, esta, para as pessoas jurídicas, acaba muitas vezes sendo mais importante do que o é para as pessoas físicas, pois seu dano pode levar à própria extinção da pessoa jurídica. Sensível a isso, o Legislador previu como sanção à corrupção a publicação extraordinária da decisão condenatória; e possibilitou o afastamento dessa sanção por meio da celebração do acordo de leniência. Daí a conclusão: essa sanção e o possível afastamento só fazem sentido se o acesso ao CNEP for restrito.

4. O CNEP não tem como finalidade dar ampla publicidade sobre as empresas que tenham sido punidas por corrupção ou que tenham celebrado acordo de leniência. A finalidade é dar conhecimento da condenação ou da celebração de acordo de leniência, ou a violação deste, apenas aos *entes e órgãos* públicos. Três fatores justificam a utilidade do cadastro: 1) informa os órgãos públicos se a pessoa jurídica já foi punida por ato de corrupção, informação que é relevante para a *dosimetria* da sanção; 2) informa se houve descumprimento do acordo de leniência e, assim, se a pessoa jurídica está impedida de celebrar novo acordo; 3) interfere no exercício da competência discricionária da Administração nas contratações diretas por dispensa e inexigibilidade.

5. Discorda-se do entendimento de que a inserção no cadastro só pode dar-se quando a decisão se torne definitiva no âmbito administrativo ou quando haja o trânsito em julgado no âmbito jurisdicional. Uma vez aplicada a sanção, a empresa deve ser inserida no cadastro; ressalvada a possibilidade de haver suspensão da decisão.

6. Durante o período de cinco anos, contados da aplicação da sanção, a empresa pode ser considerada reincidente. Concluiu-se que o agente público não pode estabelecer prazo menor para a permanência do registro no CNEP, pois, do contrário, estaria, por via transversa, afastando a reincidência. Passado o referido prazo, a pessoa jurídica continuará cadastrada se tiver ocorrido dano ao erário e

ela não tiver efetuado a integral reparação, ou se tiver descumprido o acordo de leniência.

7. Quando do estabelecimento da sanção por ato de corrupção, deve o aplicador fixar o prazo, respeitado o mínimo de cinco anos, em que subsistirá o registro. Passado esse prazo, mesmo sem a reparação integral do dano ou havendo descumprimento do acordo de leniência, deve ocorrer a exclusão do cadastro. Passado o prazo de cinco anos, havendo a integral reparação do dano e o não descumprimento de acordo de leniência, ainda que não tenha decorrido o prazo de subsistência do registro, pode a empresa pleitear sua reabilitação e, pois, sua exclusão do cadastro. Concluiu-se que o regime estabelecido no art. 47 do Decreto nº 8.420/15, ao se afastar do regime legal e prever a exclusão mesmo antes do prazo de cinco anos, é incoerente e ilícito.

8. A empresa cadastrada tem direito subjetivo de integral conhecimento de todos os dados a seu respeito inseridos no cadastro. Caso violado esse direito, pode valer-se do *habeas data* para ter acesso à informação, retificá-la ou esclarecê-la.

9. O Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspeitas – CEIS foi inicialmente criado pela Portaria nº 516/10 da CGU. A LCC pretendeu impor a todos os entes e órgãos públicos o dever de informar à CGU sobre as sanções impostas aos licitantes e contratados da Administração Pública. Como o Legislador federal não tem competência para impor essa obrigatoriedade, concluiu-se tratar, em relação aos órgãos estaduais e municipais, de uma *exortação* legal; a obrigatoriedade só é, de fato, vinculante para os entes e órgãos federais.

10. Apesar da redação do art. 23 da LCC, o CNEP abrange todas as sanções administrativas obstativas de participação em licitações públicas ou procedimentos assemelhados e de contratação com a Administração. Abrange, inclusive, a sanção estabelecida na Lei de Improbidade.

11. A finalidade do CEIS é dar publicidade à aplicação das sanções obstativas de participação em licitação e contratação com a Administração. Considerou-se, porém, equivocado supor que a mera inserção no CEIS impede a empresa de participar de licitações e ser contratada pela Administração. Apesar de contrariar a posição dominante, considerou-se que a diferença de extensão entre a suspensão temporária e a declaração de inidoneidade dá-se em decorrência do âmbito de abrangência da competência da autoridade que impõe a sanção: a suspensão temporária incide apenas sobre o órgão ou entidade contratante; a declaração de inidoneidade, de competência exclusiva, nos termos do §3º do art. 87 da Lei nº 8.666/93, do Ministro ou do Secretário, estende-se a todos os órgãos da Administração direta e indireta do Poder Executivo da respectiva entidade federativa, mas não se estende aos outros Poderes, nem às outras entidades federativas. Já a sanção prevista nos

incisos I, II e III do art. 12 da Lei nº 8.429/92, imposta pela autoridade jurisdicional, estende-se, sim, a todos os entes federativos.

12. Não se impõe ao CEIS a mesma restrição imposta ao CNEP: a divulgação da informação de que foi obstada de participar de licitação ou de contratar com a Administração não importa em grave violação à imagem-atributo da pessoa jurídica; pelo contrário, a divulgação é condição necessária para que o administrado possa impugnar a participação indevida no certame ou a contratação indevida.

13. Concluiu-se que o art. 23 da LCC é uma norma heterotópica, pois não está diretamente relacionado com o sistema de responsabilização nela estabelecido. As sanções estabelecidas na LCC não obstam a participação em licitação ou a contratação com a Administração. A posição doutrinária em sentido contrário viola a lei. Na exegese do inciso IV do art. 19 da LCC aplica-se o argumento *a contrario*: se a sanção não consta da enumeração, é porque intencionalmente não é para constar. Noutras palavras, se a sanção implica a proibição de “receber incentivos, subsídios, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e instituições financeiras ou controladas pelo poder público”, *a contrario sensu*, não implica a proibição de participar de licitação e ser contratado pela Administração. Para que as sanções estabelecidas na Lei nº 12.846/13 tivessem esse grave efeito, seria necessária a previsão expressa.

Referências

- ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade administrativa e controle jurisdicional*. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- DAL POZZO, Antonio Araldo Ferraz; DAL POZZO, Augusto Neves; DAL POZZO, Beatriz Neves; FACCHINATTO, Renan Marcondes. *Lei Anticorrupção: apontamentos sobre a Lei nº 12.846/2013*. 2. ed. São Paulo: Contracorrente, 2015.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *O combate à corrupção e comentários à Lei de Responsabilidade de Pessoas Jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Tradução Carlos dos Santos Almeida et al. São Paulo: Saraiva, 2009.

- MARTINS, Ricardo Marcondes. Sanções administrativas no regime diferenciado de contratações públicas: RDC. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 4, n. 8, p. 47-88, jul./dez. 2015.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- PETRELLUZZI, Marco Vinício; RIZEK JUNIOR, Rubens Naman. *Lei Anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- PRATES, Marcelo Madureira. *Sanção administrativa geral: anatomia e autonomia*. Coimbra: Almedina, 2005.
- SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. Sanções administrativas: suspensão temporária e declaração de inidoneidade – extensão. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella *et al.* *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 337-338.
- VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- ZARDO, Francisco. *Infrações e sanções em licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MARTINS, Ricardo Marcondes. Cadastros disciplinados na Lei de Combate à Corrupção. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, p. 11-30, set./dez. 2022. DOI: 10.47975/digital.law.vol.3.n.3.martins.

Transformación digital de la Administración Pública. Avances y desafíos en el uso de la tecnología

Digital transformation of the public administration. Progress and challenges in the use of technology

Jaime Andrés Villacreses Valle*

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (Quito, Pichincha, Ecuador)
jaimevillacreses@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-1260-5221>

Recibido/Received: 28.11.2022/ November 28th, 2022

Aprovado/Approved: 03.03.2023/ March 3rd, 2023

Resumen: En este trabajo proponemos analizar el proceso de transformación digital de las Administraciones Públicas, mediante: (i) la implementación de la Administración Pública Electrónica con el reconocimiento del derecho a relacionarse electrónicamente con la Administración; y, (ii) con el camino hacia la Administración Pública Inteligente con la incorporación de las tecnologías emergentes entre las que está la inteligencia artificial y la robótica. Adicionalmente, se analizará, de manera breve, el impacto del uso de las tecnologías en el empleo público, el teletrabajo y las competencias digitales de los empleados públicos. De esta manera, se pretende poner en consideración del lector, algunas reflexiones sobre este proceso de transformación digital de las Administraciones Públicas, para que pueda tener un panorama de lo que se ha hecho y de lo que se puede hacer a futuro.

Palabras-clave: Administración Pública electrónica. Competencias digitales. Empleo público. Inteligencia artificial. Transformación digital.

Como citar esse artigo/*How to cite this article:* VALLE, Jaime Andrés Villacreses. Transformación digital de la Administración Pública. Avances y desafíos en el uso de la tecnología. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, vol. 3. n. 3, p. 31-58, set./dez. 2022. DOI: 10.47975/digital.law.vol.3.n.3.villacreses.

* Profesor de Derecho Administrativo en Pregrado y Posgrado en Ecuador (Quito, Pichincha, Ecuador). Ha dictado las materias de Derecho Administrativo y Contencioso Administrativo en la Universidad de las Américas (UDLA), Universidad Internacional SEK (UISEK), Universidad Espíritu Santo (UEES) y en la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador (UASBSE). Presidente del Instituto de Estudios de Derecho Administrativo y Social (IDEAS) de Ecuador. Candidato Doctoral en Derecho Administrativo Iberoamericano por la Universidad de la Coruña-España. Especialista Superior y Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Andina Simón Bolívar. Especialista Superior en Contratación Pública por la misma universidad. Experto en Derecho Administrativo por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Abogado por la Universidad de las Américas. E-mail: jaimevillacreses@hotmail.com.

Abstract: In this paper we propose to analyze the process of digital transformation of Public Administrations, through: (i) the implementation of the Electronic Public Administration with the recognition of the right to interact electronically with the Administration; and, (ii) with the path towards Intelligent Public Administration with the incorporation of emerging technologies, among which are artificial intelligence and robotics. Additionally, the impact of the use of technologies on public employment, teleworking and the digital skills of public employees will be briefly analysed. In this way, it is intended to put into consideration of the reader, some reflections on this process of digital transformation of Public Administrations, so that they can have an overview of what has been done and what can be done in the future.

Keywords: Electronic Public Administration. Digital skills. Public employment. Artificial intelligence. Digital transformation.

Sumario: 1 Introducción – 2 Las tecnologías como instrumento de mejora de la gestión, respuesta y efectividad de las Administraciones Públicas – 3 La implementación de la Administración Electrónica – 4 Administración electrónica, procedimiento administrativo y su regulación en Ecuador – 5 Teletrabajo – 6 Competencias digitales y empleo público – 7 Hacia la Administración Pública Inteligente – 8 Inteligencia artificial y su impacto en el empleo público – 9 Reflexiones finales – Referencias

1 Introducción

Las viejas y burocratizadas formas de gestión de las Administraciones Públicas han ocasionado que las personas reclamen mayor eficiencia, efectividad, innovación y calidad en los servicios que reciben a la luz del derecho a la buena administración.

Vivimos tiempos de cambio y las administraciones públicas también están innovando para mejorar la calidad de los servicios que prestan a las personas. La herramienta principal en este proceso de innovación es el uso de la tecnología en las actividades de las Administraciones Públicas y sus procedimientos, en los que no pueden vulnerarse los derechos de las personas.

En ese sentido, es necesario exponer algunas ideas sobre el proceso de innovación y digitalización de las actividades de las Administraciones Públicas, la implementación de la Administración pública electrónica y el camino hacia la Administración Pública Inteligente, lo cual se desarrollará a continuación.

2 Las tecnologías como instrumento de mejora de la gestión, respuesta y efectividad de las Administraciones Públicas

Según un estudio del Banco Interamericano de Desarrollo, en América Latina y el Caribe, los trámites son difíciles, lentos, vulnerables a la corrupción, de ahí que terminan excluyendo a la gente con menos recursos. En la actualidad, muchos de estos trámites todavía se gestionan en persona y en papel, se pierde tiempo

entre ventanilla y ventanilla y, en muchos casos, se termina pagando sobornos a los funcionarios.²

Con acierto se apunta que las empresas pierden horas productivas en la obtención de permisos, licencias, aprobaciones de planos, entre otros, y con ellas, también pierden parte de su productividad. El Estado se enreda en procedimientos complejos, elaboración de manuales y emisión de regulaciones contradictorias e innecesarias; no logra conectar a las políticas públicas con los beneficiarios de los servicios que se prestan. En definitiva, con los trámites difíciles todos pierden.³

En la mayoría de los países de la región, la persona asume el rol de mensajero para completar sus trámites; ir de una institución a otra a pedir su acta de nacimiento, luego ir a otra a solicitar su certificado de antecedentes judiciales y así sucesivamente hasta llegar a la entidad pública donde está realizando el trámite principal para completarlo. Ante esta situación, se evidencia la falta de coordinación entre las instituciones del gobierno que no se comunican entre sí, ni intercambian información que ya poseen de las personas.⁴ ¡Esto no puede continuar así!

Dice Diana Valencia que en los últimos años, las sociedades alrededor del mundo están reclamando cada vez más y mejores servicios públicos por parte del Estado. Además, se reclama mayor capacidad de gestión, efectividad e innovación, pues las viejas estructuras burocráticas, jerárquicas, centralizadas y cerradas a las necesidades de las personas, no consiguen dar respuestas efectivas a las diferentes problemáticas existentes en la actualidad.⁵

La misma autora añade que las tecnologías de la información y del conocimiento (“TICs”), imponen nuevos desafíos a los gobiernos, pues -de ahora en adelante-, deben comenzar a utilizar y aprovechar sus ventajas para mejorar la gestión gubernamental en todos los niveles posibles; de lo contrario, colocarían en riesgo la relevancia del propio Estado en las diferentes redes de poder que atraviesan las sociedades y los territorios.⁶

En la era de la información y las nuevas tecnologías, el Estado necesita realizar transformaciones al interior de las entidades para que las estructuras sean más horizontales, mediante la organización de procedimientos en los que exista una comunicación permanente. De ahí que es necesario establecer interconexiones

² ROSETH, Benjamin et al., *El fin del trámite eterno: Ciudadanos, burocracia y gobierno digital*. Washington: Banco Interamericano de Desarrollo, 2018. p. 17.

³ ROSETH, Benjamin et al., *El fin del trámite eterno: Ciudadanos, burocracia y gobierno digital*. Washington: Banco Interamericano de Desarrollo, 2018. p. 17.

⁴ ROSETH, Benjamin et al., *El fin del trámite eterno: Ciudadanos, burocracia y gobierno digital*. Washington: Banco Interamericano de Desarrollo, 2018. p. 80.

⁵ VALENCIA TELLO, Diana Carolina. *El estado en la era de la globalización y las nuevas tecnologías*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2015. p. 247.

⁶ VALENCIA TELLO, Diana Carolina. *El estado en la era de la globalización y las nuevas tecnologías*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2015. p. 247.

internas que permitan mejorar los flujos de información para la coordinación y cooperación institucional y entre los equipos de trabajos.⁷

La innovación en las Administraciones Públicas debe lograr que la relación con las personas mejore, apoyándose en la tecnología como herramienta óptima para satisfacer las necesidades.

3 La implementación de la Administración Electrónica

En respuesta al clamor de efectividad, eficiencia e innovación en la gestión, algunas Administraciones Públicas comenzaron con la implementación del Gobierno o Administración Electrónica⁸ entre otras, con las siguientes finalidades:

- Aproximar las Administraciones Públicas a las personas, facilitar la comunicación y la relación por medios electrónicos;
- Incrementar la calidad de los servicios y productos públicos para así lograr la eficiencia, eficacia y mayor transparencia en la gestión pública;
- Optimizar los modos de organización y funcionamiento de los Gobiernos y sus Administraciones, simplificando trámites y procedimientos.
- Sensibilizar a las Administraciones y sus funcionarios para que ofrezcan sus servicios y se interconecten con las personas a través de estrategias de múltiples canales de acceso.

En un estudio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (“OCDE”) se expone que el gobierno electrónico ha sido reconocido como una herramienta clave para transformar la gestión de las Administraciones Públicas, con menos costos, proporcionando servicios de calidad, centrados en el usuario y donde se utilicen las TICs para involucrar mejor a las personas.

Se añade que las TICs ofrecen inmensas posibilidades para la reducción de las cargas, ya que mejoran la gestión y su difusión, permiten contar con la capacidad de manejar enormes cantidades de datos con lo que también se mejora la capacidad de respuesta del gobierno a los requerimientos externos y permite ir eliminando el papeleo tradicional. En definitiva, el uso de las tecnologías, es una herramienta poderosa para reducir las cargas administrativas.⁹

Los principios que guían la actividad de la Administración Electrónica¹⁰ son:

⁷ VALENCIA TELLO, Diana Carolina. *El estado en la era de la globalización y las nuevas tecnologías*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2015. p. 248.

⁸ Para explicarla la finalidad del gobierno electrónico se mencionan algunas ideas de la Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico del CLAD, aprobada el 1 de junio de 2007, Art. 2.

⁹ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD), *Overcoming Barriers to Administrative Simplification Strategies: Guidance for Policy Makers*. Paris: OECD. 2009. p. 22.

¹⁰ CLAD, Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico del CLAD aprobada el 1 de junio de 2007, Art. 6.

- Principio de igualdad: según el cual el uso de los medios electrónicos no implica restricciones, obstáculos o medios para discriminar a las personas que prefieran relacionarse con las Administraciones Públicas por medios no electrónicos.
- Principio de legalidad: impone que se respetarán las garantías establecidas a favor de las personas en los trámites y procedimientos con los que se relacionan con las Administraciones Públicas, así como la protección de sus datos personales, conforme al ordenamiento jurídico.
- Principio de conservación: implica que las comunicaciones y documentos electrónicos se conservan en las mismas condiciones que en los medios tradicionales.
- Principio de transparencia y accesibilidad: garantiza el acceso a la información que reposa en las Administraciones Públicas en lenguaje comprensible para el destinatario.
- Principio de proporcionalidad: establece que los requerimientos de seguridad sean adecuados a la naturaleza de la relación con la Administración.
- Principio de responsabilidad: según el cual, las Administraciones Públicas y sus funcionarios, también responden por las actuaciones realizadas por los medios electrónicos.
- Principio de adecuación tecnológica: que impone el deber de que las Administraciones Públicas elijan las tecnologías más adecuadas para satisfacer las necesidades de las personas, recomendando el uso de estándares abiertos, software libre en razón de la seguridad, sostenibilidad a largo plazo y prevenir que el conocimiento público sea privatizado.¹¹

Con la Administración Electrónica se implantaron nuevos conceptos como *el derecho a relacionarse electrónicamente* que implica que las personas físicas podrán elegir, en todo momento, si se comunican a través de medios electrónicos o no, salvo que estén obligadas, en determinados casos, por las Administraciones Públicas conforme a lo establecido en la ley.

Algunos ordenamientos jurídicos en Iberoamérica han reconocido el derecho a relacionarse electrónicamente con la administración, entre los cuales están:

a) España: Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

Artículo 14. Derecho y obligación de relacionarse electrónicamente con las Administraciones Públicas.

¹¹ CLAD, Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico del CLAD aprobada el 1 de junio de 2007, Art. 6.

1. Las personas físicas podrán elegir en todo momento si se comunican con las Administraciones Públicas para el ejercicio de sus derechos y obligaciones a través de medios electrónicos o no, salvo que estén obligadas a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones Públicas. El medio elegido por la persona para comunicarse con las Administraciones Públicas podrá ser modificado por aquella en cualquier momento.

2. En todo caso, estarán obligados a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones Públicas para la realización de cualquier trámite de un procedimiento administrativo, al menos, los siguientes sujetos:

- a) Las personas jurídicas.
- b) Las entidades sin personalidad jurídica.
- c) Quienes ejerzan una actividad profesional para la que se requiera colegiación obligatoria, para los trámites y actuaciones que realicen con las Administraciones Públicas en ejercicio de dicha actividad profesional. En todo caso, dentro de este colectivo se entenderán incluidos los notarios y registradores de la propiedad y mercantiles.
- d) Quienes representen a un interesado que esté obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración.
- e) Los empleados de las Administraciones Públicas para los trámites y actuaciones que realicen con ellas por razón de su condición de empleado público, en la forma en que se determine reglamentariamente por cada Administración.

3. Reglamentariamente, las Administraciones podrán establecer la obligación de relacionarse con ellas a través de medios electrónicos para determinados procedimientos y para ciertos colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos quede acreditado que tienen acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios.

b) El Salvador: Ley de Procedimientos Administrativos aprobada por Decreto nº 856, de 13 de febrero de 2018

Art. 16.- Sin perjuicio de los derechos reconocidos en la Constitución de la República y las Leyes, las personas, en sus relaciones con la Administración Pública, son titulares de los siguientes derechos: [...]

2. *A relacionarse con la Administración Pública por los medios tecnológicos* que esta ponga a disposición; [...] (énfasis añadido).

c) Perú: Reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales, Decreto Supremo nº 052-2008-PCM

Artículo 42.- De los derechos conexos

El derecho ciudadano de acceso a servicios públicos electrónicos seguros tiene como correlato el reconocimiento de los siguientes derechos:

42.1. A relacionarse con las entidades de la Administración Pública por medios

electrónicos seguros para el ejercicio de todos los derechos y prerrogativas que

incluye, entre otros, los consagrados en el artículo 55 de la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley nº 27444. En tal sentido, constituye obligación de la Administración Pública facilitar el ejercicio de estos derechos ciudadanos, debiendo promover la prestación de servicios por medios electrónicos. Los trámites y procedimientos administrativos ante las entidades de la Administración Pública, la constancia documental de la transmisión a distancia por medios electrónicos entre autoridades administrativas o con sus administrados, o cualquier trámite, procedimiento o proceso por parte de los administrados o ciudadanos ante las Entidades Públicas o entre estas entidades, no excluyendo a las representaciones del Estado Peruano en el exterior, se entenderán efectuadas de manera segura siempre y cuando sean realizados empleando firmas y certificados digitales emitidos por los Prestadores de Servicios de Certificación Digital que se encuentren acreditados y operando dentro de la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica.

42.2. A optar por relacionarse con las entidades de la Administración Pública ya sea empleando los centros de acceso ciudadano o a través de canales seguros para la realización de transacciones de gobierno electrónico que éstas deberán poner a su disposición.

42.3. A conocer por medios electrónicos el plazo y los requisitos necesarios para el inicio de cualquier procedimiento o tramitación ante una entidad de la Administración Pública. Teniendo asimismo derecho a conocer por medios electrónicos el estado en el que tales procedimientos o trámites se encuentran y solicitar la emisión de copias y constancias electrónicas. Esto no resulta aplicable para los casos de procedimientos o trámites que pudieran afectar a la intimidad personal, las vinculadas a la seguridad nacional o las que expresamente sean excluidas por Ley.

42.4. A obtener y utilizar firmas y certificados digitales emitidos por Prestadores de Servicios de Certificación Digital acreditados y que se encuentren dentro de la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica como medio de identificación en todo tipo de trámite y actuación ante cualquier entidad de la Administración Pública.

42.5. A presentar solicitudes, escritos y comunicaciones todos los días del año durante las veinticuatro (24) horas, para tal efecto las entidades de la Administración Pública deberán contar con un archivo electrónico detallado de recepción de solicitudes. Corresponde a la Oficina Nacional de Gobierno Electrónico e Informática, el establecimiento de los lineamientos para el cómputo de plazos en los casos de solicitudes, escritos y comunicaciones recibidas bajo estas condiciones.

42.6. A obtener servicios de gobierno electrónico de calidad, en estricta observancia de los lineamientos y requisitos establecidos para tales efectos por el presente Reglamento y por la Autoridad Administrativa Competente.

El Derecho a relacionarse electrónicamente tiene un contenido amplio e implica la posibilidad de usar los medios electrónicos para:

- Realizar peticiones, reclamos o recursos a las Administraciones Públicas;
- Realizar pagos, presentar y liquidar impuesto o cualquier otra obligación;
- Recibir notificaciones cuando el domicilio electrónico haya sido aceptado por la persona y así lo haya solicitado;
- Acceder al expediente administrativo o cualquier otra información de carácter público con la certeza y fiabilidad que es igual la información oficial y que está completa.
- Utilizar documentos administrativos electrónicos, en las mismas condiciones y con el mismo valor jurídico que los documentos en papel.
- Evitar la presentación reiterada de documentos que ya reposen en poder de las Administraciones Públicas, lo que supone acciones de interoperabilidad y simplificación administrativa.¹²

En palabras de Rabán y Sá Zeichen el gobierno electrónico *es más que un mero website en internet*, es un proceso de transformación para modernizar la Administración Pública, un nuevo paradigma del sector público.¹³ Por consiguiente, la Administración Electrónica implica que:

(i) Se deben establecer instrumentos del gobierno electrónico como medios de identificación tanto de las personas y los funcionarios públicos, así como de verificación de la autenticidad de los medios electrónicos;

(ii) Se emita un régimen de documentos y archivos electrónicos, que trate sobre la fiabilidad de los mismos y la seguridad por el uso de los medios electrónicos.

¹² Véase, CLAD, Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico aprobada el 1 de junio de 2007, Art. 9.

¹³ RABÁN, Melisa y SÁ ZEICHEN, Gustavo. El procedimiento administrativo digital. Un panorama de su regulación jurídica en Argentina. *Revista Jurídica de Buenos Aires* No. 96 de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 107, 2018.

(iii) Las Administraciones Públicas establezcan direcciones y sitios electrónicos que sean conocidas por las personas y de fácil manejo.

Otro concepto importante que incorporó la Administración Electrónica es la *interoperabilidad*, que es clave para lograr una mejor calidad en los servicios que reciben las personas y un paso importante hacia la eficiencia; por ello, en palabras de Gamero Casado, es “una piedra angular para el impulso de la administración electrónica integral”.¹⁴

Para este mismo autor, la interoperabilidad es la capacidad de los sistemas de información durante el desarrollo de los procedimientos de compartir información y conocimiento entre estos. En el ámbito de las tecnologías de la información y la comunicación, la interoperabilidad es un tema trascendental, por cuanto, la verdadera utilidad de una aplicación o sistema informático no reside en su uso autónomo, sino en su capacidad de compartir la información y el conocimiento con otras aplicaciones o sistemas, optimizando exponencialmente sus resultados. A su criterio, la interoperabilidad es el mayor paso adelante que se puede librar en la gestión administrativa, *ahorrando cantidades incalculables de tiempo y de dinero a las Administraciones públicas y a los ciudadanos*.¹⁵

Para Morón, la interoperabilidad es una institución jurídica que tiene una *triple dimensión*¹⁶ como se puede apreciar a continuación:

Triple dimensión de la interoperabilidad	
Como <i>principio jurídico</i> básico de la gestión pública contemporánea	Implica garantizar que los ciudadanos y las empresas entreguen la misma información a una Administración Pública una sola vez.
Como un <i>deber negativo</i> para los funcionarios públicos	Implica que no se puede exigir al ciudadano determinada información y documentación (de cuadro a lo establecido en el ordenamiento jurídico).
Como un <i>derecho</i> reaccional	Habilita al ciudadano a negarse, abstenerse o resistirse de entregar en una segunda oportunidad información inexigible según el ordenamiento legal.

Fuente: autoral, 2023.

La implantación correcta de la interoperabilidad -como ya hemos señalado- evitaría que las personas, para realizar un trámite, tengan que acudir a varias

¹⁴ GAMERO CASADO, Eduardo, INTEROPERABILIDAD Y ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA: CONÉCTENSE, POR FAVOR, *Revista de Administración Pública* No. 179, Madrid, 2009, p. 292.

¹⁵ GAMERO CASADO, Eduardo, INTEROPERABILIDAD Y ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA: CONÉCTENSE, POR FAVOR, *Revista de Administración Pública* No. 179, Madrid, 2009, p. 292 y 293.

¹⁶ MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Derechos de los administrados y nuevas tecnologías*: reflexiones sobre la buena administración electrónica en Perú. Lima: Gaceta Jurídica, 2020. p. 133.

entidades a conseguir papeles y luego regresar a la entidad original para recién ahí presentar los requisitos requeridos, cuando en realidad, con el uso de los medios electrónicos las Administraciones Públicas podrían compartir esta información.

Otro concepto implementado cuando hablamos de Administración Electrónica es la *usabilidad* de los sistemas y programas, lo cual significa que los mismos sean de uso fácil, que estén disponibles, accesibles y manejables intuitivamente por las personas que es la destinataria final.¹⁷

En palabras de Santofimio, dada la complejidad de los avances tecnológicos y sus costos para el común de la población, el procedimiento electrónico tan solo es posible de manera amplia y material en la medida en que se garantice el acceso universal, igualitario y gratuito a los medios electrónicos, y que las administraciones cuenten con todos los insumos que la tecnología permite para la prestación de ese servicio o desarrollo del procedimiento, mientras eso no se logree, los derechos de las personas tendrán que garantizarse en otros procedimientos que permitan la participación efectiva; básicamente, los procedimientos seguirán siendo escritos o verbales.¹⁸

Finalmente, Santofimio enfatiza que el procedimiento administrativo será electrónico cuando se garantice plenamente el derecho de toda persona a la utilización de diferentes instrumentos tecnológicos que permitan el acceso pleno y el uso de la red;¹⁹ aquí la importancia de la infoalfabetización mencionada anteriormente.

Por su parte, Delpiazzo apunta que nuestro tiempo es testigo del nacimiento de una nueva Administración y de un nuevo procedimiento, que nos enfrenta a la tensión entre lo nuevo y lo de siempre en el obrar administrativo. En este sentido, constituye un desafío para el Derecho Administrativo, velar porque la incorporación por la Administración de las tecnologías de la información y de las comunicaciones, no altere su esencia ni lo sustancial del procedimiento administrativo.²⁰

Por tanto, se deben establecer estrategias y programas de *inclusión digital* para combatir la *infoexclusión*, reduciendo la brecha digital y eliminando barreras existentes para el acceso a los servicios electrónicos. El estado tiene que promover y establecer mecanismos de acceso a los medios electrónicos para aquellas personas que no disponen de ellos, la *infoalfabetización* en lugares de acceso público en los que se permitan su utilización libre. Es importante, además, combinar puntos

¹⁷ Véase: CLAD, Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico, aprobada el 1 de junio de 2007, Art. 26.

¹⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Compendio de derecho administrativo*. Primera edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. p. 418.

¹⁹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Compendio de derecho administrativo*. Primera edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. p. 418.

²⁰ DELPIAZZO, Carlos. Tratamiento Jurídico y Evolución Tecnológica del procedimiento administrativo en Uruguay. *Revista Jurídica de Buenos Aires* No. 96 de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 154, 2018.

de contacto presencial entre los funcionarios públicos y las personas para que los primeros guíen a los segundos al acceso a los servicios electrónicos.

Como parte de la infoalfabetización también se debería adaptar los medios tecnológicos de la administración, que permitan la relación con las personas, en la lengua que utilicen, etnias, comunidades indígenas y otros, con el fin de facilitar su intervención en el procedimiento.

Es importante señalar que la implementación de la Administración electrónica y el uso de la tecnología en el desarrollo del procedimiento administrativo, no debe permitir que se cree una burocracia digital que impida alcanzar la eficiencia.

Al hablar de burocracia digital nos referimos a que, en algunos casos, se ha mal entendido que la implementación de la tecnología en las actividades de la Administración Pública, significa hacer lo mismo que en la era de la burocracia imprenta o en papel, pero con tecnología. Esto, como lo explica Corvalán, tiene como consecuencia que tanto los funcionarios públicos como las personas, al momento de realizar los trámites dediquen una buena parte de tiempo a dar clics, pasar abriendo y cerrando ventanas digitales, copiando y pegando datos en formularios, entre otras, sin lograr una solución efectiva a sus requerimientos.²¹

Si esto sucede, no tendría sentido la el uso de la tecnología y en lugar de ser una solución, sería otro problema u obstáculo para el ejercicio de los derechos de las personas.

Como se puede apreciar, el uso de las tecnologías para la relación electrónica entre las Administraciones Públicas y las personas, es una herramienta en favor de estas últimas; pues, con uso se debe lograr una Administración eficiente, que cueste menos, con menos cargas, que proporcione servicios de calidad centrados en el usuario y que aproveche la tecnología, incluso para involucrar más a las personas para la toma de decisiones.

Por ello, coincidimos con el profesor Delpiazzo, cuando señala que la reafirmación de la tradicional servicialidad administrativa centrada en la persona del administrado se da en la medida en que las tecnologías constituyan instrumentos de facilitación del quehacer administrativo para mejor el servicio.²²

²¹ CORVALÁN, Juan. *Prometea. Inteligencia artificial para transformar organizaciones públicas*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2019, p. 9.

²² DELPIAZZO, Carlos. Tratamiento Jurídico y Evolución Tecnológica del procedimiento administrativo en Uruguay. *Revista Jurídica de Buenos Aires* No. 96 de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 154, 2018.

4 Administración electrónica, procedimiento administrativo y su regulación en Ecuador

Con estas consideraciones, a continuación expondremos algunas normas vigentes en Ecuador, para el uso de medios tecnológicos en la Administración Pública y los procedimientos administrativos.

Para ello, se debe partir señalando que el uso de la tecnología como instrumento de apoyo al mejoramiento de la calidad de los servicios de las administraciones públicas y sus procedimientos, tiene justificación en los principios de eficacia, eficiencia, calidad establecidos en el artículo 227 de la Constitución de la República.

Sin perjuicio de ello, antes de la vigencia la actual Constitución, ya existían algunas normas que permitían el uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la actividad de las Administraciones Públicas.²³ En la actualidad, podemos ver que, años más tarde, se promulgaron varias normas que viabilizan el uso de los medios electrónicos, como el Código Orgánico Administrativo (“COA”) y en la Ley Orgánica para la Optimización y Eficiencia de Trámites Administrativos (“LOOETA”), cuyo contenido revisaremos a continuación:

En primer lugar, se establece la posibilidad de que las actuaciones dentro del procedimiento administrativo se puedan realizar a través de medios electrónicos, informáticos, magnéticos, telemáticos u otros producidos por la tecnología (Art. 188 COA). Además, el impulso de los procedimientos administrativos se lo puede efectuar por correo electrónico (Art. 212 COA).

Las actuaciones en el procedimiento administrativo, se podrán realizar mediante el uso de tecnologías y medios electrónicos, en la medida en que se respeten los principios señalados en la ley, se precautelen la inalterabilidad e integridad de las actuaciones y se garanticen los derechos de las personas (Art. 90 COA).

²³ Una de esas normas era el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE): “Art. 116.- [...]”

1. La Administración Pública impulsará el empleo y aplicación de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias, con las limitaciones que a la utilización de estos medios establecen la Constitución y las leyes.
2. Cuando sea compatible con los medios técnicos de que dispongan la Administración Pública, los ciudadanos podrán relacionarse con ellas para ejercer sus derechos a través de técnicas y medios electrónicos, informáticos o telemáticos con respecto de las garantías y requisitos previstos en cada procedimiento.
3. Los procedimientos que se tramiten y terminen en soporte informático garantizarán la identificación y el ejercicio de la competencia por el órgano que la ejerce, en los términos de la Ley de Comercio Electrónico.
4. Los programas y aplicaciones electrónicos, informáticos y telemáticos que vayan a ser utilizados por la Administración Pública Central para el ejercicio de sus potestades, habrán de ser previamente aprobados por el órgano competente, quien deberá difundir públicamente sus características.
5. Los documentos emitidos, cualquiera que sea su soporte, por medios electrónicos, informáticos o telemáticos por la Administración Pública Central, o los que ésta emita como copias de originales almacenados por estos mismos medios, gozarán de la validez y eficacia de documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación y, en su caso, la recepción por el interesado, así como el cumplimiento de las garantías y requisitos exigidos por la Ley de Comercio Electrónico”.

Para ello, deberá existir la *sede electrónica*, que es la dirección electrónica única disponible para las personas a través de redes de telecomunicación, misma que será administrada por la entidad pública, así como estará bajo su responsabilidad y de sus funcionarios la integridad, veracidad y actualización de la información y los servicios a los que se pueda acceder (Art. 91 COA).

Luego, la misma norma es clara en establecer que la publicación de información, servicios y transacciones en la sede electrónica, respetará los *principios de accesibilidad y usabilidad* (disponibles, accesibles y manejables intuitivamente por la persona), así como que se garantice los estándares abiertos y, en su caso, aquellos otros que sean de uso generalizado por las personas. Se deberá contar además con sistemas que permitan el establecimiento de comunicaciones seguras.

Además, es *obligación* de las administraciones públicas habilitar canales o medios para la prestación de servicios electrónicos y el desarrollo de los procedimientos administrativo, garantizando su acceso, con independencia de sus circunstancias personales, de medios o de conocimiento (derecho a la igualdad, no discriminación e inclusión social). Algunos de estos canales pueden ser: (i) oficinas de atención personal; (ii) punto de acceso electrónico; y, (iii) servicios de atención telefónica, al menos (Art. 93 COA).

En el procedimiento administrativo electrónico o digital, *también se debe emitir una razón de recepción de las peticiones, que contenga la fecha de presentación de la solicitud, nombres completos y la sumilla de quien recibe*. Además, el uso de la tecnología permite que las administraciones puedan crear registros electrónicos para la recepción y remisión de solicitudes, escritos y comunicaciones *todos los días del año, durante las veinticuatro horas*; tomando en cuenta que, a efectos de cómputos de términos y plazos, se debe considerar lo regulado en el mismo cuerpo legal (Art. 138 COA).

El uso de las tecnologías permite también la implementación del *expediente electrónico* en el que se incorporarán las *reproducciones digitalizadas o escaneadas de documentos públicos o privados con la misma fuerza probatoria del original*. Estos expedientes electrónicos deben estar protegidos por medio de sistemas de seguridad de acceso y almacenados en un medio que garantice la preservación e integridad de los datos (Art. 146 COA).

Es importante mencionar que, al momento de comparecer en un procedimiento administrativo, la persona deberá determinar dónde recibirá las notificaciones, siendo idóneo la dirección de correo electrónico. La norma establece que las notificaciones personales pueden ser a través de medios electrónicos, siendo válida y produciendo efectos jurídicos, siempre y cuando se cuente con la constancia de transmisión y recepción (Art. 172 COA).

Si bien no está en la norma pero consideramos pertinente señalar que, para efectos de prevenir una vulneración del derecho a la defensa, en esta norma se debería incluir que: cuando se realicen notificaciones electrónicas, se deberán incluir en el expediente la constancia de las diligencias del uso de al menos, dos o tres medios tecnológicos, para lograr que la persona interesada tenga conocimiento de lo que le fue notificado; podría ser, además de enviarle un correo electrónico, se le puede hacer una llamada y grabar el aviso, enviarle un mensaje de texto, entre otros.

Respecto a la *comunicación entre órganos o entidades pertenecientes una misma administración pública*, la ley establece que, se efectuarán directamente y *preferentemente por medios electrónicos* (Art. 172 COA). Esto, garantiza celeridad en el despacho y tramitación del procedimiento.

A continuación, revisaremos algunas de las disposiciones de la LOOETA, norma que completa algunos instrumentos y garantías para la Administración Pública Electrónica.

Esta norma, es clara en enfatizar que el uso de las tecnologías de la información y comunicación por parte de las Administraciones Públicas, tiene como fin *mejorar la calidad de los servicios públicos y optimizar la gestión de trámites o procedimientos administrativos* (Art. 3.4 LOOETA).

Se reconocen algunos principios para contribuir a mejorar la calidad y la eficiencia de las de la Administración Pública con el uso de los medios electrónicos, entre las cuales están:

- Interoperabilidad (Art. 4.7 LOOETA)

Según el cual, las entidades públicas deberán intercambiar información mediante el uso de medios electrónicos y automatizados, para la adecuada gestión de los procedimientos administrativos. La interoperabilidad, además, permitir la eliminación de algunos trámites, requisitos y procedimientos, también facilita su simplificación.

A la fecha de presentación de este trabajo, todavía muchas entidades públicas no cumplen la interoperabilidad y aún hay procedimientos en los que las personas deben ir “de ventanilla en ventanilla”, obteniendo documentos con información personal, que podrían evitarse con el intercambio de la misma por un sistema único de trámites.

Es preciso señalar que el intercambio de información de las personas entre las entidades públicas, solo se la podrá realizar en la medida en que sea necesaria para el cumplimiento de sus objetivos y dentro del marco de sus competencias, pues hay casos, como en el sector bancario, que la información personal es reservada y no pierde tal calidad por el intercambio de la misma entre entidad públicas.²⁴

²⁴ Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro I: “Art. 155.- Protección. En los términos dispuestos por la Constitución de la República, este Código y la ley, los usuarios financieros tienen derecho a que su información personal sea protegida y se guarde confidencialidad.”; “Art. 352.- Protección de la información. Los datos

- Simplicidad (Art. 3.11 LOOETA)

Con el que se pretende que los procedimientos sean claros, sencillos, ágiles, racionales, pertinentes, útiles y de fácil entendimiento para las personas; debiendo eliminarse toda complejidad innecesaria.

- No duplicidad (Art. 3.13 LOOETA)

Según el cual, la información y documentación presentada por un apersona en un procedimiento administrativo, no le podrá ser requerido por la misma autoridad para el mismo procedimiento u otro futuro.

- Mejora continua (Art. 3.14 LOOETA)

En virtud del cual, las entidades públicas deberán implementar procesos de mejoramiento continuo de la gestión de procedimientos administrativos a su cargo, que impliquen, al menos, un análisis del desempeño real de la gestión del procedimiento y oportunidades de mejora continua. En Administración Pública Electrónica se deberá evaluar si los funcionarios públicos están haciendo un correcto uso de las herramientas tecnológicas y se está dando soluciones efectivas a las personas, caso contrario, decidir si hace falta mejorar los equipos, dar capacitación, adquisición de softwares, entre otras posibilidades.

Se debe considerar que, constituye un derecho de las personas, conocer, en cualquier momento y *preferentemente por medios electrónicos y/o* cualquier plataforma de fácil acceso, el estado del trámite en el que tengan la calidad de interesados; y a obtener copias, a su costa, de documentos contenidos en ellos (Art. 5.2 de la LOOETA).

Para una garantizar la implementación de lo visto, la ley establece como obligación de las Administraciones Públicas:

(i) Publicar el nombre, cargo, teléfono de contacto, y correo electrónico de las o los servidores públicos encargados de brindar información sobre trámites administrativos y asistir en su gestión;

(ii) Implementar mecanismos, de preferencia electrónicos, que permitan conocer, en cualquier momento, el estado de los trámites de las y los interesados; y,

(iii) Implementar mecanismos, de preferencia electrónicos, para la gestión de trámites administrativos, tales como la firma electrónica y cualquier otro que haga más eficiente la Administración Pública. (Art. 18.2; Art. 18.4 y Art. 18.5 LOETTA)

de carácter personal de los usuarios del sistema financiero nacional que reposan en las entidades de dicho sistema y su acceso están protegidos, y solo podrán ser entregados a su titular o a quien éste autorice o por disposición de este Código.”; Disposición General “Décima séptima: Intercambio de información: Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal, podrán intercambiar sin restricción alguna la información que posean, y que sea necesaria para el cumplimiento de sus objetivos.

La información personal es reservada y no perderá tal condición por el intercambio con otras instituciones del Estado, a quienes se les trasladará dicha reserva”.

Finalmente, la ley también dispone que a efectos de que las personas califiquen los servicios prestados por los funcionarios públicos y las entidades, presenten quejas o reclamos, se implementen mecanismos de evaluación que, de preferencia, sean electrónicos. (Art. 22 LOETTA)

Es importante mencionar también al Decreto Ejecutivo No. 981 con el que el Presidente de la República del Ecuador dispone la implementación del gobierno electrónico en la función ejecutiva, emisión de documentos con firma electrónica por parte de los funcionarios públicos, así como la obtención de la misma a su costo, entre otras.²⁵

Con esta breve revisión, se puede apreciar que la normativa ecuatoriana viabiliza el uso de los medios electrónicos en la actividad de las Administraciones Públicas con lo que es posible hablar de un reconocimiento implícito del derecho a relacionarse electrónicamente con la administración y la obligación de esta para con las personas.

5 Teletrabajo

Para la Organización Internacional de Trabajo (OIT) el teletrabajo es “[u]na forma de trabajo en la cual: a) el mismo se realiza en una ubicación alejada de una oficina central o instalaciones de producción, separando así al trabajador del contacto personal con colegas de trabajo que estén en esa oficina y, b) la nueva tecnología hace posible esta separación facilitando la comunicación”.²⁶

La implantación de la administración electrónica hace previsible que los puestos susceptibles de ser ocupados en régimen de teletrabajo se implementen y en otros casos aumenten, dependiendo de si las tareas que se realizaban en el puesto de trabajo se las puedan hacer desde cualquier lugar que exista tecnología que apoye a su cumplimiento.

Para la implementación del teletrabajo en el sector público las Administraciones Públicas deben dotarse de recursos tecnológicos e implantar los sistemas de capacitación necesarios para fomentar y facilitar el teletrabajo.²⁷

El teletrabajo debe ser realizado en lugar adecuado que permita la concentración de los funcionarios públicos, donde cuenten con una calidad de internet que les permita dar respuesta a los requerimientos, así como un dispositivo en óptimas condiciones.

²⁵ Decreto Ejecutivo No. 981, publicado en el *Registro Oficial* Suplemento No. 143 de 14 de febrero de 2020.

²⁶ CATANO RAMÍREZ, Sara Lilibiana y GÓMEZ RÚA, Natalia Eugenia. El concepto de teletrabajo: aspectos para la seguridad y salud en el empleo. *Revista CES Salud Pública* Volumen 5 No.1 Enero-Junio, p. 83-84, 2014. Disponible en: [Dialnet-ElConceptoDeTeletrabajo-4804770%20\(2\).pdf](#).

²⁷ Carta Iberoamericana de Innovación en la Gestión Pública emitida por el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo CLAD aprobada el 8 de octubre de 2020, p. 15.

Es importante considerar que el teletrabajo debe darse de manera ordenada, cuando haya un avance importante de los instrumentos de la Administración Electrónica, la digitalización de los documentos y la información, el establecimiento de canales tecnológicos y colaborativos, dotación de equipos tecnológicos suficientes, el establecimiento de jornadas de trabajo justas, que respeten el derecho a la desconexión y se tengan actividades planificadas.

Para las actividades del teletrabajo es necesario el fortalecimiento del sistema de gestión de los recursos humanos en cada uno de sus componentes (selección, carrera administrativa, formación, incentivos vinculados a la evaluación del desempeño y la evaluación)²⁸ para que sean los funcionarios públicos los actores de los cambios estructurales para conseguir la Administración Pública Inteligente.

Con el teletrabajo, las grandes oficinas, los grandes escritorios, grandes librerías, ya no son necesarios, pero lo que sí debe realizarse es digitalizar la información de una manera ordenada, que sepamos dónde están los expedientes (digitales) de determinado, carpetas compartidas, que los teletrabajadores del sector público puedan tener acceso desde cualquier lugar.

La capacitación a los funcionarios públicos es fundamental para el manejo de programas, aplicaciones, reuniones virtuales, interacciones, compartir información en tiempo real entre otras, para que así los requerimientos no se retrasen, sino que tengan una respuesta más rápida y eficiente.

6 Competencias digitales y empleo público

Hasta este momento se ha expuesto lo bueno de la innovación de las Administraciones Públicas que garantizar un servicio óptimo, eficiente, transparente y con calidad; empero, se debe considerar que se pueden presentar algunos obstáculos para su plena efectividad, uno de ellos es la resistencia al cambio por parte de los funcionarios públicos.

Esta resistencia se puede dar -como muchas veces sucede- por miedo a lo desconocido, por la falta de capacitación a los cambios, a los nuevos sistemas o a las nuevas modalidades de trabajo, pero también, puede ser por falta de motivación y pertenencia institucional, el establecimiento claro de competencias digitales a los funcionarios públicos es una de las soluciones a la resistencia al cambio.

A modo de referencia, acudimos a la Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de diciembre de 2006²⁹ sobre las competencias clave para el

²⁸ Carta Iberoamericana de Innovación en la Gestión Pública emitida por el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo CLAD aprobada el 8 de octubre de 2020, p. 16.

²⁹ Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de diciembre de 2006, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea el 30 de diciembre de 2006.

aprendizaje permanente, donde en el punto 4 se da una definición de competencia digital, en los siguientes términos:

La competencia digital entraña el uso seguro y crítico de las tecnologías de la sociedad de la información (TSI) para el trabajo, el ocio y la comunicación. Se sustenta en las competencias básicas en materia de TIC: el uso de ordenadores para obtener, evaluar, almacenar, producir, presentar e intercambiar información, y comunicarse y participar en redes de colaboración a través de Internet. [...]

La competencia digital exige una buena comprensión y amplios conocimientos sobre la naturaleza, la función y las oportunidades de las TSI en situaciones cotidianas de la vida privada, social y profesional. Esto conlleva el conocimiento de las principales aplicaciones informáticas, como los sistemas de tratamiento de textos, hojas de cálculo, bases de datos, almacenamiento y gestión de la información, y la comprensión de las oportunidades y los riesgos potenciales que ofrecen Internet y la comunicación por medios electrónicos (correo electrónico o herramientas de red) para la vida profesional, el ocio, la puesta en común de información y las redes de colaboración, el aprendizaje y la investigación. Asimismo, las personas deben comprender las posibilidades que las TSI ofrecen como herramienta de apoyo a la creatividad y la innovación, y estar al corriente de las cuestiones relacionadas con la validez y la fiabilidad de la información disponible y de los principios legales y éticos por los que debe regirse el uso interactivo de las TSI.

Las capacidades necesarias incluyen: la capacidad de buscar, obtener y tratar información, así como de utilizarla de manera crítica y sistemática, evaluando su pertinencia y diferenciando entre información real y virtual, pero reconociendo al mismo tiempo los vínculos. Las personas deben ser capaces de utilizar herramientas para producir, presentar y comprender información compleja y tener la habilidad necesaria para acceder a servicios basados en Internet, buscarlos y utilizarlos, pero también deben saber cómo utilizar las TSI en apoyo del pensamiento crítico, la creatividad y la innovación.

La utilización de las TSI requiere una actitud crítica y reflexiva con respecto a la información disponible y un uso responsable de los medios interactivos; esta competencia se sustenta también en el interés por participar en comunidades y redes con fines culturales, sociales o profesionales.

Luego de revisar esta definición, debemos reflexionar si los funcionarios públicos tienen definidas sus competencias digitales para una innovación pública inteligente y eficiente de las tecnologías; caso contrario, se deben definir las acciones inmediatas para establecerlas. ¿Dónde debemos fortalecer? ¿A quiénes de se debe capacitar? ¿Se debe evaluar el correcto uso de programas y aplicaciones

para la gestión pública? ¿Cómo está la gestión por resultados de los servicios electrónicos? Entre otras, estas son algunas de las interrogantes que se deben responder para tomar acciones.

Además, se debe tener claro que cada uno de los puestos de trabajo de los funcionarios públicos o cargos, tiene distintas competencias digitales por las diferentes tareas y funciones que desempeña y eso, debe ser muy bien definido por las áreas de recursos humanos.

Campos enfatiza en que no debemos confundir las competencias digitales con la simple utilización de las herramientas tecnológicas, como un smartphone o un ordenador. Las competencias digitales van más allá, orientándose a un uso creativo, crítico y seguro de las tecnologías de la información y la comunicación, con el conocimiento y control de las principales aplicaciones informáticas, el acceso a fuentes seguras y el conocimiento de los derechos y las libertades que asisten a las personas en el mundo digital.³⁰ Por ello, no es errado afirmar que, en el entorno de la Administración electrónica, inteligente o digital, solo se necesitan a personas jóvenes denominados nativos digitales para resolver los completos problemas que se pueden presentar en la gestión pública.

Como recomendación, Campos sostiene:

En la definición de las competencias digitales de los empleados públicos debe tenerse en consideración que en las administraciones públicas existen múltiples escalas, subescalas, y no todos ellos necesitan las mismas competencias digitales, y aún así, dentro de las mismas plazas el destino a un puesto de trabajo o a otro determinará el nivel necesario, pero, en todo caso, los procesos selectivos deben valorar las posibilidades de los candidatos para utilizar las TIC en su futuro trabajo, máxime teniendo en cuenta lo establecido en el marco DIGCOMP [Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de diciembre de 2006]. De ahí que no sólo sea importante la determinación de estas competencias en el proceso de acceso, en los procesos selectivos, sino que también será fundamental la adecuada definición de los puestos para determinar el nivel necesario en competencias digitales de forma proporcional a los cometidos a desarrollar y la evolución a lo largo de la carrera profesional.³¹

³⁰ CAMPOS, Concepción. *Competencias digitales y empleados públicos: He visto cosas que...*, p. 1, 2020. Disponible en: <https://concepcioncampos.org/competencias-digitales-y-empleados-publicos-he-visto-cosas-que/>.

³¹ CAMPOS, Concepción. *Competencias digitales y empleados públicos: He visto cosas que...*, p. 1, 2020. Disponible en: <https://concepcioncampos.org/competencias-digitales-y-empleados-publicos-he-visto-cosas-que/>.

7 Hacia la Administración Pública Inteligente

Sin que afirmemos que en muchos países se haya terminado el proceso de implantación de la Administración Electrónica, a efectos de hacer un análisis integral del tema propuesto, exponemos que, como consecuencia de la rápida evolución de la tecnología, algunos países ya han comenzado el camino hacia una Administración Pública Inteligente, reconociendo el rol de las tecnologías emergentes, entre ellas, la inteligencia artificial, la automatización y los agentes conversacionales.³²

Esto, ha sido necesario por cuanto en el proceso de transformación digital de la actividad de las Administraciones Públicas y sus funcionarios, entre otras, se ha comprobado la burocracia digital comentada anteriormente.

Así, como una herramienta de guía en el camino hacia la Administración Pública Inteligente, el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo CLAD, el 8 de octubre de 2020, aprobó la Carta Iberoamericana de Innovación en la Gestión Pública con el objetivo de proponer recomendaciones y orientaciones que promuevan impulsar los pilares y principios de la innovación inteligente en todos los órganos e instituciones del Estado, a fin de procurar una perspectiva integral y sistémica y contribuir a la configuración de un enfoque de Estado Inteligente.³³

Así, se introduce el concepto de Administración Pública Inteligente que:

implica la extracción, análisis e interpretación de los datos, tanto a nivel tecnológico (mediante el diseño de algoritmos y sistemas de entrenamiento de los mismos) como de conocimiento humano (sistemas de inteligencia colectiva internos y externos a la Administración), que faciliten la detección proactiva de las nuevas necesidades sociales e individuales para poder renovar e innovar los catálogos de servicios públicos y los sistemas internos de gestión, con el objetivo de poder aportar un mayor bienestar social.³⁴

Una de las finalidades es crear valor público, que quiere decir que las políticas públicas y las acciones de la innovación en la gestión pública, da un valor se crea por la mejora de servicios, de los procesos internos y por la confianza social en sus intervenciones. Esto también incluye a los procesos decisionales con la intervención de la inteligencia artificial y gestión del conocimiento. Otra finalidad de la innovación pública inteligente es aportar a los sistemas de control y regulación para superar

³² STRINGHINI, Antonella. Administración Pública Inteligente: novedades al ecosistema normativo digital de la República Argentina. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo* 5, n. 2, p. 213, 2018. DOI:10.14409/redeoeda.v5i2.9094.

³³ CLAD, *Carta Iberoamericana de Innovación en la gestión pública aprobada en Andorra el 8 de octubre de 2020*, p. 7.

³⁴ CLAD, *Carta Iberoamericana de Innovación en la gestión pública, aprobada en Andorra el 8 de octubre de 2020*, p. 8.

las fallas estructurales de la corrupción, la arbitrariedad, la opacidad, el dispendio y el déficit en la evaluación de las políticas y de los servicios públicos.³⁵

Cinco son los pilares de la innovación inteligente entre los cuales están: (i) Visión estratégica para lograr una innovación anticipativa y adaptativa (el análisis de prospectiva en las administraciones públicas); (ii) La gestión del conocimiento; (iii) La inteligencia colectiva; (iv) Inteligencia artificial y administración pública; y, (v) Un modelo relacional democrático, inclusivo, abierto y transparente.

La carta establece que la innovación pública es multifacética y puede subdividirse en dos grandes ámbitos:

(i) Servicios a la ciudadanía con la creación y mejora de políticas y servicios de impacto directo a la ciudadanía;

(ii) Mejora de procesos y políticas de gestión internas dentro de la administración.

Sobre la implementación de la inteligencia artificial en la administración pública, el CLAD señaló que:

El impacto más relevante de la inteligencia artificial se centra en la extracción de patrones para inferir, predecir y reconocer tendencias o comportamientos más probables a partir de un cúmulo de datos. Se basa en sistemas matemáticos complejos, en forma de algoritmos, que permiten realizar esas inferencias y detectar valores atípicos que aportan información valiosa. Este desarrollo debe ir unido tanto a garantizar su accesibilidad a toda la ciudadanía como al estricto cumplimiento de las normativas en protección de datos personales.³⁶

Ya han existido algunos proyectos de uso de la inteligencia artificial y la robótica en el sector público para mejorar la calidad, entre ellos está “Lola” el robot funcionario con la misión de agilizar y simplificar los trámites burocráticos en Portugal. La idea fue que los clientes sean atendidos por el robot y le cuenten qué tipo de trámite van a realizar y el robot les guiará al puesto donde serán atendidos por un funcionario. Así también, si el trámite se puede realizar vía online, el robot podrá ayuda al usuario.³⁷

Otro proyecto es Prometea, el primer sistema de inteligencia artificial predictivo de América Latina desarrollado en el sector público de la ciudad de Buenos Aires, en pleno funcionamiento en la justicia, pero que también fue entrenado para realizar

³⁵ CLAD, *Carta Iberoamericana de Innovación en la gestión pública, aprobada en Andorra el 8 de octubre de 2020*, p. 8.

³⁶ CLAD, *Carta Iberoamericana de Innovación en la gestión pública, aprobada en Andorra el 8 de octubre de 2020*, p.10.

³⁷ Véase: “Lola, el robot funcionario que agilizará trámites burocráticos en Portugal” Disponible en: <https://www.efe.com/efe/portugal-en-espanol/destacada/lola-el-robot-funcionario-que-agilizara-tramites-burocraticos-en-portugal/50001002-3640259>.

diversas pruebas de concepto en la Administración Pública, entre las que se puede destacar:

En el Registro Civil y Capacidad de las Personas de la ciudad de Buenos Aires, Prometea agiliza el proceso de rectificación de partidas de nacimiento, matrimonio, defunción, automatiza el decreto, la resolución y la disposición que deben generarse en estos casos y, a partir de unas breves preguntas completa todos los documentos relacionados para la realización del trámite.

En el ámbito de las contrataciones públicas, la inteligencia artificial permite realizar pliegos de bases y condiciones particulares en muy poco tiempo e incorporar una herramienta de control de precios públicos y privados sobre los bienes a adquirir. Con Prometea se ha podido confeccionar un pliego en tan solo 1 minuto, mientras que manualmente la redacción del documento nos ocupa 2 horas.

En la designación de personal, Prometea ingresa los datos de las personas objeto de la designación de manera automática u reduce la cantidad de errores de tipeo en un 99% y permite hacer un control exhaustivo de aspectos formales de los documentos involucrados.³⁸

En Estonia podemos mencionar al sistema llamado X-road, que es una infraestructura digital que facilita el intercambio de datos. Se lo ha presentado como un proyecto de jueces robot que, con la ayuda de la inteligencia artificial, les permitirá acelerar decenas de casos atrasados que los jueces y secretarios judicial no pueden hacer actualmente. Su aplicación funciona de la siguiente manera: las dos partes cargan sus documentos e información relevante del caso en una plataforma, donde la IA toma una decisión que puede ser apelada por un juez “humano”.³⁹

Con estos proyectos y otros más que existen, hemos podido ver cómo las tecnologías emergentes, entre las cuales está la inteligencia artificial, contribuyen a la realización de la Administración Pública Inteligente, la mejora de la calidad del servicio que se da las personas y su satisfacción.

³⁸ STRINGHINI, Antonella. Administración Pública Inteligente: novedades al ecosistema normativo digital de la República Argentina. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo* 5, n. 2, p. 212, 2018. DOI:10.14409/redoeda.v5i2.9094.

³⁹ Véase: THE TECHNOLOGIST, *Estonia se prepara para tener “jueces robot” basados en inteligencia artificial* Disponible en: <https://www.thetechnologist.com/2019/06/12/estonia-se-prepara-para-tener-jueces-robot-basados-en-inteligencia-artificial/>.

8 Inteligencia artificial y su impacto en el empleo público

En el capítulo noveno de la Carta Iberoamericana de Innovación en la Gestión Pública del CLAD,⁴⁰ se señala que se puede pronosticar que un volumen significativo de los actuales puestos de trabajo en el sector público puede ser sustituidos por la inteligencia artificial y la robótica en los próximos años.

Se han realizado varias advertencias al respecto, como la de Martin Ford, en “El ascenso de los robots: la tecnología y la amenaza de un futuro sin empleos”, puntualizando que “los robots no están ya sólo en las fábricas, amenazando a los trabajadores en las cadenas de montaje. La gente que está ahora amenazada es cualquiera que esté sentada en un despacho y haciendo un trabajo que requiera la manipulación de información, especialmente si es una manera rutinaria”.⁴¹

De ahí que, entre las trece profesiones más amenazadas por la robotización aparecen, entre otras, la de mecanógrafo, trabajos de secretaría, gestor financiero, gestión de nóminas y salarios, recepcionista y empleados de correos.⁴²

Se dice que una de las claves para analizar el impacto de las nuevas tecnologías en el empleo, se vincula con la distinción entre profesiones y tareas/actividades que la integran. Las profesiones en sí mismas -al menos en el corto plazo- no se automatizan, sino que ciertas tareas que integran los oficios o trabajos en general son las que pueden basarse en la utilización de sistemas de inteligencia artificial.⁴³

En el caso de los cargos del empleo público, Corvalán revela que algunos podrían reducirse y reemplazarse en el futuro, entre los cuales están:

- Los conductores de transportes públicos, choferes de cargos públicos, mensajeros, entre otros;
 - Los empleados de correos, carteros y manipuladores;
 - Trabajos de carácter administrativo y auxiliar.
 - Trabajos de carácter burocrático de elevado nivel como los encargados de tramitación de expedientes, gestión económica y de personal, entre otros.
- Reducción de los cuerpos de seguridad por la combinación de la robótica y de la inteligencia artificial, que reemplazarían a los funcionarios encargados de las tareas administrativas y rutinarias.

⁴⁰ Carta Iberoamericana de Innovación en la Gestión Pública emitida por el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo CLAD aprobada el 8 de octubre de 2020, p. 20.

⁴¹ Véase: “El 47% de los empleos está en “alto riesgo” de ser automatizado” en: <https://www.elmundo.es/economia/2016/01/20/5697d766268e3e76078b46d4.html>.

⁴² RAMIÓ, Carles. *Inteligencia artificial y administración pública: robots y humanos compartiendo el servicio público*. Madrid: Catarata, 2019, p. 141.

⁴³ CORVALÁN, Juan Gustavo. *Prometea Inteligencia Artificial para transformar organizaciones públicas*. Primera edición. Buenos Aires: Astrea, 2019, p. 74.

- Trabajadores encargados de los servicios sociales, salud e incluso en la administración de justicia.⁴⁴

Sin embargo, también se ha aclarado que *el futuro del empleo no será tan funesto como algunos presagian*, pues, como lo señala J. P. Gownder, la automatización hará que surjan y crezcan nuevas categorías de empleo. Además, se establecerán nuevas condiciones en las que los humanos y los robots trabajen juntos, en vez de convertirse en meros sustitos del otro.⁴⁵ Así, la cuarta revolución industrial, tendría el mismo impacto que otras revoluciones.

Esta posibilidad de cambio con la eliminación de cargos públicos obsoletos o con tareas rutinarias, más que una tragedia, se la debe ver como una oportunidad por diversos motivos, entre ellos, generará un ahorro importante en el uso de recursos públicos asignados a los recursos humanos, simplificará las tareas de los funcionarios públicos y contribuirá a la eficiencia.

El tema del llamado “desempleo tecnológico” ya lo ha vivido la humanidad como consecuencia de la evolución y disrupción tecnológica, sin embargo, la historia nos recuerda que sin bien se eliminaron algunos oficios, se crearon otros con nuevas tareas y eso es algo que seguramente pasará en el empleo público.

En el caso de la inteligencia artificial, Corvalán ha señalado que la misma tiene potencial de humanizar las tareas de los funcionarios públicos. Al reducir o eliminar la actividad humana en tareas rutinarias o mecánicas, se puede volcar el potencial humano en casos de mayor complejidad, y de ese modo potenciar a las organizaciones públicas para que aumenten la efectividad en la prestación de sus servicios.⁴⁶

Entonces, debemos entender que la automatización de tareas mecánicas, propios de la era del papel, es una herramienta importante de apoyo que contribuye a rescatar la verdadera capacidad del funcionario pública, despreocupándose de lo simple, para dedicar su esfuerzo a lo complejo, mostrando su creatividad en la solución de los problemas y generando un mayor impacto en su labor.

9 Reflexiones finales

Hemos visto que un nuevo paradigma en el sector público es posible con el apoyo de la tecnología. Una Administración que no se preocupa por innovar y

⁴⁴ CORVALÁN, Juan Gustavo. *Prometea Inteligencia Artificial para transformar organizaciones públicas*. Primera edición. Buenos Aires: Astrea, 2019, p. 142-143.

⁴⁵ Véase: “El 47% de los empleos está en ‘alto riesgo’ de ser automatizado” Disponible en: <https://www.elmundo.es/economia/2016/01/20/5697d766268e3e76078b46d4.html>.

⁴⁶ CORVALÁN, Juan Gustavo. *Prometea Inteligencia Artificial para transformar organizaciones públicas*. Primera edición. Buenos Aires: Astrea, 2019, p. 82.

mejorar la calidad de los servicios que presta es una administración que está de espaldas a las personas.

El uso de la tecnología en las Administraciones Públicas debe servir para mejorar la calidad de la atención a los usuarios o interesados, facilitar los procedimientos administrativos y una respuesta oportuna. Es un instrumento a favor de las personas que permite superar la distancia temporal y espacial con la administración.

La interoperabilidad, como piedra angular para el impulso de la administración pública electrónica *integral*, no solo que contribuye a una Administración que cueste menos e imponga menos cargas a las personas con el intercambio de información entre entidades públicas, sino que, además, es una herramienta de gestión eficiente, por ejemplo: (i) en el uso de un procedimiento administrativo sancionador por infracciones de falta de permisos de funcionamiento, construcción, publicidad, realización de inspecciones, donde se podrá tener certeza de la emisión o no de dichos documentos o la aprobación o no de una inspección de manera más ágil y suficiente; (ii) con la eliminación de trámites innecesarios y el pago de salarios de funcionarios públicos a cargos de los mismos.

Se debe reconocer que no todas las personas tienen acceso a los medios tecnológicos, razón por la que las administraciones públicas deben establecer estrategias y programas de inclusión digital para combatir la infoexclusión; esto es, garantizando la infoalfabetización para reducir la brecha digital e ir eliminando las barreras existentes para el acceso a los servicios electrónicos de las personas de escasos recursos (dignidad digital). De no garantizarse esto, los procedimientos seguirán tramitándose en papel.

En virtud del principio de mejora continua, las administraciones públicas deben realizar una evaluación de las etapas del procedimiento administrativo electrónico para evitar que se cree una burocracia digital, pues, caso contrario, el uso de la tecnología no tendría sentido.

Es urgente una revisión del modelo de empleo público para la innovación de la Administración Pública, en el que exista evaluación por resultados, también en el teletrabajo, pero no solo en números, sino soluciones efectivas a los problemas y requerimientos de las personas mediante el uso de las herramientas tecnológicas de manera eficiente. Para ello, se les debe dotar de las herramientas e insumos tecnológicos necesarios, capacitación constante, cargando y actualizando la información con la que van a trabajar y brindar servicios electrónicos, enseñándoles cómo las tecnologías emergentes como la inteligencia artificial son un apoyo para un servicio eficiente y de calidad, entre otras.

En los procesos de selección y evaluación de los funcionarios públicos se incluyen parámetros de medición del manejo de las tecnologías de la información

y comunicación que son la base para la innovación inteligente y eficiente gestión pública.

Si bien, uno de los impactos de la implementación de la inteligencia artificial en el sector público puede ser la eliminación o reducción de algunos empleos, especialmente los administrativos o rutinarios, también se crearán oportunidades con la creación de otros nuevos, con nuevas funciones y hacia allá es donde deben apuntar las personas. En otros casos, la inteligencia artificial complementará la tarea del funcionario, desprendiéndole de la actividad mecánica, para acelerar sus actividades y que este dedique su esfuerzo a lo complejo y a ofrecer un producto de mejor calidad.

Uno de los principales desafíos es la ubicación de los funcionarios públicos que no se adapten a la innovación de la gestión pública, tengan alto grado de resistencia o cuyas tareas hayan sido afectadas por la implementación de la inteligencia artificial.

Las Administraciones Públicas están en un momento en el que deben conseguir o reasignar recursos urgentes para la innovación, *culminar con el proceso de implementación de la Administración Electrónica* y pensar ya en caminar hacia la Administración Pública Inteligente para agilizar y optimizar las respuestas a las personas. Si no lo hacen, como hemos dicho, sería darles la espalda a las personas y vulnerar sus derechos con un servicio deficiente.

Referencias

AGENCIA EFE. *Lola, el robot funcionario que agilizará trámites burocráticos en Portugal*. Disponible en: <https://www.efe.com/efe/portugal-en-espanol/destacada/lola-el-robot-funcionario-que-agilizará-tramites-burocraticos-en-portugal/50001002-3640259>.

CAMPOS, Concepción, *El futuro del empleo público ante los retos de la Inteligencia Artificial*. Disponible en: <https://concepcioncampos.org/el-futuro-del-empleo-publico-ante-los-retos-de-la-inteligencia-artificial/>.

CATAÑO RAMÍREZ, Sara Liliانا; GÓMEZ RÚA, Natalia Eugenia. El concepto de teletrabajo: aspectos para la seguridad y salud en el empleo. *Revista CES Salud Pública* Volumen 5 No. 1 Enero – Junio, p. 83-84, 2014. Disponible en: [Dialnet-ElConceptoDeTeletrabajo-4804770%20\(2\).pdf](https://dialnet.rii.conicet.gov.ar/documentos/4804770/2020(2).pdf).

CENTRO LATINOAMERICANO DE ADMINISTRACIÓN PARA EL DESARROLLO (CLAD), *Carta Iberoamericana de Innovación en la gestión pública*, aprobada en Andorra el 8 de octubre de 2020.

CENTRO LATINOAMERICANO DE ADMINISTRACIÓN PARA EL DESARROLLO (CLAD), *Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico*, aprobada el 1 de junio de 2007.

CORVALÁN, Juan Gustavo. *Prometea Inteligencia Artificial para transformar organizaciones públicas*. Primera edición. Buenos Aires: Astrea, 2019.

DELPÍAZZO, Carlos. Tratamiento Jurídico y Evolución Tecnológica del procedimiento administrativo en Uruguay. *Revista Jurídica de Buenos Aires* No. 96 de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2018.

- DIARIO EL MUNDO. *El 47% de los empleos está en alto riesgo de ser automatizado*. Disponible en: <https://www.elmundo.es/economia/2016/01/20/5697d766268e3e76078b46d4.html>.
- ECUADOR. Código Orgánico Administrativo de Ecuador [COA] (2017). Asamblea Nacional. *Registro Oficial* Suplemento 31 de 7 de julio de 2017.
- ECUADOR. Código Orgánico Monetario y Financiero de Ecuador, Libro I (2015). Asamblea Nacional. *Registro Oficial* Suplemento 332 de 12 de septiembre de 2014.
- ECUADOR. Constitución de la República del Ecuador [CRE] (2008). Asamblea Constituyente. *Registro Oficial* 449 de 20 de octubre de 2008.
- ECUADOR. Decreto Ejecutivo No. 981, Presidente de la República. *Registro Oficial* Suplemento No. 143 de 14 de febrero de 2020.
- ECUADOR. Ley Orgánica para la Optimización y Eficiencia de Trámites Administrativos de Ecuador [LOOETA] (2008). Asamblea Nacional. *Registro Oficial* Suplemento 353 de 23 de octubre de 2018.
- EL SALVADOR. *Ley de Procedimientos Administrativos de El Salvador*. Decreto nº 856 de 13 de febrero de 2018.
- ESPAÑA. Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas de España. *Boletín Oficial del Estado* «BOE» núm. 236 de 02 de octubre de 2015.
- GAMERO CASADO, Eduardo, Interoperabilidad y administración electrónica: conéctense, por favor, *Revista de Administración Pública* No. 179, Madrid, 2009.
- MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Derechos de los administrados y nuevas tecnologías: reflexiones sobre la buena administración electrónica en Perú*. Lima: Gaceta Jurídica, 2020.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OCDE). *Overcoming Barriers to Administrative Simplification Strategies: Guidance for Policy Makers*. Regulatory Policy Division Directorate for Public Governance and Territorial Development, 2009.
- PERÚ. *Reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales de Perú* (2008). Decreto Supremo Nº 052-2008-PCM.
- RABÁN, Melisa y SÁ ZEICHEN, Gustavo. EL procedimiento administrativo digital. Un panorama de su regulación jurídica en Argentina. *Revista Jurídica de Buenos Aires* No. 96 de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2018.
- RAMIÓ, Carles. *Inteligencia artificial y administración pública: robots y humanos compartiendo el servicio público*. Madrid: Catarata, 2019.
- ROSETH, Benjamin, REYES, Ángela; y, SANTISO Carlos. *El fin del trámite eterno: Ciudadanos, burocracia y gobierno digital*. Washington: Banco Interamericano de Desarrollo, 2018.
- SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Compendio de derecho administrativo*. Primera edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.
- STRINGHINI, Antonella. Administración Pública Inteligente: novedades al ecosistema normativo digital de la República Argentina. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo* 5, n. 2, 2018. Disponible en: <https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/publicaciones/index.php/Redoeda/article/view/9094/12568>.
- THE TECHNOLOGIST. *Estonia se prepara para tener "jueces robot" basados en inteligencia artificial*. Disponible en: <https://www.thetechnologist.com/2019/06/12/estonia-se-prepara-para-tener-jueces-robot-basados-en-inteligencia-artificial/>.
- UNIÓN EUROPEA. Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de diciembre de 2006, publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea* el 30 de diciembre de 2006.

VALENCIA TELLO, Diana Carolina. *El estado en la era de la globalización y las nuevas tecnologías*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2015.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

VILLACRESES VALLE, Jaime Andrés. Transformación digital de la Administración Pública. Avances y desafíos en el uso de la tecnología. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, p. 31-58, set./dez. 2022. DOI: 10.47975/digital.law.vol.3.n.3.villacreses.

Estudos sobre a vigilância: do panóptico ao *big-other**

Studies on surveillance: from the panopticon to the big-other

Ana Cristina Aguiar Viana**

Université Paris 1 Panthéon Sorbonne (Paris, Île-de-France, França)
Universidade Federal do Paraná (Curitiba, Paraná, Brasil)
anacristina_av@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0003-3837-8589>

Thiago Gomes Marcilio***

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo, São Paulo, Brasil)
tgm.marcilio@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-3601-8339>

Recebido/Received: 04.03.2023/ March 4rd, 2023

Aprovado/Approved: 08.03.2023/ March 8th, 2023

Resumo: O presente artigo visa analisar as fases do vigilantismo, desde sua intervenção material na arquitetura panóptica até sua atuação no ambiente virtual, evidenciando as técnicas utilizadas e o processo de conversão do dado em matéria-prima da vigilância. A migração da capacidade de vigilância do Estado para o setor privado é um dos principais marcos, já que o poder sobre os corpos deixa de ser o objeto principal e o estímulo à produção de dados comercializáveis passa a ser o principal elemento das estratégias de vigilância. Passa a existir um movimento de autoexposição individual. Mesmo assim, essas lógicas de vigilância são cumuláveis, de modo a criar e absorver dados em diferentes substratos de aplicação das tecnologias.

Como citar esse artigo/*How to cite this article*: VIANA, Ana Cristina Aguiar; MARCILIO, Thiago Gomes. Estudos sobre a vigilância: do panóptico ao big-other. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, vol. 3, n. 3, p. 59-84, set./dez. 2022. DOI: 10.47975/digital.law.vol.3.n.3.viana.

* Este trabalho foi realizado com o apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

** Doutorado em Direito do Estado na Universidade Federal do Paraná (Curitiba, Paraná, Brasil) com pesquisa na Universidade Paris 1 Panthéon-Sorbonne (Paris, França). Mestrado em Políticas Públicas na Universidade Federal do Paraná. Advogada, professora e pesquisadora. Bolsista Capes-Print. E-mail: anacristina_av@hotmail.com.

*** Mestre em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, com bolsa CAPES e cotista racial (São Paulo, São Paulo, Brasil). Pós-graduando em Direito Digital e Inovação pela Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo. Advogado. E-mail: tgm.marcilio@gmail.com.

Palavras-chave: Vigilância. Monitoramento. Direito digital. Dados. Tecnologia.

Abstract: The paper aims to analyze the phases of vigilantism, from its material intervention in the panoptic architecture to its action in the virtual environment, highlighting the techniques used and the process of converting data into raw material for surveillance. The migration of surveillance capacity from the state to the private sector is one of the main landmarks, as the power over bodies is no longer the main object, and the stimulus to the production of marketable data becomes the main element of surveillance strategies. There is now a movement toward individual self-exposure. Even so, these logics of surveillance are cumulative, in order to create and absorb data in different substrates of application of technologies.

Keywords: Vigilance. Monitoring. Digital Law. Data. Technology.

Sumário: **1** Introdução – **2** Mapeamento dos estudos da vigilância – **3** Primeiro estágio dos estudos sobre vigilância: perspectiva moderna e o panóptico – **4** Segundo estágio dos estudos da vigilância: o pós-moderno, as redes e o indivíduo – **5** Terceiro estágio dos estudos da vigilância: impactos das novas tecnologias – **6** Considerações finais – Referências

1 Introdução

“Naturalmente, não havia jeito de determinar se, num dado momento, o cidadão estava sendo vigiado ou não. Impossível saber com que frequência, ou que periodicidade, a polícia do pensamento ligava para a casa deste ou daquele indivíduo. Era concebível, mesmo, que observasse todo mundo ao mesmo tempo. A realidade é que podia ligar determinada linha, no momento que desejasse. Tinha-se que viver – e vivia-se por hábito transformado em instinto na suposição de que cada som era ouvido e cada movimento examinado, salvo quando feito no escuro”.¹

Prudência. Zelo. Palavras que, segundo o dicionário, são sinônimas de *vigilância*. Uma breve busca virtual do seu significado, contudo, revela que o vocábulo tem forte associação com atividades de fiscalização ou monitoramento de pessoas e/ou locais.² A emergência de tecnologias disruptivas tem colaborado com o emprego mais frequente do termo. Correlações da sociedade contemporânea com cenários distópicos já deixam de ser tratadas apenas como ficcional; passa-se a comparar obras, tal como a de George Orwell, anteriormente citada, à realidade.

Anthony Giddens já havia elencado a vigilância como um componente da pós-modernidade.³ Mas com a transformação digital ela se torna elementar. Seus

¹ ORWELL, George. 1984. Disponível em: <http://home.ufam.edu.br/edsonpenafort/GEORGE%20ORWELL%20-%201984.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2020.

² Busca no Google da palavra indica que os primeiros resultados se referem à vigilância em termos de comportamento ou em nível de fiscalização, como vigilância sanitária.

³ GIDDENS, Anthony. *The Constitution of Society: Outline of the Theory of Structuration*. Cambridge: Polity Press, 1984. p. 402.

efeitos na sociedade e para com outros sistemas são facilmente identificados. A captura de dados realizada por uma companhia privada que impacta nas eleições presidenciais estadunidenses é exemplo emblemático da vigilância.⁴ Tal exemplo mostra a relevância de se ter conhecimentos sobre a vigilância no universo jurídico.

No âmbito acadêmico, os estudos⁵ sobre a vigilância se tornaram uma especialidade e já são considerados como parte de uma categoria interdisciplinar, a qual abrange diversas áreas do conhecimento, como a sociologia, ciência política, geografia, informática, entre outras.⁶ As pesquisas realizadas, todavia, são na grande maioria na língua inglesa, assim como os trabalhos no âmbito jurídico são modestos.⁷ Ocorre que as implicações legais e regulatórias da vigilância não estão integradas com suas teorias. Isto é, existe um descompasso entre a evolução da teoria e seu tratamento pelo Direito.⁸

Logo, para que o Direito possa regulamentar de modo adequado o modo que se exerce a vigilância, é preciso, primeiramente, compreender o seu campo de estudo. Da observação desta lacuna, propõe-se apresentar as teorias da vigilância para que sirvam de base para estudos jurídicos sobre os desafios normativos que se desenrolam. A metodologia do trabalho é descritiva. Para tanto, apresentam-se os três estágios dos estudos da vigilância, enfatizando-se as diversas nuances teóricas sobre a vigilância com as novas tecnologias, trazendo, igualmente, os pontos positivos apontados pela literatura.

2 Mapeamento dos estudos da vigilância

A vigilância tornou-se conhecida no mundo acadêmico notadamente pelos estudos de Michel Foucault. No campo literário, grande paradigma é George Orwell,

⁴ Trata-se do caso da Cambridge Analytica. A empresa, que combinava ferramentas para exploração e análise de dados, foi o centro de um escândalo global por ter organizado a “aspiração” dos dados pessoais de dezenas de milhões de usuários do Facebook, para direcionar mensagens favoráveis ao Brexit, no Reino Unido, e à eleição de Donald Trump, nos Estados Unidos em 2016.

⁵ Desde 2002 são os estudos na revista *Surveillance & Society* (S&S). A rede de pesquisa da Surveillance Studies Network (SSN), fundada em 2007, trabalha especificamente sobre o tema.

⁶ LYON, David. *Everyday surveillance*. Personal data and social classifications. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/233285311_Everyday_Surveillance_Personal_data_and_social_classifications. Acesso em: 3 maio 2020.

⁷ Em apanhado sobre estudos de vigilância, identificou-se que, dos 242 artigos publicados entre 2012 e 2017, mais de 71% dos autores trabalhavam em universidades dos EUA (33%), canadense (26%), britânica (24%) ou australiana (17%). As disciplinas mais representadas são a sociologia (28%), comunicação (21%), geografia (15%) e ciência política (10%). As outras disciplinas (TI, criminologia, planejamento urbano, administração e psicologia) representam entre 3 e 6% das publicações. In: CASTAGNINO, Florent. *Critique des surveillances studies. Éléments pour une sociologie de la surveillance. Déviance et Société*, Paris, vol. 42, 2018/1, p. 9-40. DOI: 10.3917/ds.421.0009.

⁸ TIMAN, Tjerk; GALIČ, Maša; KOOPS, Bert-Jaap. Surveillance Theory and Its Implications for Law. In: BROWNSWORD, R.; SCOTFORD E.; YEUNG K. (coord.). *The Oxford Handbook of Law, Regulation, and Technology*. Oxford: Oxford UP, 2017. p. 731-753. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3098182>. Acesso em: 4 abr. 2020.

que descreve a hipotética cidade *Oceana* na sua obra *1984*, em que os cidadãos são vigiados desde suas casas. A convivência em espaços públicos, os relacionamentos e as atividades rotineiras em suas residências são controlados de forma capilarizada e detalhada, e não apenas de forma macro. A história caracteriza bem a microfísica do poder, apresentada por Michel Foucault. Esse controle centra-se no corpo, nas formas de adestramento, no controle de forças e na exacerbação da docilidade de forma a integrar o corpo em sistemas de controle economicamente eficazes, “tudo isso assegurado por procedimentos de poder que caracterizam as disciplinas: anátomo-política do corpo humano”. Tais⁹ entendimentos são de extrema relevância e constituem facetas introdutórias dos estudos sobre a vigilância.¹⁰

Em estudo topográfico sobre o tema, Florent Castagnino expõe que a vigilância pode ser estudada por disciplina, como sociologia, ciência política, geografia e matemática. É possível realizar igualmente pesquisas com base em um objeto de estudo específico, como a delinquência, ou terrorismo, prisão, *cybercrime*, dados pessoais, bancos de dados, etc.; ou por meio dos objetos e/ou agentes de vigilância, como inspetores, agentes de segurança, polícia, câmeras, biometrias, geolocalização, chips. A vigilância também é explorada por meio das suas funções, como da perspectiva do supervisor ou da/do monitorado. Finalmente, é possível examiná-la por suas finalidades, que podem ser de segurança, econômicas, funcionais, etc.¹¹

Um mapeamento do campo de estudo da vigilância pode ser organizado em torno de dois eixos, um na escala de análise e outro na especificidade do objeto. O primeiro comporta duas abordagens analíticas. Uma das abordagens busca compreender a vigilância de cima e a enxerga enquanto fenômeno político e social global.¹² Um dos autores mais reconhecidos é David Lyon, Diretor dos Centros de Estudos sobre Vigilância.¹³ A outra abordagem concebe a vigilância a partir de baixo, buscando observar a produção feita por atores locais, e tenta descrever seus mecanismos de ação. Autores desse último grupo enfatizam a análise de tecnologias específicas, que podem ir desde *webcams*,¹⁴ a *big data*.¹⁵

⁹ FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade: a vontade de saber*. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque. Rio de Janeiro: Editora Paz & Terra, 2014, p. 150.

¹⁰ HAGGERTY, Kevin D.; ERICSON, Richard V. The Surveillant Assemblage. *The British Journal of Sociology*, v. 51, 2000. p. 605-22.

¹¹ CASTAGNINO, Florent. Critique des surveillances studies. Éléments pour une sociologie de la surveillance. *Déviance et Société*, Paris, vol. 42, 2018/1, p. 9-40. DOI: 10.3917/ds.421.0009.

¹² CASTAGNINO, Florent. Critique des surveillances studies. Éléments pour une sociologie de la surveillance. *Déviance et Société*, Paris, vol. 42, 2018/1, p. 9-40. DOI: 10.3917/ds.421.0009.

¹³ Conferir o site eletrônico: <https://www.surveillance-studies.net>.

¹⁴ KOSKELA, Hille. Webcams, TV Shows and Mobile Phones: Empowering Exhibitionism. *Surveillance and Society*, v. 2, n. 3/4, 2004. p. 199.

¹⁵ ANDREJEVIC, Mark. The Big Data Divide. *International Journal of Communication*, v. 8, 2014, p. 1673-1689; também ZUBOFF Shoshana. Big other: Surveillance Capitalism and the Prospects of an Information Civilization. *Journal of Information Technology*, v. 30, n. 1, 2015, p. 75-89. DOI: <https://doi.org/10.1057/jit.2015.5>. Disponível em: <https://cryptome.org/2015/07/big-other.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2020.

É possível também observar o desenvolvimento da teoria da vigilância em três estágios¹⁶ ou três fluxos¹⁷ analíticos, que se relacionam com a disciplina, o controle e funções de entretenimento. O primeiro estágio pode ser chamado de panóptico, ou de estudos modernos; o segundo de teoria de redes de vigilância, ou de estudos pós-modernos; e o terceiro estágio engloba o universo de estudos realizados – com múltiplas percepções – da vigilância exercida pelas novas tecnologias. Para o desenvolvimento do presente trabalho, por questões didáticas, adota-se esta forma de exame das teorias da vigilância.

3 Primeiro estágio dos estudos sobre vigilância: perspectiva moderna e o panóptico

Traços teóricos da vigilância remontam a tempos pretéritos, a exemplo da religiosa que predominou em parte relevante da Idade Média, ou a política dos séculos que a seguiram. Não obstante, aponta-se que o primeiro momento da teoria da vigilância é aquele relacionado ao modelo panóptico.¹⁸ Isso porque, embora as ciências sociais tenham se debruçado anteriormente sobre o tema, raramente o fizeram como um objeto primário ou como um conceito. As teorias sociais gerais que estão particularmente interessadas na questão da vigilância iniciam-se com Foucault. A partir do estudo dele é que pesquisadores passaram a buscar responder sobre os processos e práticas de vigilância existentes e seus problemas.¹⁹

O modelo panóptico foi desenvolvido inicialmente por Jeremy Bentham e utilizado, posteriormente, por Michel Foucault para disposição dos regimes disciplinares de poder. Filósofo, jurista e economista, Jeremy Bentham fez trabalhos em diversos domínios e é reconhecido como o pai da filosofia utilitarista.²⁰ Embora seu interesse seja na moral, na filosofia política e nas leis, por meio do panóptico e da teoria das ficções, o autor teve relevante contribuição para o pensamento moderno.²¹

¹⁶ TIMAN, Tjerk; GALIČ, Maša; KOOPS, Bert-Jaap. Surveillance Theory and Its Implications for Law. In: BROWNSWORD, R.; SCOTFORD E.; YEUNG K. (coord.). *The Oxford Handbook of Law, Regulation, and Technology*. Oxford: Oxford UP, 2017. p. 731-753. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3098182>. Acesso em: 4 abr. 2020.

¹⁷ CASTAGNINO, Florent. Critique des surveillances studies. *Éléments pour une sociologie de la surveillance. Déviance et Société*, Paris, vol. 42, 2018/1, p. 9-40. DOI: 10.3917/ds.421.0009.

¹⁸ TIMAN, Tjerk; GALIČ, Maša; KOOPS, Bert-Jaap. Surveillance Theory and Its Implications for Law. In: BROWNSWORD, R.; SCOTFORD E.; YEUNG K. (coord.). *The Oxford Handbook of Law, Regulation, and Technology*. Oxford: Oxford UP, 2017. p. 731-753. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3098182>. Acesso em: 4 abr. 2020.

¹⁹ CASTAGNINO, Florent. Critique des surveillances studies. *Éléments pour une sociologie de la surveillance. Déviance et Société*, Paris, vol. 42, 2018/1, p. 9-40. DOI: 10.3917/ds.421.0009.

²⁰ BRUNON-ERNST, Anne; CHAMPS BENTHAM, Emmanuelle. L'utilitarisme. *Bulletin critique Benjamin Bourcier. Archives de Philosophie*, v. 2, Tomo 79, 2016, p. 405-416.

²¹ BOZOVIC, Miran. Introduction: an utterly dark spot. In: BENTHAM, Jeremy. *The panopticon Writings*. London: Verso, 1995. p. I.

O panóptico trata de uma ideia desenhada por Bentham, mas por ele nunca realizada, em que descreve um novo modelo de obter poder “da cabeça pela cabeça”, cujo possuidor deste poder é o inspetor com sua onipresença invisível.²² É a aparente onipresença do inspetor que sustenta a disciplina do panóptico, a qual tem como efeito evitar a transgressão. O projeto desenvolvido poderia ser aplicado para qualquer tipo de estabelecimento no qual pessoas estariam dispostas sob inspeção.²³

O modelo mais conhecido é o da prisão. Contudo, indica-se que ele projetou ao menos quatro tipos de *panopticons*.²⁴ O panóptico-indigente, um projeto desenvolvido pelo autor para alojar indigentes. O “sintomático”, modelo de escola em forma de panóptico, onde um inspetor supervisionaria os alunos sem ser visto; finalmente, a ideia de panóptico invertido, que trazia uma ideia de vigilância de baixo para cima, onde funcionários governantes são monitorados para garantir um bom governo.²⁵

Em todos os modelos havia uma ilusão de vigilância constante dentro dos espaços. Enquanto utilitarista, Bentham utilizou uma perspectiva racionalista sobre ética e governo, baseada no princípio da “utilidade”, do qual o panóptico era parte integrante.²⁶ Bentham interpretava o vigiar não apenas numa perspectiva corretiva ou controladora, mas igualmente com o intuito de garantir um resultado positivo e uma harmonia.²⁷

A ilusão da vigilância, realizada por meio do inspetor onipresente, é o que traz o efeito desejado disciplinar para Bentham. Em sua analogia com fantasmas, no seu trabalho sobre ficções, ele ressalta o efeito que uma entidade imaginária possui. Segundo ele, o efeito do panóptico, assim como do medo de fantasma, deriva da sua ficção, isto é, trata-se de uma figura escondida e não aparente. O sucesso do projeto, portanto, reside nessa aparência.²⁸ Considera-se seu modelo

²² BOZOVIC, Miran. Introduction: an utterly dark spot. In: BENTHAM, Jeremy. *The panopticon Writings*. London: Verso, 1995. p. I.

²³ BENTHAM, Jeremy. *The panopticon Writings*. London: Verso, 1995. p. 33.

²⁴ BRUNON-ERNST, Anne; CHAMPS BENTHAM, Emmanuelle. L'utilitarisme. Bulletin critique Benjamin Bourcier. *Archives de Philosophie*, v. 2, Tomo 79, 2016, p. 405-416.

²⁵ TIMAN, Tjerk; GALIČ, Maša; KOOPS, Bert-Jaap. Surveillance Theory and Its Implications for Law. In: BROWNSWORD, R.; SCOTFORD E.; YEUNG K. (coord.). *The Oxford Handbook of Law, Regulation, and Technology*. Oxford: Oxford UP, 2017. p. 731-753. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3098182>. Acesso em: 4 abr. 2020.

²⁶ TIMAN, Tjerk; GALIČ, Maša; KOOPS, Bert-Jaap. Surveillance Theory and Its Implications for Law. In: BROWNSWORD, R.; SCOTFORD E.; YEUNG K. (coord.). *The Oxford Handbook of Law, Regulation, and Technology*. Oxford: Oxford UP, 2017. p. 731-753. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3098182>. Acesso em: 4 abr. 2020.

²⁷ LYON, David. *Surveillance as Social Sorting: Privacy, Risk, and Digital Discrimination*. London: Routledge, 2003.

²⁸ BOZOVIC, Miran. Introduction: an utterly dark spot. In: BENTHAM, Jeremy. *The panopticon Writings*. Verso: London, 1995, p. I.

um paradigma que ensejou a elaboração de uma infinidade de panópticos com diversas variedades.²⁹

A sua concepção de panóptico, contudo, tornou-se mais conhecida em virtude da obra de Michel Foucault,³⁰ que examinou a relação entre poder, direito e verdade. Entre as formas de poder por ele apresentadas, está o poder disciplinar. A disciplina, segundo ele, se apresenta como uma forma de poder que trabalha por meio da normatização e da conformidade. A sociedade disciplinar acredita na ciência, traçando uma linha clara entre o bom e mau, o delinquente e o cidadão de bem, o bom e o pervertido, operando pelos micromecanismos de poder numa atuação sobre o corpo para normalizá-lo. Ou seja, normaliza-se um padrão a partir de uma norma, sendo que o poder disciplinar incide sobre os corpos para normalizá-lo.³¹

A ordem disciplinar é uma maneira de instituir uma ordem e dar eficiência e utilidade econômica. A disciplina nasce visando a formação de uma relação que no mesmo mecanismo torna o corpo obediente e útil, em uma manipulação calculada dos gestos, dos comportamentos. O corpo humano é desarticulado e recomposto, com uma disciplina fabricando corpos dóceis.³² Internacionaliza-se a moral e os valores ocidentais e o controle se exerce por instituições específicas, como hospitais psiquiátricos, escolas ou militares. Quando todos podem estar sob vigilância, o controle, a moral e os valores são internalizados. O conceito de panopticismo de Foucault, deste modo, representa relações de poder que se manifestam como supervisão, controle e correção.^{33 34}

O conceito se amplia para outras instituições correccionais ou de caráter curativo, a escola, os hospitais, as entidades manicomial e a própria cidade. Trata-se de uma estruturação em dois níveis: (i) o físico, na medida em que a arquitetura e o controle do espaço tornam-se necessários para presença e expressão institucional; e o segundo (ii) no nível do poder, de caráter fugaz e imaterial, mas cuja circulação pode, em razão do controle sobre espaço, ser contido, represado, estimulado, concentrado, expelido e exercido. Mecanismos de identificação dos

²⁹ TIMAN, Tjerk; GALIČ, Maša; KOOPS, Bert-Jaap. Surveillance Theory and Its Implications for Law. In: BROWNSWORD, R.; SCOTFORD E.; YEUNG K. (coord.). *The Oxford Handbook of Law, Regulation, and Technology*. Oxford: Oxford UP, 2017. p. 731-753. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3098182>. Acesso em: 4 abr. 2020.

³⁰ HAGGERTY, Kevin D.; ERICSON, Richard V. The Surveillant Assemblage. *The British Journal of Sociology*, v. 51, p. 605-22, 2000.

³¹ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à história do direito*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 7.

³² FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. São Paulo: Almedina, 2014.

³³ TIMAN, Tjerk; GALIČ, Maša; KOOPS, Bert-Jaap. Surveillance Theory and Its Implications for Law. In: BROWNSWORD, R.; SCOTFORD E.; YEUNG K. (coord.). *The Oxford Handbook of Law, Regulation, and Technology*. Oxford: Oxford UP, 2017. p. 731-753. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3098182>. Acesso em: 4 abr. 2020.

³⁴ Um exemplo foi a casa de detenção de Grand, os quartéis franceses e os hospitais de Jean François de Neufforge. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: Nascimento da Prisão. Tradução: Raquel Ramallete. 23 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2014. p. 33-38.

corpos revoltosos são constituídos para atuação sobre os corpos individuais ou sociais, numa biopolítica da população³⁵ a nível de materialidade do espaço.³⁶

Mas o panóptico também envolve um treinamento produtivo da “alma” que incentiva os reclusos a refletirem sobre seu próprio comportamento em esforços sutis e contínuos para transformarem a si mesmos.³⁷ A vigilância através do olhar, a disciplina sobre o indivíduo e a segurança exercida sobre a população seriam os três níveis de articulação do poder, criando um encadeamento, mas cuja atuação material seria a última *ratio* (recurso).³⁸

Possibilitar a vigilância das cidades foi um desdobramento necessário a partir da perspectiva produtiva, uma vez que as muralhas haviam sido suprimidas em razão do desenvolvimento econômico, o que impediu o fechamento dos portões da cidade ou um controle rígido de entrada e saída, tamanho era o fluxo de idas e vindas, o que levou à necessidade de organizar a circulação através da identificação e eliminação do que era bom e ruim.³⁹

Paris passa então por um processo de facilitação da vigilância, através do Plano do Barão Haussmann, que amplia alamedas, modifica a planta da cidade e, para além da própria observação, cria espaços de concentração de força que podem facilitar o controle físico da população, quando necessário, o que deixa incipiente, no próprio processo de vigilância, o uso material que se pode dar para esta.⁴⁰

O Estado Moderno do século XVII constitui uma mentalidade de governo (governamentalidade) que resolverá o problema de governar e como ser governado, que, visam, sobretudo, a manutenção do território-população de que fala Maquiavel.⁴¹

³⁵ FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade: a vontade de saber*. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2014. p. 150.

³⁶ FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população*: curso dado no Collège de France (1977-1978). Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 16.

³⁷ HAGGERTY, Kevin D.; ERICSON, Richard V. The Surveillant Assemblage. *The British Journal of Sociology*, v. 51, 2000. p. 605-22.

³⁸ FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população*: curso dado no Collège de France (1977-1978). Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 61.

³⁹ FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população*: curso dado no Collège de France (1977-1978). Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 24-25.

⁴⁰ “[...] il doit adapter le tissu parisien à la vie moderne, y assurer une circulation toujours plus intense, améliorer l’hygiène d’une ville où la mortalité demeure étonnamment forte et limiter les dangers d’émeute en facilitant le déplacement des troupes et l’usage de l’artillerie. Les études qu’il fait faire montrent qu’il a compris la nécessaire liaison de tous ces aspects de l’aménagement”. Cf.: CLAVAL, Paul. *La Logique des Villes*. Paris: Litec, 1981. p. 511.

Em tradução livre: “[...] ele tem que adaptar o tecido parisiense à vida moderna, para garantir uma circulação sempre mais intensa, para melhorar a higiene de uma cidade onde a mortalidade permaneça surpreendentemente forte e para limitar os perigos do tumulto, facilitando o movimento de tropas e o uso de artilharia. Os estudos que ele teve mostram que ele entendia a conexão necessária de todos esses aspectos do planejamento”.

⁴¹ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Editora Graal, 1979. p. 278-279.

Outra dimensão da arte de governar é a “correta disposição das coisas de que se assume o encargo para conduzi-las a fim conveniente” correlacionando-as com conjuntos de habitantes no território,⁴² o que, quando do advento de tecnologias individualizantes, se mostrará mais verdadeiro do que apenas o controle do território de que fala Maquiavel.

Foucault encoraja a reconhecer o papel que a vigilância pode desempenhar além da mera repressão. Isto é, a disciplina pode intensificar o desenvolvimento produtivo, como no trabalho ou escola.⁴³ As primeiras reflexões teóricas sobre a amplitude dos estudos de vigilância relacionam-se à extensão dos conceitos foucaultianos, bem como sobre o desenvolvimento utilitarista de panóptico desenvolvido por Bentham.

Em suma, nas teorias modernas, a vigilância é entendida como uma consequência dos negócios capitalistas, das organizações burocráticas, do Estado-nação. Logo, as principais características do estágio panóptico na teoria da vigilância são: i) a vigilância é principalmente física, confinada a espaços físicos fechados e visíveis (mais dispersa e menos visível com Foucault do que Bentham); ii) o principal ator da vigilância é o Estado com suas instituições; iii) o objeto da vigilância são os indivíduos e seus corpos, enfatizando-se subclasses; iv) visa-se a disciplina; e v) é percebida sobretudo de modo negativo, vista apenas em alguns momentos de maneira positiva.⁴⁴

4 Segundo estágio dos estudos da vigilância: o pós-moderno, as redes e o di-viduo

O segundo estágio da teoria da vigilância tem início no fim da década de 1970 e é considerado como pós-panóptico, devido às mudanças no cenário político-econômico. Se nas teorias modernas da vigilância o foco é o indivíduo, o corpo, a instituição, nas teorias pós-modernas,⁴⁵ a vigilância é uma questão de “vigilância e visibilidade”, que se torna universal e intrusiva por ser tecnológica.⁴⁶ Seus autores buscaram se afastar do panóptico como o principal modelo, argumentando que a

⁴² FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Editora Graal, 1979. p. 282-283.

⁴³ HAGGERTY, Kevin D.; ERICSON, Richard V. The Surveillant Assemblage. *The British Journal of Sociology*, v. 51, 2000. p. 605-22.

⁴⁴ TIMAN, Tjerk; GALIČ, Maša; KOOPS, Bert-Jaap. Surveillance Theory and Its Implications for Law. In: BROWNSWORD, R.; SCOTFORD E.; YEUNG K. (coord.). *The Oxford Handbook of Law, Regulation, and Technology*. Oxford: Oxford UP, 2017. p. 731-753. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3098182>. Acesso em: 4 abr. 2020.

⁴⁵ O pós-moderno quebra com a ideia de individualidade estabelecida na era moderna. O mundo se torna fluído, mutável e fragmentado.

⁴⁶ HAGGERTY, Kevin D.; ERICSON, Richard V. The Surveillant Assemblage. *The British Journal of Sociology*, v. 51, 2000. p. 605-22.

vigilância se transformou.⁴⁷ A disciplina não é mais objetivo e a força motriz dos governos. Capitalismo e globalização modificaram a sociedade de um modo que empresas passaram a constituir-se como atores principais da sociedade globalizada, e não os Estados-nação.⁴⁸

O exercício do controle por atores não estatais modifica o conteúdo da vigilância. Uma corporação, com efeito, é fundamentalmente distinta de um Estado-nação, já que não tem como propósito o progresso da sociedade (presume-se que o objetivo estatal seja esse).⁴⁹ Empresas buscam o lucro e agem de acordo com sua própria autonomia e liberdade e, para tanto, almejam o controle de partes específicas de mercado. Esse controle é realizado por meio de monitoramento e avaliação constantes de mercados, força de trabalho, estratégias, entre outros. Característica importante dessa sociedade de controle é a modulação, pois seus sistemas e instituições estão em constante transformação. Ou seja, dado conjunto de habilidades, bens e serviços pode ser válido em um dia, mas inútil no outro a depender dos interesses do mercado corporativo.⁵⁰

Ao enumerar as distinções entre a sociedade disciplinar e a sociedade por ele chamada de “controle”, Gilles Deleuze pondera que enquanto na primeira a sistemática era de contínuo recomeçar (da escola à casa, da casa à fábrica), na segunda nada se finaliza. Na sociedade de controle, a empresa, o serviço são constantemente prestados, e os Estados coexistem com outros atores. Enquanto na sociedade disciplinar as pessoas se deslocavam entre “confinamentos”, na sociedade de controle há uma “moratória ilimitada”.⁵¹

Se as sociedades disciplinares são reguladas por palavras de ordem, nas sociedades de controle o essencial é uma cifra, uma senha. Não se está mais diante do par massa/indivíduo. Os indivíduos tornaram-se “di-viduais”, pois são divisíveis. As massas tornaram-se amostras. Para Deleuze o dinheiro exprime bem a distinção entre as duas sociedades, pois a disciplina se referia a moedas cunhadas em ouro – que servia de medida padrão -, ao passo que o controle remete

⁴⁷ CASTAGNINO, Florent. Critique des surveillances studies. *Éléments pour une sociologie de la surveillance. Déviance et Société*, Paris, vol. 42, 2018/1, p. 9-40. DOI: 10.3917/ds.421.0009.

⁴⁸ TIMAN, Tjerk; GALIĆ, Maša; KOOPS, Bert-Jaap. Surveillance Theory and Its Implications for Law. In: BROWNSWORD, R.; SCOTFORD E.; YEUNG K. (coord.). *The Oxford Handbook of Law, Regulation, and Technology*. Oxford: Oxford UP, 2017. p. 731-753. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3098182>. Acesso em: 4 abr. 2020.

⁴⁹ TIMAN, Tjerk; GALIĆ, Maša; KOOPS, Bert-Jaap. Surveillance Theory and Its Implications for Law. In: BROWNSWORD, R.; SCOTFORD E.; YEUNG K. (coord.). *The Oxford Handbook of Law, Regulation, and Technology*. Oxford: Oxford UP, 2017. p. 731-753. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3098182>. Acesso em: 4 abr. 2020.

⁵⁰ TIMAN, Tjerk; GALIĆ, Maša; KOOPS, Bert-Jaap. Surveillance Theory and Its Implications for Law. In: BROWNSWORD, R.; SCOTFORD E.; YEUNG K. (coord.). *The Oxford Handbook of Law, Regulation, and Technology*. Oxford: Oxford UP, 2017. p. 731-753. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3098182>. Acesso em: 4 abr. 2020.

⁵¹ GILLES, Deleuze. Postscript on the Societies of Control. *October*, v. 59 (Winter, 1992), p. 3-7.

a trocas flutuantes, modulações que fazem intervir como cifra uma percentagem de diferentes amostras de moeda. Assim, enquanto o homem da disciplina era um produtor descontínuo de energia, o homem do controle é ondulatório, funcionando em órbita, num feixe contínuo.⁵²

Deleuze alude a uma mutação no próprio capitalismo diante da sociedade de controle. Explica ele que o capitalismo do século XIX é da concentração, da produção e da propriedade. A fábrica é um meio de confinamento e o capitalista é o proprietário dos meios de produção, e eventualmente de outros espaços concebidos por analogia. Já na sociedade de controle, a produção é transportada à “periferia do Terceiro Mundo”. É um capitalismo dirigido para o produto e não para a produção. A família, a escola, a fábrica são figuras cifradas, deformáveis e transformáveis, de uma mesma empresa.⁵³

A vigilância deixa de ser física, confinada e visível, para se tornar abstrata, numérica, generalizada e opaca. Este processo já não precisa mais do controle do espaço físico, embora possa usá-lo de forma excepcional, pois não é necessário meio espacial mediando o contato com o corpo, caso este já esteja conectado a aplicativos de coleta de dados.

Além disso, não é mais a subclasse que chama a atenção dos atores de pesquisa, mas os “cidadãos produtivos”, que se constituem consumidores. Os corpos saudáveis e físicos não interessam à vigilância, mas suas partes e dados: seus dados multiplicam. Enquanto que os dados desviados, aqueles que fogem ao padrão podem ser desejados e analisados, ainda que os *corpos revoltosos*, indesejados e improdutivos não o sejam.

Como resultado, a vigilância agora se concentra na construção de perfis de consumidores, a fim de limitar ou controlar o acesso a locais e informações, levando à oferta ou recusa de benefícios sociais, como classificações de crédito. Trata-se, portanto, de uma vigilância de rede corporativa.⁵⁴

Em estudo considerado como fundamental sobre a vigilância, Kevin Haggerty e Richard Ericson desenvolveram suas conceituações de “assembleia de vigilantes”,⁵⁵ utilizando como base a concepção de “assembleias” desenvolvida por Deleuze e Felix Guattari. Os autores introduzem a ideia de assembleias, enquanto uma multiplicidade de objetos heterogêneos, cuja unidade decorre de trabalharem juntos como uma entidade funcional. As assembleias também são constituídas de fluxos,

⁵² GILLES, Deleuze. Postscript on the Societies of Control. *October*, v. 59 (Winter, 1992), p. 3-7.

⁵³ GILLES, Deleuze. Postscript on the Societies of Control. *October*, v. 59 (Winter, 1992), p. 3-7.

⁵⁴ TIMAN, Tjerk; GALIČ, Maša; KOOPS, Bert-Jaap. Surveillance Theory and Its Implications for Law. In: BROWNSWORD, R.; SCOTFORD E.; YEUNG K. (coord.). *The Oxford Handbook of Law, Regulation, and Technology*. Oxford: Oxford UP, 2017. p. 731-753. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3098182>. Acesso em: 04 abr. 2020.

⁵⁵ HAGGERTY, Kevin D.; ERICSON, Richard V. The Surveillant Assemblage. *The British Journal of Sociology*, v. 51, 2000. p. 605-22.

que podem ser pessoas, instituições ou dados. Os fluxos, até então opacos, uma vez acoplados viram sistemas de dominação, o que permite que se governem ações de outras pessoas.⁵⁶

Os autores usaram o conceito ao identificar novos atributos do universo globalizado, como a instabilidade, a ausência de fronteira ou de um departamento governamental responsável. A vigilância cresceu e passou a se espalhar em direções ilimitadas, trabalhando em instituições estatais e não estatais, expandindo radicalmente seus usos.⁵⁷ Devido a essa expansão, propor lutas isoladas contra instituições/corpos específicos de vigilância se equipara a tentar impedir a “maré do oceano com uma vassoura”.⁵⁸ Há neste momento um proveito do fato de que o poder não é identificado num indivíduo, num cargo ou num detentor deste, não havendo titularidade, tampouco reduto-nascedouro ou local de refúgio.⁵⁹ Trata-se de um poder móvel, flexível, que flui entre os corpos dos sujeitos e que, se articulado por estes, pode também ser usado para lutas e microrresistência.⁶⁰

A forma de controle, elencada por Deleuze, foi incorporada por Haggerty e Ericson para demonstrar a mudança do objeto vigiado, de corpos para feixes. Sai-se também da vigilância relacionada às instituições burocráticas e examina-se a importância dos atores não estatais nesse processo. Assim, pode-se dizer que as principais características do segundo estágio da teoria da vigilância são: i) sua abstração numérica, reprodutiva, frequentemente invisível ou opaca; ii) tem as corporações como principais atores; iii) o objeto é o consumidor, uma parte individual dividida; iv) visa controlar o acesso; e v) é percebido quase completamente negativamente.⁶¹

⁵⁶ TIMAN, Tjerk; GALIČ, Maša; KOOPS, Bert-Jaap. Surveillance Theory and Its Implications for Law. In: BROWNSWORD, R.; SCOTFORD E.; YEUNG K. (coord.). *The Oxford Handbook of Law, Regulation, and Technology*. Oxford: Oxford UP, 2017. p. 731-753. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3098182>. Acesso em: 04 abr. 2020.

⁵⁷ TIMAN, Tjerk; GALIČ, Maša; KOOPS, Bert-Jaap. Surveillance Theory and Its Implications for Law. In: BROWNSWORD, R.; SCOTFORD E.; YEUNG K. (coord.). *The Oxford Handbook of Law, Regulation, and Technology*. Oxford: Oxford UP, 2017. p. 731-753. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3098182>. Acesso em: 4 abr. 2020.

⁵⁸ HAGGERTY, Kevin D.; ERICSON, Richard V. The Surveillant Assemblage. *The British Journal of Sociology*, v. 51, 2000. p. 605-22.

⁵⁹ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Editora Graal, 1979. p. 219.

⁶⁰ FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade: a vontade de saber*. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2014. p. 104. Afirma-se que “[...] não existe [...] um lugar da grande Recusa – alma da revolta, foco de todas as rebeliões, lei pura do revolucionário. Mas sim resistências no plural, que são casos únicos: possíveis, necessárias, improváveis, espontâneas, selvagens, solitárias, planejadas, arrastadas, violentas, irreconciliáveis, prontas ao compromisso, interessadas ou fadadas ao sacrifício; por definição, não podem existir a não ser no campo estratégico das relações de poder”.

⁶¹ TIMAN, Tjerk; GALIČ, Maša; KOOPS, Bert-Jaap. Surveillance Theory and Its Implications for Law. In: BROWNSWORD, R.; SCOTFORD E.; YEUNG K. (coord.). *The Oxford Handbook of Law, Regulation, and Technology*. Oxford: Oxford UP, 2017. p. 731-753. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3098182>. Acesso em: 04 abr. 2020.

5 Terceiro estágio dos estudos da vigilância: impactos das novas tecnologias

Uma miríade de facetas da vigilância surge com o impacto das novas tecnologias. Mecanismos de monitoramento governamentais e corporativos passam ser utilizados em conjunto. A vigilância se desloca do esquema Estado-nação/mercado para ingressar nas residências das pessoas.⁶² O indivíduo se torna um ator da vigilância. A internet possibilita que usuários participem e se exponham de modo cotidiano e instantâneo, cujos registros são alocados em forma de dados, sendo esta a nova matéria-prima de vigilância.

Esses elementos fazem com que os estudos de vigilância comportem atualmente uma essência multidisciplinar. Mas o veloz e profundo desenvolvimento das tecnologias disruptivas faz com que teorias e conceitos de vigilância se fragmentem e exijam revisitações constantes.⁶³ O uso de um termo comum – vigilância – para designar realidades empíricas diversas pode colocar em xeque seu valor conceitual.⁶⁴ De todo modo, embora distintos, os estudos possuem em comum a análise de novas tecnologias, o que permite a disposição de um terceiro estágio de estudos sobre a temática.

A (i) identificação é elemento essencial à vigilância, para que seja possível uma intervenção específica sobre um corpo que representa um risco, dentro de um (ii) prazo temporal razoável e que permita a efetividade de intervenção. Resultado dessa necessidade foi a implementação, por inúmeras administrações públicas, do reconhecimento facial em espaços públicos, como derivação do videomonitoramento regular.

Na Inglaterra esta tecnologia foi amplamente aplicada em Londres e a ONG Big Brother Watch⁶⁵ tem atuado de forma a combater a ampliação do uso da ferramenta em razão (i) do vigilantismo orwelliano. A implementação desta tecnologia no contexto brasileiro ocorreu na cidade de Recife.⁶⁶ Em São Paulo o tema tem sido debatido desde 2019, quando a empresa Metrô, responsável pelo metrô subterrâneo da

⁶² LYON, David. *Surveillance as Social Sorting: Privacy, Risk, and Digital Discrimination*. London: Routledge, 2003.

⁶³ TIMAN, Tjerk; GALIČ, Maša; KOOPS, Bert-Jaap. Surveillance Theory and Its Implications for Law. In: BROWNSWORD, R.; SCOTFORD E.; YEUNG K. (coord.). *The Oxford Handbook of Law, Regulation, and Technology*. Oxford: Oxford UP, 2017. p. 731-753. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3098182>. Acesso em: 4 abr. 2020.

⁶⁴ CASTAGNINO, Florent. Critique des surveillances studies. *Éléments pour une sociologie de la surveillance. Déviance et Société*, Paris, vol. 42, 2018/1, p. 9-40. DOI: 10.3917/ds.421.0009.

⁶⁵ Disponível em *Stop Facial Recognition*: <https://bigbrotherwatch.org.uk/campaigns/stop-facial-recognition/>. Acesso em: 8 jan. 2023.

⁶⁶ ESTADO DE PERNAMBUCO. Secretaria de Desenvolvimento Econômico, Ciência, Tecnologia e Inovação. *Prefeitura do Recife lança consulta pública de concessão que vai instalar 108 novos relógios eletrônicos digitais em toda cidade*. Disponível em: <https://desenvolvimentoeconomico.recife.pe.gov.br/relogio-eletronicos-digitais>. Acesso em: 8 jan. 2022.

cidade, abriu licitação e indicou um consórcio como responsável pela instalação do sistema de reconhecimento facial com o uso de inteligência artificial. Diversas estações teriam seus sistemas de vigilância vinculados a cerca de 5.080 câmeras.

Um grupo de entidades de defesa de direitos civis e humanos, incluindo a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), o Coletivo Interozes, e a ONG Artigo 19 Brasil, ajuizou em março de 2022 Ação Civil Pública, com requerimento de Tutela de Urgência Assecuratória, que tem caráter preventivo contra o Metrô de São Paulo.

A ação fundou-se no processo 1006616-14.2020.8.26.0053⁶⁷ de produção antecipada de provas, através da qual as partes autoras buscaram provar que a governança de dados do Metrô, a finalidade da coleta, os requisitos do equipamento e a base legal, de acordo com a Lei Geral de Proteção de Dados era inadequada, cabendo o recolhimento do consentimento de cada titular. O descumprimento do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente também foram indicados. Dentre os argumentos os autores ainda elencaram ataques à privacidade, à liberdade e expressão e o risco de discriminação algorítmica.

Em primeira instância a 6ª Vara da Fazenda Pública concedeu prazo para a manifestação do Metrô e depois determinou a realização de audiência judicial. O juízo considerou que a defesa prévia não apresentou elementos suficientes para a continuidade das operações de videomonitoramento, que as informações não foram claras nem específicas e que a potencial violação de direitos justificava a interrupção da instalação e do sistema.

O Metrô apresentou recurso à 2ª instância e em novembro de 2022 o Tribunal do Estado de São Paulo acatou o argumento de que o videomonitoramento é medida de segurança pública, o que, de acordo com o artigo 4º, inciso III, alínea “a”,⁶⁸ afasta a incidência desta norma, bem com a necessidade de indicação das bases legais descritas no artigo 7º, para dados pessoais, e artigo 11, referente a dados pessoais sensíveis, dentre os quais estão elencados os dados biométricos, incluindo os faciais.

Houve movimentação por parte do Legislativo do Estado em 13 de dezembro de 2022 através da realização de um Ato Solene na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo (ALESP) para debates sobre os vieses algorítmicos e as implicações das falhas de identificação de pessoas por este sistema.

⁶⁷ Para acessar a decisão na íntegra, conferir: <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-antecipacao-provas.pdf>. Acesso em: 8 jan. 2023.

⁶⁸ Art. 4º Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais: (...)

III – realizado para fins exclusivos de:

a) segurança pública;

O tema do videomonitoramento com reconhecimento facial⁶⁹ foi objeto de projetos de lei regulatórios, como o de número 865, de 2019, que visou tornar obrigatória a instalação de câmeras de reconhecimento facial em todas as estações do Metrô e da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos (CPTM), bem como no interior dos vagões das composições; enquanto que outro projeto, de natureza proibitiva, foi apresentado, como o Projeto de Lei nº 385/2022,⁷⁰ que visou restringir o uso de tecnologias de reconhecimento facial pelo Poder Público.

Por sua vez, o município da cidade de São Paulo abriu licitação para a contratação de ferramenta equivalente, todavia, as impugnações ao edital levaram a Prefeitura a desistir do processo licitatório em dezembro de 2022.⁷¹ Já em janeiro de 2023, a Prefeitura indicou que apresentaria novo edital no começo do ano vigente.⁷²

Em 2020 a Prefeitura de São Paulo já havia tentado contratar drones com reconhecimento facial para a identificação de usuários e de traficantes de drogas na Cracolândia. O chamamento foi disponibilizado no Diário Oficial da cidade,⁷³ mas resultou numa contratação. Problemáticas, como o grau de segurança da informação, o compartilhamento das imagens com outros órgãos, o compartilhamento de imagens entre os entes públicos como unidades federativas e o governo federal, ainda não foram esclarecidas, o que cria temeridade quanto ao uso destas tecnologias.

5.1 A vigilância participativa e a sob vigilância

A profunda e veloz transformação digital traz mudanças nas relações sociais, tal como grandes revoluções tecnológicas.⁷⁴ Ela opera fortes consequências nos sistemas políticos, econômicos, sociais e jurídicos. Não por acaso, diz-se que “a revolução está modificando não apenas o ‘o que’ e o ‘como’ fazemos as coisas, mas também ‘quem’ somos”.⁷⁵ O cotidiano das pessoas, ao longo de vinte anos, se

⁶⁹ ESTADO DE SÃO PAULO. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. *Projeto de Lei nº 865/2019*. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/propositura/acessorio/?idDocumento=1000360817&tpDocumento=18>. Acesso em: 4 jan. 2023.

⁷⁰ ESTADO DE SÃO PAULO. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. *Projeto de Lei nº 385/2022*. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=1000448817&tipo=1&ano=2022>. Acesso em: 4 jan. 2022.

⁷¹ UOL. *SP suspende pregão do Smart Sampa, sistema que identifica cor e ‘vadiagem’*. 06 dez. 2022. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2022/12/06/apos-critica-sp-paralisa-temporariamente-programa-com-cameras.htm>. Acesso em: 8 jan. 2023.

⁷² REVISTA VEJA. *Prefeitura divulgará neste mês novo edital do Smart Sampa*. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/cidades/prefeitura-divulgara-neste-mes-novo-edital-do-smart-sampa/>. Acesso em: 8 jan. 2023.

⁷³ MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. *Diário Oficial da Cidade de São Paulo*. Ano 65 – Número 84. Disponível em: <http://www.docidadesp.imprensaoficial.com.br/NavegaEdicao.aspx?Clipld=7ce83d8c3b5cf7146472bd6d10595b9d>. Acesso em: 8 jan. 2023.

⁷⁴ AUBY, Jean-Bernard. *Le droit administratif face aux défis du numérique*. *Actualité juridique droit administratif*, Paris, n. 15, 2018, p. 835-844.

⁷⁵ SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. p. 13.

modificou substancialmente. A comunicação é instantânea. Usam-se redes sociais para estabelecer relações pessoais, profissionais. Carregam-se e compartilham-se vídeos próprios ou de outros. Trocam-se mensagens e-mails, monitora-se a vida dos colegas e amigos. Expõe-se a sua.

Há um movimento muito específico das redes sociais em que o avatar virtual torna-se janela e denunciante do comportamento do próprio usuário, de modo que fotos e vídeos exercem funções próprias da teoria biopolítica, de forma cumulada e não conflitante entre si. Um vídeo cumpre ao menos três funções, a produtiva, enquanto gera dados e conhecimentos sobre o comportamento do sujeito; a simbólica, através da denúncia do comportamento, seja este correto ou incorreto, com um caráter de auditoria; e o disciplinar, ao criar a possibilidade de intervenção sobre corpos cujo comportamento seja inadequado, o que gera medo em outros espectadores, pressionando social em que a foto se manifesta, a uma normatização.⁷⁶

As tecnologias da revolução digital, portanto, afetam e modificam as relações tanto no que se refere aos atores do monitoramento, a forma pela qual se faz o monitoramento e as relações de poder. O indivíduo, que antes era o passivo da relação, torna-se um ator. Fala-se de *vigilância participativa*. O termo, criado por Anders Albrechtslund, relaciona a atuação das pessoas nas redes sociais e as relações de poder. Propondo repensar o conceito de vigilância, o autor inverte a lógica de análise panóptica hierárquica que remete ao universo distópico para uma vigilância horizontal. A ideia é de uma vigilância enquanto uma prática mútua, a qual se amolda às características das redes sociais on-line.⁷⁷

Por sua vez, Steve Mann repensa o conceito de vigilância, por meio do exame da participação do usuário enquanto ator no sistema, e propõe uma “*Sob-vigilância*”. Atentando-se para a tradução na língua francesa da palavra, “*Surveillance*”, o autor troca o prefixo “*sur*”, que em francês corresponde àquilo que está em cima, para o “*sous*”, que significa aquilo que está embaixo. A pretensão é destacar a atividade do ponto de vista de uma pessoa envolvida, a qual se dá, em regra, por um dispositivo de gravação portátil. O monitoramento dos olhos feitos “do céu” passa para “a terra”. As gravações que eram realizadas por grandes aparatos agora são do sujeito para o sujeito.⁷⁸ Mann elabora um quadro comparativo, destacando as distinções entre os tipos de vigilância:

⁷⁶ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Editora Graal, 1979. p. 224.

⁷⁷ ALBRECHTSLUND, Anders. Online social networking as participatory surveillance. *First Monday*, [S. l.], v. 13, n. 3, 2008. DOI: 10.5210/fm.v13i3.2142. Disponível em: <https://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/2142>. Acesso em: 13 jan. 2023.

⁷⁸ MANN, Steve. “Sousveillance”: inverse surveillance in multimedia imaging. In: *Proceedings of the 12th annual ACM international conference on Multimedia (MULTIMEDIA '04)*. New York, NY: Association for Computing Machinery, 2004. p. 620-627. DOI: <https://doi.org/10.1145/1027527.1027673>. Disponível em: <http://wearcam.org/acmmm2004sousveillance/mann.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2020.

Tabela 1:

Surveillance (vigilância de cima)	Sousveillance (vigilância de baixo)
<ul style="list-style-type: none"> • Olho de Deus por cima, autoridade • câmeras por cima • olho para o céu • infraestuturado - centro • gravado por autoridades • ilícito gravar conversas que não faz parte • gravação é geralmente secreta • baseado no sistema panóptico • privação de privacidade pode não ser checada • contato com o vigilante é difícil 	<ul style="list-style-type: none"> • Olhar da pessoa • câmeras por baixo em outros níveis • olho pra o olho • centrado na pessoa • o participante da atividade grava • lícito gravar conversas que faz parte • gravação é feita em público • baseado em um sistema comunitário • privação de privacidade é checada de maneira imediata • pode-se conversar com a pessoa

Fonte: MANN, Steve.⁷⁹

Os *sob vigilantes* não apenas participam ativamente da vigilância como observadores, mas também voluntária e conscientemente do papel de observados.⁸⁰ Ao contrário de serem alvos da vigilância cada vez maior, as pessoas procuram desempenhar um papel ativo. São sujeitos e não objetos. Modifica-se com isso o arcabouço da vigilância. Como visto, a clássica visão exposta no primeiro estágio comporta um modelo vertical, visto de cima. A concepção hierárquica dessa relação coloca o poder nas mãos do observador, enquanto o observado é controlado. Mas muitas características da vigilância contemporânea não se conformam a tal modelo.⁸¹

Ao contrário do sistema panóptico do primeiro estágio, as câmeras e objetos de vigilância não estão apenas observando de cima. Encontram-se escondidos, miniaturizados, rastejando, voando ou ainda mesmo nas mãos ou nos computadores dos usuários. As câmeras de vigilância podem estar em qualquer lugar e pode-se assisti-las a qualquer momento. Hille Koskela alude à chegada da “era da câmera”, que tem no telefone celular um importante meio de criação e circulação de imagens.⁸² Steve Mann, no mesmo sentido, fala de vigilância centrada na pessoa, numa gravação realizada “olho para olho”, em uma perspectiva comunitária.

⁷⁹ MANN, Steve. “Sousveillance”: inverse surveillance in multimedia imaging. In: *Proceedings of the 12th annual ACM international conference on Multimedia (MULTIMEDIA '04)*. New York, NY: Association for Computing Machinery, 2004. p. 620-627. DOI: <https://doi.org/10.1145/1027527.1027673>. Disponível em: <http://wearcam.org/acmmm2004sousveillance/mann.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2020.

⁸⁰ KOSKELA, Hille. Webcams, TV Shows and Mobile Phones: Empowering Exhibitionism. *Surveillance and Society*, v. 2, n. 3/4, 2004. p. 199.

⁸¹ ALBRECHTSLUND, Anders. Online social networking as participatory surveillance. *First Monday*, [S. l.], v. 13, n. 3, 2008. DOI: 10.5210/fm.v13i3.2142. Disponível em: <https://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/2142>. Acesso em: 13 jan. 2023.

⁸² KOSKELA, Hille. Webcams, TV Shows and Mobile Phones: Empowering Exhibitionism. *Surveillance and Society*, v. 2, n. 3/4, 2004. p. 199.

A vigilância, portanto, não emana apenas de uma direção e tem nas pessoas atores que se envolvem cada vez mais na construção do monitoramento e compartilhamento de dados.⁸³ A internet é considerada um desenvolvimento de longo prazo para as estruturas de vigilância. Por meio de *reality shows*, páginas ou aplicativos (YouTube, Instagram, TikTok, etc.), ser assistido se converte a cada dia em uma norma social. O ser assistido torna-se, inclusive, um ativo, uma nova habilidade, devidamente remunerada, chamada por David Lyon de *panopticcommodity*. A ideia de observar e ser observado constitui uma forma de disciplina nas manifestações contemporâneas.⁸⁴

Tais autores apontam, portanto, para um aspecto positivo da vigilância, o qual se sobressai sobretudo quando se reconhece o seu efeito cumulativo na sociedade, nos grupos e nos indivíduos.⁸⁵ Anders Albrechtslund entende que as práticas das redes sociais on-line podem ser vistas como empoderadoras, pois é uma maneira de se envolver voluntariamente com outras pessoas e construir identidades. Assim, ele aponta para uma perspectiva de análise distinta daquela que enxerga a internet apenas como local de negociação, cujo pensamento implica implicitamente uma vigilância indesejável.

5.2 Os dados enquanto matéria-prima da vigilância

O exibicionismo proporcionado pelas redes sociais desenha um novo tipo de sociedade. Para Bernard Harcourt, não se trata de espetáculo onde um se exhibe e os outros assistem. Com o universo *instagramável*, a própria sociedade escolhe se expor. A sociedade do espetáculo⁸⁶ passa a ser a da exposição. O autor também enxerga que o poder não é vertical, mas plural, estruturado em redes e horizontal. Ele alude essa exposição a um espelho, pois constitui uma imagem distorcida. É

⁸³ KOSKELA, Hille; MAKINEN, Liisa. *Surveillance*. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/9781118786352.wbieg1064>. Acesso em: 4 maio 2020.

⁸⁴ TIMAN, Tjerk; GALIČ, Maša; KOOPS, Bert-Jaap. *Surveillance Theory and Its Implications for Law*. In: BROWNSWORD, R.; SCOTFORD E.; YEUNG K. (coord.). *The Oxford Handbook of Law, Regulation, and Technology*. Oxford: Oxford UP, 2017. p. 731-753. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3098182>. Acesso em: 4 abr. 2020.

⁸⁵ TIMAN, Tjerk; GALIČ, Maša; KOOPS, Bert-Jaap. *Surveillance Theory and Its Implications for Law*. In: BROWNSWORD, R.; SCOTFORD E.; YEUNG K. (coord.). *The Oxford Handbook of Law, Regulation, and Technology*. Oxford: Oxford UP, 2017. p. 731-753. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3098182>. Acesso em: 4 abr. 2020.

⁸⁶ O autor faz referência ao termo criado por Guy Debord. Embora o espetáculo corresponda a um estágio do capitalismo, o conceito assume diversos significados, como dispositivo de propaganda do controle do capital sobre as pessoas, assim como uma relação social entre pessoas mediadas por imagens. CROM, Nathalie. *Guy Debord, un regard radical sur notre société*. Disponível em: <https://www.telerama.fr/livre/guy-debord-un-regard-radical-sur-notre-societe,95039.php>. Acesso em: 9 maio 2020. Sobre, cf.: DEBORD, Guy. *La Société du spectacle*. Paris: Éditions Gallimard, collection Folio, 23 janvier 1996.

apenas um reflexo. Mas ela é relevante e transforma a subjetividade dos sujeitos e a circulação de poder, que é dada pela sociedade e exercida pelo controle de dados.⁸⁷

O cotidiano das comunicações em tempo real, das navegações na internet, da segurança nas ruas e etc. parece suplantar o receio das pessoas de uma vida monitorada.⁸⁸ O digital seduz, faz com que se esqueça, ou diminua, o anseio em entregar dados ao compartilhar imagens, vídeos, localizações, amigos, gostos, credos. Não são mais necessárias forças ou um sistema panóptico, pois o próprio sujeito entrega seus dados.⁸⁹ David Lyon alude à natureza trivial das técnicas de registro e coleta de dados na vida cotidiana. A vigilância, segundo ele, é banalizada.⁹⁰

Se a vigilância se torna banal, suas técnicas são aprimoradas e se tornam ainda mais eficazes, pois são consideradas como comodidades e, portanto, facilmente aceitas. O registro de dados, contudo, não é inofensivo. As atuais tecnologias de vigilância ultrapassam o monitoramento e registro. A internet possibilita a combinação de tecnologias de monitoramento em tempo real em um escopo geográfico relevante e mais amplo que o modelo anterior de vigilância. Pela internet a fiscalização do mundo físico se conecta com o mundo digital. Na era da *big data*, coletam-se dados de todos os eventos em todos os lugares.⁹¹

David Lyon compreende a vigilância contemporânea como o uso do banco de dados em escala de pesquisa para processar dados pessoais para várias proposições. Trata-se de método eficaz de controlar o comportamento para influenciar pessoas e populações e antecipar e antecipar riscos.⁹² Para o autor, o mundo de vigilância que dependia da cidade está suplantado pelo advento de um mundo de relações remotas, onde muitas das conexões não envolvem pessoas diretamente relacionadas e não é necessário ver os rostos daqueles que estão em contato. As pessoas se tornaram indivíduos duplicados.⁹³

À medida que a vigilância se espalha do espaço material para o ciberespaço, aumenta-se a circulação de imagens e se realçam novas formatações de vigilância.⁹⁴

⁸⁷ HARCOURT, Bernard. *Table ronde avec Bernard E. Harcourt*. Columbia Global Center: Paris, 2020.

⁸⁸ LYON, David. *Surveillance as Social Sorting: Privacy, Risk, and Digital Discrimination*. London: Routledge, 2003.

⁸⁹ HARCOURT, Bernard. *Table ronde avec Bernard E. Harcourt*. Columbia Global Center: Paris, 2020.

⁹⁰ CASTAGNINO, Florent. Critique des surveillances studies. *Éléments pour une sociologie de la surveillance. Déviance et Société*, Paris, vol. 42, 2018/1, p. 9-40. DOI: 10.3917/ds.421.0009.

⁹¹ TIMAN, Tjerk; GALIĆ, Maša; KOOPS, Bert-Jaap. Surveillance Theory and Its Implications for Law. In: BROWNSWORD, R.; SCOTFORD E.; YEUNG K. (coord.). *The Oxford Handbook of Law, Regulation, and Technology*. Oxford: Oxford UP, 2017. p. 731-753. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3098182>. Acesso em: 4 abr. 2020.

⁹² LYON, David. *Surveillance as Social Sorting: Privacy, Risk, and Digital Discrimination*. London: Routledge, 2003.

⁹³ KOSKELA, Hille. Webcams, TV Shows and Mobile Phones: Empowering Exhibitionism. *Surveillance and Society*, v. 2, n. 3/4, 2004. p. 199.

⁹⁴ KOSKELA, Hille. Webcams, TV Shows and Mobile Phones: Empowering Exhibitionism. *Surveillance and Society*, v. 2, n. 3/4, 2004. p. 199.

As bases de dados recaem sobre os dados resgatados. Criam-se dados duplicados que estão em constante mutação e afetam as escolhas das pessoas, moldando ética e política.⁹⁵ Colin Burke destaca que a composição e interpretação desses dados produzem a vida e o corpo do sujeito em duplicação de dados. Trata-se de camadas de identidades algorítmicas.⁹⁶

Mark Andrejevic alude a um sistema de “gabinete digital”, que simultaneamente capacita e restringe o autodesenvolvimento das pessoas, recompensando escolhas previsíveis e desfavorecendo imprevisíveis. Por meio do estudo da mineração de dados (*data mining*), o autor mostra que o uso da *big data* não se resume à publicidade direcionada. Trata-se de encontrar novas formas do uso de dados para fazer previsões e, portanto, decisões. Isso se dá desde a assistência médica ao policiamento, planejamento urbano, planejamento financeiro, seleção de empregos e admissões educacionais.⁹⁷

O autor ressalva que em um nível mais profundo a *big data* desafia a promessa empoderadora da internet. O tipo de correlação indutiva fornece poder preditivo, mas pouco traz sobre a explicação destas conclusões, pois o que se torna conhecido é um conjunto de previsões probabilísticas.⁹⁸ Isso é irrelevante para as empresas, que usam essas previsões a seu favor. A mineração de dados promete descobrir padrões que não são facilmente antecipáveis, classificando conjuntos de dados, com o objetivo de detectar padrões que não estão disponíveis a olho humano. Ou seja, busca-se extrair padrões não previsíveis que surgem pelo processamento automatizado de conjuntos de dados.⁹⁹

Essas tecnologias estabelecem ciclos de aprendizado, nos quais todas as ações executadas por um consumidor são um sinal a ser analisado e retornado ao sistema. Quando os bancos de dados do cliente são combinados com a capacidade de manipular o contexto de tomada de decisão, pode-se deslocar o usuário nas direções desejadas, apresentando um conjunto de opções personalizado. Trata-se de um empurrão, de uma maneira de arquitetar uma escolha que modifica de modo previsível o comportamento das pessoas.¹⁰⁰ Tristan Harris, antigo designer na Google, compara esse exercício ao ilusionismo feito por um mágico. As empresas

⁹⁵ LYON, David. *Surveillance as Social Sorting: Privacy, Risk, and Digital Discrimination*. London: Routledge, 2003.

⁹⁶ BURKE, Colin. Digital Sousveillance: A Network Analysis of the US Surveillant Assemblage. *Surveillance & Society*, v. 18, n. 1, 2020. Disponível em: <https://ojs.library.queensu.ca/index.php/surveillance-and-society/issue/view/835>. Acesso em: 4 maio 2020.

⁹⁷ ANDREJEVIC, Mark. The Big Data Divide. *International Journal of Communication*, v. 8, 2014, p. 1673-1689.

⁹⁸ ANDREJEVIC, Mark. The Big Data Divide. *International Journal of Communication*, v. 8, 2014, p. 1673-1689.

⁹⁹ ANDREJEVIC, Mark. The Big Data Divide. *International Journal of Communication*, v. 8, 2014, p. 1673-1689.

¹⁰⁰ DARMODY, Aron; ZWICK, Detlev. Manipulate to empower: Hyper-relevance and the contradictions of marketing in the age of surveillance capitalism. *Big Data & Society*, January/June, 2020, p. 1-12.

“dão às pessoas a ilusão de livre escolha enquanto arquitetam o cardápio para que ganhem, não importa o que você escolher”.¹⁰¹

É possível definir, por meio de algoritmos, a experiência humana na internet ao exibir, editar ou recomendar determinadas informações. Nesse mundo de individualização algorítmica a realidade de cada usuário é única, criada e analisada por gigantes como as GAFA (Google, Amazon, Facebook e Apple) através de sua capacidade de capturar, canalizar e gerenciar a interação do usuário. Aron Darmody e Detlev Zwick remetem a um “conto de fadas”, isto é, um “ato simbólico que produz uma fantasia na qual coexistem duas coisas que não pertencem juntas – o príncipe e o mendigo, a bela e a fera”.¹⁰²

Os autores apontam para a existência de um caráter ambivalente no sistema, pois quanto mais se manipulam os ambientes de escolha do usuário e a tomada de decisões, mais poderosos eles se tornam. A manipulação algorítmica e a autonomia e empoderamento do consumidor tornam-se oxímoros.¹⁰³ Trata-se de um papel ambivalente também na estruturação da nova economia, pois, ao mesmo tempo em que as empresas proporcionam o empoderamento dos indivíduos, há uma hegemonia das plataformas, que exercem controle sobre os indivíduos em constante monitoramento.¹⁰⁴

O objetivo é antecipar os momentos de necessidades dos usuários e conectá-los às respostas que procuram. O objetivo é dizer ao usuário o que ele “quer” antes mesmo dele fazer a pergunta. Para explicar a ideia central da predição, Hal Varian conta um caso próprio, do dia em que recebeu uma notificação¹⁰⁵ com a seguinte mensagem “Sua reunião em Stanford começa em 45 minutos e o tráfego é pesado, então é melhor você sair agora”. Ele relata que não havia enviado qualquer informação ao aplicativo sobre a reunião, o que evidencia o caráter preditivo personalizado das novas tecnologias. Varian ressalta, finalmente, que enquanto algumas pessoas acham tais comodidades sensacionais, outras se assustam.¹⁰⁶

O exemplo dado por Varian é apenas a ponta do *iceberg* dentro do amplo espectro de previsão exercida por essas empresas. Ela evidencia que não se trata apenas de conhecer as preferências históricas e presentes de um consumidor.

¹⁰¹ HARRIS, Tristan. *How Technology is Hijacking Your Mind* – from a Magician and Google Design Ethicist. 2016. Disponível em: <https://medium.com/thrive-global/how-technology-hijacks-peoples-minds-from-a-magician-and-google-s-design-ethicist-56d62ef5edf3#.lp4exx44b>. Acesso em: 20 fev. 2020.

¹⁰² DARMODY, Aron; ZWICK, Detlev. Manipulate to empower: Hyper-relevance and the contradictions of marketing in the age of surveillance capitalism. *Big Data & Society*, January/June, 2020, p. 1-12.

¹⁰³ DARMODY, Aron; ZWICK, Detlev. Manipulate to empower: Hyper-relevance and the contradictions of marketing in the age of surveillance capitalism. *Big Data & Society*, January/June, 2020, p. 1-12.

¹⁰⁴ OLLION, Étienne; BOELAERT, Julien. Au-delà des *big data*. *Sociologie [En ligne]*, v. 6, n. 3, 2015. Disponível em: <http://journals.openedition.org/sociologie/2613>. Acesso em: 13 jan. 2023.

¹⁰⁵ Trata-se de um assistente pessoal inteligente em forma de aplicativo que funciona por meio de voz.

¹⁰⁶ HARIAN, Val. Beyond Big data. *Business Economics*, v. 49, n. 1, p. 27-31, 2014. Disponível em: <http://people.ischool.berkeley.edu/~hal/Papers/2013/BeyondBigDataPaperFINAL.pdf>. Acesso em: 7 maio 2020.

Trata-se de conhecer e antever o futuro. O sensível reside no fato de que a formação do futuro do usuário passa a ser coproduzida entre as empresas e o próprio usuário. O Google busca atender todas as necessidades de um consumidor.¹⁰⁷ O resultado da coprodução de experiências com os consumidores é o que se chama de “hiper-relevância”, isto é, quando as empresas adaptam suas experiências com base em um profundo entendimento de suas necessidades, preferências e interações passadas dos usuários.¹⁰⁸

Aron Darnody e Detlev Zwick entendem que a hiper-relevância reúne “vigilância onipresente e design de escolha algorítmica, por um lado, com autonomia e liberdade de escolha, por outro”. Elas não são visualizadas como opostas, mas como complementos que constroem um mundo perfeito (embora um conto de fadas).¹⁰⁹ Trata-se de perspectiva que se amolda ao conceito de *Big-other* proposto por Shoshana Zuboff. O *Grande Outro* é um novo regime, onde dados são carregados interna e externamente no corpo dos indivíduos, os quais engendram oportunidades de observação, interpretação, comunicação, influência, previsão e, finalmente, modificação da totalidade da ação da pessoa.¹¹⁰

É uma “conformidade antecipatória”, onde a escolha do indivíduo é predeterminada, sendo possível uma distinção entre o comportamento que uma pessoa teria feito e aquele escolhido como uma solução instrumental. No mundo do *Big Other*, o trabalho de antecipação é gradualmente submerso em um novo tipo de automação, a de uma experiência de pura resposta a estímulos. A conformidade se trata de uma ordem mecanizada de coisas e de corpos, que encontra espaço no âmbito de uma nova lógica de produção, realizada com base na *big data*, que constitui o capitalismo de vigilância. Essa nova fórmula prediz e modifica o comportamento humano com o propósito de produzir receita e controle de mercado.¹¹¹

A falsa consciência, que antes era produzida pelos fatos ocultos da classe e sua relação com a produção, passa a ser em decorrência de fatos ocultos da modificação do comportamento. Se, anteriormente, o poder se identificava com a propriedade dos meios de produção, no capitalismo de vigilância é identificado com

¹⁰⁷ DARMODY, Aron; ZWICK, Detlev. Manipulate to empower: Hyper-relevance and the contradictions of marketing in the age of surveillance capitalism. *Big Data & Society*, January/June, 2020, p. 1-12.

¹⁰⁸ WOLLAN, Robert; BARTON, Rachel; ISHIKAWA, Masataka; QUIRING, Kevin. *Put your trust in hyper-relevance*. 2017. Disponível em: https://www.accenture.com/_acnmedia/pdf-66/accenture-global_dd_gcpr-hyper-relevance_pov.pdf. Acesso em: 5 abr. 2020.

¹⁰⁹ DARMODY, Aron; ZWICK, Detlev. Manipulate to empower: Hyper-relevance and the contradictions of marketing in the age of surveillance capitalism. *Big Data & Society*, January/June, 2020, p. 1-12.

¹¹⁰ ZUBOFF, Shoshana. Big other: Surveillance Capitalism and the Prospects of an Information Civilization. *Journal of Information Technology*, v. 30, n. 1, p. 75-89, 2015. DOI: <https://doi.org/10.1057/jit.2015.5>. Disponível em: <https://cryptome.org/2015/07/big-other.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2020.

¹¹¹ ZUBOFF, Shoshana. Big other: Surveillance Capitalism and the Prospects of an Information Civilization. *Journal of Information Technology*, v. 30, n. 1, p. 75-89, 2015. DOI: <https://doi.org/10.1057/jit.2015.5>. Disponível em: <https://cryptome.org/2015/07/big-other.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2020.

a propriedade dos meios de modificação comportamental.¹¹² Aron Darmody e Detlev Zwick sugerem o conceito de “ato simbólico” para compreender como a noção de hiper-relevância funciona como um dispositivo de sutura que une uma realidade onde dois opostos podem coexistir.¹¹³ Essa realidade, contudo, é uma fantasia.¹¹⁴

6 Considerações finais

A amplitude e a diversidade de estudos da vigilância fazem com que autores defendam se tratar de uma categoria interdisciplinar.¹¹⁵ Dos estágios de seu estudo, passa-se da categoria panóptica e se chega ao momento *big other*, do exercício da realidade preditiva. O universo digital traz transformações profundas na vigilância. Embora ela seja “banalizada”, o que se assiste hoje é a inserção de mecanismos de previsibilidade, antecipação e manipulação das escolhas das pessoas. A vigilância e as análises computacionais criam manipulação perfeita e conformidade antecipada do consumidor e autonomia e empoderamento do consumidor ao mesmo tempo.¹¹⁶

É um cenário sensível que se desenrola, mas cujos elementos precisam ser levados em consideração quando do momento da regulação da vigilância. Não se trata apenas dos Estados-nação ou de atores não estatais. Há uma mudança na relação de poder, que se torna, aparentemente, mais diluída, mas cujo exame revela que ele se encontra, sobretudo, sobre aqueles que possuem a nova matéria-prima da vigilância – os dados – e sabem utilizá-la. Essa nova estruturação da vigilância exige que os estudos jurídicos sobre o tema levem em consideração tais peculiaridades, para que não recaiam no desenvolvimento de normas que se mostrem como garantidoras de direitos dos cidadãos, mas que mascaram a realidade.

Referências

ALBRECHTSLUND, Anders. Online social networking as participatory surveillance. *First Monday*, [S. l.], v. 13, n. 3, 2008. DOI: 10.5210/fm.v13i3.2142. Disponível em: <https://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/2142>. Acesso em: 13 jan. 2023.

¹¹² ZUBOFF, Shoshana. Big other: Surveillance Capitalism and the Prospects of an Information Civilization. *Journal of Information Technology*, v. 30, n. 1, p. 75-89, 2015. DOI: <https://doi.org/10.1057/jit.2015.5>. Disponível em: <https://cryptome.org/2015/07/big-other.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2020.

¹¹³ DARMODY, Aron; ZWICK, Detlev. Manipulate to empower: Hyper-relevance and the contradictions of marketing in the age of surveillance capitalism. *Big Data & Society*, January/June, 2020, p. 1-12.

¹¹⁴ ZUBOFF, Shoshana. Big other: Surveillance Capitalism and the Prospects of an Information Civilization. *Journal of Information Technology*, v. 30, n. 1, 2015, p. 75-89. DOI: <https://doi.org/10.1057/jit.2015.5>. Disponível em: <https://cryptome.org/2015/07/big-other.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2020.

¹¹⁵ CASTAGNINO, Florent. Critique des surveillances studies. Éléments pour une sociologie de la surveillance. *Déviante et Société*, Paris, vol. 42, 2018/1, p. 9-40. DOI: 10.3917/ds.421.0009; LYON, David. *Surveillance as Social Sorting: Privacy, Risk, and Digital Discrimination*. London: Routledge, 2003.

¹¹⁶ ZUBOFF, Shoshana. Big other: Surveillance Capitalism and the Prospects of an Information Civilization. *Journal of Information Technology*, v. 30, n. 1, p. 75-89, 2015. DOI: <https://doi.org/10.1057/jit.2015.5>. Disponível em: <https://cryptome.org/2015/07/big-other.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2020.

ANDREJEVIC, Mark. The Big Data Divide. *International Journal of Communication*, v. 8, 2014, p. 1673-1689.

AUBY, Jean-Bernard. Le droit administratif face aux défis du numérique. *Actualité juridique droit administratif*, Paris, n. 15, 2018, p. 835-844.

BENTHAM, Jeremy. *The panopticon Writings*. Verso: 1995. p. 33.

BOZOVIC, Miran. Introduction: an utterly dark spot. In: BENTHAM, Jeremy. *The panopticon Writings*. Verso: 1995. p. I.

BRASIL. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)*. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 4 jan. 2023.

BRUNON-ERNST, Anne; CHAMPS BENTHAM, Emmanuelle. L'utilitarisme. *Bulletin critique Benjamin Bourcier. Archives de Philosophie*, v. 2, Tomo 79, p. 405-416, 2016.

BURKE, Colin. Digital Sousveillance: A Network Analysis of the US Surveillant Assemblage. *Surveillance & Society*, v. 18, n. 1, 2020. Disponível em: <https://ojs.library.queensu.ca/index.php/surveillance-and-society/issue/view/835>. Acesso em: 4 mai. 2020.

CASTAGNINO, Florent. Critique des surveillances studies. Éléments pour une sociologie de la surveillance. *Déviance et Société*, Paris, vol. 42, 2018/1, p. 9-40. DOI: 10.3917/ds.421.0009.

CLAVAL, Paul. *La Logique des Villes*. Paris: Litec, 1981.

CROM, Nathalie. *Guy Debord, un regard radical sur notre société*. Disponível em: <https://www.telerama.fr/livre/guy-debord-un-regard-radical-sur-notre-societe,95039.php>. Acesso em: 9 maio 2020.

DARMODY, Aron; ZWICK, Detlev. Manipulate to empower: Hyper-relevance and the contradictions of marketing in the age of surveillance capitalism. *Big Data & Society*, p. 1-12, January/June 2020.

DEBORD, Guy. *La Société du spectacle*. Paris: Éditions Gallimard, collection Folio, 23 janvier 1996.

ESTADO DE PERNAMBUCO. Secretaria de Desenvolvimento Econômico, Ciência, Tecnologia e Inovação. *Prefeitura do Recife lança consulta pública de concessão que vai instalar 108 novos relógios eletrônicos digitais em toda cidade*. Disponível em: <https://desenvolvimentoeconomico.recife.pe.gov.br/relogio-eletr-digitais>. Acesso em: 8 jan. 2022.

ESTADO DE SÃO PAULO. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. *Projeto de Lei nº 865/2019*. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/propositura/acessorio/?idDocumento=1000360817&tpDocumento=18>. Acesso em: 4 jan. 2023.

ESTADO DE SÃO PAULO. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. *Projeto de Lei nº 385/2022*. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=1000448817&tipo=1&a no=2022>. Acesso em: 4 jan. 2022.

FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à história do direito*. Curitiba: Editora Juruá, 2009.

FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade: a vontade de saber*. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque. Rio de Janeiro: Editora Paz & Terra, 2014.

FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população: curso dado no Collège de France (1977-1978)*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: Nascimento da Prisão*. Tradução: Raquel Ramallete. 23 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. São Paulo: Almedina, 2014.

- GIDDENS, Anthony. *The Constitution of Society: Outline of the Theory of Structuration*. Cambridge: Polity Press, 1984.
- GILLES, Deleuze. Postscript on the Societies of Control. *October*, v. 59 (Winter, 1992), p. 3-7.
- HAGGERTY, Kevin D.; ERICSON, Richard V. The Surveillant Assemblage. *The British Journal of Sociology*, v. 51, p. 605-22, 2000.
- HARIAN, Val. Beyond Big data. *Business Economics*, v. 49, n. 1, p. 27-31, 2014. Disponível em: <http://people.ischool.berkeley.edu/~hal/Papers/2013/BeyondBigDataPaperFINAL.pdf>. Acesso em: 7 maio 2020.
- HARCOURT, Bernard. *Table ronde avec Bernard E. Harcourt*. Columbia Global Center: Paris, 2020.
- HARRIS, Tristan. *How Technology is Hijacking Your Mind – from a Magician and Google Design Ethicist*. 2016. Disponível em: <https://medium.com/thrive-global/how-technology-hijacks-peoples-minds-from-a-magician-and-google-s-design-ethicist-56d62ef5edf3#.1p4exx44b>. Acesso em: 20 fev. 2020.
- KOSKELA, Hille. Webcams, TV Shows and Mobile Phones: Empowering Exhibitionism. *Surveillance and Society*, v. 2, n. 3/4, p. 199, 2004.
- KOSKELA, Hille; MAKINEN, Liisa. *Surveillance*. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/9781118786352.wbieg1064>. Acesso em: 4 maio 2020.
- MANN, Steve. “Sousveillance”: inverse surveillance in multimedia imaging. In: *Proceedings of the 12th annual ACM international conference on Multimedia (MULTIMEDIA '04)*. New York, NY: Association for Computing Machinery, p. 620-627, 2004. DOI: <https://doi.org/10.1145/1027527.1027673>. Disponível em: <http://wearcam.org/acmmm2004sousveillance/mann.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2020.
- MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. *Diário Oficial da Cidade de São Paulo*. Ano 65 – Número 84. Disponível em: <http://www.docidadesp.imprensaoficial.com.br/NavegaEdicao.aspx?Clipld=7ce83d8c3b5cf7146472bd6d10595b9d>. Acesso em: 8 jan. 2023.
- LYON, David. *Everyday surveillance*. Personal data and social classifications. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/233285311_Everyday_Surveillance_Personal_data_and_social_classifications. Acesso em: 3 maio 2020.
- LYON, David. *Surveillance as Social Sorting: Privacy, Risk, and Digital Discrimination*. London: Routledge, 2003.
- OLLION, Étienne; BOELAERT, Julien. Au-delà des *big data*. *Sociologie [En ligne]*, v. 6, n. 3, 2015. Disponível em: <http://journals.openedition.org/sociologie/2613>. Acesso em: 13 jan. 2023.
- ORWELL, George. 1984. Disponível em: <http://home.ufam.edu.br/edsonpenafort/GEORGE%20ORWELL%20-%201984.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2020.
- REVISTA VEJA. *Prefeitura divulgará neste mês novo edital do Smart Sampa*. Disponível em: <https://vejasp.abril.com.br/cidades/prefeitura-divulgara-neste-mes-novo-edital-do-smart-sampa/>. Acesso em: 8 jan. 2023.
- SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.
- TIMAN, Tjerk; GALIČ, Maša; KOOPS, Bert-Jaap. Surveillance Theory and Its Implications for Law. In: BROWNSWORD, R.; SCOTFORD E.; YEUNG K. (coord.). *The Oxford Handbook of Law, Regulation, and Technology*. Oxford: Oxford UP, 2017. p. 731-753. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3098182>. Acesso em: 4 abr. 2020.

UOL. *SP suspende pregão do Smart Sampa, sistema que identifica cor e 'vadiagem'*. 6 dez. 2022. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2022/12/06/apos-critica-sp-paralisa-temporariamente-programa-com-cameras.htm>. Acesso em: 8 jan. 2023.

WOLLAN, Robert; BARTON, Rachel; ISHIKAWA, Masataka; QUIRING, Kevin. *Put your trust in hyper-relevance*. 2017. Disponível em: https://www.accenture.com/_acnmedia/pdf-66/accenture-global_dd_gcpr-hyper-relevance_pov.pdf. Acesso em: 5 abr. 2020.

ZUBOFF, Shoshana. *Big other: Surveillance Capitalism and the Prospects of an Information Civilization*. *Journal of Information Technology*, v. 30, n. 1, p. 75-89, 2015. DOI: <https://doi.org/10.1057/jit.2015.5>. Disponível em: <https://cryptome.org/2015/07/big-other.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2020.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

VIANA, Ana Cristina Aguilar; MARCILIO, Thiago Gomes. Estudos sobre a vigilância: do panóptico ao *big-other*. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, p. 59-84, set./dez. 2022. DOI: 10.47975/digital.law.vol.3.n.3.viana.

La construcción de los derechos digitales bajo el régimen de la soberanía del Estado digital

The construction of digital rights under the regime of the sovereignty of the digital State

Nancy Nelly González Sanmiguel*

Universidad Autónoma de Nuevo León (San Nicolás de Los Garza, Nuevo León, México)
nancygonsa09@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0001-9589-2192>

Recibido/Received: 04.03.2023/ March 4th, 2023

Aprovado/Approved: 14.03.2023/ March 14th, 2023

Resumen: Se abarca la expectativa de los derechos digitales en torno a la construcción del concepto de la soberanía del Estado dentro del ciberespacio, con el fin de ejercer su limitación así como la coercibilidad; se observan los parámetros de ubicación del Estado frente a la intermediación de los derechos digitales por la falta de avance y creatividad dentro del campo de la innovación, provocando la publicación de los servicios públicos, en específico de la tecnología, por parte del sector privado, quien actualmente posee el dominio digital de la construcción de la presencia del Estado electrónico o digital.

Palabras-clave: Ciberespacio. Derecho digital. Estado digital o electrónico. Gobierno digital. Soberanía.

Abstract: The expectation of digital rights is covered around the construction of the concept of State sovereignty within cyberspace, in order to exercise its limitation as well as coercibility; the parameters of the location of the State are observed against the intermediation of digital rights due to the lack

Como citar esse artigo/*How to cite this article:* SANMIGUEL, Nancy Nelly González. La construcción de los derechos digitales bajo el régimen de la soberanía del Estado digital. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, vol. 3, n. 3, p. 85-99, set./dez. 2022. DOI: 10.47975/digital.law.vol.3.n.3.sanmiguel.

* Catedrática de la Universidad Autónoma de Nuevo León, en la Facultad de Derecho y Criminología (Nicolás de Los Garza, Nuevo León, México). Realizo sus estudios de Doctorado en Dicha Universidad, así como realizo estudios post doctorales en la Universidad de Jaén, en Jaén España y en la Universidad Autónoma de Chiapas. Ha participado en Congresos Internacionales y Nacionales. Autores de Diversos Libros. En ámbito labores ha realizado Actividades Profesionales en Servicio Administración Tributario SAT (SHCP). Asesora en despacho Jurídico. Miembro del Colegio Nacional de Abogados Municipalistas y del Colegio Nacional de Profesores e Investigadores de Derecho Fiscal y Finanzas Pública y Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Líder del cuerpo Académico Administración Pública y Derecho Financiero UANL-CA-450. Miembro editora de varias revistas internacionales. E-mail: nancygonsa09@hotmail.com.

of progress and creativity within the field of innovation, causing the publication of public services, specifically technology, by the private sector, who currently owns the digital domain of the construction of the presence of the electronic or digital State.

Keywords: Cyberspace. Digital law. Digital or electronic State. Digital government. Sovereignty.

Sumario: **1** La conceptualización de la soberanía del Estado dentro del derecho digital – **2** La soberanía bajo el parámetro del derecho digital – **3** Intermediación de accesibilidad del Estado al espacio virtual – **4** La publicación de los servicios públicos – **5** Conclusión – Referencia

1 La conceptualización de la soberanía del Estado dentro del derecho digital

La tecnología es el objeto del estudio del derecho digital, al respecto se debe mirar hacia la estructura dentro de este espacio y la evolución de la concepción del Estado Social construido en base a garantizar el bienestar del particular, generando este concepto de acuerdo a las características que representaba la construcción de su fundamento en identificación de un territorio, un gobierno y una población, siendo los elementos para establecer la satisfacción de los intereses de los particulares que residen en el mismo.

La edificación del Estado Social es con la postura de Bobbio “un ordenamiento jurídico que tiene como finalidad general ejercer el poder soberano sobre un determinado territorio y al que están subordinados de manera necesaria los individuos que son parte del mismo”,² construyendo la formación del Estado bajo la posición del concepto de “soberanía”; esta posición se analizará en referencia a la posición del Estado dentro del mundo digital y la regulación que se debe examinar en el derecho digital, por tal razón se debe establecer el razonamiento hacia la organización de la estructura de los poderes.

El movimiento revolucionario en México, que culminó con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, proclamó las bases de la organización del Estado, trayendo la postura de un Estado constitucional social que recoge los principios que han sido manifestados en la lucha con los ideales del cambio para generar una constitución con derechos sociales y que el razonamiento es la causa de ese movimiento, el cual se logra a través de positivizar dentro de dicha normatividad.

Se marca la posición de esa corriente dentro del cambio del Estado, captando los ideales que se persiguen para generar oportunidades y condiciones dentro de los derechos sociales, y se establece la viabilidad de ejercer el poder en razón al

² BOBBIO, Norberto. *Estado, gobierno y sociedad, por una teoría general de la política*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, p. 128.

bienestar común, destacando la importancia de la legitimidad de la capacidad para contemplar la soberanía, término que desde la perspectiva de Luigi Ferrajoli se comprende cómo que “es el concepto, al mismo tiempo jurídico y político, en torno al cual se condensan todos los problemas y las aporías de la teoría ius-positivista del derecho y del Estado”;³ al respecto y traspasando este al derecho digital encontramos que no existe fundamentación para entender al Estado con ese poder y reconocimiento de la soberanía para señalar la necesidad que actualmente sufre la fractura y descomposición de estos elementos a causa de la revolución de la tecnología, por lo cual se deben construir los elementos necesarios para la posición del Estado en este campo y ejercer la normatividad correspondiente para dar validez y soberanía dentro del mundo virtual.

El Estado tiene una crisis de legitimidad en el proceso de la digitalización, ya que no ejerce su autoridad en ese espacio y carece de una posición frente la tendencia de la jurisdicción y el comportamiento de éste en lo digital.

Presentando el problema de la inclusión tanto en la digitalización como en la globalización y al margen de constituir su poder dentro de los espacios digitales los cuales se refieren como “al conjunto de medios y procedimientos basados en las tecnologías de la información y comunicaciones, configurados para la prestación de servicios digitales”,⁴ provocando un razonamiento de la posición del Estado y enfrentando la pérdida de control de la soberanía dentro del ciberespacio.

Desde la concepción de la relación de la soberanía con la atribución de la nacionalidad del sujeto, el cual se determina como “un vínculo jurídico basado en un hecho social de conexión, en una efectividad solidaria de existencia de intereses y sentimientos, unido a una reciprocidad de derechos y deberes”⁵ en el ciberespacio al momento de no determinar las fronteras correspondientes, aun cuando diversas convenciones tales como la Convención Americana de Derechos Humanos que dentro del artículo 20 establece ese derecho a la nacionalidad y que determina como: “1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra. 3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla”;⁶ al respecto surge esta determinación al momento de no generar la limitación de fronteras dentro del espacio digital e implicando la falta de

³ FERRAJOLI, Luigi. *La sovranità nel mondo moderno*, Milán, Anabasi, 1995, p. 40.

⁴ TÉLLEZ VALDÉS, Julio A. *Lex Cloud Computing*, México, UNAM, 2013, p. 695.

⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (CIJ), *Affaire Nottebohm* (Liechtenstein v. Guatemala), Deuxième phase: arrêt, Recueil, 1955, p. 23.

⁶ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA), *Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”*, 22 Noviembre 1969, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/57f767ff14.html> [Accesado el 13 Agosto 2022].

este atributo para señalar los derechos y obligaciones que como sujetos de éste se deben ejercer para la regulación del control del poder.

La frontera, quedando fuera este concepto de radicar la posición del poder a quien pertenece dicho sujeto.

Ahora bien, con el fundamento del Estado con relación al territorio el cual se reconoce el poder de la soberanía del Estado para configurar los derechos y garantías de aquellos que residen en dicho lugar, al momento de pasar de examinar la postura de este elemento dentro del espacio digital no se encuentra un lineamiento, ya que no se cuenta con fronteras, estas se construyen para definir la protección de la jurisdicción de este, por tal razón se debe considerar que en el espacio digital se deben marcar las limitaciones pertinentes a pesar de generar la idea de una globalización a raíz de la factibilidad de la forma de comunicación por medio de la tecnología y de la utilización de los medios electrónicos para elaborar dicha construcción; el reordenamiento dentro de la digitalización es un punto fundamental para la posición del Estado en referencia a su soberanía y los derechos que los ciudadanos versan en relación con el Estado que radiquen.

El eje central para entender el ciberespacio es la construcción de la soberanía y otorgar dicha facultad al Estado para ejercerla a través de sus poderes de gobernabilidad, que dentro de la digitalización falta la creación de dichas características de los atributos para la construcción de la potestad de la soberanía del Estado, ya que no se determinan fronteras dado la falta de la adquisición de la nacionalidad de los sujetos en el espacio digital.

Unas de las ventajas de configurar las fronteras dentro de los espacios, ya sean territoriales, aéreos o marítimos, se enfoca en señalar el límite de las áreas para poder tener los supuestos jurídicos que se presentan dentro de este; existen hechos y actos que no pueden generar consecuencias de derecho por la falta de la conceptualización de los límites del Estado dentro del espacio digital, faltando un marco relativo y en función a la posición que la soberanía constituye el elemento fundamental para la legitimidad del Estado, es decir esta es una característica indispensable para ejercer su poder y el control de aquellos que residen y otorgan dicha delegación.

2 La soberanía bajo el parámetro del derecho digital

La importancia de establecer la división de los Estados dentro del contexto virtual, es determinar las reglas por medio del marco normativo y en referencia a la identificación del poder del sistema jurídico que se ejerce, otorgando las garantías que deben cubrir y determinar los principios que se deben respetar en el ciberespacio, a través de acuerdos entre los Estados marcar los límites de estos dentro de dicho medio, debido al contenido que se maneja dentro de la Carta de

derecho Digitales en su fracción XVI en el punto 2 señala: “El poder público autor de una actividad en el entorno digital deberá identificar a los órganos responsables de la misma”,⁷ da relevancia a la actuación de la Administración Pública pero sin enfatizar el contexto a cual corresponde.

Por lo tanto los vínculos que se crean a raíz del fortalecimiento de la estructura del Estado para generar los supuestos normativos y que suceden dentro del espacio digital que no están normados, se deben accionar hacia la postura de una reestructuración del equilibrio de las relaciones que surgen dentro del espacio digital.

El objetivo de esto es determinar y generar una cohesión en torno al desarrollo tanto social como económico y a la paridad de la globalización, pero delimitando el ejercicio de la potestad de la soberanía del Estado para afrontar las necesidades que debe reconocer frente a los usuarios del espacio digital. Por tal razón, deben existir parámetros para determinar la limitación de estos y reconocer la legitimidad, así como focalizar el concepto de soberanía dentro de los lineamientos del entendimiento de la virtualidad, contemplando la cooperación de la facilidad de ingresar dentro dicho espacio; el Estado debe tener la capacidad de ejercer la coerción que sea necesaria en la interrelación que se ha fomentado por la viabilidad del ingreso a internet y someter medidas de seguridad y protección de los nuevos conceptos que se generan a través del internet.

Dentro del contexto de la digitalización, se determina que no hay fronteras; es un espacio que no se infiere en una regulación por la falta de la construcción de este elemento fundamental para externar la soberanía de los Estados, construyendo la jurisdicción en base a limitación territorial dentro del ciber espacio y generar la planificación de los desarrollos en estos temas con los instrumentos que se desarrollen para dar la facilidad de ingreso al espacio y tener la protección del Estado para inferir en el mismo.

Se tendrá contemplar acuerdos como aquellos que emitieron en relación al espacio aéreo y marítimos que es algo que podemos observar pero no había una factibilidad para ejercer una limitación con respecto a ellos, y por medio de convenios entre los Estados demarcaron el espacio que se constituyen para el mismo sometiendo su normatividad e implica la legitimidad de la soberanía del mismo.

El ejercer la normatividad correspondiente dentro del espacio digital y rediseñar la construcción de la soberanía del Estado es la base de los elementos y principios, sin dejar de lado la salvaguarda de la condición de la dignidad de la persona, para generar el marco normativo correspondiente de los derechos digitales.

⁷ CARTA DE DERECHOS DIGITALES. *Documento para consulta pública*. Véase en: https://portal.mineco.gob.es/RecursosArticulo/mineco/ministerio/participacion_publica/audiencia/ficheros/SEDIACartaDerechosDigitales.pdf.

En la actualidad los usuarios al ejercer actividades diarias a través de los medios digitales que no están determinadas dentro de un marco normativo por el Estado no generan consecuencia de derechos por no existir un supuesto normativo, por tal razón se debe enfocar en señalar los derechos y obligaciones de las hipótesis jurídicas que se presentan en este espacio digital para formalizar las relaciones y determinar las sanciones correspondientes, así como la facultad de coercibilidad del Estado para tener un ordenamiento jurídico competente.

La limitación que hemos externado referente al territorio dentro del ciber espacio, se genera al momento de ingresar a través de un equipo electrónico o digital, con los cuales podemos ingresar vía modem el cual proporciona la conexión a la señal digital y los *routers* que ayudan a tener una mejor capacidad de lugar y por último los puntos de acceso, que son aquellos lugares que no generan conectividad, cualquier dispositivo electrónico o digital que ingrese a internet a cualquier forma del mismo, genera por medio IP (*Internet Protocol*) la configuración de la localización de lugar que se encuentra, se puede demostrar la configuración del espacio virtual y con esto organizar este aspecto en relación a la territorialidad de los Estados para constituir los elementos que marquen este cambio social hacia la determinación de las fronteras dentro del ciberespacio, marcar el límite de las políticas de la modernización hacia la gestión del uso de la digitalización y la competencia de los Estados.

Es decir, al realizar cualquier actividad a través de los medios digitales, se necesita conectar a través de un modem que permite a su vez generar dicha conectividad, la cual genera una dirección IP que deja huella de la utilización dentro de la navegación, arrojando una base de nuestro uso, por tal razón se considera que “las personas físicas pueden ser asociadas a identificadores en línea facilitados por sus dispositivos, aplicaciones, herramientas y protocolos, como direcciones de los protocolos de internet, identificaciones de sesión en forma de “cookies” u otros identificadores, como etiquetas de identificación por radiofrecuencia. Esto puede dejar huella que, en particular, al ser combinadas con identificadores únicos y otros datos recibidos por los servidores, pueden ser utilizadas para elaborar perfiles de las personas físicas e identificarlas”.⁸

Para concluir con este punto, se puede gestionar a través de la IP la localización de las fronteras dentro del derecho digital, generando la pauta para determinar la soberanía de la concepción del ciberespacio y con esto lograr denotar las características de inalienable, y generar la condición acerca de los supuestos jurídicos que

⁸ REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 27 DE ABRIL DE 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) (Texto pertinente a efectos del EEE) publicado en *Diario Oficial de la Unión Europea*, artículo 30.

determinen el estatuto del ingreso y demarcar el dominio de los Estados en dicho espacio, para concebir los derechos, obligaciones, deberes y garantías que los Estados deben proteger, así como la regulación, limitación y restricción a través de los tratados o convenios que se podrán ir configurando con respeto a la limitación de la soberanía de los Estados.

3 Intermediación de accesibilidad del Estado al espacio virtual

Con la transformación de la utilización de la tecnología, se determina el enfoque del objeto del estudio del derecho digital, creando una expectativa hacia la referencia de la configuración de los supuestos jurídicos en base a la estructuración del nuevo lenguaje digital, es decir ya no solamente es una expresión tácita o expresa de la manifestación de la voluntad, sino referimos a los bits que se utiliza o la forma en la que a través de las interfaces hacemos dicha expresión de aceptación dentro del mismo; es por tal razón y motivo que establecemos la yuxtaposición del Estado frente a este dominio o campo para estar presente con la relación que se ha creado y en base al establecimiento del nacimiento y las reglas que van saliendo de este necesidad.

El espectro digital esta dominando la interacción del usuario con el proceso de actividades que realizamos de manera presencial debido a las ventajas que representa, ya sea de tiempo, de rapidez o de transparencia, recordando siempre la importancia de la capacidad del hombre para determinar la solución en algún conflicto que se llegase a presentar; por tal razón, los procesos dentro de los sistemas que se manejan en partes intangibles como lo son los *softwares*, los cuales permite ingresar a la páginas electrónicas, digitales, web, plataformas digitales o tecnológicas y a través de esto van desarrollando una capacidad de generar las necesidades del usuario por medio de estadísticas y la actuación del usuario en general; por tal motivo es importante la introducción de los elementos de la construcción del Estado en dicho campo y asegurar la regulación del derecho digital.

Dando la contextualización de la transformación del concepto del Estado dentro del derecho digital y la forma de establecer los límites para permitir una coexistencia dentro del mundo digital, se analiza la capacidad de la injerencia con la intervención de su presencia a través de terceros, quienes son los que conectan a la virtualidad contraponiendo aquí la posición de la separación de derecho público y privado; por dicha necesidad nace la unificación de estos derechos para ejercer la capacidad y la facultad de como el Estado debe ejercer la relación con aquellos que permitan esa unión.

El impacto de la creación de la denominada web,⁹ ha provocado el acceso a la transferencia de datos en los servidores, permitiendo la realización de trámites de todo tipo, así como actividades comerciales, comunicación directa entre usuarios, contrataciones, entre otros procesos, adaptando la forma de ingresar a través de medios digitales, los cuales se van rigiendo por protocolos; debido a la falta de reglamentación pertinente para establecer los supuestos jurídicos y dar un ordenamiento en el que se aseguren las garantías y regulaciones de nuevos conceptos implicados tales como las criptomonedas que se consideran como un activo dentro de este medio.

Se ha transformado el derecho, el Estado y la soberanía de este, en el campo de la virtualidad; la característica de dicho movimiento es la expansión del avance de la tecnología y la implicación del uso de internet, ejerciendo parámetros no solo de comunicación con otros usuarios, sino que comenzó la era de la implicación de la presencia del gobierno de manera electrónica, hasta lo que tenemos actualmente denominado gobierno digital.

Venciendo factores adversos para llegar a este punto de no querer permitir que los dueños de los procesos, dentro de la norma jurídica de la Administración Pública, contribuyan a señalar las características que el software debería contener para transformarlo al medio digital; otro factor consiste es la brecha digital, entre la población que no ingresa a esta medio habitualmente de manera sencilla y los que no poseen los medios o conocimientos necesarios para aplicarlos, motivo por el cual el Estado, a través de la jurisdicción, debe ir acortando dicha brecha para que no existan analfabetas en este contexto social.

Ahora bien, si queremos conceptualizar la soberanía del Estado dentro del medio digital, será necesaria la instalación geográfica de la expansión de la ubicación de los aparatos tecnológicos o digitales que se utilizan, a través de los cuales determinan la posición de su configuración para ejercer la limitación hacia las barreras dentro de lo virtual, dando paso al proceso de la urbanización del uso de la tecnología y de los avances que impliquen.

La posición actual de la intervención del Estado frente la forma de interactuar al medio digital no tiene una plena autonomía, debido a la intermediación que ocupa para estar presente dentro de este campo, ya que al momento de ingresar cualquier usuario a cualquier dominio de las dependencias en México, se necesita un enlace de hipertexto que ayuda a los procesos que se encuentran dentro de

⁹ “Voz tomada del inglés *web* ('red, malla'; pron. [guéb]), que se usa en español con los sentidos siguientes: a) Como sustantivo femenino, escrito con mayúscula inicial, designa, por abreviación de la expresión inglesa *World Wide Web*, el servicio de Internet que permite acceder a la información que ofrece esta red mundial de comunicaciones”. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*, 23 a. ed., véase en <https://www.rae.es/dpd/web>.

sus páginas electrónicas, digitales, *chatbots*, plataformas, redes comunicación, es decir no tiene presencia propia dentro de la virtualidad.

La legitimización del poder del Estado se debe construir con validez y la eficacia para proceder al cumplimiento de los deberes, responsabilidades, obligaciones y derechos que tienen los usuarios dentro de su territorio virtual y dar esa confiabilidad y transparencia de sus actuaciones y de la información que recibe, para tener dentro de éste un control pertinente; pero cabe la pregunta ¿Qué responsabilidad o porque existe un tercero para la existencia del Estado dentro de la virtualidad?

La implicación de la falta de creatividad, innovación y visión del Estado para configurar las necesidades y las perspectivas del avance de la sociedad hacia la percepción de la tecnología, brindó oportunidad al avance de esta misma a través de aquellos que apostaron por el futuro y vislumbraron el impacto que tendría la conexión a distancia, siendo la iniciativa privada, en particular la académica, quien desarrollaría este medio de comunicación impulsando el desarrollo de la tecnología mediante la conformación de lo que en varios países se ha denominado como Network Information Center (NIC),¹⁰ que en nuestro país es liderado por el Tecnológico de Monterrey.

En México, el cambio de la posición de la función y gestión del Estado ha estado en crisis desde el año 1970, por lo cual empezó a otorgar la concesión para la realización de servicios públicos que le competía realizar, pero por la impericia o la falta de una buena gestión, tuvo que acceder que interviniera el sector privado para efectuar la prestación de ciertos servicios públicos, ya que de por sí aquellos que se marcaban dentro de una normatividad no podía llevarlos a cabo, menos le interesaba algo que no consideraba que fuera fundamental como lo es la tecnología, empezando ese desarrollo el área académica y el cual es quien permitió poder llevar la conexión y la interoperabilidad; lo anterior, sin duda, se considera como una falta grave hacia la planificación del progreso del desarrollo económico del país, tal como lo está siendo ahora el no determinar la soberanía dentro del espacio virtual para ejercer los supuestos jurídicos que determine la reglamentación de los derechos digitales.

El Estado en dicho periodo no asignó partidas para ejercer la innovación dentro de este campo, siendo la parte académica, en particular en el Estado de Nuevo León en el Tecnológico de Monterrey se instauraría el NIC (Network Information Center) de México, quienes tomaron el reto de construir la conexión y de determinar los procesos para la creación de los usos de los dominios ya que “es la organización encargada de la administración del nombre de dominio territorial (ccTLD, *country code Top Level Domain*). MX, el código de dos letras asignado a cada país según

¹⁰ NETWORK INFORMATION CENTER. Nic. Com véase en <https://nic.com/>.

el ISO 3166¹¹ conectaron la visión de la intangibilidad de la era digital, dando el paso de la ubicación de los dominios,¹² los cuales usarían la Administración Pública en México para generar el proceso del cambio del gobierno electrónico al digital.

Modificó el concepto al ingreso a la digitalización por medio de dominios que son obtenidos por NIC México, quien ejerció dicha facultad a través de un convenio de Registro de Direcciones de Internet para América Latina y el Caribe (LACNIC),¹³ logrando la expansión del uso del internet de la Administración Pública, surgiendo plataformas o páginas electrónicas o digitales; lo que se debe hacer es generar una reglamentación hacia la responsabilidad de los terceros que ayudan a la utilización de este medio a la Administración Pública, con respecto al control que puede ingerir en la aplicación de la permanencia del internet; así mismo lo referente a la problemática que se presenta actualmente con respecto a la continuidad del dominio de las páginas de gobierno y no provocar la baja dentro del espacio virtual, así como la responsabilidad de no ingresar dentro de dicho espacio para modificar procesos establecidos por la Administración Pública dentro de dicho espacio.

Cabe revalorar la posición entre la relación jurídica de aquellos quienes tienen el dominio y el Estado para ejercer la regulación de los supuestos jurídicos que puede implicar. Por tal razón se debe no solamente mirar hacia la funcionalidad, sino a la importancia que tuvieron al innovar y tener el nicho de esa actividad; pero la pérdida de la posición del Estado dentro de la virtualidad ha generado una falta de estructura con respecto a los límites que se han marcado en este trabajo hacia la soberanía dentro del espacio virtual con relación a los otros Estados, y la relación con aquellos que tienen el dominio del Estado para generar el espacio virtual para realizar su función o gestión pública.

El contexto actual hacia la apertura del crecimiento vertical por los clúster, quienes determinan la ubicación territorial, es un instrumento que facilita el demarcar las bases de los límites del espacio dentro de la virtualidad; con dicha estrategia podemos limitar las fronteras de los Estados para ejercer las políticas públicas correspondientes e ir a la inclusión del cambio digital referente al conformación del espacio virtual, a la categoría de los usuarios del mismo, al desarrollo de la actividad comercial con el reconocimiento de la utilización de la moneda digital

¹¹ GOMEZ-RODRIGUEZ, J., SANDOVAL-ARÉCHIGA, R., IBARRA-DELGADO, S. y FLORES-TRONCOSO, J. «IPv6 El Tiempo Ha Llegado». Difu100ci@, *Revista De difusión científica, ingeniería y tecnologías*, Vol. 10, n. 2, diciembre de 2016, p. 12-16, <http://difu100cia.uaz.edu.mx/index.php/difuciencia/article/view/57>.

¹² El reconocimiento de los derechos y el uso de nombres en el sistema de nombres de dominio de internet. informe del Segundo Proceso de la OMPI relativo a los Nombres de Dominio de Internet <http://wipo2.wipo.int> véase en <https://www.iprsonline.org/bvirtual/colec/ompidominios.pdf>.

¹³ REGISTRO DE DIRECCIONES DE INTERNET PARA AMÉRICA LATINA Y CARIBE (Lacnic), Uruguay 2002, recursos numeración de Internet (IPv4, IPv6). Número Autónomos y Resoluciones Inversa, véase en <https://www.lacnic.net/>.

(criptomoneda) y la formación de competencia de la Administración Pública dentro de dicho universo digital y del metaverso.

Regir el derecho digital en el contexto de la vinculación de la importancia que se debe asumir y de las implicaciones con respecto al desarrollo económico de los Estados, así como de las consecuencias jurídicas, sociales, políticas que se pueda presentar por los sujetos que intervienen dentro dicho espacio, los derechos digitales deben amparar, identificar, proteger en base a la construcción de las limitación del Estado.

4 La publicación de los servicios públicos

Tal es el caso del servicio público, que a raíz de la afectación del Estado de no generar una estructura de eficiencia y no poder brindar las prevenciones que no contemplaron, dio pie a que la iniciativa privada comenzara a tener participación de las actividades que se otorgaban como necesidades de la colectividad.

Desde la perspectiva de Sergio Valls y Carlos Matute¹⁴ con referente a la terminología de la publicación que determina aquellas actividades que eran exclusivas del Estado y que el sector privado intervine para generarlas; no se escapa de este punto el campo de la digitalización, ya que la intervención de la iniciativa privada fue inminente para ingerir en el desarrollo, debido a la falta de innovación y progreso de la Administración Pública dentro de la construcción de este universo digital.

Se han modificado las partes denominadas como áreas estratégicas, las cuales únicamente el Estado tenía control para el desarrollo económico efectivo hacia el bienestar de la comunidad; señalas dentro del precepto constitucional número 28,¹⁵ la cuales no se ejerce un monopolio, debido a la legitimidad para tener control de dicha áreas por generar la fuerza del Estado.

Al respecto el internet es considerado como un servicio público debido a que cumple con dichas características, ya que el servicio público es “ toda actividad técnica destinada a satisfacer una necesidad de carácter general, cuyo cumplimiento uniforme y continuo deba ser permanentemente asegurado, regulado y controlado por los gobernantes, con sujeción a un mutable régimen jurídico exorbitante del derecho privado, ya por medio de la Administración pública, bien mediante particulares

¹⁴ VALLS HERNÁNDEZ, Sergio y MATUTE GONZÁLEZ, Carlos, *Nuevo Derecho Administrativo*, Porrúa, México, 2020.

¹⁵ Establece “En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos, las condonaciones de impuestos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria” artículo 28 párrafo I, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 05 de febrero de 1917, véase en <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>.

facultados para ello por autoridad competente, en beneficio indiscriminado de toda persona”.¹⁶ Derivado de dicho concepto, queda asentando que cumple con las características para determinar que es un servicio público.

Al respecto dentro de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión dentro de sus artículos 2 y 9 fracción V,¹⁷ reglamenta al internet como un servicio público, pero ahí se manifiesta que el Estado será quien tenga el dominio originario de dicho servicio, pero podrá a través de la concesión u otra modalidad, proporcionar dicho servicio; siendo como a través de la publicación de este tipo de actividades que se ha permitido el crecimiento del desarrollo económico en México.

Genera una regulación dentro de los ordenamientos, adquirir el nuevo modelo de la prestación de los servicios a través de modalidades que dejan intervenir al sector privado, tal consiste en una regulación en las normas adecuadas para que llegue al objetivo principal.

Desde este punto de vista, podemos manifestar en el campo del derecho digital, que el régimen jurídico del Estado ha perdido su fuerza dentro del eje central de otorgar la prestación de los servicios, marcando una tendencia hacia el dominio de la iniciativa privada, pasando a ser un Estado social, hacia la determinación de un Estado que se constituye con el desarrollo en base de la privatización de los servicios en términos hacia la digitalización, así como la falta de determinación del uso del dominio de su presencia digital.

Determinando que la iniciativa privada es un intermediario entre los usuarios de las páginas o plataformas electrónicas o digitales de los Estados, sin tener una situación determinada de las consecuencias u obligaciones en falta de algún error por la inconsistencia de estas.

La telecomunicación, en particular la relativa al uso del internet, es la base a la digitalización, la cual se considera como un servicio público; el Estado no desarrolló, innovó ni vigiló el comportamiento de los medios digitales para aplicarlo y determinarlo como un servicio que lo pueda proporcionar.

Por lo tanto, el sector privado fue quien tuvo que innovar dicho sentido, actuando como intermediario para la conexión de la postura digital de la Administración Pública en la virtualidad.

¹⁶ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. *Grandes Temas Constitucionales, Derecho administrativo*, Secretaría de Cultura, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones Mexicanas, México, 2016, Pág. 248.

¹⁷ Artículo 2 “Las telecomunicaciones y la radiodifusión son servicios públicos de interés general” y artículo 9 fracción V “Coordinarse con el Instituto para promover, en el ámbito de sus respectivas atribuciones, el acceso a las tecnologías de la información y comunicación y a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e Internet, en condiciones de competencia efectiva”, Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de julio de 2014, véase en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFTR_200521.pdf.

5 Conclusión

La concepción de la creación de los servicios públicos tales como el internet, siendo el avance de nuevos paradigmas, ejerce el cambio de política pública hacia la determinación de la redistribución de la riqueza, por lo que la pregunta en cuestión es: ¿Dentro del campo de la digitalización se ejerce un monopolio por parte de las empresas privadas que lo desarrollaron? Este punto se analiza si alcanza el bien común y del interés general para constituir la prestación de un servicio público y la digitalización es una revolución que ha dejado de manifiesto el cambio de la estructura del Estado y de las actividades de la sociedad, cambiando el desarrollo económico del país por una inclusión somera del sector privado dentro de las aéreas prioritarias; por tal razón, podemos entender la crisis de la organización de la prestación de servicios de la Administración Pública, generar la implicación de la potestad hacía en quien recae la administración pública o aquellos que tiene el control del dominio dentro de la digitalización de la construcción de las páginas y plataformas digitales.

Los servicios públicos en México se determina de acuerdo a las necesidades generales, prestadas por medio del Estado, pero dentro de lo conducente al tema de las telecomunicaciones, la tecnología vio rebasada la capacidad de innovación y de estructura del área del internet y de dominio tecnológico,¹⁸ y al Estado le faltó la planificación de este desarrollo, para contar con los recursos que serían necesarios para dicho cambio; debido a la falta de políticas públicas que se concientizaran hacia el progreso de la utilización de la tecnología, se dio la interrelación en México, de la regulación y ordenamiento para la prestación de este servicio.

Determinando que la legitimación del poder del Estado, a través de los lineamientos de ubicación de los dominios, podría ejercer la facilidad de otorgar ese reconocimiento para proceder a regular dicho espacio, en el que aún se determina una neutralidad, sin existir normas que amparen los supuestos jurídicos que deben contener para no llegar a un desorden o caos en la virtualidad.

Referencia

BOBBIO, Norberto. Estado, gobierno y sociedad, por una teoría general de la política, Fondo de cultura económica, México, 1996.

¹⁸ Se establece el concepto en el artículo 2 fracción XX "las agrupaciones lógicas de TIC denominadas dominios, que conforman la arquitectura tecnológica de la Institución, los cuales podrán ser, entre otros, los grupos de seguridad, cómputo central y distribuido, cómputo de usuario final, telecomunicaciones, colaboración y correo electrónico, internet, intranet y aplicativos de cómputo;" Acuerdo por el que se modifica las políticas y disposiciones para la Estrategia Digital Nacional, en materia de Tecnología de la Información y Comunicación, y en la Seguridad de la Información, así como el Manual Administrativo de Aplicación General en dichas materias, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 23 de julio de 2018, véase en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5532585&fecha=23/07/2018#gsc.tab=0.

CARTA DE DERECHOS DIGITALES. Documento para consulta pública. Véase en: https://portal.mineco.gob.es/RecursosArticulo/mineco/ministerio/participacion_publica/audiencia/ficheros/SEDIACartaDerechosDigitales.pdf.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (CIJ), *Affaire Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)*, Deuxième phase: arrêt, Recueil, 1955.

EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS Y EL USO DE NOMBRES EN EL SISTEMA DE NOMBRES DE DOMINIO DE INTERNET. Informe del Segundo Proceso de la OMPI relativo a los Nombres de Dominio de Internet <http://wipo2.wipo.int> véase en <https://www.iprsonline.org/bvirtual/colec/ompidominios.pdf>.

FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. *Grandes Temas Constitucionales, Derecho administrativo*, Secretaría de Cultura, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones Mexicanas, México, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. *La sovranità nel mondo moderno*, Milán, Anabasi, 1995.

GOMEZ-RODRIGUEZ, J., SANDOVAL-ARÉCHIGA, R., IBARRA-DELGADO, S. y FLORES-TRONCOSO, J. «IPv6 El Tiempo Ha Llegado». *Difu100ci@*, Revista De difusión científica, ingeniería Y tecnologías, Vol. 10, n. 2, diciembre de 2016, <http://difu100cia.uaz.edu.mx/index.php/difuciencia/article/view/57>.

MÉXICO. Acuerdo por el que se modifica las políticas y disposiciones para la Estrategia Digital Nacional, en materia de Tecnología de la Información y Comunicación, y en la Seguridad de la Información, así como el Manual Administrativo de Aplicación General en dichas materias, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 23 de julio de 2018, véase en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5532585&fecha=23/07/2018#gsc.tab=0.

MÉXICO. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 05 de febrero de 1917, véase en <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>.

MÉXICO. Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de julio de 2014, véase en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFTR_200521.pdf.

NETWORK INFORMATION CENTER. Nic. Com véase en <https://nic.com/>.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, 22 Noviembre 1969, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/57f767ff14.html>.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española, 23 a. ed, véase en <https://www.rae.es/dpd/web>.

REGISTRO DE DIRECCIONES DE INTERNET PARA AMÉRICA LATINA Y CARIBE (Lacnic), Uruguay 2002, recursos numeración de Internet (IPv4, IPv6). Número Autónomos y Resoluciones Inversa, véase en <https://www.lacnic.net/>.

REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) (Texto pertinente a efectos del EEE) publicado en Diario Oficial de la Unión Europea.

TÉLLEZ VALDÉS, Julio A. *Lex Cloud Computing*, México, UNAM, 2013.

VALLS HERNÁNDEZ, Sergio y MATUTE GONZÁLEZ, Carlos. Nuevo Derecho Administrativo, Porrúa, México, 2020.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SANMIGUEL, Nancy Nelly González. La construcción de los derechos digitales bajo el régimen de la soberanía del Estado digital. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, p. 85-99, set./dez. 2022. DOI: 10.47975/digital.law.vol.3.n.3.sanmiguel.

Nuevas tecnologías y buena Administración Pública

New technologies and good Public Administration

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz*

Universidad da Coruña (Coruña, Coruña, Espanha)
jaime.rodriguez-arana.munoz@udc.es
<https://orcid.org/0000-0001-9641-5419>

Recibido/Received: 07.03.2023/ March 7th 2023

Aprovado/Approved: 08.03.2023/ March 8th 2023

Resumen: El artículo analiza el impacto del principio de buena administración pública en las nuevas tecnologías. Su hipótesis fundamental es que el principio de buena administración se adapta perfectamente a las nuevas exigencias de la Administración Pública digital. La metodología utilizada es deductiva, con investigación bibliográfica descriptiva. Para probar la hipótesis, el artículo analiza el contenido de la Carta Europea de Derechos Fundamentales y la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes de los Ciudadanos frente a la Administración Pública. La investigación realizada permite una reflexión conclusiva que pretende conectar el principio de buena administración con la digitalización de la Administración Pública en el contexto de un Estado de Bienestar promotor de los derechos fundamentales.

Palabras clave: Nuevas tecnologías. Buena Administración Pública. Administración Pública digital. Derechos Fundamentales. Estado de Bienestar.

Abstract: The article analyzes the impact of the principle of good public administration on new technologies. Its fundamental hypothesis is that the principle of good administration adapts perfectly to the new demands of digital Public Administration. The methodology used is deductive, with descriptive bibliographic research. To test the hypothesis, the article analyzes the content of the European Charter

Como citar esse artigo/*How to cite this article:* RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Nuevas tecnologías y buena administración pública. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, vol. 3, n. 3, p. 101-120, set./dez. 2022. DOI: 10.47975/digital.law.vol.3.n.3.munoz.

* Profesor Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidade da Coruña (La Coruña, España). Doctor en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela. Doctor Honoris Causa por la Universidad Hispanoamericana de Nicaragua. Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y de la Asociación Española de Ciencias Administrativas. Vicepresidente de la Asociación Internacional de Metodología Jurídica y del Instituto Iberoamericano de Derecho Público y Administrativo Jesús González Pérez. Miembro de la Real Academia Española de Jurisprudencia, de la Academia Iberoamericana de Derecho Electoral, de la Academia Nicaragüense de Jurisprudencia. Presidente honorario de la Asociación Centroamericana de Derecho Administrativo. Miembro fundador de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo y de la Asociación Iberoamericana de Derecho Electoral. Miembro fundador y miembro del Consejo Directivo de la Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo. E-mail: jaime.rodriguez-arana.munoz@udc.es.

of Fundamental Rights and the Ibero-American Charter of Rights and Duties of Citizens vis-à-vis the Public Administration. The research allows a conclusive reflection that aims to connect the principle of good administration with the digitization of Public Administration in the context of a Welfare State that promotes fundamental rights.

Keywords: New Technologies. Good Public Administration. Digital Public Administration. Fundamental rights. Welfare State.

Sumario: **1** Introducción – **2** La buena administración en la Carta Europea de los Derechos Fundamentales de Diciembre de 2000 – **3** La buena administración en la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes de los Ciudadanos frente a la Administración Pública de Octubre de 2013 – **4** Ética, tecnologías y buena administración – **5** Reflexión conclusiva – Referencias

1 Introducción

En un mundo dominado por las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, con una reciente relevancia de la inteligencia artificial, el principio de juridicidad es cada vez más importante. Especialmente en tiempos de emergencia sanitaria en los que la tentación autoritaria es cada vez más patente. Por eso, la dimensión instrumental de las nuevas tecnologías debe estar cada vez más clara para que estas herramientas provenientes del desarrollo científico sean dignas de la condición humana y, en el ámbito pública, se conviertan en eficaces medios para realizar políticas públicas que cada vez sean más respetuosas con los derechos fundamentales de las personas. La autora brasileña Vanice Lírio do Valle enumera correctamente tres lineamientos que deben guiar a la Administración Pública en este contexto: 1) desarrollo de una cultura de datos como activo institucional; 2) naturalización del carácter permanentemente cambiante de las soluciones basadas en las nuevas tecnologías de la información y la comunicación; 3) internalización del aprendizaje digital como un proceso interactivo.²

En este sentido, el moderno Derecho Administrativo, insisto, siempre orientado a la defensa, protección y promoción de la dignidad humana, debe hacer frente a las nuevas demandas de una sociedad digital que reclama nuevas prestaciones y nuevos servicios brindados a través de nuevas plataformas digitales con mayor participación ciudadana.³ Plataformas y estructuras digitales que, poco a poco, reemplazarán por completo los trámites, los procedimientos y las gestiones habituales o tradicionales que se realizaban al interior de una Administración Pública que exigía para todo la presencialidad de los ciudadanos.

² VALLE, Vanice Lírio do. Três axiomas para o agir administrativo fundado em novas tecnologias de informação e comunicação. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, p. 11-28, jan./abr. 2021.

³ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Direito fundamental à Boa Administração Pública*. Fórum, Belo Horizonte, 2012.

Las fortalezas y debilidades de los desarrollos informáticos y telemáticos en la construcción de la Administración Electrónica están hoy a la vista de todos y reclaman a los distintos países soluciones para enfrentar los problemas y desafíos de este tiempo de excepcionalidad. Ciertamente, a pesar de las inversiones realizadas en los últimos años para modernizar las Administraciones públicas, la pandemia ha puesto al descubierto un modelo que no ha funcionado como debería pues la suspensión generalizada de los plazos de los procedimientos no es, desde luego, una respuesta satisfactoria para reaccionar administrativamente ante una pandemia como la actual.

Cuanto más fortaleza y mejor construcción tecnológica presente la Administración Electrónica en cada país, mejor posicionado estará para enfrentar las situaciones complejas que la pandemia trae consigo. Pero tales emprendimientos tecnológicos habrán de hacerse sin perder de vista en ningún momento que las tecnologías están al servicio de la dignidad humana, no al revés como desde algunas terminales mediáticas se intenta transmitir a una sociedad inerme, indefensa, sin recursos morales frente a la colosal maquinaria de manipulación que se ha puesto en marcha precisamente en este tiempo. Se ha trabajado mucho la dimensión interna de las nuevas tecnologías, pero todavía no son un instrumento real en manos de la ciudadanía para controlar el ejercicio del poder y participar activamente en la definición y evaluación de tantas políticas públicas que afectan a las condiciones de vida de los ciudadanos.⁴ Si no partimos de este aserto, estaremos dando palos de ciego y trabajando para un mundo en que, a través de estas nuevas tecnologías, que se convierten en la principal herramienta de la manipulación y del control social, se secuestre a una sociedad impotente y sin coraje ético para resistir

La reflexión moderna sobre la Administración debe hacerse desde un enfoque abierto, plural y dinámico porque la Administración Pública es una realidad multidisciplinar a la que hay que aproximarse desde muchos puntos de vista. En efecto, junto al enfoque jurídico, se encuentra la dimensión económica, el aspecto sociológico, el tecnológico o el histórico, que ayudan a comprender una realidad tan compleja como es la administración Pública

La ciudadanía tiene la posibilidad de acceder a más y mejor información, a controlar más y mejor a las autoridades, a obtener un mayor y mejor trato igualitario y, por supuesto, de aumentar la eficiencia en el uso del tiempo y demás recursos, accediendo a servicios y a trámites burocráticos, que hasta hace no muchos años tardaban mucho tiempo y exigían la presencialidad necesaria del ciudadano en el organismo público donde se debía realizar el trámite o la gestión pública.

⁴ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 13-50, jan./mar. 2012.

En este tiempo, hay que tener en cuenta que para que la Administración on-line tenga sentido, el desarrollo debe ir paralelo al propio desarrollo tecnológico de la sociedad.⁵ Por ello no solo hay que hacer esfuerzos por implantar la e-Administración, sino que también, y sobre todo, hay que priorizar la extensión del uso de las nuevas tecnologías en la sociedad, minimizando la brecha social que se puede producir según se use o no la información, una situación que, mal que nos peses, coloca a tantos países, y sobre a tantos millones de personas, a la cola del uso real de las nuevas tecnologías. El impacto de las ventajas y/o beneficios que puede aportar una nueva Administración Electrónica debe ser transversal a toda la sociedad. De ahí la importancia capital de la inclusión social y de la accesibilidad universal que evite que el tan conocido “efecto derrame” de las nuevas tecnologías sea cada vez menor, llegando a desaparecer en cuanto sea posible.⁶

En este nuevo ecosistema, en la conjunción entre una nueva Administración on-line y una nueva ciudadanía digital, emerge el nuevo concepto de la buena administración electrónica, que se constituye en el eje central de esta transición de una Administración Pública tradicional, clásica y fuertemente “presencial”, a una nueva Administración Electrónica, mayoritariamente “virtual”, diseñada, insisto, desde la centralidad de la dignidad humana, desde la tarea capital de la Administración del Estado social y democrático de Derecho de proteger, defender y promover los derechos fundamentales de la persona, los individuales y los sociales.

Por ello, la recopilación de datos con el fin de mejorar la eficiencia operativa de los servicios sanitarios,⁷ así como la mejor atención y accesibilidad por parte de los ciudadanos, es también una consecuencia de la crisis sanitaria global provocada por el Covid-19, donde entran en juego el acceso y manejo de nuestros datos personales. Manejo y gestión que deberán realizarse con el mayor grado de seguridad y confidencialidad posibles y en el marco del Estado de Derecho, pues si no se actúa desde este marco, el despotismo y la tiranía estarán pronto entre nosotros. Si es que no lo están ya.

⁵ REIS, Camille Lima; CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. O fomento às novas tecnologias na Administração Pública como direito ao desenvolvimento. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, p. 11-28, set./dez. 2020.

⁶ GABARDO, Emerson; FIRKOSWSKI, Olga Lucia Castreghini de Freitas; AGUILAR Viana, Ana C. The digital divide in Brazil and the accessibility as a fundamental right. *Revista Chilena De Derecho Y Tecnologia*, v. 11, p. 1-26, 2022.

⁷ ACRISTÁN, Estela. Gestión eficiente y ética en la efectivización de los servicios públicos relativos a derechos sociales. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 3, n. 1, p. 125-143, jan./abr. 2016.

2 La buena administración en la Carta Europea de los Derechos Fundamentales de Diciembre de 2000

La buena administración de instituciones públicas parte del derecho ciudadano a que sus asuntos comunes y colectivos estén ordenados, gestionados y regidos de forma y manera que reine un ambiente de bienestar general e integral para el pueblo en su conjunto. Las instituciones públicas, desde esta perspectiva, han de estar conducidas y manejadas por una serie de criterios mínimos, llamados de buen gobierno o buena administración, a los que se sumarán las directrices políticas vencedoras en los diferentes comicios. En este contexto, hay un solar, un humus, de buen gobierno, de buena administración, que debe ser exigido por los ciudadanos, que obliga a los representantes de los poderes del Estado, sea el Ejecutivo, el Legislativo o el Judicial.⁸

La buena administración de instituciones públicas es un derecho ciudadano de naturaleza fundamental. ¿Por qué se proclama como derecho fundamental por la Unión Europea? Por una razón que reposa sobre las más altas argumentaciones del pensamiento democrático: en la democracia, las instituciones políticas no son de propiedad de políticos o de los altos funcionarios: son del dominio popular, son de los ciudadanos, de las personas de carne y hueso que día a día, con su esfuerzo por encarnar los valores cívicos y las cualidades democráticas, dan buena cuenta del temple democrático en la cotidianeidad.⁹ Por ello, si las instituciones públicas son de la soberanía popular, de dónde proceden todos los poderes del Estado, han de estar dirigidos al servicio objetivo del interés general, a la satisfacción de las necesidades colectivas.

Así las cosas, si consideramos que el ciudadano ha dejado ser un sujeto inerte, que tenía poco menos que ser enchufado a la vida social por parte de los poderes públicos, entonces comprenderemos mejor el alcance de este derecho. Un derecho que hoy, en sociedades digitales, con gobierno y administración electrónicas, debe poder ejercerse en mejores condiciones, para poder controlar más y mejor al poder público y, para poder participar más y mejor en los asuntos de naturaleza general.

En efecto, el ciudadano es ahora, no sujeto pasivo, receptor mecánico de servicios y bienes públicos, sino sujeto activo, protagonista, persona en su más cabal expresión, y, por ello, aspira a tener una participación destacada en la configuración de los intereses generales porque éstos se definen, en el Estado social y democrático de Derecho, a partir de una adecuada e integrada concertación

⁸ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas*. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

⁹ MEILÁN GIL, José Luis. Una construcción jurídica de la buena administración. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, año 13, n. 54, p. 13-44, out./dez. 2013.

entre los poderes públicos y la sociedad articulada. Los ciudadanos, en otras palabras, tenemos derecho a que la gestión de los intereses generales se realice de manera acorde al libre desarrollo solidario de las personas. Por eso es un derecho fundamental de la persona, porque la persona en cuanto tal requiere que lo público, que el espacio de lo general esté atendido de forma y manera que le permita realizarse, en su dimensión de libertad solidaria, como persona humana desde diferentes dimensiones.

La Administración pública, ahora en la dimensión electrónica, debe ser un entorno de entendimiento, y un marco de humanización de la realidad que fomente el objetivo constitucional central: “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás” tal y como en España dispone el artículo 10.1 constitucional.

Por ello, una Administración pública que se ajuste adecuadamente a las demandas democráticas ha de responder a una rica gama de criterios que podríamos calificar de internos, por cuanto se refieren a su propia articulación interior, a los procesos de tramitación, a su transparencia, a la claridad y simplificación de sus estructuras, a la objetividad de su actuación, etc. Tareas que, es claro, deben ser más accesibles a los ciudadanos pues las nuevas tecnologías no son un fin en sí mismas, sino un medio, magnífico, para que la función de servicio objetivo al interés general del aparato público sea una venturosa realidad. Algo que, sin embargo, contrasta, y no poco, con la praxis administrativa que hemos contemplado en la administración pública de la pandemia en tantas latitudes.

En este sentido, debemos subrayar la centralidad del ser humano en el entendimiento del derecho al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicos pues, en el gobierno y la administración electrónicas, la persona, con el cúmulo de circunstancias que lo acompañan en su entorno social, es el auténtico sujeto de los derechos y libertades que en la Constitución proclamamos. A ese hombre, a esa mujer, con su determinada edad, su grado de cultura y de formación, mayor o menor, con su procedencia concreta y sus intereses particulares, propios, legítimos, es a quien la administración pública sirve, ahora más y mejor a través de las nuevas tecnologías. En efecto, al servicio de esa persona concreta el aparato administrativo, con todos los medios técnicos a su alcance, debe promover las condiciones para que ejerza con la mayor calidad y hondura sus libertades.

Desde el punto de vista normativo, es menester reconocer que la existencia positiva de este derecho fundamental a la buena administración parte de la Recomendación núm. R (80) 2, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 11 de marzo de 1980 relativa al ejercicio de poderes discrecionales por las autoridades administrativas así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia

de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia. Entre el Consejo de Europa y la Jurisprudencia comunitaria, desde 1980, se fue construyendo, poco a poco, el derecho a la buena administración, derecho que la Carta Europea de los Derechos Fundamentales de 7 de diciembre de 2000 recogería en el artículo 41.¹⁰

El artículo 41 de la Carta constituye un precipitado de diferentes derechos ciudadanos que a lo largo del tiempo y a lo largo de los diferentes Ordenamientos han caracterizado la posición central que hoy tiene la ciudadanía en todo lo que se refiere al Derecho Administrativo. Hoy, en el siglo XXI, el ciudadano, como ya hemos señalado, ya no es un sujeto inerte que mueve a su antojo el poder. Hoy el ciudadano participa en la determinación del interés general que ya no define unilateralmente la Administración pública. El ciudadano es más consciente de que el aparato público no es de la propiedad de los partidos, de los políticos o de los propios servidores públicos.

Pues bien, dicho precepto dispone:

1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.
2. Este derecho incluye en particular:
 - el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente.
 - el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto a los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial.
 - la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones.
3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.
4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.

Una primera lectura del artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales sugiere que dicho precepto es un buen resumen de los derechos más relevantes que los ciudadanos tenemos en nuestras relaciones con la Administración, un derecho que debiera salir reforzado en un tiempo de emergencia de las nuevas tecnologías.

¹⁰ GOMES, Carla Amado. Princípio da boa administração: tendência ou clássico? *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 73, p. 35-55, jul./set. 2018.

Los ciudadanos europeos tenemos un derecho fundamental a que los asuntos públicos se traten imparcialmente, equitativamente y en un tiempo razonable. Es decir, las instituciones comunitarias han de resolver los asuntos públicos objetivamente, han de procurar ser justas – equitativas – y, finalmente, y, finalmente, han de tomar sus decisiones en tiempo razonable, algo que las nuevas tecnologías deberían hacer posible, también, y sobre todo, en tiempos de excepcionalidad como los que no han tocado vivir ahora. En otras palabras, no cabe la subjetividad, no es posible la injusticia y no se puede caer en la dilación indebida para resolver, algo, sobre todo esto último, que las nuevas tecnologías pueden, deben, propiciar.

En mi opinión, la referencia a la equidad como característica de las decisiones administrativas comunitarias no debe pasar por alto. Porque no es frecuente encontrar esta construcción en el Derecho Administrativo de los Estados miembros y porque, en efecto, la equidad, y la justicia constituyen, a la hora del ejercicio del poder público, cualquiera que sea la institución pública en la que nos encontremos, la principal garantía de acierto. Por una razón, porque cuándo se decide lo relevante es dar cada uno lo suyo, lo que se merece, lo que le corresponde.

La referencia a la razonabilidad del plazo para resolver incorpora un elemento esencial: el tiempo. Si una resolución es imparcial, justa, pero se dicta con mucho retraso, es posible que no tenga sentido, que no sirva para nada. El poder se mueve en las coordenadas del espacio y del tiempo y éste es un elemento esencial que el Derecho comunitario destaca suficientemente. La razonabilidad se refiere al plazo de tiempo en el que la resolución pueda ser eficaz de manera que no se dilapide el legítimo derecho del ciudadano a que su petición, por ejemplo, se conteste en un plazo inútil. En este sentido, las nuevas tecnologías son un medio adecuado para hacer efectivo este derecho fundamental, especialmente en el tiempo propicio.

El derecho a la buena administración es un derecho fundamental de todo ciudadano comunitario a que las resoluciones que dicten las instituciones europeas sean imparciales, equitativas y razonables en cuanto al fondo y al momento en que se produzcan. Dicho derecho según el citado artículo 41 incorpora, a su vez, cuatro derechos.

El primero se refiere al derecho a que todo ciudadano comunitario tiene a ser oído antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente. Se trata de un derecho que está reconocido en la generalidad de las legislaciones administrativas de los Estados miembros, también en la ley 39/2015 española de procedimiento administrativo común, como consecuencia de la naturaleza contradictoria que tienen los procedimientos administrativos en general, y en especial los procedimientos administrativos sancionadores o aquellos procedimientos de limitación de derechos. Es, por ello, un componente del derecho a la buena administración que el Derecho Comunitario toma del Derecho

Administrativo Interno. Es evidente que una buena administración electrónica podrá poner en conocimiento del ciudadano afectado, en un plazo adecuado y en las mejores condiciones, cualquier proyecto de medida administrativa que le pueda afectar desfavorablemente.

El segundo derecho derivado de este derecho fundamental a la buena administración se refiere, de acuerdo con el párrafo segundo del citado artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales, se refiere al derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial. Nos encontramos, de nuevo, con otro derecho de los ciudadanos en los procedimientos administrativos generales que, efectivamente, una buena administración electrónica puede facilitar, y mucho. En el Derecho Administrativo Español, por ejemplo, este derecho al acceso al expediente está recogido dentro del catálogo de derechos que establecidos en los artículos 3 y siguientes de la actual ley 39/2015 de procedimiento administrativo común. Se trata, de un derecho fundamental lógico y razonable que también se deriva de la condición que tiene la Administración pública, también la comunitaria, de estar al servicio objetivo de los intereses generales, lo que implica, también, que, en aras de la objetividad y transparencia, los ciudadanos podamos consultar los expedientes administrativos que nos afecten. Claro está, existen límites derivados del derecho a la intimidad de otras personas, así como del secreto profesional y comercial. Es decir, un expediente en que consten estrategias empresariales no puede consultado por la competencia en ejercicio del derecho a consultar un expediente de contratación que le afecte en un determinado concurso.

En este sentido, hay que tener en cuenta la Ley 11/2007 de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. Una relevante iniciativa que debiera servir para simplificar las relaciones de los ciudadanos con la Administración, así como las relaciones interadministrativas, implicando, claro está, la necesaria interconexión de los registros de las diferentes Administraciones, un aspecto de la Administración electrónica que todavía no se ha afrontado como se debiera.

En relación a los derechos que asisten a los ciudadanos en relación con la Administración, la Ley 39/2015, regulados en sus artículos 13 y 14, por lo que se refiere a las nuevas tecnologías debe aludir los siguientes: derecho a comunicarse con las administraciones públicas a través de un punto de acceso general electrónico, derecho a ser asistido en el uso de los medios electrónicos, derecho de acceso a la información pública, derecho a la obtención y utilización de medios de identificación y firma electrónica, derecho a la protección de datos de carácter personal.

Por otra parte, existen en la ley española una serie de derechos de los interesados en el procedimiento, que son relevantes en materia de nuevas tecnologías. Es el caso del derecho a conocer en cualquier momento el estado del

procedimiento, el sentido del silencio administrativo en caso de que la administración no dicte y/o notifique la resolución dentro del plazo correspondiente, al órgano competente para la instrucción del procedimiento, así como para su resolución, los actos de trámite dictados en la tramitación del procedimiento, a obtener copias de los documentos contenidos en los procedimientos en que tengan la condición de interesados, a relacionarse con las Administraciones Públicas por medio del punto de acceso general electrónico, a identificar a las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten ante el procedimiento en el que tengan la condición de interesados, a no presentar documentos originales ni aquellos datos y documentos no exigidos por las normas o que ya se encuentren en poder de las administraciones públicas o hayan elaborado ellas mismas, a formular alegaciones, a utilizar todos los medios de prueba admitidos en derecho, a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia. Este derecho incluye que se tengan en cuenta los documentos aportados a la hora de redactar la propuesta de resolución, a obtener información y orientación sobre requisitos jurídicos o técnicos de proyectos, actuación o solicitudes que vayan a realizar, a actuar asistidos de asesor si lo consideran oportuno a cumplir sus obligaciones de pago por medios electrónicos.

El tercer derecho que incluye el derecho fundamental a la buena administración es el más importante: el derecho de los ciudadanos a que las decisiones administrativas de la Unión europea sean motivadas. Llama la atención que este derecho se refiera a todas las resoluciones europeas sin excepción. Me parece un gran acierto la letra y el espíritu de este precepto. Sobre todo, porque una de las condiciones del ejercicio del poder en las democracias es que sea argumentado, razonado, motivado. El poder que se basa en la razón es legítimo. El que no se justifica es sencillamente arbitrariedad. Por eso todas las manifestaciones del poder debieran, como regla motivarse. Su intensidad dependerá, claro está, de la naturaleza de los actos de poder. Si son reglados la motivación será menor. Pero si son discrecionales, la exigencia de motivación será mayor. Es tan importante la motivación de las resoluciones públicas que bien puede afirmarse que la temperatura democrática de una Administración es proporcional a la intensidad de la motivación de los actos y normas administrativos.

En el apartado tercero del precepto se reconoce el derecho a la reparación de los daños ocasionados por la actuación u omisión de las instituciones comunitarias de acuerdo con los principios comunes generales a los Derechos de los Estados miembros. La obligación de indemnizar en los supuestos de responsabilidad contractual y extracontractual de la Administración está, pues, recogida en la Carta. Lógicamente, el correlato es el derecho a la consiguiente reparación cuándo las instituciones comunitarias incurran en responsabilidad. La peculiaridad del

reconocimiento de este derecho, también fundamental, derivado del fundamental a la buena administración, reside en que, por lo que se vislumbra, el régimen de funcionalidad de este derecho se establecerá desde los principios generales de la responsabilidad administrativa en Derecho Comunitario.

3 La buena administración en la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes de los Ciudadanos frente a la Administración Pública de Octubre de 2013

El 10 de octubre de 2013 el CLAD (Centro Latinoamericano para las Administración del Desarrollo) aprobó la llamada Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública (CIDYDCAP). Un documento que constituye un punto de inflexión en relación con una Administración pública más humana, más justa, más cercana a la ciudadanía, a la que debe servir en sus necesidades públicas. No es exageración alguna afirmar que en buena medida el texto de la Carta es un precipitado de la mejor doctrina que existe en este lado del Atlántico, de la que por cierto, los europeos hemos de estar más pendientes.

En efecto, esta Carta, como el lector podrá observar de su lectura, reconoce el derecho fundamental a la buena Administración pública. En este sentido, va más allá que lo dispuesto en el Ordenamiento jurídico europeo pues el contenido de este documento del CLAD trasciende, y supera, la regulación europea establecida en el artículo 41 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales de la Persona.

En el preámbulo, la Carta (CIDYDCAP) afirma que “El Estado Social y Democrático de Derecho otorga una posición jurídica a la persona, un estatus de ciudadano en sus relaciones con la Administración Pública. En efecto, ahora los ciudadanos ya no son sujetos inertes, simples receptores de bienes y servicios públicos; son protagonistas de los asuntos de interés general y disponen de una serie de derechos, siendo el fundamental el derecho a una buena Administración Pública...”

Por otra parte, si reconocemos, como implícitamente admite la Carta (CIDYDCAP), que los poderes del Estado son de la titularidad y propiedad ciudadana, es lógico que quienes los ejercen temporalmente por mandato del pueblo, a él deban permanentemente dar cuenta del encargo recibido. De ahí que como señala el párrafo segundo de la Carta, “Los poderes del Estado derivan del consentimiento de los ciudadanos, debiéndose buscar un equilibrio entre dichos poderes como entre derechos y deberes de las personas. En su representación, legisladores, ejecutivos y jueces ejercen el poder que les corresponde. Como administradores y gestores de estos poderes del Estado, deben rendir cuenta permanentemente de su ejercicio ante toda la ciudadanía a través de los diferentes mecanismos que los ordenamientos jurídicos nacionales establecen”. Esa rendición de cuentas,

obviamente, puede ser más real y efectiva a través de las nuevas tecnologías con participación ciudadana.

La aspiración a una Administración Pública que contribuya a un mejor servicio objetivo al interés general no es algo propio de este tiempo. Es una exigencia de la misma existencia de la Administración Pública, y desde siempre, de una u otra forma, se ha tratado de poner a disposición de los habitantes de un aparato administrativo comprometido con el libre y solidario desarrollo de las personas. En este sentido, el preámbulo de la Carta (CIDYDCAP) sigue señalando que “en el marco del complejo Gobierno-Administración Pública, núcleo en el que se realiza la definición e implementación de las políticas públicas propias del Poder Ejecutivo, ha ido cobrando especial relieve en los últimos tiempos la obligación de las instancias públicas de proceder a una buena Administración Pública, aquella que se dirige a la mejora integral de las condiciones de vida de las personas. La buena Administración Pública es, pues, una obligación inherente a los Poderes Públicos en cuya virtud el quehacer público debe promover los derechos fundamentales de las personas fomentando la dignidad humana de forma que las actuaciones administrativas armonicen criterios de objetividad, imparcialidad, justicia y equidad, y sean prestadas en plazo razonable”. Y las nuevas tecnologías, pueden, y deben, un papel clave como medios a través de los cuales se realice una buena administración.

El principio de servicio objetivo a los ciudadanos se proyecta, según lo dispuesto en el punto 2 de la Carta “a todas las actuaciones administrativas y de sus agentes, funcionarios y demás personas al servicio de la Administración Pública, sean expresas, tácitas, presuntas, materiales –incluyendo la inactividad u omisión – y se concreta en el profundo respeto a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, que habrá de promover y facilitar permanentemente. La Administración Pública y sus agentes, funcionarios y demás personas al servicio de la Administración Pública deben estar a disposición de los ciudadanos para atender los asuntos de interés general de manera adecuada, objetiva, equitativa y en plazo razonable”. Las nuevas tecnologías están vinculadas, pues, a este principio. La objetividad es un criterio importante de la actuación administrativa que sirve también para evitar casos de corrupción y desviaciones en la búsqueda de la finalidad pública. La objetividad fomenta la probidad.¹¹

En el apartado 3 se define el principio promocional de los poderes públicos, que “se dirige a la creación de las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad de los ciudadanos iberoamericanos y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan su cumplimiento

¹¹ RECK, Janriê Rodrigues; BEVILACQUA, Maritana Mello. O direito fundamental à boa administração pública como linha interpretativa para a Lei de Improbidade Administrativa. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 79, p. 187-206, jan./mar. 2020.

y fomentando la participación ciudadana a fin de que los ciudadanos contribuyan activamente a definir el interés general en un marco de potenciación de la dignidad humana”. Este principio, como sabemos, es la expresión administrativa de la cláusula del Estado social y democrático de Derecho y es principio rector del régimen y funcionamiento de las nuevas tecnologías.

La eficacia según la Carta (CIDYDCAP) también se ordena a eliminar y remover las dificultades que impiden que las actuaciones administrativas cumplan los fines previstos. Así en el mismo punto 6, la Carta (CIDYDCAP) dispone que “las Autoridades buscarán que los procedimientos y las medidas adoptadas logren su finalidad y, para ello, procurarán remover de oficio los obstáculos puramente formales y evitarán las dilaciones y los retardos, buscando la compatibilidad con la equidad y el servicio objetivo al interés general. En esta materia será de aplicación, de acuerdo con los diferentes ordenamientos jurídicos, el régimen de responsabilidad del personal al servicio de la Administración Pública.”. En la medida en que se identifique al funcionario responsable de cada procedimiento, será más sencillo derivar la responsabilidad que en que pudiera incurrir como consecuencia de dilaciones y retardos indebidos, sin justificación alguna, algo que las nuevas tecnologías deberían poder evitar para que los procedimientos se resuelvan en plazo razonable.

La cláusula del Estado democrático implica la participación y presencia ciudadana en el análisis y evaluación de las políticas públicas.¹² Por eso el punto 13 de la Carta (CIDYDCAP) hace referencia al principio de participación, “en cuya virtud los ciudadanos, en el marco de lo dispuesto en la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública, podrán, según la legislación interna de cada país, estar presentes e influir en todas las cuestiones de interés general a través de los mecanismos previstos en los diferentes ordenamientos jurídicos de aplicación. Igualmente, se propiciará que los ciudadanos participen en el control de la actividad administrativa de acuerdo con la Legislación administrativa correspondiente”. Debe subrayarse que la Carta deja la puerta abierta a la función de control de la actividad administrativa general por parte ciudadana, lo que obviamente se regulará en la legislación general administrativa de cada país. Obviamente, tanto la participación social como el control social de la actividad administrativa podrán ser reales si las nuevas tecnologías lo facilitan ciertamente a los ciudadanos.

Dicha participación, como es lógico, tiene una relevancia especial cuándo se refiere a la elaboración de las normas administrativas. De ahí que la parte final de este apartado señala que “de igual manera, la Administración Pública facilitará

¹² GABARDO, Emerson; BITENCOURT, Caroline Muller. Governo eletrônico, serviços públicos digitais e participação popular: um caminho democrático a ser percorrido pela administração pública brasileira. *Interesse Público*, v. 9, p. 41-74, 2021.

que los ciudadanos interesados participen, individual o colectivamente, también a través de sus legítimos representantes, en el procedimiento de elaboración de las normas administrativas que puedan afectarles.” Participación que, es obvio, debe canalizarse de acuerdo con las nuevas tecnologías de manera que se garantice una presencia constante de la ciudadanía en el devenir de las políticas públicas.

En el punto 14 de la Carta, consecuencia de la función de servicio a la ciudadanía que acompaña a la Administración en todo su quehacer, se hace referencia a los “principios de publicidad y claridad de las normas, de los procedimientos y del entero quehacer administrativo en el marco del respeto del derecho a la intimidad y de las reservas que por razones de confidencialidad o interés general, que serán objeto de interpretación restrictiva”. Consecuencia de lo expuesto en el párrafo anterior es, como dispone la Carta (CIDYDCAP) en este punto, que “las autoridades procurarán dar a conocer a los ciudadanos y a los interesados, de forma sistemática y permanente, según las diferentes legislaciones de cada uno los países de la región, sus actos, contratos y resoluciones, mediante comunicaciones, notificaciones y publicaciones, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de forma masiva tal información.”.

La Administración Pública, como está al servicio de los ciudadanos, debe facilitar todo lo que pueda las relaciones de éstos con el Poder público. Por eso, el punto de 20 de la Carta dispone que “de acuerdo con el principio de facilitación los ciudadanos encontrarán siempre en la Administración Pública las mejores condiciones de calidez, amabilidad, cordialidad y cortesía para la tramitación y asesoramiento de los asuntos públicos que les afecten”. En este sentido, las innovaciones tecnológicas han de estar orientadas a esta finalidad, por lo que, como establece la Carta (CIDYDCAP) al final de este apartado, “en estos casos, el uso de las TICS facilita la tramitación de numerosos procedimientos y permite de forma puntual conocer en cada momento el estado de la tramitación, así como solventar las dudas que puedan tener los interesados”.

La resolución de los asuntos públicos en plazo razonable justifica el principio de “celeridad, en cuya virtud las actuaciones administrativas deberán realizarse optimizando el uso del tiempo, resolviendo los procedimientos en un plazo razonable que será el que corresponda de acuerdo con la dotación de personas y de medios materiales disponibles y de acuerdo con el principio de servicio objetivo al interés general, así como en función de las normas establecidas para tal fin”. (punto 21). Obviamente, las nuevas tecnologías deben hacer posible que los procedimientos se resuelvan en plazo razonable.

Las nuevas tecnologías, dice la Carta (CIDYDCAP), tienen también gran importancia para facilitar dichos principios: “Las Autoridades deberán impulsar de oficio los procedimientos y procurarán usar las TICS a los efectos de que los

procedimientos se tramiten con diligencia y sin dilaciones injustificadas de acuerdo con los enunciados de la Carta iberoamericana del Gobierno Electrónico. Igualmente, se procurará potenciar el uso de estándares abiertos para facilitar la difusión y reutilización de la información pública o de interés general” (apartado 22 in fine).

En este tiempo, las técnicas de limitación y ordenación a las que la Administración Pública puede someter las actividades de las personas deben respetar el principio establecido en el punto 23: el principio de protección de la intimidad, “de forma que las personas al servicio de la Administración Pública que manejen datos personales respetarán la vida privada y la integridad de las personas de acuerdo con el principio del consentimiento, prohibiéndose, de acuerdo con los ordenamientos jurídicos correspondientes, el tratamiento de los datos personales con fines no justificados y su transmisión a personas no autorizadas”.

Entre los derechos componentes del derecho fundamental a la buena administración, la Carta se refiere a algunos que ciertamente están condicionados a un buen funcionamiento de las nuevas tecnologías. Es el caso del Derecho a una resolución administrativa amparada en el ordenamiento jurídico, equitativa y justa, de acuerdo con lo solicitado y dictada en los plazos y términos que el procedimiento señale. Y además, hay otros derechos garantizados:

1 Derecho a presentar por escrito o de palabra peticiones de acuerdo con lo que se establezca en las legislaciones administrativas de aplicación, en los registros físicos o informáticos.

2 Derecho a no presentar documentos que ya obren en poder de la Administración Pública, absteniéndose de hacerlo cuando estén a disposición de otras Administraciones públicas del propio país.

3 Derecho a ser oído siempre antes de que se adopten medidas que les puedan afectar desfavorablemente.

4 Derecho de participación en las actuaciones administrativas en que tengan interés, especialmente a través de audiencias y de informaciones públicas.

5 Derecho a conocer y a opinar sobre el funcionamiento y la calidad de los servicios públicos y de responsabilidad administrativa.

6 Derecho a formular alegaciones en el marco del procedimiento administrativo.

7 Derecho a presentar quejas, reclamaciones y recursos ante la Administración Pública.

8 Los ciudadanos podrán denunciar los actos con resultado dañoso que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos producidos por los entes públicos en el ejercicio de sus funciones.

9 Derecho a conocer las evaluaciones de gestión que hagan los entes públicos y a proponer medidas para su mejora permanente de acuerdo con el ordenamiento jurídico correspondiente.

10 Derecho de acceso a la información pública y de interés general, así como a los expedientes administrativos que les afecten en el marco del respeto al derecho a la intimidad y a las declaraciones motivadas de reserva que habrán de concretar el interés general en cada supuesto en el marco de los correspondientes ordenamientos jurídicos.

11 Derecho a copia sellada de los documentos que presenten a la Administración Pública.

12 Derecho de ser informado y asesorado en asuntos de interés general.

13 Derecho a conocer el responsable de la tramitación del procedimiento administrativo.

14 Derecho a conocer el estado de los procedimientos administrativos que les afecten.

15 Derecho a ser notificado por escrito en los plazos y términos establecidos en las disposiciones correspondientes y con las mayores garantías, de las resoluciones que les afecten.

4 Ética, tecnologías y buena administración

El tiempo que nos ha tocado vivir, quien lo podrá negar, se caracteriza especialmente por una transformación radical y vertiginosa de las formas tradicionales de explorar la realidad, lo cual no quiere decir, ni mucho menos, que la tradición esté muerta. En alguna medida, la realidad actual, nos guste o no, es producto de lo que ha pasado, de lo que hemos heredado de nuestros antecesores y sería una soberana irresponsabilidad, por ejemplo, intentar transformar la realidad desde cero, sin reconocer lo bueno o lo malo que nos han dejado nuestros predecesores. Pero, en cualquier caso, sí que se ha producido una transformación relevante que reclama nuevos enfoques para entender el sentido de la sociedad del conocimiento y la Administración Pública, hoy.

Por otra parte, frente a los vertiginosos cambios que contemplamos, cada vez va cobrando más importancia el pensamiento abierto, el pensamiento dinámico, el pensamiento plural y el pensamiento complementario o compatible a pesar de la concentración del poder, cualquiera que sea su naturaleza, y el afán de control y manipulación es más real y creciente que nunca.

En el ámbito de las nuevas tecnologías, en el ámbito de la sociedad de la información, tenemos que ser conscientes de que hay que tender puentes sólidos entre nuevas tecnologías y derechos fundamentales de las personas, no vaya a ser que una apuesta importante en relación con las nuevas tecnologías pudiera abrir más la brecha en lo que se refiere a la calidad en el ejercicio de los derechos

fundamentales por todos los ciudadanos.¹³ El buen gobierno, la buena administración no puede olvidar que la sociedad del conocimiento ha de mejorar la calidad de la cultura cívica de las personas, pues de lo contrario estaremos desaprovechando una magnífica oportunidad para incidir positivamente en la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos.

Asimismo, se está produciendo, aunque levemente, y casi sin representación mediática consistente, lo que se ha denominado por algunos la quiebra de la tecnoestructura o la quiebra del tecnosistema del que hablaron en su día John K. Galbraith.¹⁴ En efecto, la tecnoestructura, que a veces ha aparecido como una alianza sutil entre el Estado, el Mercado y los medios de comunicación, intenta a toda costa erigirse en el supremo interprete del interés general acompañada de toda una maraña de lenguajes y procedimientos específicos que impiden el acceso de la gente común y corriente al proceloso mundo del espacio pública, nunca tan cacareado como cerrado. Por eso, uno de los riesgos, de los desafíos que tiene la sociedad del conocimiento es que los intereses generales dejen de estar dominados por los especialistas y se abran de una manera autentica a los problemas reales que tienen las personas.

Por otra parte, como consecuencia de la emergencia de una nueva manera de entender el poder como la libertad articulada de los ciudadanos, resulta que es necesario colocar en el centro del nuevo orden político, social y económico, la dignidad de la persona. Hay que volver a reflexionar sobre la persona. Pero no sobre la persona desde una perspectiva doctrinaria liberal, que lleva a las visiones del nuevo individualismo insolidario, sino desde la perspectiva, insisto, del pensamiento complementario y compatible, que hace de la libertad solidaria un concepto central, porque no son dos aspectos distintos de la realidad de las personas, la libertad y la solidaridad, sino que son las dos caras de la misma moneda, y son dos características que deben tender a unirse y a ofrecer, pues, perspectivas de complementariedad.

Por eso, no es baladí que la Comisión Europea haya elaborado una guía de principios éticos para la inteligencia artificial con el fin de estas nuevas tecnologías se gestionen siempre y en todo caso al servicio del ser humano.¹⁵ Regulación ética han de ir de la mano pues, de lo contrario, como ya pasa, estos fenomenales y fantásticos medio como son las nuevas tecnologías podrían ser los grandes azotes de una humanidad presa de esa tecnoestructura insensible a la dignidad humana como no sea para aprovecharse de ella para incrementar como sea la cuenta de

¹³ GABARDO, Emerson; REYNA, Justo; SANTOS, Fabio de Sousa. Electronic Government, Digital Invisibility and Fundamental Social Rights. *Sequencia*, v. 2020, p. 30-50, 2020.

¹⁴ GALBRAITH, John K. *El nuevo estado industrial*. Traducción de Manuel Sacristan. Barcelona: Ariel, 1984.

¹⁵ MENENGOLA, Everton ; GABARDO, Emerson; GONZÁLEZ SANMIGUEL, Nancy Nelly. The proposal of the european regulation on artificial intelligence. *Sequencia*, v. 43, p. 1-27, 2023.

resultados.¹⁶ Esperemos que este renacer ético no sea una simple barniz, sino que implique un compromiso radical y coherente.

5 Reflexión conclusiva

La permanente y nunca acabada reforma de las Administraciones públicas pasa, en los tiempos actuales, por el uso inteligente de las nuevas tecnologías al servicio de los ciudadanos. Las nuevas tecnologías son un instrumento al servicio del pueblo. No son un fin en sí mismas. Su sentido y función, también en el mundo de los poderes públicos, están directamente vinculados a la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos.

En este contexto, la Unión Europea se ha comprometido en un ambicioso plan de trabajo con las autoridades públicas de los países miembros con el fin de ampliar y mejorar los servicios que las Administraciones públicas ofrecen a los ciudadanos a través de internet. Tarea que debe estar presidida por la simplicidad y la sencillez, características que no siempre, como comprobamos a diario, distinguen, por ejemplo, a las páginas web de numerosos entes públicos.

El plan de acción tiende a fortalecer las medidas de las Administraciones públicas encaminadas a que los ciudadanos y las Administraciones públicas utilicen sus aplicaciones en línea. En especial, se trata de mejorar las aplicaciones dirigidas a registrar un negocio, solicitar y acceder a la seguridad social o a beneficios sanitarios, solicitar el ingreso en una universidad o proporcionar bienes o servicios a los Entes públicos.

Si estas relaciones entre la ciudadanía y las Administraciones se realizaran a través de la red es verdad que las colas y la ordinaria pesadez y rutina con la que generalmente funcionan los poderes públicos podrían situarse en otra dimensión. Incluso se mejoraría la competitividad y se podrían ofrecer mejores servicios a mejores precios, algo que en un momento de crisis económica como la actual sería bien relevante. Una competitividad que puede ser cada vez más sostenible, incluso como resultado del aumento de herramientas digitales que permitirán un mejor uso de los recursos.¹⁷

Sin embargo, la implementación de estos proyectos debe partir de una más fácil y accesible comunicación entre Administración y ciudadanos. A veces, no pocas, los sistemas de información que se diseñan piensan más en la propia

¹⁶ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Caracterización constitucional de la ética pública (especial referencia al marco constitucional español). *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 1, n. 1, p. 67-80, jan./abr. 2014.

¹⁷ SOUZA, Cássio Castro; REYNA, Justo. Pushing for Sustainability through Technology: administrative consensuality by default and online dispute resolutions tools. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, p. 47-89, jan./abr. 2021.

estructura administrativa, o en el beneficio empresarial, que en las necesidades de los ciudadanos. Y así nos va. Cuantas veces en lugar de mejorar esa comunicación, se dificulta y hasta se hace más oscura e incomprensible.

Por eso, para que estos ambiciosos y costosos programas surtan los efectos deseados han de contar desde su diseño y realización con la participación ciudadana, con la presencia de usuarios de servicios públicos y de interés general. Algo que por estos lares no es frecuente por seguir predominado una perspectiva piramidal y tecnoestructural del manejo y realización de las reformas administrativas. Sin embargo, lo razonable y lógico sería que en estos procesos la presencia ciudadana se garantizara desde el primer momento.

Precisamente la UE señala que el impulso de las tecnologías ha de fomentar más transparencia implicando más a los ciudadanos. El pueblo es el dueño de las instituciones públicas y de los procedimientos y por ende debe estar presente en el diseño y evaluación del uso de las nuevas tecnologías en la Administración. De lo contrario, seguiremos instalados en ese despotismo administrativo tan frecuente para el que lo relevante es mantener el poder a través de las estructuras y diseños burocráticos con un olvido sistemático de lo fundamental: la calidad de vida de la gente, la expansión de la democracia y la protección del medio ambiente.¹⁸ Si las nuevas tecnologías lo facilitan, bienvenidas sean, si lo perjudican, que se apliquen siempre de acuerdo con este mandamiento. Las TICS o sirven para la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos, o, sencillamente, no sirven. Así de claro.

Referencias

ACRISTÁN, Estela. Gestión eficiente y ética en la efectivización de los servicios públicos relativos a derechos sociales. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 3, n. 1, p. 125-143, jan./abr. 2016.

GABARDO, Emerson; BITENCOURT, Caroline Muller. Governo eletrônico, serviços públicos digitais e participação popular: um caminho democrático a ser percorrido pela administração pública brasileira. *Interesse Público*, v. 9, p. 41-74, 2021.

GABARDO, Emerson; REYNA, Justo; SANTOS, Fabio de Sousa. Electronic Government, Digital Invisibility and Fundamental Social Rights. *Sequencia*, v. 2020, p. 30-50, 2020.

GABARDO, Emerson; FIRKOSWSKI, Olga Lucia Castreghini de Freitas; AGUILAR Viana, Ana C. The digital divide in Brazil and the accessibility as a fundamental right. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, v. 11, p. 1-26, 2022.

GALBRAITH, John K. *El nuevo estado industrial*. Traducción de Manuel Sacristan. Barcelona: Ariel, 1984.

¹⁸ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara; RESENDE, Augusto César Leite de. Tecnología, meio ambiente e democracia: reflexões necessárias. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 6, n. 3, p. 749-771, set./dez. 2019.

- GOMES, Carla Amado. Princípio da boa administração: tendência ou clássico? *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 73, p. 35-55, jul./set. 2018.
- MACHADO, Carlos Augusto Alcântara; RESENDE, Augusto César Leite de. Tecnologia, meio ambiente e democracia: reflexões necessárias. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 6, n. 3, p. 749-771, set./dez. 2019.
- MEILÁN GIL, José Luis. Una construcción jurídica de la buena administración. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 54, p. 13-44, out./dez. 2013.
- MENENGOLA, Everton; GABARDO, Emerson; GONZÁLEZ SANMIGUEL, Nancy Nelly. The proposal of the European regulation on artificial intelligence. *Sequencia*, v. 43, p. 1-27, 2023.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Direito fundamental à Boa Administração Pública*. Fórum, Belo Horizonte, 2012.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas*. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Caracterización constitucional de la ética pública (especial referencia al marco constitucional español). *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 1, n. 1, p. 67-80, jan./abr. 2014.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 13-50, jan./mar. 2012.
- RECK, Janriê Rodrigues; BEVILACQUA, Maritana Mello. O direito fundamental à boa administração pública como linha interpretativa para a Lei de Improbidade Administrativa. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 79, p. 187-206, jan./mar. 2020.
- REIS, Camille Lima; CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. O fomento às novas tecnologias na Administração Pública como direito ao desenvolvimento. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, p. 11-28, set./dez. 2020.
- SOUZA, Cássio Castro; REYNA, Justo. Pushing for Sustainability through Technology: administrative consensuality by default and online dispute resolutions tools. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, p. 47-89, jan./abr. 2021.
- VALLE, Vanice Lírio do. Três axiomas para o agir administrativo fundado em novas tecnologias de informação e comunicação. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, p. 11-28, jan./abr. 2021.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Nuevas tecnologías y buena Administración Pública. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, p. 101-120, set./dez. 2022. DOI: 10.47975/digital.law.vol.3.n.3.munoz.

Razão ou esfera pública: uma proposta teórica de transparência para as decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal

Reason or public sphere: a theoretical proposal of transparency for the judicial decisions of the Brazilian Supreme Court

Wagner Vinícius de Oliveira*

Universidade Federal do Tocantins (Tocantins, Arraias, Brasil)
oliveirawagnervinicius@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-2018-8034>

Recebido/Received: 12.02.2023/ February 12th, 2023

Aprovado/Approved: 12.03.2023/ March 12th, 2023

Resumo: Este artigo pressupõe a existência de uma crescente aproximação entre as Ministras e os Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) e certos sujeitos da opinião pública. Tal relação apresenta aspectos positivos para a atividade jurisdicional do STF, a exemplo do aumento da transparência, ou seja, a ampliação da visualização e da potencial compreensão dos processos decisórios. O artigo estrutura-se em duas partes e tem o objetivo principal de compreender teoricamente como as notícias jornalísticas podem ser utilizadas na fundamentação de uma decisão judicial. Primeiro, analisa-se a ideia de razão pública de acordo com John Rawls e, na sequência, situa-se o conceito de esfera pública segundo Jürgen Habermas. Utiliza-se a revisão sistemática de literatura para a análise e a confrontação dos temas referentes à esfera pública e a razão pública conforme seus expoentes teóricos. Os resultados obtidos sustentam a conclusão de uma maior adequação teórica entre a razão pública e a de ampliação da transparência nas decisões judiciais do STF.

Como citar esse artigo/*How to cite this article:* OLIVEIRA, Wagner Vinícius de. Razão ou esfera pública: uma proposta teórica de transparência para as decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, vol. 3, n. 3, p. 121-139, set./dez. 2022. DOI: 10.47975/digital.law.vol.3.n.3.oliveira.

* Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), mestre em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU), bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas), professor dos cursos de graduação em Direito (Arraias/TO) e de especialização pós-graduação *lato sensu* em Direito e Processo Constitucional (Palmas/TO), ambos da Universidade Federal do Tocantins (UFT). E-mail: oliveirawagnervinicius@gmail.com.

Palavras-chave: Esfera pública. Opinião pública. Razão pública. Sociedade civil. Supremo Tribunal Federal.

Abstract: This paper presupposes the existence of a growing approximation between the Ministers of the Brazilian Supreme Court (STF in Portuguese) and certain subjects of public opinion. This relationship presents positive aspects for the STF's jurisdictional activity, such as increased transparency, that is, the expansion of visualization and potential understanding of decision-making processes. The paper its structure in two parts with the main objective of theoretically understanding how a judicial decision uses the journalistic news for its reasoning. First, it analyzes the idea of public reason according to John Rawls and, in the sequence; the concept of public sphere according to Jürgen Habermas. Uses the systematic literature review for the analysis and confrontation of themes related to the public sphere and public reason according to their theoretical exponents. The results support the conclusion of a greater theoretical adequacy between public reason and the expansion of transparency in STF judicial decisions.

Keywords: Public sphere. Public opinion. Public reason. Civil society. Brazilian Supreme Court.

Sumário: 1 Introdução – 2 A proposta de razão pública, segundo John Rawls – 3 Posicionando a esfera pública segundo Jürgen Habermas – 4 Conclusão – Referências

1 Introdução¹

Apesar dos recentes ataques simbólicos e concretos ao Supremo Tribunal Federal (STF), é possível afirmar de um modo geral que há algum tempo esse Tribunal ostenta uma reputação positiva perante a sociedade civil brasileira. Essa relação foi construída como uma espécie de “via de mão dupla”, ou seja, houve uma aproximação entre as Ministras e os Ministros do STF e os meios de comunicação de massa e também houve a proximidade de determinados sujeitos da opinião pública desse ambiente judicial. O objetivo central deste artigo consiste em analisar o aspecto teórico desse fenômeno, principalmente no que respeita à ampliação da transparência.

Por transparência entende-se o processo pelo qual ocorre a ampliação da visualização e da potencial compreensão pelos setores externos ao Tribunal dos processos decisórios adotados pelas Ministras e pelos Ministros do STF. Em última instância, trata-se de um ônus político implicitamente assumido que, por sua vez, sugere considerar outras formas de desenvolver a argumentação jurídica, tais quais as notícias jornalísticas produzidas pelos sujeitos da opinião pública.

Certo que este artigo não se destina à investigação criteriosa sobre os conceitos, os sentidos e os alcances da “opinião pública”, de outra sorte, assume o pressuposto de um conjunto de sujeitos da opinião pública que atua de forma a privilegiar determinados aspectos da atividade jurisdicional. Esses sujeitos são

¹ Parcela dessas reflexões integra o terceiro capítulo da tese de doutorado. Cf. OLIVEIRA, Wagner Vinícius de. *Opinião pública, transparência e Supremo Tribunal Federal: as notícias jornalísticas nas ações diretas de inconstitucionalidade (2011-2020)*, 2022.

heterogêneos e não guardam uma agenda programática comum, mas existem pautas específicas e pontuais que estimulam o interesse dos jornais e revistas (impressos e *on-line*), sítios eletrônicos de notícias, emissoras de televisão, emissoras de radiodifusão, dentre outras possibilidades.

O fenômeno teoricamente analisado consiste na possibilidade de utilização de parte desse conteúdo noticioso na atuação típica do Judiciário brasileiro, em especial, no manejo desse material (suporte documental) enquanto reforço argumentativo desenvolvido pelas Ministras e pelos Ministros do STF quando da votação individual no órgão colegiado. Necessariamente não se cogita a substituição do repertório técnico jurídico² por notícias jornalísticas, interessa demonstrar a existência de uma articulação entre esses elementos e atores estatais e sociais que produz um tipo específico de relação.

Essa relação apresenta impactos positivos na avaliação desse Tribunal. A título de exemplo, conforme pesquisa realizada pelo Datafolha,³ nos dias 11 e 12 de agosto de 2020, o STF apresentou avaliações positivas (27%) em patamares superiores à avaliação do Congresso Nacional (22%). Em certo sentido, deriva da manutenção da relação com a opinião pública, permitindo alcançar índices de aprovação superiores à média geral quando observados os marcadores de gênero (30% entre as mulheres), o grau de escolaridade (32% das pessoas com escolaridade fundamental) e renda *per capita* (31% das pessoas mais pobres).

Contudo, vale ressaltar que as pesquisas de opinião representam a fotografia estática de um momento, isso porque, segundo o mesmo instituto, dessa vez em pesquisa realizada em janeiro de 2020, quatro em cada dez brasileiros adultos (39%) avaliam como “ruim ou péssimo” o trabalho desenvolvido pelas Ministras e pelos Ministros do STF. Esses últimos dados foram obtidos por meio de 2.948 entrevistas presenciais realizadas em 176 municípios de todas as regiões do país.⁴

Essa oscilação circunstancial, provavelmente derivada da coincidência entre as pautas de julgamento e jornalísticas, também pode ser diagnosticada nos índices que buscam aferir a confiança nas instituições do Judiciário brasileiro. Segundo dados contidos no *Relatório índice de confiança na justiça no Brasil* – elaborado no primeiro semestre de 2017 pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – os resultados referentes ao período analisado indicam a queda dos indicadores de confiança em praticamente todas as instituições avaliadas (estatais, judiciais e empresariais), em relação ao ano imediatamente anterior.

² A exemplo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, enunciados de súmulas vinculantes e persuasivas, “precedentes obrigatórios”, “jurisprudência majoritária” do STF, tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil, leis infraconstitucionais, decretos etc.

³ Foram entrevistados 2.065 brasileiros adultos que possuem telefone celular em todas as regiões e estados do país. A margem de erro é de dois pontos percentuais.

⁴ DATAFOLHA. *39% reprovam o trabalho do STF*. São Paulo, 2 de janeiro de 2020, [n.p.].

As informações regionalizadas indicam que o estado com o maior índice de confiança na Justiça brasileira estava situado na Bahia, ao passo que o Rio Grande do Sul possui o menor índice, vale mencionar que os marcadores etários, de renda e de escolaridade não interferem nos índices de confiança. Apenas para se ter uma ideia, as Forças Armadas é a instituição que ostenta a primeira colocação (56%), a imprensa escrita ocupa o quarto lugar (35%) e o STF a nona posição (24%), mesmo índice de confiança atribuído ao Judiciário. Na última colocação, está o Governo Federal (6%), de acordo com o mencionado relatório.⁵

Colocando esses números em perspectiva, percebe-se que desde 2013 o índice de confiança no Judiciário (34%) apresentou um decréscimo significativo (24% em 2017). Por outro lado, o índice do STF revela que um em cada quatro brasileiros considera esse Tribunal confiável ou muito confiável, provavelmente em função de uma interação mais próxima com determinados sujeitos da opinião pública.

Tendência que se mantém por meio dos dados obtidos pelo *Estudo da imagem do Judiciário brasileiro* realizado pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) e pelo Instituto de Pesquisas Sociais, Políticas e Econômicas (IPESPE) a pedido da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). Esse estudo diagnóstico buscou identificar a imagem do Judiciário brasileiro valendo-se de uma pesquisa quantitativa com usuários e não usuários (demandantes e demandados) no período de agosto de 2018 a dezembro de 2019. Foram realizadas 2.000 entrevistas face a face em todas as regiões do país. A margem de erro máximo estimado para o total da amostra é de 2,2 pontos percentuais, para mais ou para menos, com intervalo de confiança de 95%.⁶

Dentre outras finalidades, o sobredito estudo apresenta estratégias para que o Judiciário possa melhorar sua comunicação com as cidadãs e com os cidadãos e aumentar sua aproximação social.⁷ De maneira geral, a confiança no Judiciário cresce à medida que se diminui a faixa etária e a escolaridade. Quanto à distribuição espacial, existe um padrão semelhante de confiança no Norte e Sul (62% e 65%, respectivamente) e outro no Nordeste (49%), Sudeste (48%) e Centro-Oeste (47%).⁸

Em certo sentido, os índices de confiança não seguem o padrão de concentração dos jornais brasileiros, já que a região Sudeste apresenta a maior concentração jornalística e um dos menores índices de confiança de acordo com a referida pesquisa. Ademais, existem peculiaridades sobre os sujeitos da opinião pública a exemplo da confiabilidade dos meios de comunicação, cujos jornais e revistas

⁵ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Relatório índice de confiança na justiça no Brasil*. São Paulo, janeiro a julho de 2017, [n.p.].

⁶ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Estudo da imagem do Judiciário brasileiro*, 2019, p. 08.

⁷ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Estudo da imagem do Judiciário brasileiro*, 2019, p. 07.

⁸ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Estudo da imagem do Judiciário brasileiro*, 2019, p. 13.

desfrutam de maior confiança (44%) que a TV (38%), índice que cresce entre os jovens e as pessoas com níveis de instrução e renda mais elevados.⁹

A referida pesquisa identificou uma tendência favorável à avaliação positiva do Judiciário, já que no agregado de avaliações positivas (ótima, boa e regular) o Judiciário obtém 62%.¹⁰ Os resultados também confirmam outros estudos, no sentido de que um percentual pouco expressivo da população pesquisada acompanha com bastante frequência as notícias sobre o STF, porém consideram que suas decisões judiciais exercem impactos diretos em seu cotidiano, ou seja, esse Tribunal permanece um “ilustre desconhecido” apesar de bastante divulgado.

Por esse motivo, busca-se compreender teoricamente como as notícias jornalísticas podem ser utilizadas na fundamentação de uma decisão judicial das Ministras e dos Ministros do STF. O ponto de vista sustentado consiste em afirmar que o conteúdo jornalístico manejado precisa de algum modo refletir a razão pública. No plano específico, objetiva-se (i) posicionar a ideia de razão pública elaborada por John Rawls, especialmente quanto aos aspectos relacionados à utilização institucional da opinião pública e (ii) situar o conceito de “esfera pública”, segundo as concepções teóricas desenvolvidas por Jürgen Habermas.

Vale acrescentar que este artigo não se presta à análise exaustiva do conteúdo teórico e filosófico de ambos os autores, menos ainda, a defesa irrestrita de qualquer das opiniões. De outra sorte, propõe-se a fornecer alguns subsídios capazes de fundamentar a perspectiva de uma utilização institucional das notícias jornalísticas publicadas por determinados sujeitos da opinião pública com vistas a ampliar a transparência.

Por fim, o artigo estrutura-se de acordo com os dois objetivos específicos descritos, incluindo essa introdução, a conclusão e a lista de referências. Para tanto, utilizou-se o recurso metodológico de revisão sistemática de literatura consistente na análise e na confrontação dos temas referentes à esfera pública e à razão pública conforme seus respectivos expoentes teóricos. Os resultados obtidos sugerem maior adequação teórica entre a razão pública e a finalidade de ampliação da transparência nas decisões judiciais do STF.

2 A proposta de razão pública, segundo John Rawls

De início, vale ressaltar que as contribuições teóricas de John Rawls foram originalmente pensadas no campo da filosofia política estadunidense. Suas reflexões são tomadas de empréstimo pelo Direito para pensar algumas disciplinas específicas, tais como a Teoria do Direito, a Filosofia do Direito, a Teoria Constitucional etc.

⁹ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Estudo da imagem do Judiciário brasileiro*, 2019, p. 14.

¹⁰ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Estudo da imagem do Judiciário brasileiro*, 2019, p. 15.

Rawls praticamente inaugura uma vertente de pensamento nomeada de “necontratualismo”; em verdade, trata-se de um dos principais expoentes do pensamento sobre o contratualismo moderno elaborado numa espécie de trilogia.¹¹

Suas preocupações centrais não residem na tradicional obediência das cidadãs e dos cidadãos ao Estado, noutra sentida, buscam estabelecer um desenho institucional mínimo, chamado de sociedade bem-ordenada, para o funcionamento de uma estrutura social capaz de proporcionar a igualdade e a liberdade aos indivíduos. Em *Justiça como equidade*, obra originalmente lançada em 1971, Rawls arquiteta seu empreendimento teórico de uma concepção política de justiça.

Trata-se da oposição à teoria da justiça dominante na época: o utilitarismo, especialmente as versões apresentadas por Jeremy Bentham e por John Stuart Mill. O referido livro foi dividido em três partes, quais sejam: teoria, instituições e finalidades. Em primeiro lugar, Rawls estabelece os contornos (funções e matérias da justiça) e a ideia fundante de “posição originária”, cujo instrumento utilizado para assegurar a imparcialidade é o “véu da ignorância”, isso é, o desconhecimento da posição inicial a ser ocupada na sociedade civil na distribuição dos bens e oportunidades.

Assim, a distribuição dos bens primários realiza-se com base em alguns princípios de justiça. Em termos institucionais, as liberdades fundamentais desempenham relevantes funções dentro do Estado Democrático de Direito, apresentando reflexos nas finalidades da justiça enquanto equidade. Suas proposições e implicações possuem alcance mais amplo do que as pretensões articuladas nessa seção, contudo em razão do tempo e espaço disponíveis selecionam-se alguns aspectos para fornecer uma baliza teórica para o acréscimo da transparência.

Especificamente no que concerne às instituições, vale destacar suas contribuições para pensar a justiça distributiva enquanto um dos reflexos positivos de um arranjo institucional e não necessariamente na derivação de uma “virtude pessoal”. Desse modo, cabe inicialmente levar em consideração o desenho das instituições responsáveis pela distribuição do direito fundamental à participação social, enquanto uma das espécies de bem primário a ser difundido com equidade para a construção do ideal de uma sociedade bem-ordenada.

Ocorre, porém, que essa fórmula rawlseana foi objeto de vários questionamentos, cujo tempo e espaço disponíveis neste artigo impedem de descer às raízes dos detalhes. Dentre as ponderações mais recorrentes estão a pressuposição de uma racionalidade única e uniforme (própria do universalismo ético kantiano), a exclusão dos indivíduos que não preencham os requisitos de sua teoria, as visões

¹¹ Nessa ordem cf. RAWLS, John. *A theory of justice*, 1999; RAWLS, John. *Political liberalism*, 1993 e RAWLS, John. *The law of peoples: the idea of public reason revisited*, 1999.

superestimadas sobre a imparcialidade, a deliberação e as capacidades institucionais dos agentes envolvidos, dentre outros exemplos possíveis.

Interessam de modo particular os questionamentos que levaram Rawls a “reformular” sua teoria da justiça para atribuir uma feição essencialmente política. Com efeito, não se trata de abandonar as ideias apresentadas em 1971, mas de oferecer um esforço adicional para aperfeiçoar sua proposta teórica. Noutras palavras, ideias como bens primários, sociedade bem-ordenada e instituições, entre outras, permanecem com espaço garantido nessa teoria, contudo, não se trata de um mero agir da sociedade civil, mas, de um conjunto de práticas capazes de constituir um conteúdo específico: a razão pública.

No livro *Liberalismo político*, escrito por Rawls em 1993, tem-se a construção mais robusta de uma proposta política de justiça. Essa obra foi produzida após a realização de algumas palestras em abril de 1980, na Columbia University, e várias publicações na mesma década que reafirmam seu levante contra a doutrina utilitarista ao sustentar a prevalência do “justo” sobre o “bom”. Em parte, apoiando-se no “republicanismo kantiano”, Rawls formula uma concepção estritamente política de justiça para realocar as prioridades da sociedade.

Logo na introdução, o autor pretende responder a questão de “como é possível que doutrinas abrangentes, profundamente opostas, embora razoáveis, possam conviver e todos afirmam a concepção política de um regime constitucional?”.¹² Ora, precisamente nessa questão-problema reside o fato do “pluralismo razoável” enquanto elemento constitutivo do texto e do contexto constitucional, ambos formados por uma sociedade aberta e em constante transformação.

Nessa ordem de ideias, a racionalidade e a civilidade estão subjacentes aos princípios de justiça que se distinguem das concepções abrangentes porque a razão pública não exige adesão prévia a um determinado tipo de conteúdo, diferentemente das doutrinas filosóficas, religiosas ou morais abrangentes. De acordo com essa teoria, uma decisão imparcial¹³ precisa estar fundada em motivos que possam ser racionalmente aceitos pelos agentes envolvidos. O resultado desse processo de acomodação da pluralidade recebe o nome de “consenso sobreposto”, segundo o qual prevalece o argumento potencialmente mais adequado para o caso em concreto.

Rawls apresenta dois princípios de justiça, quais sejam: os “valores de liberdade e igualdade” e a “ideia de cidadãos democráticos vistos enquanto pessoas

¹² No original: “How is it possible that deeply opposed though reasonable comprehensive doctrines may live together and all affirm the political conception of a constitutional regime?” RAWLS, John. *Political liberalism*, 1993, p. XX.

¹³ Existem controvérsias se a “igualdade formal” e a “imparcialidade” na formulação e na aplicação de políticas públicas, por exemplo, seriam capazes de mitigar um cenário generalizado de desigualdades sociais historicamente construídas conforme registrado na experiência brasileira.

livres e iguais”.¹⁴ Esses elementos básicos do liberalismo político, por sua vez, se desdobram no valor das liberdades políticas, na igualdade de oportunidades e no princípio da diferença.¹⁵ Dentro de um espectro mais amplo, suas aspirações concentram-se no enfrentamento das desigualdades políticas e sociais. Em virtude do tempo e espaço disponíveis, empreendem-se apenas as análises pertinentes ao primeiro aspecto.

Conforme já afirmado, o consenso sobreposto consiste em uma estratégia para fornecer respostas ao pluralismo existente nas sociedades modernas. Ressalte-se que o “construtivismo político” se apoia no método composto de pelo menos dois níveis de consenso, sendo o primeiro deles o constitucional. A constituição, enquanto produto ou resultado de uma “pactuação social”, torna-se responsável pela positivação de determinados princípios liberais de justiça política, numa primeira fase.

O autor ressalta que esse tipo de “consenso constitucional” pode ser pouco aprofundado e se revelar apenas “como um *modus vivendi* adotado dentro de uma constituição”.¹⁶ Em verdade, sua filosofia política não se contenta com o plano formal ou procedimental; sendo que essa modalidade de consenso opera como uma espécie de “estágio anterior” ao consenso sobreposto, que seria um nível mais elevado de interação entre os agentes políticos. Isso, contudo, não equivale a diminuir a função da Constituição.

Antes pelo contrário, a Constituição estabelece uma “lista de bens primários” ou de “essências constitucionais”, tais como os direitos e as garantias fundamentais, as prerrogativas e as atribuições das autoridades e de seus agentes estatais e também apresentam objetivos e programas coletivos. Já a formação de uma “cultura pública democrática” exige para além do “consenso constitucional” a existência de outras condições, a começar pelos “fóruns públicos de discussão política”¹⁷ nos quais os grupos políticos participem e troquem razões entre si em condição de igualdade.

Nesses espaços institucionais articulam-se (ou deveriam) apenas argumentos capazes de refletirem a “cultura política pública”, isso é, as “razões sociais” e certamente não as razões privadas.¹⁸ Desse modo, o autor estabelece a dicotomia entre as razões pública e privada, com isso, esse argumento atrai para si, dentre outras, as críticas antes mencionadas que serão desenvolvidas na próxima seção.

¹⁴ No original: “[v]alues of liberty and equality; idea of democratic citizens viewed as free and equal person[s]”. RAWLS, John. *Political liberalism*, 1993, p. 05.

¹⁵ RAWLS, John. *Political liberalism*, 1993, p. 06.

¹⁶ No original: “[as] a *modus vivendi* and adopted into a constitutio[n]”. RAWLS, John. *Political liberalism*, 1993, p. 163.

¹⁷ No original: “public forum of political discussion”. RAWLS, John. *Political liberalism*, 1993, p. 165.

¹⁸ RAWLS, John. *Political liberalism*, 1993, p. 220.

Assentadas as bases teóricas, Rawls apresenta no sexto capítulo do livro¹⁹ a Suprema Corte estadunidense enquanto exemplo típico de razão pública. Nessa seção, estabelece que a Corte ao assegurar a supremacia da constituição procura refletir alguns princípios do constitucionalismo moderno, quais sejam: (i) a autoridade do povo em determinar um novo regime político, (ii) a superioridade desse poder constituinte, (iii) o ideal político de auto-organização, (iv) a observância dos direitos e das garantias fundamentais e, por fim, (v) o “poder supremo” de interpretar a constituição partilhado entre os três departamentos de Estado.²⁰

Vale ressaltar que isso não equivale a afirmar que “juízes concordam uns com os outros, mais do que os cidadãos, nos detalhes de seus entendimentos sobre a constituição”,²¹ por outras palavras, não significa necessariamente um consenso de chegada, mas, de outra sorte, um ponto de partida comum ou um “consenso constitucional”, para utilizar sua terminologia. Ao que tudo indica, a preocupação central reside em preservar os princípios de justiça²² e os deveres de imparcialidade e de cooperação social, por exemplo.

Da mesma forma, não há uma aposta incondicional na razão pública, o próprio autor chega a reconhecer – embora de forma genérica e sem fornecer explicações ou exemplos adicionais – a existência de limites ou “condições históricas e sociais”. Percebe-se, então, que uma vez observados os princípios e as condições básicas, não se exige a necessidade de um “consenso de chegada” entre os integrantes da Suprema Corte sobre uma determinada interpretação constitucional, apenas que os conteúdos dessas interpretações sejam albergados pela Constituição.

Igualmente, para a delimitação do sentido e do alcance do texto constitucional e, portanto, a interpretação sobre os “critérios de justiça” aplicáveis, há que se reconhecer os limites estabelecidos pelo tempo histórico, pelo espaço geográfico e pela cultura institucional. Diante dessas considerações, tem-se, à luz dessa teoria, que “a constituição é vista enquanto procedimento político justo que incorpora iguais liberdades políticas e busca assegurar seu valor justo para que os processos de decisão política estejam abertos a todos em uma base aproximadamente igual”.²³

¹⁹ Cf. Lecture VI. The idea of public reason, §6. The Supreme Court as exemplar of public reason. RAWLS, John. *Political liberalism*, 1993.

²⁰ RAWLS, John. *Political liberalism*, 1993, p. 237.

²¹ No original: “[j]udges agree with one another, any more than citizens do, in the details of their understanding of the constitution.” RAWLS, John. *Political liberalism*, 1993, p. 237.

²² O autor chega até mesmo a sugerir a ideia de que a Suprema Corte seria um “fórum de princípios” valendo-se da expressão de Ronald Dworkin. RAWLS, John. *Political liberalism*, 1993, p. 240, nota de rodapé n. 29.

²³ No original: “[the] constitution is seen as a just political procedure which incorporates the equal political liberties and seeks to assure their fair value so that the processes of political decision are open to all on a roughly equal basis.” RAWLS, John. *Political liberalism*, 1993, p. 337.

Em resposta às críticas, Rawls entende que “justiça processual e substantiva estão conectadas e não separadas”²⁴ não correspondendo à realidade a acusação de que o liberalismo político seja “essencialista”, muito embora prevaleça a análise do conteúdo argumentativo, em detrimento de aspectos relacionados aos sujeitos ou aos métodos argumentativos desenvolvidos nos chamados “fóruns públicos de discussão política”.

Conquanto, a posição do autor sobre “procedimento legítimo” seja bastante nítida, cabe explicitar que não se trata de uma questão que possa ser decomposta em procedimento e comunicação; mas, de outra sorte, numa relação em que “todos possam razoavelmente aceitar como livre e igual quando decisões coletivas devem ser tomadas e normalmente falta acordo”.²⁵ Assim, a razão pública e os princípios de justiça permitem construir respostas até mesmo quando os procedimentos previstos fossem insuficientes ou simplesmente inexistentes.

Para completar a “trilogia”, em 1999, o autor revisita a ideia de razão pública em *O direito dos povos*. Momento no qual especifica, em um nível mais aprofundado, que a razão pública representa um dos “valores morais e políticos básicos que devem determinar a relação de um governo democrático constitucional com seus cidadãos e sua relação uns com os outros”.²⁶ Desse modo, expande seu projeto político para outros âmbitos de aplicação.

Nessa reestruturação, acrescentam-se três tipos de discursos veiculados nos fóruns públicos políticos, quais sejam: (i) os emanados pelos juízes, especialmente os da Suprema Corte; (ii) pelo Executivo ou Legislativo; (iii) pelos candidatos aos cargos públicos em sua oratória pública.²⁷ Esse conjunto discursivo reúne algumas das principais condições para o desenvolvimento da democracia deliberativa, cuja perspectiva central aponta para a necessidade de que as “opiniões políticas possam ser revisadas em discussão com outros cidadãos”.²⁸

A democracia deliberativa funda-se na própria razão pública agregada às práticas institucionais e sociais, já que deliberar pressupõe a existência de uma “estrutura institucional” e o “conhecimento e o desejo” de que as cidadãs e os cidadãos sigam a razão pública para realizar seu ideal de justiça política. Portanto, o conteúdo da razão pública exige algum tipo de relação especial entre a cidadania,

²⁴ No original: “[p]rocedural and substantive justice are connected and not separate.” RAWLS, John. *Political liberalism*, 1993, p. 421.

²⁵ No original: “[all] may reasonably accept as free and equal when collective decisions must be made and agreement is normally lacking”. RAWLS, John. *Political liberalism*, 1993, p. 428.

²⁶ No original: “[m]oral and political values that are to determine a constitutional democratic government’s relation to its citizens and their relation to one another.” RAWLS, John. *The law of peoples: the idea of public reason revisited*, 1999, p. 132.

²⁷ RAWLS, John. *The law of peoples: the idea of public reason revisited*, 1999, p. 133.

²⁸ No original: “[p]olitical opinions may be revised by discussion with other citizen[s]”. RAWLS, John. *The law of peoples: the idea of public reason revisited*, 1999, p. 138.

enquanto pessoas livres e iguais, e a estrutura institucional, numa concepção que expressa valores políticos amplos sem depender exclusivamente das concepções particularistas de justiça.

Todavia, não se ignora a posição até certo ponto refratária de Rawls em relação à opinião pública, conforme afirma Catherine Audard. Para esse autor “a opinião pública tomou-se, na democracia estadunidense em particular, cada vez mais tirânica e contraditória”.²⁹ Aliás, a própria teoria da justiça pode ser interpretada como uma resposta aos fenômenos supostamente desencadeados pela “opinião pública”.

Dito isso, a proposta oferecida, à luz da ideia de razão pública, considera que a interação entre as Ministras e os Ministros do STF e os sujeitos da opinião pública precisa refletir um conteúdo que não requer um tipo de vínculo especial. Assim, tem-se que tanto a utilização desse mecanismo extraprocessual de participação social quanto o conteúdo de determinadas decisões judiciais do STF tornar-se-ia potencialmente mais transparentes.

3 Posicionando a esfera pública segundo Jürgen Habermas

Busca-se nesta seção posicionar o (contra)argumento da esfera pública em relação ao aumento da transparência por meio da atuação dos sujeitos da opinião pública. Não necessariamente existe uma oposição a essa consequência possível, de outra sorte, credita-se a ocorrência desse fenômeno à existência e a atuação da esfera pública. Nesse sentido, cabe contextualizar algumas das objeções realizadas por Jürgen Habermas, apoiando-se majoritariamente nas obras: *Teoria da ação comunicativa* e *Entre faticidade e normatividade*.

Antes, porém, vale ressaltar que a proposta de transparência perpassa pela ampliação dos sujeitos da deliberação que se realiza por meio da razão pública ou de uma “razão política compartilhada e pública”.³⁰ Em particular, a ideia de transparência procura realizar outros valores democráticos a exemplo da participação social, da fundamentação das decisões judiciais, do aprimoramento dos processos deliberativos (interno e externo) etc.

Nessa perspectiva, percebe-se a necessidade de apoiar a proposta de ampliação da transparência no conceito de razão pública dentro da teoria institucional de justiça política formulada por Rawls. Ao seguir essa sugestão, pretende-se minimizar alguns aspectos negativos, como é o caso da seleção arbitrária dos sujeitos da opinião pública e do conteúdo das notícias jornalísticas que podem ser utilizadas na “ornamentação” de algo que já fora decidido anteriormente. Isso, sem mencionar

²⁹ RAWLS, John. *Justiça e democracia*, 2000, p. XXV-XXVI [Apresentação].

³⁰ BOLONHA, Carlos Alberto Pereira das Neves; GANEM, Fabrício Faroni; ZETTEL, Bernardo Barbosa. *O modelo democrático-deliberativo: possibilidades institucionais*, 2012, p. 73.

a utilização performativa desses mecanismos muitas das vezes com base em interesses particulares.

Em paralelo, vale acrescentar que o modelo liberal de justiça desenvolvido por Rawls é objeto de variadas críticas, dentre as quais se destacam aquelas formuladas por Habermas. Acerca dessa controvérsia teórica existem bastantes materiais disponíveis³¹ e, seguramente, trata-se de um dos principais e mais produtivos embates teóricos realizados na filosofia política moderna que apresenta pontos de contato com as teorias do direito e da constituição, por exemplo.

De um lado, tem-se a proposta de uma teoria da justiça para embasar a atuação das instituições em determinados princípios para a construção de uma concepção política de justiça distributiva; por outro lado, tem-se o “desenho de uma rede”, presencial ou virtual, chamada de esfera pública, que visa instrumentalizar o “agir comunicativo” para conferir ou ampliar a legitimidade das decisões estatais. Existem algumas semelhanças entre esses dois pontos de vista distintos.

Para o desenvolvimento de suas ideias, ambos os autores iniciam, em parte ou no todo, pela ética kantiana e exigem a formação e o domínio de um léxico específico a ser aplicado no manejo de suas teorias. Outro ponto de afinidade diz respeito ao uso público da razão, igualmente presente nessas duas teorias, no entanto, os autores substituem a razão prática instrumental pela “razão constitutiva”, pressuposto dos indivíduos e dos discursos.

Essas teorias demandam a existência de um texto constitucional escrito, sendo responsável pela criação das instituições políticas e jurídicas, pela alocação das competências, mas, principalmente pela declaração dos direitos e das garantias fundamentais que fornecem algumas das condições primárias para a “razão” e a “esfera” públicas. Não divorciam, nem sobrepõem o Direito da Política ou vice-versa.

Por outro lado, são tradições filosóficas bastantes díspares: Rawls representa a vertente da filosofia moral de inspiração analítica; ao passo que Habermas acompanha a filosofia e a sociologia neomarxista.³² Valendo-se de pressupostos distintos os autores chegam, cada qual ao seu tempo e modo, a uma concepção não metafísica de justiça. O primeiro apoia-se na neutralidade (imparcialidade), nas instituições e na deliberação entre cidadãos livres e iguais; já o segundo autor ampara-se majoritariamente na ética do discurso e na razão prática pela via procedimental.³³

Uma das principais objeções apresentadas por Habermas à proposta de Rawls consiste em dividir a razão em duas partes: uma pública e outra privada, desse

³¹ Dentre outros, cf. VALLESPÍN, Fernando (org.). *Jürgen Habermas e John Rawls: debate sobre el liberalismo político*, 1998.

³² VALLESPÍN, Fernando (org.). *Jürgen Habermas e John Rawls: debate sobre el liberalismo político*, 1998, p. 09.

³³ VALLESPÍN, Fernando (org.). *Jürgen Habermas e John Rawls: debate sobre el liberalismo político*, 1998, p. 65.

modo, termina por desconsiderar que “as fronteiras entre a autonomia privada e pública dos cidadãos são fluidas”.³⁴ Em réplica, Rawls defende que sua concepção de justiça pretende desenhar a estrutura básica de uma sociedade bem-ordenada composta por instituições políticas, econômicas e sociais independentes de qualquer doutrina abrangente (religiosa, filosófica ou moral), apoiando-se essencialmente na ideia de razão pública operacionalizada por meio da cooperação social entre cidadãos livres e iguais para a interpretação da Constituição e das leis infraconstitucionais.³⁵

Em Habermas, encontra-se o conceito de esfera pública, que, num primeiro momento, se assemelha à ideia de razão pública apresentada na seção anterior, no entanto, após serem realizadas as distinções necessárias percebe-se que são enfoques distintos sobre objetos que até certo ponto são similares, a começar pela matriz teórica desse autor que se filia a uma espécie de “republicanismo cívico”, cujas investigações estão concentradas em aspectos sociológicos e filosóficos.

O cerne de suas investigações encontra fundamento na proposta de uma “teoria da ação social” que se materializa por meio da comunicação; agrupados esses dois elementos, tem-se o agir comunicativo enquanto categoria teórica que qualifica os procedimentos decisórios estatais como “legítimos”. Aliás, a mescla de elementos sociológicos e comunicacionais, especialmente os mecanismos de comunicação de massa, é uma constante dentro do pensamento habermaseano.

A pergunta que esse autor pretende responder consiste em estabelecer as condições ou os pressupostos sociais que permitam as manifestações da sociedade civil sobre a agenda pública. Desse modo, Habermas constrói um modelo teórico de esfera pública responsável pelo estabelecimento de uma espécie de “rede concreta ou virtual” que viabilize o agir racionalmente orientado pelas vias das estruturas comunicativas existentes na sociedade civil. O resultado esperado pelo autor consiste na legitimidade conferida por meio da participação procedimental.

Não parece demasiado afirmar que os recursos e os reflexos da comunicação de massa desfrutam de uma posição de destaque dentro do pensamento habermaseano,³⁶ um dos principais expoentes da segunda geração da Escola de Frankfurt. Nesse diapasão, em 1981 têm-se as primeiras reflexões teóricas sobre o agir comunicativo; diferentemente do primeiro autor, Habermas alimenta elevada confiança em relação à opinião pública e a considera um importante fator para o arranjo democrático.

³⁴ No original: “las fronteras entre la autonomía privada y la pública de los ciudadanos son fluidas”. VALLESPÍN, Fernando (org.). *Jürgen Habermas e John Rawls: debate sobre el liberalismo político*, 1998, p. 69.

³⁵ VALLESPÍN, Fernando (org.). *Jürgen Habermas e John Rawls: debate sobre el liberalismo político*, 1998, p. 79.

³⁶ Dentre outros, cf. HABERMAS, Jürgen. *Communication and the evolution of society*, 1979; HABERMAS, Jürgen. *The structural transformation of the public sphere: an inquiry into a category of bourgeois society*, 1991.

Esse autor também inicia suas concepções teóricas pela ideia de racionalidade, muito em virtude da influência kantiana; porém, atribui o significado como sendo tudo aquilo que “pode ser explicado em termos das condições para um consenso comunicativamente alcançado, razoável”.³⁷ Desse modo, opõe-se à racionalidade enquanto visão instrumental e lhe confere *status* de elemento constitutivo do próprio agir comunicativo.

Assim, a razão passa a estruturar comunicativa e consensualmente as sociedades capitalistas pós-industriais nas quais os indivíduos interagem entre si e com os órgãos estatais dentro da “esfera pública”. Devido às transformações tecnológicas e culturais os meios de comunicação de massa ocupam um lugar cada vez mais destacado nessa teoria, chegando ao ponto de as “tecnologias da comunicação” serem os recursos que viabilizam a formação da esfera pública por meio de estruturas concretas e “redes” cada vez mais virtuais.

Esse fenômeno provoca pelo menos dois reflexos diretos em termos de impacto democrático, o primeiro e mais elementar consiste no aumento da influência de jornalistas nos processos decisórios; o segundo reflexo é uma espécie de “intermediação” entre a “opinião pública” e a sociedade civil. Importa acrescentar que os aspectos relacionados à utilização da tecnologia da informação e da comunicação e o aumento da influência da opinião pública, apesar de bastante evidentes na atualidade, constituíram verdadeira novidade no início da década de 1980.

Tais aspectos são perceptíveis dentro de “uma esfera pública estabelecida através da mídia de massa, na qual a influência de jornalistas, líderes partidários, intelectuais, artistas e afins é de importância primária”.³⁸ Nesse ideário, confere-se à opinião pública o exercício de uma destacada função dentro de um conjunto social mais amplo que busca elevar os níveis de participação social na condução da vida em sociedade e, desse modo, cabe “para um público de cidadãos do Estado participar da integração social mediada pela opinião pública”.³⁹

Apenas com base nessa sumária exposição do pensamento desse autor percebe-se que suas pretensões teóricas e práticas são mais abrangentes do que a ideia de razão pública apresentada na seção antecedente. Tudo leva a crer que seus esforços conduzem ao diagnóstico da esfera pública e à prescrição de seus efeitos nas sociedades ocidentais modernas. Embora essa seja uma agenda

³⁷ No original: “[can] be explained in terms of the conditions for a communicatively achieved, reasonable consensus.” HABERMAS, Jürgen. *The theory of communicative action: lifeworld and system – a critique of functionalist reason*, 1987, p. 86.

³⁸ No original: “[a] public sphere established through the mass media, where the influence of journalists, party leaders, intellectuals, artists, and the like is of primary importance.” HABERMAS, Jürgen. *The theory of communicative action: lifeworld and system – a critique of functionalist reason*, 1987, p. 275.

³⁹ No original: “[for] a public of citizens of the state to participate in the social integration mediated by public opinion.” HABERMAS, Jürgen. *The theory of communicative action: lifeworld and system – a critique of functionalist reason*, 1987, p. 319.

de pesquisa viável, destoa consideravelmente dos objetivos traçados na parte introdutória deste artigo.

De igual modo, tem-se que suas reflexões genéricas sobre a opinião pública e a tentativa de aumento da “legitimidade democrática” divergem do propósito de identificar a relação entre as notícias jornalísticas e a ampliação da transparência nos julgados do STF. Além disso, em última instância, sua proposta teórica implica considerar a possibilidade de que a opinião pública, entre outros sujeitos, possa realizar uma espécie de “controle social difuso” alterando consideravelmente os rumos deste artigo.

A opção habermasiana conduz diretamente à “expansão do campo investigativo” por meio da transformação da estrutura da esfera pública, que – para além da dinâmica entre os grupos sociais para as instituições da opinião pública – reflete as relações entre a mídia de massa e os processos de opinião.⁴⁰ Percebe-se que o conceito de esfera pública é demasiadamente amplo (sociológico) em relação à razão pública (institucional) e que está vocacionado para a análise do conteúdo dos discursos veiculados nos “fóruns públicos”.

Distante da pretensão de assumir um lado na “queda de braços” teórica entre os “liberais” e os “republicanos cívicos”, tem-se que a centralidade da “opinião pública” ou da “mídia de massa” na perspectiva do agir comunicativo revela-se adequada para analisar a “tensão entre o poder do Estado e a lei legítima”.⁴¹ Esses elementos são recuperados na obra *Entre faticidade e normatividade*, a qual existe uma atenção especial em detalhar as características e as possibilidades de interação entre a sociedade civil e a esfera pública política.⁴²

Habermas destaca a atuação do “poder comunicativo” mediante a “racionalidade processual da opinião democrática”⁴³ e reserva aos tribunais constitucionais a salvaguarda da qualidade discursiva da tomada de decisões legislativas. Definitivamente, o foco recai sobre um tipo de participação social mais ou menos espontânea que se realiza na esfera pública, isso é, uma “estrutura de comunicação enraizada no mundo da vida através da rede associativa da sociedade civil”.⁴⁴

Isso não equivale à completa autonomia da esfera pública, mesmo porque o próprio autor tratou de reconhecer antecipadamente a limitação da capacidade

⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. *The structural transformation of the public sphere: an inquiry into a category of bourgeois society*, 1991, p. 242.

⁴¹ No original: “[t]ension between state power and legitimate law.” HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*, 1996, p. XXVIII.

⁴² Cf. 8 Civil society and the political public sphere. HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*, 1996.

⁴³ No original: “procedural rationality of democratic opinion”. HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*, 1996, p. 353.

⁴⁴ No original: “[a] communication structure rooted in the lifeworld through the associational network of civil society.” HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*, 1996, p. 359.

de resolução dos problemas pela esfera pública, bem como a impossibilidade de confundi-la com uma instituição específica. Todavia, a “influência política baseada na opinião pública só pode ser transformada em poder político através de procedimentos institucionalizados”,⁴⁵ havendo, portanto, dentro de sua teoria um tipo qualificado de interação social e institucional.

O esforço final desta seção consiste em diferenciar esse modelo teórico e as ideias liberais. Nesse cenário, “a esfera pública consiste em uma estrutura intermediária entre o sistema político, por um lado, e os setores privados do mundo da vida e os sistemas funcionais, por outro”,⁴⁶ ao passo que os modelos liberais e seus discursos supostamente universalistas excluem parcela significativa de pessoas que compõem esse ambiente, vindo a calhar, por exemplo, as críticas apresentadas pelos movimentos trabalhistas e feministas.⁴⁷

As convergências e as divergências constituem uma lista mais extensa do que essas características gerais apresentadas, contudo os aspectos iniciais ressaltados permitem apresentar as orientações que sustentam a necessidade de o conteúdo das notícias jornalísticas serem compatíveis com a ideia de razão pública.

No curso deste artigo afirmou-se que as preocupações das Ministras e dos Ministros do STF em transparecer algum aspecto específico numa ação judicial, por meio da utilização de notícias jornalísticas, serão potencialmente mais adequadas se analisarem o conteúdo ou a substância da questão constitucional (razão pública), em detrimento do ambiente ou dos agentes envolvidos (esfera pública). Para demonstrar empiricamente esse argumento, abrem-se outras frentes de pesquisa, formando assim uma agenda mais ampla.

Esse artigo limita-se ao exame teórico dessa afirmação. Em que pesem as críticas apresentadas há pouco, vale considerar que a liberdade de imprensa e o direito à informação são bens básicos e, de certo modo, integram o conceito de razão pública, segundo a concepção rawlsiana de justiça. Ao que tudo indica, algumas das dificuldades que se pode antever dizem respeito à concentração jornalística em determinadas regiões do país e na espetacularização da atividade jurisdicional; porém, torna-se inviável excluir antecipadamente as contribuições dos sujeitos da opinião pública, seja para compor os “fóruns públicos”, seja para os processos deliberativos democráticos.

⁴⁵ No original: “[p]olitical influence based on public opinion can be transformed into political power only through institutionalized procedures.” HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*, 1996, p. 363.

⁴⁶ No original: “[the] public sphere consists of an intermediary structure between the political system, on the one hand, and the private sectors of the lifeworld and functional systems, on the other.” HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*, 1996, p. 373.

⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*, 1996, p. 374.

Para os fins perseguidos neste artigo, interessa, de maneira direta e imediata, o respaldo teórico de uma formulação que permita a (re)distribuição das notícias jornalísticas e, por consequência, dos sujeitos da opinião pública no âmbito do STF sem incorrer na participação assimétrica dos sujeitos da opinião pública ou na espetacularização da atividade judicial. Em certo sentido, requer algum nível de esforço adaptativo, já que nem sempre estarão presentes todas as “virtudes políticas” elencadas por Rawls.

Dentro de um campo de aplicação mais restrito, sugere-se que a utilização das notícias jornalísticas, enquanto parte integrante da fundamentação de um voto individual de uma Ministra ou de um Ministro do STF, precisa ser compatível ou no mínimo não apresentar contrariedade com a ideia de razão pública, sob pena de confundir argumentação com opinião pessoal, transparência com espetacularização.

Noutras palavras, tem-se que as participações dos sujeitos da opinião pública precisam de otimização e não de serem elevadas a sua enésima potência. Da mesma forma, não se trata de ressaltar somente o aspecto quantitativo das notícias jornalísticas, mas a pertinência temática do conteúdo jornalístico utilizado pela Ministra ou pelo Ministro do STF para reforçar a fundamentação jurídica de uma decisão judicial.

Por fim, toda a fundamentação teórica desenvolvida ao longo do artigo permite afirmar que a razão pública formulada por Rawls, em seu sentido institucional, apresenta resultados potencialmente mais compatíveis com a finalidade institucional de ampliação da transparência da função judicante. Ou seja, tem-se a necessidade de que o conteúdo das notícias jornalísticas esteja alinhado com a ideia de razão pública ou, no mínimo, não apresente uma posição antagônica.

Diante disso, ao questionar como determinados sujeitos da opinião pública brasileira podem contribuir para tornar as decisões judiciais do STF mais transparentes, este artigo identificou a necessidade de contar com algum reforço teórico. Igualmente, existe a possibilidade de instrumentalização e desse modo produzir fenômenos diversos da transparência, sobretudo pelo aumento dos níveis de exposição das Ministras e dos Ministros do STF. Ao lado disso, as características de funcionamento institucional desse Tribunal permitem que suas membras e seus membros utilizem de maneira bastante personalista essa estratégia de interação social por meio da opinião pública.

Assim, a proposta seguida neste artigo consiste em adicionar a ideia de razão pública para a utilização institucional das notícias jornalísticas no sentido de ampliar a transparência. Isso potencialmente produz a consequência de diminuir o espaço de discricionariedade para a seleção e a utilização do conteúdo jornalístico, ao mesmo tempo em que limita os efeitos da espetacularização.

Importa, por fim, não perder de vista o potencial limitado tanto das notícias jornalísticas, para tornar mais transparentes determinadas decisões judiciais, quanto da restrição teórica determinada por uma suposta razão pública. Por hora, restou confirmada a adequação dos componentes dessa resposta oferecida para a problematização investigada.

4 Conclusão

Como as notícias jornalísticas podem ser utilizadas na fundamentação de uma decisão judicial? Diante da premissa de uma crescente aproximação entre as Ministras e os Ministros do STF e determinados sujeitos da opinião pública, este artigo sustenta que para além do aumento dos níveis de confiança na instituição essa relação apresenta aspectos positivos para a atividade jurisdicional do STF, a exemplo do aumento da transparência, ou seja, a ampliação da visualização e da potencial compreensão dos processos decisórios.

Buscando realizar uma reflexão teórica sobre esse tema, estruturou-se o artigo em duas partes. Na primeira seção, analisou-se a ideia de razão pública dentro da estrutura do pensamento político de John Rawls. Para além da descrição, entendeu-se que essa teoria se revela potencialmente para ampliar a transparência em determinados julgados do STF, basicamente porque pressupõe uma estrutura institucional que permite a análise do conteúdo em detrimento da adesão a algum sistema de crença abrangente.

Na sequência, situou-se o conceito de esfera pública segundo Jürgen Habermas. Por meio das críticas direcionadas à ideia de razão pública, esse autor realiza considerações sobre uma complexa rede comunicativa – esfera pública – capaz de aumentar a legitimidade das decisões estatais, em sentido amplo. Acusa a perspectiva institucional de ser um tanto quanto abstrata, mas pressupõe um conjunto de estruturas comunicativas que nem sempre pode ser reproduzido.

Assim, os resultados encontrados permitem afirmar que a teoria da razão pública possui maior adequação teórica entre a opinião pública existente e a de ampliação da transparência nas decisões judiciais do STF. Mais do que um confronto analítico entre as duas teorias, este artigo pretendeu reunir elementos para fundamentar as afinidades entre as ideias de razão pública, de opinião pública e de transparência. Buscou-se compreender como a razão pública compõe uma parcela fundamental dentro do pensamento rawlsiano, pondera-se, no entanto, ser possível alcançar resultado semelhante (transparência) valendo-se de caminhos diferentes.

Referências

- BOLONHA, Carlos Alberto Pereira das Neves; GANEM, Fabrício Faroni; ZETTEL, Bernardo Barbosa. O modelo democrático-deliberativo: possibilidades institucionais. *In: Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 41, p. 64-84, jul./dez. 2012.
- DATAFOLHA. *39% reprovam o trabalho do STF*. São Paulo, 2 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2020/01/1988570-39-reprovam-trabalho-do-stf.shtml>. Acesso em: 15 mar. 2023.
- FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Estudo da imagem do Judiciário brasileiro*. Rio de Janeiro, 2 de dezembro de 2019.
- FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Relatório Índice de confiança na justiça no Brasil*. São Paulo, janeiro a julho de 2017. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/noticia/icjbrasil-detecta-queda-confianca-populacao-quase-todas-instituicoes-brasileiras-2017>. Acesso em: 15 mar. 2023.
- HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Second printing. Translated by William Rehg. Massachusetts: Massachusetts Institute of Technology Press, 1996.
- HABERMAS, Jürgen. *Communication and the evolution of society*. Translated by Thomas McCarthy. Massachusetts: Beacon Press, 1979.
- HABERMAS, Jürgen. *The structural transformation of the public sphere: an inquiry into a category of bourgeois society*. Translated by Thomas Burger with the assistance of Frederick Lawrence. Massachusetts: Massachusetts Institute of Technology, 1991.
- HABERMAS, Jürgen. *The theory of communicative action: lifeworld and system – a critique of functionalist reason*. Translated by Thomas McCarthy. Massachusetts: Beacon Press, 1987, vol. 02.
- OLIVEIRA, Wagner Vinícius de. *Opinião pública, transparência e Supremo Tribunal Federal: as notícias jornalísticas nas ações diretas de inconstitucionalidade (2011-2020)*. Orientador: Carlos Bolonha. 2022. 293 f. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.
- RAWLS, John. *A theory of justice*. Revised edition. Princeton: Belknap Press of Harvard University Press, 1999.
- RAWLS, John. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993.
- RAWLS, John. *Justiça e democracia*. Tradução Irene A. Patemot, apresentação e glossário Catherine Audard. São Paulo: Martins Fontes, 2000 (Justiça e Direito).
- RAWLS, John. *The law of peoples: the idea of public reason revisited*. Harvard University Press: Massachusetts, 1999.
- VALLESPÍN, Fernando (org.). *Jürgen Habermas e John Rawls: debate sobre el liberalismo político*. Barcelona: Paidós, 1998.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

OLIVEIRA, Wagner Vinícius de. Razão ou esfera pública: uma proposta teórica de transparência para as decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, p. 121-139, set./dez. 2022. DOI: 10.47975/digital.law.vol.3.n.3.oliveira.

A destinação da receita de infoprodutos após a morte de seu titular

The destination of the revenue from infoproducts after the death of its owner

Ivan Guimarães Pompeu*

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil)
ivanpompeu@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-1339-8332>

Italo Nogueira de Moro**

Centro Universitário UNA (Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil)
Italo.demoro@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-9004-1046>

Sergio Millanez Gomes***

Centro Universitário UNA (Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil)
sergiomillanez@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0003-0639-7259>

Recebido/Received: 29.11.2022/ November 29th, 2022

Aprovado/Approved: 21.03.2023/ March 21th, 2023

Como citar esse artigo/*How to cite this article*: POMPEU, Ivan Guimarães; MORO, Italo Nogueira de; GOMEZ, Sergio Millanez. A destinação da receita de infoprodutos após a morte de seu titular. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, vol. 3, n. 3, p. 141-158, set./dez. 2022. DOI: 10.47975/digital.law.vol.3.n.3.pompeu.

* Doutor em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil). Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Empresarial pelo Centro de Atualização em Direito (CAD) em parceria com a Universidade Gama Filho. Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito da Fundação Mineira de Educação e Cultura e em Administração com habilitação em Comércio Exterior pela Faculdade de Ciências Gerenciais do Centro Universitário UNA. E-mail: ivanpompeu@hotmail.com.

** Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário UNA – Unidade Barreiro (Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil). E-mail: italo.demoro@hotmail.com.

*** Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário UNA – Unidade Barreiro (Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil). E-mail: sergiomillanez@gmail.com.

Resumo: A internet modificou a forma que o ser humano se relaciona, comunica, comercializa e até mesmo como ocorrerá a transmissão de seu patrimônio após a morte. Esses avanços trazidos pela internet e as relações ou transações digitais é objeto do presente trabalho, visto que, apesar de relevante, é um tema pouco abordado na seara jurídica. Desse modo, tem-se o intuito de analisar o destino de recursos de infoprodutos após a morte de seu titular com a finalidade de colaborar com a produção acadêmica acerca do tema, assim como a divulgação científica. Por meio de uma pesquisa bibliográfica, doutrinária e legislativa buscou-se compreender qual o destino dos lucros decorrentes dos infoprodutos após a morte de seu titular, assim como fazer uma análise multidisciplinar entre o Direito, o Marketing e o Empreendedorismo sobre o mercado e o marketing digital com base em obras de autores como Caio Mário da Silva, Bruno Zampier, Flávio Tartuce, entre outros.

Palavras-chave: Internet. Marketing digital. Infoproduto. Direito das Sucessões. Herança digital.

Abstract: The Internet has changed the way human beings relate, communicate, trade and even how the transmission of their assets will occur after death. These advances brought by the Internet and digital relations or transactions is the object of this work, since, although relevant, it is a theme little addressed in the legal field. Thus, it is intended to analyze the fate of infoproducts resources after the death of its owner in order to collaborate with the academic production on the subject, as well as scientific dissemination. Through a bibliographical, doctrinal and legislative research sought to understand the fate of the profits resulting from the infoproducts after the death of its owner, as well as make a multidisciplinary analysis between the Law, Marketing and Entrepreneurship on the market and digital marketing based on works by authors such as Caio Mário da Silva, Bruno Zampier, Flávio Tartuce, among others.

Keywords: Internet. Digital marketing. Infoproduct. Succession Law. Digital heritage.

Sumário: 1 Introdução – 2 Bens digitais – 3 Direito Sucessório – 4 A destinação da receita de infoprodutos após a morte do titular – 5 Considerações finais – Referências

1 Introdução

No presente artigo, será abordado um dos temas do Direito Digital que comumente causa confusão em relação ao seu conceito, sendo ele: destinação de infoprodutos após a morte de seu titular. Preliminarmente, a sucessão é definida como uma medida jurídica que autoriza a transferência por morte, herança ou, então, do legado, ao herdeiro, em razão de lei ou testamento. O art.1.829 do Código Civil descreve que:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: (Vide Recurso Extraordinário nº 646.721) (Vide Recurso Extraordinário nº 878.694)

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.⁴

Especificamente no digital, compreendem-se os bens de carácter econômico e existencial, relacionado ao direito de personalidade. Conforme Bruno Zampier, bens digitais seriam:

Bens incorpóreos, os quais são progressivamente inseridos na Internet por um usuário, consistindo em informações de carácter pessoal que trazem alguma utilidade àquele, tenha ou não conteúdo econômico.⁵

Nesse sentido, as várias mudanças verificadas nos últimos anos ocasionadas pela inovação, tecnologia e transformação digital fazem com que cada vez mais pessoas tenham acesso à internet e seus meios de comunicação, tais como: redes sociais, contas bancárias, e-mails, milhas aéreas, criptomoedas, infoprodutos, dentre outros. É indubitável que cada um desses itens é considerado bem digital, integrando desta forma o patrimônio do titular.

Será abordado adiante, mais detalhadamente, o avanço da tecnologia no Brasil, juntamente com os bens digitais, em específico o infoproduto.

Levando em conta as inúmeras mudanças e o avanço da tecnologia, cada ser humano compõe uma gama de patrimônios digitais que necessariamente precisam ser protegidos em caso de lesão, incapacidade ou falecimento do titular. Entendendo a nova realidade de bens on-line, este artigo visa a tratar da sucessão relacionada às heranças digitais, em especial, a de infoprodutos.

Num senso comum, o tema ainda é pouco discutido por ser uma nova realidade, e ainda está sendo construído no ordenamento jurídico. Muitos ainda se questionam sobre o que seria os bens digitais, qual a destinação do infoproduto após a morte ou incapacidade do titular e até mesmo se eles possuem algum valor econômico. As dúvidas que permeiam a sociedade carregam a responsabilidade de que esse tema não pode ser ignorado, uma vez que é cada vez mais comum na atualidade.

Para ter-se um ponto de partida na discussão acerca dos bens digitais, de início, se faz necessário compreender o que é o mercado digital. O mercado digital é identificado como a possibilidade de prestar serviços ou vender mercadorias através dos meios digitais, mais precisamente a internet.

Existem, dentro da internet, diversos tipos de mercados digitais, como, por exemplo, lojas virtuais, sites, redes sociais, *marketplaces*, entre outros. Por

⁴ BRASIL. *Código Civil*. Brasília: Senado, 2002.

⁵ ZAMPIER, Bruno Torquato. *Bens Digitais*. Indaiatuba: Editora Foco Jurídico, 2017. p. 59.

meio desses mercados é possível a criação de infoprodutos, os quais serão comercializados.

Dessa forma, serão analisados os pontos relevantes acerca do Direito Sucessório no Brasil, além de compreender se esses bens necessariamente precisam ser transferidos aos familiares ou legatários ou se devem ser extintos com o falecimento do seu titular por serem considerados bens personalíssimos.

Por fim, tem-se que o presente trabalho será dividido em tópicos e subtópicos sob os quais serão discutidos os seguintes pontos: os bens digitais, o Direito Sucessório, assim como a problemática da herança digital e a destinação da receita dos infoprodutos após a morte do titular.

2 Bens digitais

Como anteriormente abordado, tem-se que na atualidade os seres humanos estão cada vez mais conectados, passando boa parte de suas vidas de forma on-line. Com isso, não seria estranho dizer que o Direito deve observar a nova realidade vivenciada pelos indivíduos para que, em função da evolução digital, novas interpretações legais, doutrinárias e jurisprudenciais sejam realizadas. Dessa forma, entende-se que, atualmente, a conceituação de bens evoluiu para que se abarquem os chamados bens digitais.

De início, cabe lembrar o que são bens no sentido jurídico do termo. Para o Direito, bem é o objeto da relação jurídica. Já no âmbito do Direito Civil, “espécie do gênero coisa, materiais ou imateriais, suscetíveis de apropriação, transmissão e disposição, de conteúdo patrimonial, economicamente apreciáveis.” Ou seja, para se tornar objeto da relação jurídica, deve haver valor econômico e ser passível de apropriação.

De um modo geral observa-se que bens jurídicos são objeto do direito. Serão determinados como bens quando forem relevantes para o direito, podendo estar explícita sua tutela através de regras ou princípios, não sendo, portanto, um rol taxativo. Esses podem se dividir em coisas – bens corpóreos e apreciáveis economicamente – e bens em sentido estrito – bens imateriais que podem ou não serem apreciados economicamente.

Assim, pode-se considerar que os bens digitais são bens imateriais, alguns apreciáveis economicamente e outros sem conteúdo econômico a depender da relação jurídica a qual se refere [...].⁶

⁶ ALMEIDA, Juliana Evangelista de. *A tutela jurídica dos bens digitais após a morte: Análise da possibilidade de reconhecimento da herança digital*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2017. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_AlmeidaJEv_1.pdf. Acesso em: 5 nov. 2022. p. 42.

Nesse sentido, em relação aos bens digitais não necessariamente haverá a economicidade dos bens. Conforme aponta Bruno Zampier:

O ambiente virtual, assim como ocorre no mundo não virtual, comporta aspectos nitidamente econômicos, de caráter patrimonial, bem como outros ligados inteiramente aos direitos da personalidade, de natureza existencial. Dessa forma, acredita-se que seja adequada a construção de duas categorias de bens: os bens digitais patrimoniais e os bens digitais existenciais. E, por vezes, alguns bens com esta configuração poderão se apresentar com ambos os aspectos, patrimonial e existencial a um só tempo.

[...] os bens em geral poderão ter natureza corpórea ou incorpórea. Nesse sentido os bens digitais se aproximariam mais da segunda forma, já que a informação postada na rede, armazenada localmente em um sítio ou inserida em pastas de armazenamento virtual (popularmente conhecidas como nuvens), seria intangível fisicamente, abstrata em princípio.⁷

Através de uma leitura mais pormenorizada da obra de Zampier, é possível perceber que, para o autor, é possível deduzir que textos, base de dados, fotografias, vídeos, entre outros, são considerados bens digitais.

Em países como os Estados Unidos e o Reino Unido (*common law*), os *digital assets* (bens digitais) são definidos de forma ampla, sendo considerados como bens os perfis em redes sociais, *tweets*, dados de jogos virtuais, *e-books*, senhas de contas, entre outras diversas possibilidades, haja vista serem informações eletrônicas que estão armazenadas em um computador ou utilizam-se de tecnologias vinculadas a estes, podendo ser classificados como qualquer coisa possuída em meio digital.⁸

Para além disso, os bens digitais podem ser classificados em quatro formas distintas, sendo elas: dados pessoais, dados de redes sociais, contas financeiras e contas de negócios. Diante disso, Juliana Almeida explica que dados pessoais podem ser, por exemplo, aqueles que foram salvos em sites como *backup* de fotos e vídeos como os que são realizados no Google Fotos, Onedrive, entre outros. Já os dados de redes sociais são aqueles armazenados e que decorrem de interação com outras pessoas em plataformas como o Twitter, LinkedIn, Instagram, entre outras. As contas financeiras são os dados inerentes às carteiras digitais, contas

⁷ ZAMPIER, Bruno. *Bens digitais: cybercultura, redes sociais, e-mails, músicas, livros, milhas aéreas, moedas virtuais*. 2. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 62.

⁸ ALMEIDA, Juliana Evangelista de. *A tutela jurídica dos bens digitais após a morte: Análise da possibilidade de reconhecimento da herança digital*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2017. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_AlmeidaJEv_1.pdf. Acesso em: 5 nov. 2022.

em bancos e demais bens usados em transações bancárias ou investimentos. Por fim, a categoria de contas de serviços são todas aquelas informações “coletadas e armazenadas a título de uso de um serviço, tais como nas relações de consumo e o armazenamento de preferências de consumo de um determinado consumidor”.⁹

Neste sentido:

[...] um produto (tangível ou intangível) é um bem ou serviço que pode ser oferecido a um mercado para satisfazer seu desejo ou necessidade. De modo geral, os infoprodutos digitais embora não sejam produtos palpáveis, são considerados produtos por satisfazerem necessidades específicas de um público que busca um determinado conhecimento específico e de maneira eficiente: são apresentados de forma imediata e podem ser consumidos quando e onde o cliente desejar.¹⁰

Como aponta Gabriel Prá:

Produtos de informação são intitulados infoprodutos, informações criadas e distribuídas de forma paga ou gratuita. [...] Atualmente, a informação tem valor e pode gerar lucro, porém, alerta-se que não é qualquer informação ou dados.¹¹

Com isso, inegável a definição de infoprodutos como bens digitais, haja vista sua natureza suscetível de apropriação, transmissão e disposição.

Ainda, há que se dizer que os bens digitais – nesse caso, os infoprodutos, possuem certa semelhança, tendo em vista a dogmática jurídica, com os direitos do autor ou de forma mais ampla com o conceito de propriedade tecnodigital.

Quando se fala em propriedade tecnodigital e em direitos do autor refere-se a disciplina do direito intelectual como gênero, possuindo como espécies o direito industrial e o direito do autor que também engloba o direito de software e outras proteções, tais como bancos

⁹ ALMEIDA, Juliana Evangelista de. *A tutela jurídica dos bens digitais após a morte: Análise da possibilidade de reconhecimento da herança digital*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2017. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_AlmeidaJEv_1.pdf. Acesso em: 5 nov. 2022.

¹⁰ GUIMARÃES, Gustavo Neves. *O Avanço das Empresas Digitais: Estudo de caso de uma startup de infoprodutos*. Uberlândia: UFU, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/28084/4/Avanc%CC%A7oEmpresasDigitais.pdf>. Acesso em: 27 set. 2022.

¹¹ PRÁ, Gabriel. *Criação e Venda de Infoprodutos: Um estudo de caso sobre a Fórmula de Lançamento*. Santa Catarina: Unisul, 2019. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/10577/1/TCC%20GABRIEL%20NUNES%20PR%C3%80%20-%20SUBMISS%C3%83O.pdf>. Acesso em: 20 set. 2022.

de dados informatizados, cultivadores, biobancos, obras multimídias, entre outros.¹²

Com isso, pode ser definido como uma forma de domínio tecnológico à informação digital, inclusive levando em consideração que, atualmente, a informação se tornou “verdadeiro bem jurídico”, que, em muitos casos, gera dúvida sobre quem é o seu titular. Neste sentido, “com o advento da sociedade da informação, o direito autoral clássico não consegue responder às novas modalidades que a tecnologia apresenta”, como no caso da propriedade tecnodigital.¹³

O autor, classicamente, é aquele (pessoa natural) que cria a obra intelectual independente de capacidade civil, sendo esta a titularidade originária. Por outro lado, em casos de transmissão entre vivos ou causa mortis existe a titularidade derivativa.¹⁴ Neste sentido, tem-se que a propriedade tecnodigital retromencionada pode ser transmitida, por meio da sucessão, aos herdeiros do autor do infoproduto.

Atualmente, a informação tem valor e pode gerar lucro, porém, alerta-se que não é qualquer informação ou dados. Conforme Parkes (2015), o que tem valor para os indivíduos é a informação apresentada como uma solução e que gera algum tipo de transformação na vida de quem adquirir esse conteúdo. Exemplo disso são indivíduos que, preocupados com a sua vida financeira, podem facilmente pagar por conhecimentos que os ensinem sobre investimentos financeiros ou que garantam uma aposentadoria tranquila. De acordo com o autor supra citado, dependendo da maneira como uma informação é apresentada, essa pode ser comercializada por alguns reais ou outros tantos milhares. O mesmo conhecimento de um livro que pode custar 30 reais, teria seu custo aumentado em algumas dezenas de vezes se fosse transformado em um evento presencial. Fato esse que nos leva a crer que a informação jamais deve ser apresentada a uma determinada audiência apenas como informação. Hoje em dia, os indivíduos valorizam conhecimentos apresentados como soluções a determinados problemas cotidianos.¹⁵

¹² ALMEIDA, Juliana Evangelista de. *A tutela jurídica dos bens digitais após a morte: Análise da possibilidade de reconhecimento da herança digital*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2017. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_AlmeidaJEv_1.pdf. Acesso em: 5 nov. 2022. p. 44.

¹³ ALMEIDA, Juliana Evangelista de. *A tutela jurídica dos bens digitais após a morte: Análise da possibilidade de reconhecimento da herança digital*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2017. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_AlmeidaJEv_1.pdf. Acesso em: 5 nov. 2022.

¹⁴ ALMEIDA, Juliana Evangelista de. *A tutela jurídica dos bens digitais após a morte: Análise da possibilidade de reconhecimento da herança digital*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2017. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_AlmeidaJEv_1.pdf. Acesso em: 5 nov. 2022.

¹⁵ PRÁ, Gabriel. *Criação e Venda de Infoprodutos: Um estudo de caso sobre a Fórmula de Lançamento*. Santa Catarina: Unisul, 2019. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/10577/1/TCC%20GABRIEL%20NUNES%20PR%C3%80%20-%20SUBMISS%C3%830.pdf>. Acesso em: 20 set. 2022.

O infoproduto, como já citado, é um produto de informação, logo, deve ser tutelado pelo Direito como bem jurídico que é, “seja por meio da proteção própria e específica existente para as informações com caráter de direito do autor, seja por meio da responsabilização civil em geral”.¹⁶

Neste sentido, como aponta Lucas Cotta de Ramos (2019):

O conceito de propriedade já não pode mais ficar adstrito à análise das faculdades que a integram. Melhor seria visualizá-la como uma relação jurídica complexa que irá colocar em polos distintos o seu titular e a coletividade abstrata. Ao mesmo tempo em que esta deverá se abster da prática de atos que possam vir de alguma forma a lesar o conteúdo do direito do proprietário, este terá também uma série de deveres a cumprir para que o exercício desse direito seja considerado legítimo, como, por exemplo, o adimplemento da devida função social.

Assim, expandindo-se o conceito de propriedade, chega-se à classificação da informação como bem digital, bastando, para tanto, que a informação inserida em rede seja capaz de gerar repercussões econômicas imediatas, quando lhe será conferido o status de bem tecnodigital patrimonial:

Pois bem, quando a informação inserida em rede for capaz de gerar repercussões econômicas imediatas, há que se entender que ela será um bem tecnodigital patrimonial. Tal visão alinha-se à noção de patrimônio acima exposta, sendo aceita por nosso ordenamento jurídico.

Cada ser humano, a partir do momento em que se tornar usuário da Internet, terá a possibilidade de vir a ser titular de uma universalidade de ativos digitais. Esse patrimônio digital dotado de economicidade, formaria a noção de bem tecnodigital patrimonial.

Desse modo, demonstra-se viável, em alguns casos, a classificação da informação como bem digital, a qual nessa hipótese, se enquadraria como uma propriedade imaterial e incorpórea.¹⁷

¹⁶ RAMOS, Lucas Cotta de. *Herança digital: sucessão do patrimônio cibernético*. Caratinga: BRASIL, 2019. Disponível em: <https://lucascotta.jusbrasil.com.br/artigos/833289109/heranca-digital-sucessao-do-patrimonio-cibernetico/amp>. Acesso em: 10 nov. 2022.

¹⁷ RAMOS, Lucas Cotta de. *Herança digital: sucessão do patrimônio cibernético*. Caratinga: Brasil, 2019. Disponível em: <https://lucascotta.jusbrasil.com.br/artigos/833289109/heranca-digital-sucessao-do-patrimonio-cibernetico/amp>. Acesso em: 10 nov. 2022.

Os infoprodutos possuem, ainda, natureza patrimonial, haja vista seu caráter econômico, que, ao serem comercializados através do marketing digital, geram valor aos seus proprietários.

A comercialização desses bens pode ocorrer de diversas formas, sendo uma delas a venda por afiliação, que consiste em “levar diretamente à venda do produto específico em troca de uma comissão por venda realizada”, a qual é considerada fonte de monetização para aqueles negócios digitais que utilizam programas de afiliação.

Outra forma de comercialização é a venda por nichos, em que se delimita um mercado com pessoas com interesses, desejos e problemas em comum. Pode ser dividido em subnichos, os quais são importantíssimos, haja vista que ter a liderança de um mercado específico é mais fácil e barato que um segmento de mercado inteiro.¹⁸

O nicho de mercado deve ser uma área com segmentação de mercado e, dentro dela, pode existir um subnicho de atuação. O nicho está intrinsecamente ligado ao já conhecido no mundo dos negócios, segmento de mercado (FELIPINI, 2014). O autor define nicho, como um segmento de mercado que possui características especiais em termos de necessidades a serem atendidas. No conceito correto, nicho é um setor voltado para atender as necessidades específicas do grupo de pessoas que ali se encontra. O subnicho é um tema específico dentro dessa segmentação de mercado. Os subnichos jamais podem ser ignorados, uma vez que, manter-se na liderança de um nicho mais específico, é muito mais fácil e barato quando comparado a liderar um segmento de mercado inteiro (FELIPINI, 2014). É possível identificar nichos e subnichos que tenham mais tração do que outros, ou seja, que são mais lucrativos. Os nichos que mais faturam referem-se a relacionamento, dinheiro, finanças e saúde (BORGES, 2017). Além disso, quanto mais definido, restrito e segmentado, melhor será os resultados iniciais e a longo prazo de performance do produto (PEREIRA, 2017). É possível delimitar o nicho e um subnicho de diversas maneiras, entretanto, o mais efetivo é dividir um segmento de mercado em unidades menores, compostas por diferentes grupos de consumidores com características semelhantes (FELIPINI, 2014). O autor aponta que todos mercados são competitivos, com isso, é necessário adotar a estratégia de apresentar-se como especializado em um determinado nicho, dominar

¹⁸ PRÁ, Gabriel. *Criação e Venda de Infoprodutos: Um estudo de caso sobre a Fórmula de Lançamento*. Santa Catarina: Unisul, 2019. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/10577/1/TCC%20GABRIEL%20NUNES%20PR%C3%80%20-%20SUBMISS%C3%830.pdf>. Acesso em: 20 set. 2022.

as linhas específicas do produto e conhecer profundamente o público-alvo. O êxito em um nicho é alinhado a um bom posicionamento. O posicionamento de nicho trata-se de entender qual o diferencial que difere o produto a ser comercializado dos demais já existentes (FELIPINI, 2014). Com isso, o público a ser persuadido é convencido a adquiri-lo.¹⁹

Diante disso, percebe-se que não somente o conteúdo dos infoprodutos é relevante, mas também a estratégia por trás de sua comercialização, sendo extremamente relevante a propriedade de uma base de dados e definições capaz de favorecer o marketing digital. Assim, o infoproduto não se refere tão somente ao seu conteúdo, mas também a sua comercialização e estratégia, gerando a necessidade de protegê-los juridicamente.

3 Direito Sucessório

De início cabe ressaltar que o termo sucessão, em sentido amplo, significa transmissão. Sendo possível ocorrer tanto por atos intervivos ou causa mortis, mas para fins de delimitação do trabalho, neste artigo assim como na obra de Flávio Tartuce, a definição de sucessões a ser interpretada será apenas a causa mortis, que decorre do falecimento da pessoa natural. Como aponta Flávio Tartuce (2022), ao citar Carlos Maximiliano (1952):

Direito das Sucessões, em sentido objetivo, é o conjunto de normas reguladoras da transmissão dos bens e obrigações de um indivíduo em consequência de sua morte. No sentido subjetivo, mais propriamente se diria – direito de suceder, isto é, de receber o acervo hereditário de um defunto.²⁰

Neste sentido a sucessão é definida como uma medida jurídica que autoriza a transferência por morte, herança ou, então, do legado, ao herdeiro, em razão de lei ou testamento. Ademais, a sucessão causa mortis pode ser dividida em duas modalidades básicas, sendo elas a sucessão testamentária e a sucessão legítima. A sucessão testamentária diz respeito ao ato de última vontade do de cujus, realizada mediante testamento, legado ou codicilo. Já a sucessão legítima

¹⁹ PRÁ, Gabriel. *Criação e Venda de Infoprodutos: Um estudo de caso sobre a Fórmula de Lançamento*. Santa Catarina: Unisul, 2019. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/10577/1/TCC%20GABRIEL%20NUNES%20PR%C3%80%20-%20SUBMISS%C3%830.pdf>. Acesso em: 20 set. 2022.

²⁰ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952. p. 21 *apud* TARTUCE, Flávio. *Direito Civil – Direito das Sucessões* – Vol. 6. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 18.

é a que decorre da lei, chamada também de sucessão ab intestado, haja vista não existir testamento.

A sucessão legítima está prevista no artigo 1.829 do Código Civil brasileiro, que dispõe que:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: (Vide Recurso Extraordinário nº 646.721) (Vide Recurso Extraordinário nº 878.694)

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.²¹

Para além deste artigo, o Código Civil e entendimentos jurisprudenciais, a metade dos bens da herança do de cujus deve ser destinada aos herdeiros necessários, sendo estes os seus descendentes, ascendentes e o cônjuge ou companheiro que não foram excluídos da sucessão por indignidade ou deserção. O restante dos bens poderá ser disposto livremente para quem o testador especificar e, caso não existam herdeiros necessários, será possível a disposição da totalidade dos bens pelo testador, não havendo a legítima.

3.1 A morte do titular dos bens digitais e a herança digital

Apesar de o tema ser, de certo modo, recente, a herança digital já foi objeto de projeto de lei no Brasil, colaborando com a ideia aqui trazida de que é necessário o desenvolvimento da regulamentação do tema em âmbito legislativo e teórico. Isso ocorreu no Projeto de Lei nº 4.099/2012, cuja autoria foi do deputado federal Jorginho Mello, no qual se buscava garantir aos herdeiros a transmissão da totalidade dos conteúdos de contas e arquivos digitais ao acrescentar no art. 1.788 do Código do Civil a seguinte redação “Art. 1.788 [...] Parágrafo Único. Serão transmitidos aos herdeiros todos os conteúdos de contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança”.²²

²¹ BRASIL. *Código Civil*. Brasília: Senado, 2002

²² RAMOS, Lucas Cotta de. *Herança digital: sucessão do patrimônio cibernético*. Caratinga: BRASIL, 2019. Disponível em: <https://lucascotta.jusbrasil.com.br/artigos/833289109/heranca-digital-sucessao-do-patrimonio-cibernetico/amp>. Acesso em: 10 nov. 2022.

Outro projeto de lei criado com o objetivo de regulamentar a herança digital é o de nº 365 de 23.02.2022, o qual busca disciplinar a herança digital, priorizando a autonomia da vontade dos usuários, possibilitando que estes possam determinar através de testamento ou diretamente nas plataformas que parte de suas contas poderão ser acessadas por seus herdeiros ou legatários, bem como determinar regramentos gerais sobre a hipótese do usuário não se manifestar sobre o tema, evitando-se assim maiores discussões. Diante disso, o projeto de lei visa modificar a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), acrescentando o artigo 18-A, garantindo os direitos já mencionados.²³

Apesar de raro, existe jurisprudência acerca do tema no sistema jurisdicional brasileiro, em especial no Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. HERANÇA DIGITAL. DESBLOQUEIO DE APARELHO PERTENCENTE AO DE CUJUS. ACESSO ÀS INFORMAÇÕES PESSOAIS. DIREITO DA PERSONALIDADE. A herança defere-se como um todo unitário, o que inclui não só o patrimônio material do falecido, como também o imaterial, em que estão inseridos os bens digitais de vultosa valoração econômica, denominada herança digital. A autorização judicial para o acesso às informações privadas do usuário falecido deve ser concedida apenas nas hipóteses que houver relevância para o acesso de dados mantidos como sigilosos. Os direitos da personalidade são inerentes à pessoa humana, necessitando de proteção legal, porquanto intransmissíveis. A Constituição Federal consagrou, em seu artigo 5º, a proteção constitucional ao direito à intimidade. Recurso conhecido, mas não provido.²⁴

Em consonância ao já abordado, existe atualmente grande discussão em relação à chamada herança digital, haja vista que o Direito Sucessório, à luz das transformações ocorridas na sociedade, pode e deve ser adotado de forma extensiva para que abarque os casos em que, falecido o de cujus, este deixa bens digitais a serem partilhados aos seus herdeiros.

Segundo Maria Helena Diniz (2022) a herança é “o patrimônio do falecido, isto é, o conjunto de direitos e deveres que se transmitem aos herdeiros legítimos ou testamentários, exceto se forem personalíssimos ou inerentes à pessoa do de

²³ BONASSER, Felipe Lopes. *Projeto de Lei sobre Herança Digital*. Rio Grande do Sul: Colégio Registral Rio Grande do Sul, 2022.

²⁴ TJ-MG – AI: XXXX11906755001 MG, Relator: Albergaria Costa, Data de Julgamento: 27.01.2022, Câmaras Cíveis / 3ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 28.01.2022.

cujus”. De modo que o patrimônio engloba certos bens digitais por se originarem em relações jurídicas que possuem valor econômico.²⁵ Nesse sentido:

Tradicionalmente considera-se patrimônio o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa que é apreciável economicamente. Assim, podem compor o patrimônio os créditos e os débitos de uma pessoa. Desta feita, aquilo que não for apreciável economicamente não compõe o patrimônio de uma pessoa.²⁶

O cerne da discussão decorre da possibilidade de todos os bens digitais poderem ser objeto de sucessão ou de alguns deles não possuírem esse tratamento, haja vista não conterem valor econômico e não serem, portanto, parte do patrimônio, em sentido estrito, do falecido.

Como aponta Isabel Lima (2013):

Quanto aos bens suscetíveis de valoração econômica não há dúvida que eles compõem o acervo do falecido e devem ser levados em conta na sucessão, pois se enquadram no conceito mais básico de patrimônio e não encontram divergência na doutrina. O acervo digital deixado não só pode como deve constar da lista de bens que serão repartidos, havendo a necessidade – inclusive – de auferir o valor econômico desses bens, principalmente se eles forem objeto de testamento.

O patrimônio digital deixado pelo falecido pode representar um valor econômico de tal maneira que venha a interferir na legítima reservada aos herdeiros necessários, isto é, pode significar mais de 50% de todo o patrimônio.²⁷

Neste sentido, os bens não suscetíveis de valoração econômica encontram resistência, por parte da doutrina, em serem definidos como bens passíveis de serem recebidos aos herdeiros por meio da sucessão. Por esse motivo, Isabel Lima afirma a necessidade de haver um registro de última vontade do proprietário em relação aos bens digitais, ainda que estes não possuam valor econômico, para que a reputação e sigilo do proprietário sejam respeitados.²⁸

²⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 77.

²⁶ ALMEIDA, Juliana Evangelista de. *A tutela jurídica dos bens digitais após a morte: Análise da possibilidade de reconhecimento da herança digital*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2017. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_AlmeidaJEv_1.pdf. Acesso em: 5 nov. 2022. p. 42.

²⁷ LIMA, Rocha Isabella. *Herança Digital*. Disponível em: http://bdm.unb.br/bitstream/10483/6799/1/2013_IsabelaRochaLima.pdf. Acesso em: 10 out. 2022. p. 34.

²⁸ LIMA, Rocha Isabella. *Herança Digital*. Disponível em: http://bdm.unb.br/bitstream/10483/6799/1/2013_IsabelaRochaLima.pdf. Acesso em: 10 out. 2022. p. 35.

Entretanto, não é possível, no sentido jurídico, ser considerada como última vontade do proprietário eventual adesão a plataformas que mantêm em um só lugar as senhas (ou outras formas de acesso) de um usuário às contas que este possui enquanto vivo for, como ocorre em plataformas, como, por exemplo, o Legacy Locker. Nesta modalidade de plataforma o usuário informa um beneficiário digital que irá gerir a conta do True Key (gerenciamento de senhas) após a sua morte. Este beneficiário somente terá acesso aos dados após a confirmação da morte do usuário e caso tenha aceitado o convite enviado por este.²⁹

Apesar de serem uma forma de auxiliar na transmissão dos dados e informações do usuário falecido, estes serviços não podem ser considerados atos de última vontade do proprietário no sentido jurídico por não poderem ser classificados como testamento, nem mesmo particular, haja vista não possuírem os requisitos legais, quais sejam a assinatura do testador, conhecimento do teor e assinatura de três testemunhas, assim como não possuir, no documento, rasuras ou espaços em branco.³⁰

Portanto, necessário o registro de última vontade do proprietário, como afirma Isabel Lima. No entanto, para que esse registro possua validade jurídica de testamento, este deverá ser realizado conforme os requisitos legais e não como forma de gerenciamento de senhas e contas por meio de adesão a determinadas plataformas digitais.

4 A destinação da receita de infoprodutos após a morte do titular

Como abordado anteriormente, o infoproduto não se refere tão somente ao seu conteúdo, mas também a sua comercialização e estratégia, sendo certo que pode gerar um retorno financeiro para aquele que o produz. Com isso, pode ser classificado como bem suscetível à valoração financeira e, portanto, caso ocorra o falecimento de seu proprietário, deverá compor o acervo de bens a serem partilhados.

No entanto, ao analisar os Termos de Uso de uma das maiores plataformas de marketing digital em funcionamento no Brasil, a Hotmart, verifica-se que não há previsão expressa sobre o assunto em suas disposições. Nos referidos Termos de Uso, em seu item 2.8., prevê-se que “O cadastro ou o repasse de valores devidos aos Criadores ou Afiliados para conta bancária de terceiros *não é permitido em*

²⁹ ALMEIDA, Juliana Evangelista de. *A tutela jurídica dos bens digitais após a morte*: Análise da possibilidade de reconhecimento da herança digital. Belo Horizonte: PUC Minas, 2017. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_AlmeidaJEv_1.pdf. Acesso em: 5 nov. 2022.

³⁰ ALMEIDA, Juliana Evangelista de. *A tutela jurídica dos bens digitais após a morte*: Análise da possibilidade de reconhecimento da herança digital. Belo Horizonte: PUC Minas, 2017. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_AlmeidaJEv_1.pdf. Acesso em: 5 nov. 2022.

nenhuma circunstância e a nenhum pretexto” (grifou-se).³¹ Neste sentido, não há, de início, como destinar a receita dos infoprodutos elaborados e disponibilizados na Hotmart a terceiros, mesmo que estes sejam os herdeiros do falecido, por meio de um procedimento judicial.

Para além disso, ao tratar das principais licenças que o proprietário dos infoprodutos concede à Hotmart, os Termos de Uso em seu item 5.3 dispõem que:

O Criador será sempre o titular de todos os direitos e obrigações relacionados ao Produto criado, divulgado ou comercializado na Plataforma. Contudo, ao cadastrar um Produto e enquanto for usuário desta, o Criador automaticamente concede à Hotmart licença de uso de todos os direitos de propriedade intelectual relativos ao Produto, inclusive os direitos autorais, patrimoniais, de modo sublicenciável, isenta de royalties ou de qualquer outra remuneração.³²

Com isso, tais disposições reafirmam a definição do criador do conteúdo como seu titular, responsável por seus direitos e obrigações, mas não permite a transferência desses direitos e obrigações a terceiros. Diferentemente da Hotmart, a Monetizze, outra importante plataforma de comercialização de infoprodutos, prevê em seus Termos de Uso a hipótese da morte do criador de conteúdo, bem como regulariza os efeitos de sua ocorrência. Tais disposições estão contidas em sua Cláusula V “Da Morte do Usuário Produtor e Usuário Afiliado”:

CLÁUSULA V – DA MORTE DO USUÁRIO PRODUTOR E USUÁRIO AFILIADO:

5.1. Ocorrendo a morte do Usuário/Produtor ou Usuário/Afiliado, seus herdeiros deverão comunicar imediatamente a Monetizze. Oportunidade em que deverá ser enviada a competente certidão de óbito do usuário Usuário/Produtor ou Usuário/Afiliado.

5.2. Nesse caso, a Conta Virtual continuará recebendo pagamentos, contudo, os saques serão bloqueados, até determinação judicial autorizando-os.

5.3. Caso ocorra a morte do Usuário/Produtor ou Usuário/Afiliado responsável pela Conta Virtual de uma pessoa jurídica, o(s) sócio(s) remanescente(s) deverá(ão) comunicar a Monetizze, e enviar a competente certidão de óbito do Usuário/Produtor ou Usuário/Afiliado, bem como o contrato social atualizado.

5.4. Caso o sócio remanescente possua poderes para administrar a sociedade e, tenha conhecimento do Código de Acesso utilizado

³¹ HOTMART. *Termos Gerais de Uso da Hotmart*. Belo Horizonte: Hotmart, 2022. Disponível em: <https://hotmart.com/pt-br/legal/termos-de-uso>. Acesso em: 25 out. 2022.

³² HOTMART. *Termos Gerais de Uso da Hotmart*. Belo Horizonte: Hotmart, 2022. Disponível em: <https://hotmart.com/pt-br/legal/termos-de-uso>. Acesso em: 25 out. 2022.

para login, ele poderá movimentar a Conta Virtual. Caso contrário, a Conta Virtual continuará recebendo pagamentos, mas os saques serão bloqueados, sendo necessária autorização judicial para o desbloqueio.

5.4.1. Caso o sócio remanescente não possua o Código de Acesso e alegue ter poderes para administrar a sociedade, a Monetize após verificar os referidos poderes atribuídos ao sócio pelo ato constitutivo da sociedade, enviará um novo Código de Acesso.

5.5. O Usuário/Produtor ou Usuário/Afiliado declara, sob as penas das leis civis e penais brasileiras, que as informações, dados e documentos por ele informados são verdadeiros.³³

Portanto, percebe-se que é possível que as empresas desenvolvam, com o auxílio e respaldo de seus departamentos jurídicos, regras próprias acerca da sucessão dos infoprodutos, haja vista a sua relevância patrimonial. Contudo, apesar dos termos de uso das plataformas de vendas de infoprodutos terem esse caráter regulamentador das relações entre autor, plataforma e cliente, não são suficientes para determinar as disposições da sucessão desses bens aos herdeiros do proprietário, haja vista que em muitos casos os termos de uso ou são vagos, como no caso da Hotmart, ou, apesar de mencionarem consequências para a morte do proprietário do infoproduto, como na Monetize, não dispõem efetivamente sobre a forma de transmissão desses bens.

Neste sentido, faz-se necessário desenvolver o conteúdo acadêmico sobre o tema e, conseqüentemente, que os advogados inseridos nesse mercado se dediquem em promover a evolução, na prática, da sucessão dos direitos patrimoniais relacionados aos infoprodutos em caso de falecimento dos proprietários.

5 Considerações finais

Diante de todo o exposto, é relevante frisar que esta temática é nova no Direito brasileiro e não possui, até o momento, jurisprudência específica ou exposições doutrinárias acerca da forma de destinação dos infoprodutos após a morte de seu titular. Sendo certo que ao analisar, por analogia, os infoprodutos podem ser classificados como bens digitais e, dessa forma, serem objeto de sucessão patrimonial em caso de falecimento de seu proprietário. Também não há, nos projetos de lei identificados, menção direta à destinação dos infoprodutos, mas tão somente em face dos bens digitais como um todo.

³³ MONETIZE. *Termos e Condições de Uso ("Termos de Uso")*. [s.l]: Monetize, 2022. Disponível em: <https://www.monetize.com.br/termos#using>. Acesso em: 25 out. 2022.

Para além disso, considera-se que é importante que as plataformas digitais possuam disposições específicas sobre o tema, como a Monetize possui em seus Termos de Uso, facilitando o procedimento de sucessão dos bens, mesmo que deixe em face do Poder Judiciário a autorização para que os saques da receita obtida com a venda dos infoprodutos sejam realizados pelos interessados.

Pode-se concluir com o presente trabalho que os infoprodutos, apesar de poderem ser considerados bens digitais por meio de uma análise extensiva, ainda não possuem, em relação ao Direito Sucessório, estudos efetivos sobre seu conceito, forma de sucessão, entre outros temas acessórios, sendo necessário, portanto, que outros trabalhos acadêmicos, no campo do Direito Sucessório, sejam elaborados para que se contribua com o desenvolvimento do assunto.

Referências

ALMEIDA, Juliana Evangelista de. *A tutela jurídica dos bens digitais após a morte: Análise da possibilidade de reconhecimento da herança digital*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2017. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_AlmeidaJEv_1.pdf. Acesso em: 5 nov. 2022.

BONASSER, Felipe Lopes. *Projeto de Lei sobre Herança Digital*. Rio Grande do Sul: Colégio Registral Rio Grande do Sul, 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 8.562/17*. Acrescenta o Capítulo IIA e os arts. 1.797-A a 1.979-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que “institui 22 o Código Civil”. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=85BB792148C34CB1766D561F5E9715BD.proposicoesWebExterno1?codteor=1604326&fileame=Avulso+PL+8562/2017. Acesso em: 10 jun. 2022.

BRASIL. *Código Civil*. Brasília: Senado, 2002.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 5 de outubro de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 8 jun. 2022.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. *Diário Oficial da União*, 24 abr. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 22 maio 2022.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUIMARÃES, Gustavo Neves. *O Avanço das Empresas Digitais: Estudo de caso de uma startup de infoprodutos*. Uberlândia: UFU, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/28084/4/Avanc%CC%A7oEmpresasDigitais.pdf>. Acesso em: 27 set. 2022.

HOTMART. *Termos Gerais de Uso da Hotmart*. Belo Horizonte: Hotmart, 2022. Disponível em: <https://hotmart.com/pt-br/legal/termos-de-uso>. Acesso em: 25 out. 2022.

LIMA, Rocha Isabella. *Herança Digital*. Disponível em: http://bdm.unb.br/bitstream/10483/6799/1/2013_IsabelaRochaLima.pdf. Acesso em: 10 out. 2022.

MONETIZE. *Termos e Condições de Uso (“Termos de Uso”)*. [s.l]: Monetize, 2022. Disponível em: <https://www.monetize.com.br/termos#using>. Acesso em: 25 out. 2022.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. rev. atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PRÁ, Gabriel. *Criação e Venda de Infoprodutos*: Um estudo de caso sobre a Fórmula de Lançamento. Santa Catarina: Unisul, 2019. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/10577/1/TCC%20GABRIEL%20NUNES%20PR%C3%80%20-%20SUBMISS%C3%830.pdf>. Acesso em: 20 set. 2022.

RAMOS, Lucas Cotta de. *Herança digital*: sucessão do patrimônio cibernético. Caratinga: BRASIL, 2019. Disponível em: <https://lucascotta.jusbrasil.com.br/artigos/833289109/heranca-digital-sucessao-do-patrimonio-cibernetico/amp>. Acesso em: 10 nov. 2022.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil – Direito das Sucessões – Vol. 6*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

ZAMPIER, Bruno Torquato. *Bens Digitais*. Indaiatuba: Editora Foco Jurídico, 2017.

ZAMPIER, Bruno. *Bens digitais*: cybercultura, redes sociais, e-mails, músicas, livros, milhas aéreas, moedas virtuais. 2. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

POMPEU, Ivan Guimarães; MORO, Italo Nogueira de; GOMES, Sergio Milanez. A destinação da receita de infoprodutos após a morte de seu titular. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, p. 141-158, set./dez. 2022. DOI: 10.47975/digital.law.vol.3.n.3.pompeu.

Administração Pública como consumidora e a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos administrativos de Tecnologia da Informação

Public administration as a consumer and the applicability of the consumer protection code to information technology administrative contracts

Rafaella Queiroz Del Rei Conversani*

Universidad del Museo Social Argentino (Buenos Aires, Argentina)
rafaella@pge.ro.gov.br
<https://orcid.org/0000-0002-6402-5659>

Tais Macedo de Brito Cunha**

Pontifícia Universidade Católica do Rio grande do Sul (Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil)
taiscunha@pge.ro.gov.br
<https://orcid.org/0009-0007-3677-7734>

Rod Daniel Gomes***

Complexo de Ensino Renato Saraiva (Recife, Pernambuco, Brasil)
rodgomes.adv@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-7112-4268>

Recebido/Received: 15.12.2022/ December 15th, 2022

Aprovado/Approved: 16.02.2023/ February 16th, 2023

Como citar esse artigo/*How to cite this article*: CONVERSANI, Rafaella Queiroz del Rei; CUNHA, Tais Macedo de Brito; GOMES, Rod Daniel. Administração pública como consumidora e a aplicabilidade do código de defesa do consumidor aos contratos administrativos de tecnologia da informação. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, vol. 3, n. 3, p. 159-172, set./dez. 2022. DOI: 10.47975/digital.law.vol.3.n.3.conversani.

* Doutora em Direito pela Universidad del Museo Social Argentino. Procuradora do Estado de Rondônia.

** Doutoranda em Direito pela PUCRS. Mestre em Administração Pública pela Universidade Federal de Rondônia. Procuradora do Estado de Rondônia.

*** Especialista em Direito pelo CERS – Centro de Ensino Renato Saraiva.

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo analisar se o Código de Defesa do Consumidor é aplicável nos contratos administrativos. Para este propósito, são identificados os requisitos que o CDC exige para configuração da relação consumerista, para na sequência analisar se a Administração Pública atende estes requisitos no bojo do contrato administrativo, analisando-se em quais situações a Administração Pública é destinatária final para fins de aplicação do CDC, bem assim se os entes públicos podem ser parte vulnerável nos contratos administrativos. A pesquisa é documental e adota abordagem dedutiva, identificando as premissas fixadas na legislação, na doutrina e na jurisprudência, para analisar se a Administração Pública pode ser beneficiada com as prerrogativas que o CDC confere aos consumidores. Sem deixar de reconhecer que o tema é controverso, o trabalho conclui pela aplicabilidade do CDC nos contratos administrativos, especialmente quando os referidos contratos têm como objeto bens e serviços de Tecnologia da Informação, alertando para a necessidade de a advocacia pública evidenciar a vulnerabilidade do ente público no caso concreto.

Palavras-chave: Código de Defesa do Consumidor. Contrato administrativo. Cláusulas exorbitantes. Vulnerabilidade. Administração Pública.

Abstract: This paper aims to analyze whether the Consumer Protection Code is applicable in administrative contracts. For this purpose, the requirements that the CDC requires for the configuration of the consumer relationship are identified, to subsequently analyze whether the Public Administration meets these requirements in the context of administrative contracts, analyzing in which situations the Public Administration is the final recipient for purposes of application of the CDC, as well as whether public entities may be vulnerable parties in administrative contracts. The research is documental and adopts a deductive approach, identifying the premises established in the legislation, in the doctrine and in the jurisprudence, in order to analyze whether the Public Administration can benefit from the prerogatives that the CDC grants to consumers. While recognizing that the theme is controversial, the work concludes by the applicability of the CDC in administrative contracts, especially when said contracts have as their object goods and services of information technology, alerting to the need for public advocacy to evidence the vulnerability of the public entity in the concrete case.

Keywords: Consumer Defense Code. Administrative contract. Exorbitant clauses. Vulnerability. Public Administration.

Sumário: 1 Introdução – 2 Definição de consumidor como pilar que sustenta a tutela especial do CDC – 3 Estado como consumidor – 4 Vulnerabilidade da Administração Pública nos contratos de Tecnologia da Informação e a insuficiência das cláusulas exorbitantes nos contratos de Tecnologia da Informação – 5 Considerações finais – Referências

1 Introdução

O Estado não é autossuficiente e necessita recorrer ao mercado para a aquisição de bens e serviços que são imprescindíveis ao atendimento de suas obrigações constitucionais. Essas aquisições são materializadas por meio de contratos administrativos, que devem ser precedidos de procedimento licitatório, que tem por objetivo resguardar a isonomia, a impessoalidade e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

A Lei nº 14.133/2021 disciplina os contratos administrativos, impondo um regime jurídico próprio aos ajustes de vontade da Administração Pública, de natureza preponderantemente pública, que confere prerrogativas e ônus incomuns aos contratos privados.

De outro lado, o Código de Defesa do Consumidor consagra outra tutela especial no ordenamento jurídico pátrio: a proteção do vulnerável na ordem econômica. É dizer que no contexto das relações jurídicas de mercado o sujeito vulnerável é protegido pelo CDC.

O presente trabalho tem por objetivo analisar se o Estado pode ser favorecido com as prerrogativas estabelecidas pelo Código de Defesa do Consumidor quando adquire bens e serviços por meio de contrato administrativo, especialmente quando os bens ou serviços têm características técnicas sobressalentes, tais como os contratos administrativos de Tecnologia da Informação.

Esta análise parte da premissa básica de que são os sujeitos do contrato que definem se a relação é consumerista, não sendo relevante para esta caracterização o objeto ou a natureza do contrato. Neste sentido, o contrato de consumo pode ser materializado por meio de diferentes contratos: contrato de compra e venda, contrato de seguro, contrato de prestação de serviço, podendo ser incluído neste rol não exaustivo o contrato administrativo, desde que presentes as figuras do consumidor e do fornecedor (agente econômico).

Com efeito, a tutela especial do Código de Defesa do Consumidor tem como pilar a figura do consumidor. Neste sentido, analisar a possibilidade do contrato administrativo materializar uma relação consumerista perpassa pela verificação da presença ou não deste sujeito na relação contratual.

Assim, após uma breve apresentação dos requisitos que o CDC exige para a configuração da relação consumerista (2), será analisado se a Administração Pública atende estes requisitos no bojo do contrato administrativo (3), analisando em quais situações a Administração Pública é destinatária final para fins de aplicação do CDC (3.1) e a Jurisprudência do STJ sobre o tema (3.2), seguindo-se com a análise da possibilidade da Administração Pública ser parte vulnerável no contrato administrativo, especialmente nos contratos de Tecnologia da Informação (4) e considerações finais (5).

2 Definição de consumidor como pilar que sustenta a tutela especial do CDC

Acerca do conceito de consumidor, dispõe o art. 2º do CDC que “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. De pronto merece destaque que o legislador admitiu que pessoas jurídicas figurassem em uma relação de consumo na qualidade de consumidor, não tendo feito qualquer ressalva em relação às pessoas jurídicas de Direito Público, que estão, portanto, incluídas no conceito disposto no art. 2º como potenciais consumidoras, desde que preenchidos os demais requisitos.

A delimitação da caracterização do “destinatário final” representa o ponto mais controvertido da conceituação do consumidor, não havendo consenso na doutrina acerca da sua abrangência. Sobre o tema, prevalecem três correntes: a maximalista, a finalista e o finalismo aprofundado.

A corrente maximalista atribui sentido mais amplo ao conceito indeterminado trazido no art. 2º do CDC, admitindo como destinatário final aquele que retira o produto do mercado, ainda que com finalidade econômica. Foi a concepção que prevaleceu na primeira década de vigência do CDC, quando ainda estava vigente o Código Civil de 1916, que não respaldava os avanços verificados no Direito privado comparado – como a admissibilidade de circunstâncias excepcionais justificativas do inadimplemento e a responsabilidade civil objetiva – o que impulsionava a adoção do CDC como um código de mercado.²

O precedente representativo da corrente maximalista é o REsp 208.793/MT (JRP\2001\927), no qual o produtor agrícola que adquiriu adubo para uso em sua lavoura de arroz foi considerado consumidor, situação na qual o bem adquirido era insumo para a atividade econômica do adquirente.³ A corrente maximalista prevaleceu até 2004, ano em que o STJ julgou dois casos em sentido oposto (CComp 41.056/SP (JRP\2005\64) e RESp 541.867/BA (JRP\2006\43)), representando o início da predominância da corrente finalista.

Em contraposição à corrente maximalista, os finalistas partem da premissa de que um regime protetivo não é aplicável a todos, sob pena de ter descaracterizada a sua própria razão de ser. Nesta linha, para a corrente finalista destinatário final é apenas aquele que retira o bem ou serviço da cadeia produtiva, fazendo uso destes sem finalidade econômica. Nesta concepção o agricultor que adquire adubo não é consumidor, já que o adubo é insumo da sua atividade produtiva, havendo neste caso atividade econômica e não consumo.

Apresentando-se como uma concepção mais branda que a corrente finalista, o finalismo aprofundado admite a figura do “consumidor intermediário”, conferindo a tutela especial consumerista às pessoas jurídicas que, embora não sejam destinatárias finais, apresentam-se como vulneráveis naquela relação contratual. É a concepção que hoje prevalece na jurisprudência do STJ, sendo objeto de críticas pela doutrina por representar uma contradição em termos quando admite um sujeito intermediário para um instituto que a lei exige a destinação final.⁴

² PASQUALOTTO, Adalberto. O destinatário final e o “consumidor intermediário”. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 74, p. 7-42, abr./jun. 2010, Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor, vol. 1, p. 901-933, abr. 2011, DTR/2010/527.

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 208.793/MT, CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 18.11.1999, DJ 01.08.200.4.

⁴ PASQUALOTTO, Adalberto. *O destinatário final e o “consumidor intermediário”*.

Ainda no que diz respeito à caracterização da relação de consumo, impende associar ao conceito delimitado no art. 2º do CDC “o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”, conforme disciplina do art. 4º, I, do CDC.⁵ É a vulnerabilidade pressuposto da teoria do consumidor, característica que justifica a tutela especial.

Do exposto, verifica-se que a pessoa jurídica deve atender dois requisitos para preencher as exigências impostas pelo CDC para qualificação do consumidor: ser destinatário final e hipossuficiente. Passa-se, então, à análise do atendimento destes requisitos pelo Estado quando adquire bens e serviços por meio de contrato administrativo.

3 Estado como consumidor

Conforme já destacado, o Código de Defesa do Consumidor admite expressamente que pessoas jurídicas sejam consumidoras em uma relação contratual (art. 2º), não fazendo qualquer ressalva acerca da qualificação exigida para as pessoas jurídicas consumidoras, se de direito público ou de direito privado, por exemplo.

De outro lado, o legislador foi mais detalhista ao definir a figura do fornecedor, estabelecendo no art. 3º do CDC como fornecedor “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”.

A ausência de referência expressa às pessoas jurídicas públicas na definição do consumidor, associada à existência de menção expressa desta qualificação para o fornecedor, pode conduzir à conclusão de que o legislador não pretendeu incluir os entes públicos como possíveis consumidores. Esta não parece, contudo, ser a compreensão acertada.

Ao não fazer qualquer restrição à pessoa jurídica na qualificação de consumidor, o legislador admitiu que qualquer pessoa jurídica, desde que preenchidos os demais requisitos, seja consumidora. Não cabe ao intérprete restringir o que não foi restringido pelo próprio legislador. Seja pela literalidade da norma, seja por uma interpretação finalística, a pessoa jurídica vulnerável na ordem econômica faz jus às prerrogativas conferidas pelo CDC ao consumidor, seja ela de direito público ou de direito privado.

⁵ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm.

Acrescente-se que em relação ao conceito de fornecedor a referência expressa às pessoas jurídicas de direito público se fazia necessária para não pairar dúvidas acerca da possibilidade dos entes públicos se apresentarem em uma relação contratual como fornecedores. Isso porque a Constituição Federal admite apenas excepcionalmente exploração de atividade econômica pelo Poder Público, que ocorre nas hipóteses autorizadas por meio de pessoas jurídicas de direito privado (empresas públicas e sociedades de economia mista).

Deste modo, sendo o fornecedor um agente econômico, a ausência de referência expressa às pessoas jurídicas de direito público certamente conduziria o intérprete a afastar os entes públicos deste conceito.

3.1 Administração Pública como destinatária final

A qualificação da Administração Pública como consumidora pressupõe a aquisição ou utilização de produto ou serviço como destinatária final. Um dos dilemas que surge, portanto, é a definição das situações nas quais a Administração Pública se enquadra como destinatária final para fins de incidência do CDC.

A Administração Pública adquire bens e serviços em duas diferentes situações: 1) para utilização pelos próprios servidores no desempenho de suas competências funcionais (material de escritório, veículos e mobiliário); 2) para colocar à disposição dos usuários de serviços públicos (medicamentos fornecidos nos hospitais públicos, marmitas fornecidas nos estabelecimentos prisionais, alimentos de merenda escolar etc.).⁶ Com esta diferenciação, Fábio Ulhoa conclui que em relação aos bens e serviços que são utilizados pelo cidadão “seria inadequada a tentativa de submeter a aquisição ao regime consumerista, porque o sentido econômico do ato administrativo, na hipótese, é o de intermediação”.⁷ É dizer que nestes casos o destinatário final seria o usuário do serviço público e não a Administração Pública. Não é este, contudo, o entendimento adotado no presente trabalho.

Conforme esclarecido linhas atrás, há três correntes acerca da delimitação do conceito de destinatário final: maximalista, finalista e finalismo aprofundado.

Na linha da corrente maximalista que enquadra como destinatário final aquele que retira o bem ou serviço do mercado (ainda que exista finalidade econômica, como no exemplo do adubo), a Administração Pública seria destinatária final nas duas situações elencadas por Fábio Ulhoa.

⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *A nova Lei de Licitações e o Código de Defesa do Consumidor de bens e serviços*. Disponível em: https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/6_%20A%20NOVA%20LEI.pdf. Acesso em: 6 jul. 2021.

⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *A nova Lei de Licitações e o Código de Defesa do Consumidor de bens e serviços*.

Adotando-se a linha finalista também é possível admitir a Administração Pública como destinatária final em ambas as situações. Isso porque para esta corrente é consumidor aquele que retira o produto do ciclo produtivo, não tendo finalidade econômica quando transfere o bem. Neste sentido, a Administração Pública não deixa de ser consumidora quando adquire um medicamento que será usado por um cidadão em um hospital público, já que não há finalidade econômica nesta transferência, não sendo o medicamento um insumo de uma atividade produtiva, assim como a merenda escolar ou o livro que é fornecido ao estudante da escola pública.

Já na concepção do finalismo aprofundado, importa apenas a demonstração da vulnerabilidade, admitindo-se como consumidor o destinatário intermediário, mesmo com a finalidade econômica. Nesta linha, a diferenciação em destinatário final e intermediário não seria relevante para a caracterização da relação de consumo, desde que demonstrada a vulnerabilidade, o que subsidia as críticas direcionadas a esta corrente.

Observa-se, portanto, que não importa a corrente adotada, a Administração Pública se enquadra como destinatária final nas duas situações: quando adquire bens e serviços para o funcionamento da própria máquina pública e quando adquire bens e serviços que são transferidos para uso do cidadão.

3.2 Jurisprudência do STJ

O estudo da aplicabilidade do CDC aos contratos administrativos deve necessariamente perpassar pela análise da jurisprudência do STJ, órgão do Poder Judiciário que tem a missão constitucional de uniformizar a interpretação da legislação federal.

Em que pese o tema em análise já ter sido enfrentado pelo STJ em diferentes oportunidades, ainda não há um entendimento uníssono, o que corrobora a complexidade da matéria. Para exposição do tema no presente trabalho, serão abordados três acórdãos representativos dos diferentes posicionamentos do STJ: REsp n. 1.772.730 – DF (2018/0264871-6), REsp n. 1.745.415 – SP (2017/0083951-3) e RMS n. 31.073 – TO (2009/0210689-5).

No bojo do REsp 1.772.730 – DF, o STJ fixou diversas premissas que conduzem ao reconhecimento da aplicabilidade do CDC aos contratos administrativos. No referido julgado, a Segunda Turma do STJ reconheceu a possibilidade da Administração Pública figurar como parte vulnerável em um contrato administrativo e, por consequência, a aplicabilidade das prerrogativas consagradas no CDC à Administração Pública. Em que pese o referido entendimento, o acórdão concluiu incidir no caso a súmula 07, uma vez que “a aferição das circunstâncias do caso concreto para

apuração da existência de excepcionalidade e vulnerabilidade da Administração Pública demandaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos”.

Já no RMS 31073/TO, a Segunda Turma do STJ concluiu que, “em se tratando de contrato administrativo, em que a Administração é que detém posição de supremacia justificada pelo interesse público, não incidem as normas contidas no CDC, especialmente quando se trata da aplicação de penalidades”. Esta premissa conduz à compreensão de que a inaplicabilidade do CDC aos contratos administrativos é automática e incondicionada, em razão das prerrogativas conferidas ao Poder Público nos contratos administrativos. Entretanto, em um segundo momento, o acórdão admite a incidência do CDC nos contratos administrativos em situações excepcionais em que a Administração assume posição de vulnerabilidade técnica, científica, fática ou econômica perante o fornecedor, reconhecendo, portanto, a possibilidade, ainda que excepcional, do ente público ser vulnerável em um contrato administrativo.

Por fim, no REsp n. 1.745.415 – SP (2017/0083951-3), a Terceira Turma do STJ afastou a aplicabilidade do CDC ao fundamento de que “a lei já assegura às entidades da Administração Pública inúmeras prerrogativas nas relações contratuais com seus fornecedores, não havendo necessidade de aplicação da legislação consumerista”. Neste caso, o fundamento da inaplicabilidade do CDC foi a desnecessidade, como se houvesse identidade entre as prerrogativas conferidas pelo CDC ao consumidor e as prerrogativas conferidas ao Poder Público no bojo dos contratos administrativos, tornando desnecessário o Poder Público recorrer ao CDC para atendimento de suas pretensões. Entretanto, esta premissa é equivocada.

Em contraposição a este último argumento utilizado pelo STJ para afastar a aplicação do CDC aos contratos administrativos, pertinente trazer alguns exemplos que evidenciam que há prerrogativas conferidas pelo CDC ao consumidor que não têm paralelo no contrato administrativo, justificando a necessidade do ente público suscitar a aplicação do CDC.

O primeiro exemplo tem respaldo no direito do consumidor de exigir o cumprimento forçado da obrigação (art. 35, I, do CDC), prerrogativa inexistente na Lei nº 14.133/2021, que disciplina os contratos administrativos. Se um pequeno município adquire medicamentos de um grande fornecedor, o não cumprimento do contrato sob o argumento de falta de estoque autoriza com lastro na Lei nº 14.133/2021 tão somente a rescisão do contrato e a aplicação de penalidades. Esta solução, contudo, não resolve a demanda da Administração Pública, que neste caso terá que licitar novamente para dispor dos medicamentos necessários. A incidência do CDC neste caso seria imprescindível para exigir o cumprimento forçado da obrigação pelo contratado.

O segundo exemplo tem como referência a disciplina dos artigos 12 e 14 do CDC, que consagram a responsabilidade objetiva por danos causados por produtos e serviços defeituosos. No âmbito do contrato administrativo a responsabilidade do contratado é subjetiva, não havendo respaldo na Lei nº 14.133/2021 para ser atribuída responsabilidade ao fornecedor independentemente de culpa. Neste sentido, se o aparelho de raio-x adquirido por um Estado explode, causando danos no hospital público, ou se ele provoca aborto em mulheres grávidas, a responsabilidade do contratado exclusivamente com lastro na Lei nº 14.133/2021 exigirá a análise da culpa do contratado, dificultando a comprovação do direito do ente público ser ressarcido. De outro lado, suscitar o CDC neste caso permitiria que o caso fosse analisado sob a perspectiva da responsabilidade objetiva do fornecedor, tornando desnecessária a análise da culpa.

Em que pese ainda ser matéria controvertida no âmbito do STJ, verifica-se nos julgados uma tendência de predominar o reconhecimento da aplicabilidade do CDC aos contratos administrativos, desde que demonstrada a vulnerabilidade do ente público na relação contratual.

4 Vulnerabilidade da Administração Pública nos contratos de Tecnologia da Informação e a insuficiência das cláusulas exorbitantes nos contratos de Tecnologia da Informação

O ponto mais controverso acerca da possibilidade do Estado figurar como consumidor em uma relação contratual incide na vulnerabilidade. A doutrina e as decisões que afastam a possibilidade do Estado ser consumidor fundamentam sua posição na impossibilidade do Estado ser parte vulnerável em um contrato administrativo.

Essa impossibilidade decorreria do fato do contrato administrativo ser submetido a um regime jurídico que confere prerrogativas aos entes públicos, que estariam, portanto, em uma posição de supremacia em face do contratado. Neste sentido é a doutrina de Marçal Justen Filho, que sobre o tema leciona o seguinte:

Ressalvadas as hipóteses em que a Administração se encontre exatamente na posição de um consumidor, não se aplicam aos contratos administrativos as normas do Código de Defesa do Consumidor. Tais normas destinam-se a disciplinar relações econômicas praticadas no mercado em geral e se destinam a neutralizar a posição de inferioridade econômica do consumidor. De modo genérico, as contratações da Administração incorporam

mecanismos destinados a lhe assegurar poderes jurídicos diferenciados, que não são atribuídos a um consumidor comum.⁸

Antes da análise destes argumentos é imprescindível a compreensão de que são diversas as vulnerabilidades do consumidor, valendo detalhar para o propósito do presente trabalho as seguintes vulnerabilidades: jurídica, técnica, econômica e fática.

A vulnerabilidade técnica reside no fato do consumidor não possuir conhecimento técnico para avaliar as características do produto, sendo detentor destas informações o fornecedor, único que possui conhecimento aprofundado do produto nesta relação contratual. Já a vulnerabilidade econômica ocorre quando há inferioridade econômica do consumidor frente à capacidade econômica do fornecedor. A vulnerabilidade jurídica, por seu turno, resta verificada diante da ausência de conhecimentos jurídicos específicos pelo consumidor. Por fim, a vulnerabilidade fática ocorre quando o fornecedor detém monopólio, impondo sua superioridade em razão da essencialidade do serviço.⁹

Com a devida compreensão das vulnerabilidades da relação de consumo, deve-se passar à análise do regime jurídico dos contratos administrativos, devendo ser verificado se este regime tem por objetivo ou consequência a superação de toda e qualquer vulnerabilidade do consumidor.

A Constituição Federal exige que, ressalvados os casos especificados na legislação, as contratações públicas sejam precedidas de processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes. A Lei nº 14.133/2021 disciplina as licitações e os contratos administrativos, estabelecendo em seu art. 11 os seguintes objetivos do processo licitatório: I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto; II - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição; III - evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos; e IV - incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.¹⁰

Em resumo, pode-se afirmar que o procedimento licitatório tem o objetivo de garantir que as compras públicas ocorram de forma objetiva, sem interferência de

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 1207.

⁹ CUNHA, Jatir Batista da. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos administrativos. *R. TCU*, Brasília, v. 32, n. 87, jan./mar. 2001. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/917>. Acesso em: 6 jul. 2021.

¹⁰ BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021: Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 25 jun. 2021.

preferências ou desavenças do gestor público, garantindo-se assim a isonomia, a impessoalidade e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

De outro lado, a análise das prerrogativas conferidas à Administração Pública no bojo dos contratos administrativos conduz à conclusão de que elas, por si só, não têm por efeito automático a superação de eventuais vulnerabilidades existentes.

Acerca das cláusulas exorbitantes, verifica-se a necessidade de desmistificar o seu potencial de tornar o ente público insuscetível a vulnerabilidades. Para este propósito, é necessário conhecer quais são as cláusulas exorbitantes do contrato administrativo, afastando a compreensão equivocada de que são cláusulas que conferem poderes ilimitados ao Poder Público e que seriam cláusulas ilegais nos contratos privados. São elas: alteração unilateral do contrato, rescisão unilateral, fiscalização da execução do contrato, aplicação de sanções e ocupação provisória de bens móveis e imóveis em dadas situações. Em que pese incomuns nos contratos privados, todas as referidas cláusulas são encontradas em outras espécies contratuais para além dos contratos administrativos.¹¹

No que diz respeito à possibilidade da Administração Pública alterar unilateralmente o contrato, impende esclarecer que este poder sofre severas limitações, não podendo o ente público realizar qualquer tipo de alteração, mas apenas aquelas delimitadas na Lei nº 14.133/2021.

No âmbito do Direito privado também há contratos que admitem a alteração unilateral do conteúdo contratual por uma das partes. O contrato de transporte de coisas é um exemplo, permitindo o Código Civil em seu artigo 748 que o remetente altere, mesmo após iniciado o transporte da coisa, o seu destinatário. Já nos contratos de empreitada o Código Civil possibilita que o dono da obra altere o projeto inicial, sendo o empreiteiro obrigado a aceitar as alterações, percebendo o preço equivalente, desde que as alterações não sejam desproporcionais ao projeto inicialmente aprovado (arts. 619 e 625). Outro exemplo é verificado no contrato de trabalho, que admite que o empregador mude a localidade de prestação do serviço pelo empregado (art. 469, §3º, da CLT).

Também não é a Administração Pública a única beneficiária da prerrogativa de rescindir unilateralmente o contrato (art. 78, XII e XIII, da Lei nº 8.666/93). O locatário (art. 4º da Lei nº 8.245/91)¹² e o empreiteiro (art. 623 do Código Civil)¹³ gozam deste mesmo poder.

¹¹ ARÉDES, Sirlene Nunes. As cláusulas exorbitantes e a distinção dos contratos da Administração em contratos administrativos e contratos de direito privado. *Revista de Direito Administrativo*, v. 253, p. 173-198, jan./abr. 2010.

¹² BRASIL. Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8245.htm. Acesso em: 6 set. 2010.

¹³ Brasil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 6 set. 2010.

Outra cláusula que é apontada como exorbitante é a que dispõe a possibilidade da Administração Pública fiscalizar a execução do contrato. Entretanto, esta prerrogativa é inerente a todos os contratos, sendo inclusive prerrogativa imprescindível para que um dos contratantes invoque a exceção de contrato não cumprido (art. 476 do CC) ou para que seja possível a rescisão por inadimplemento da outra parte (art. 475 do CC).

A aplicação de sanções também não é prerrogativa exclusiva da Administração Pública, consubstanciando possibilidade lícita e até mesmo comum no âmbito dos contratos privados. A cláusula penal e a arras penitenciais são exemplos da possibilidade de estipulação de sanção por inexecução contratual, valendo mencionar também o contrato de trabalho, que admite a aplicação das penalidades de advertência, suspensão e justa causa pelo empregador.

Ademais, conhecer as cláusulas que são apontadas como exorbitantes também permite concluir que, ainda que resultem em uma superioridade jurídica do ente público, não resultam necessariamente na dissolução de eventual vulnerabilidade técnica, econômica ou fática do ente público contratante. Afinal, essas cláusulas não têm o condão de superar a assimetria de informações existente entre o ente público e seu fornecedor (vulnerabilidade técnica). Do mesmo modo, um pequeno município não deixa de ser vulnerável perante um fornecedor com poderio econômico (vulnerabilidade econômica), ou diante de um fornecedor que detém o monopólio de um serviço ou bem essencial (vulnerabilidade fática), pelo simples fato de fazer essa aquisição por meio de contrato administrativo.

O desenvolvimento da tecnologia e a automatização dos serviços públicos não apenas facilitaram o seu exercício, mas também criaram complexidades que precisam ser objeto de atenção. No âmbito dos contratos de Tecnologia da Informação, a ideia da vulnerabilidade estatal é sobressaltada em seu aspecto técnico, uma vez que as contratações de Tecnologia da Informação devem estar amparadas por uma equipe preparada que tenha conhecimento sobre os *softwares* e *hardwares* empregados dentro da instituição, bem como seus processos de funcionamento.¹⁴ Mesmo uma equipe preparada pode apresentar-se incapaz de contrapor os poderes de uma empresa de tecnologia, dadas às especificidades do mercado ou de uma ferramenta.

Conforme é possível verificar, as denominadas cláusulas exorbitantes, além de não conferirem poderes ilimitados ao Poder Público, são encontradas também no âmbito do Direito privado, o que desmistifica a equivocada compreensão de

¹⁴ BACHMANN, Christian; SERRATTO, Ana Paula de Campos. O papel da TI no processo de segurança e proteção de dados na Administração Pública. In: PIRONTI, Rodrigo (coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados no Setor Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p 90. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4178/4365/29916>. Acesso em: 11 jan. 2023.

que representam superpoderes exclusivos do contrato administrativo em favor da Administração Pública.

5 Considerações finais

O tema da aplicabilidade do CDC nos contratos administrativos não é pacífico, encontrando posições divergentes tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Em que pese a divergência, a jurisprudência do STJ parece sinalizar pela prevalência do entendimento que reconhece a aplicação do CDC, desde que demonstrada a vulnerabilidade do ente público naquela relação contratual.

Neste sentido, a advocacia pública deve estar atenta à necessidade de demonstração da vulnerabilidade do ente público no caso concreto, a fim de viabilizar a incidência no contrato administrativo das prerrogativas que o CDC confere ao consumidor.

Com o aumento do uso de bens e serviços de tecnologia da informação, o Estado tornou-se mais eficiente, todavia trouxe riscos e malefícios atinentes a esse fenômeno. A utilização do Código de Defesa do Consumidor nos contratos atinentes a bens e serviços dessa natureza é, portanto, ainda mais justificada, vez que as prerrogativas da Administração Pública são insuficientes para contrapor o poder das fornecedoras de bens tecnológicos.

Referências

ARÊDES, Sirlene Nunes. As cláusulas exorbitantes e a distinção dos contratos da Administração em contratos administrativos e contratos de direito privado. *Revista de Direito Administrativo*, v. 253, p. 173-198, jan./abr. 2010.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm.

Brasil. Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8245.htm. Acesso em: 6 set. 2010.

Brasil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 6 set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança no 31.073/TO, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2010, DJe 08/09/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial no 745415/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 21/05/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial no 1772730/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/05/2020, DJe 16/09/2020.

BRITO, Dante Ponte de; COSTA, Cora Cristina Ramos Barros. Contratos Administrativos e aplicabilidade das normas consumeristas. Arquivo Jurídico – ISSN 2317-918x – Teresina-PI - V. 4,

n. 1, p. 55-83. Disponível em: <https://revistas.ufpi.br/index.php/raj/article/view/7418> <https://revistas.ufpi.br/index.php/raj/article/view/7418>. Acesso em: 6 jul. 2021.

COELHO, Fábio Ulhoa. *A nova Lei de Licitações e o Código de Defesa do Consumidor de bens e serviços*. Disponível em: https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/6_%20A%20NOVA%20LEI.pdf. Acesso em: 6 jul. 2021.

CUNHA, Jatir Batista da. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos administrativos. *R. TCU*, Brasília, v. 32, n. 87, jan./mar. 2001. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/917>. Acesso em: 6 jul. 2021.

EFING, Antônio Carlos; SANTOS, Fábio de Sousa; GUALBERTO, Stênio Castiel. Análise do contrato administrativo como instrumento da política nacional das relações de consumo. *Revista Eletrônica Direito e Política*, programa de pós-graduação *stricto sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 13, n. 3, 3º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica – ISSN 1980-7791.

GARCIA, Flávio Amaral. O Estado como consumidor. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 6, n. 63, maio 2006. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=35481>. Acesso em: 6 jul. 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

PASQUALOTTO, Adalberto. O destinatário final e o “consumidor intermediário”. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 74, p. 7-42, abr./jun. 2010, Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor, vol. 1, p. 901-933, abr. 2011, DTR/2010/527.

PIRONTI, Rodrigo (coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados no Setor Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4178/4365/29916>. Acesso em: 11 jan. 2023.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CONVERSANI, Rafaela Queiroz Del Rei; CUNHA, Tais Macedo de Brito; GOMES, Rod Daniel. Administração Pública como consumidora e a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos administrativos de Tecnologia da Informação. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, p. 159-172, set./dez. 2022. DOI: 10.47975/digital.law.vol.3.n.3.conversani.

Sobre a Revista

IJDL – INTERNATIONAL JOURNAL OF DIGITAL LAW

Objetivo

O International Journal of Digital Law é um periódico científico eletrônico de acesso aberto e periodicidade quadrimestral promovido pelo **Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano (NUPED)**, do **Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná**.

O Conselho Editorial é composto por renomados professores vinculados a instituições de ensino superior do Brasil, Argentina, Austrália, Colômbia, Espanha, Egito, França, Holanda e Índia. A linha editorial segue o eixo das atividades de pesquisa do NUPED, um grupo inscrito no diretório do CNPq e filiado à **Rede de Pesquisa em Direito Administrativo Social (REDAS)**. Seu enfoque é o estudo crítico das instituições jurídico-políticas típicas do Estado de Direito, notadamente as voltadas à inovação e ao desenvolvimento humano por intermédio da revolução digital.

Linha Editorial

A linha editorial segue o eixo de concentração do **NUPED – PPGD/PUCPR** intitulada “**Direito Econômico e Desenvolvimento**”. Por sua vez, a área congrega duas importantes linhas de pesquisa: 1. **Estado, Economia e Desenvolvimento** e 2. **Direitos Sociais, Globalização e Desenvolvimento**. A revista dará destaque a este marco teórico. Entretanto, transversalmente ao tema da economia, do desenvolvimento, da globalização e dos direitos sociais, as palavras-chave que melhor definem o escopo da revista implicam a tratativa de temas como: acesso à informação, *big data*, *blockchain*, cidades inteligentes, contratos inteligentes, *crowdsourcing*, cibercrimes, democracia digital, direito à privacidade, direitos fundamentais, *e-business*, economia digital, educação digital, eficiência administrativa, *e-government*, *fake news*, *gig economy*, globalização, inclusão digital, infraestrutura, inovação, inteligência artificial, interesse público, internet, internet das coisas, jurimetria, *lawfare*, novas tecnologias, perfilamento digital, pesquisa em multimeios, processo administrativo eletrônico, proteção de dados, regulação administrativa, regulação econômica, risco, serviços públicos, sistemas de informação, sociedade da informação, transparência governamental e telecomunicações.

Double blind peer review

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de doutor, todos eles exógenos à instituição promotora da revista (PUCPR). Os pareceristas são, portanto, sempre pesquisadores vinculados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

Cobertura temática (classificação do CNPq)

GRANDE: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7)/Área: Direito (6.01.00.00-1)/
Subárea: Direitos Especiais (6.01.04.00-7)

GRANDE: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7)/Área: Ciência da Informação
(6.07.00.00-9)/Subárea: Teoria da Informação (6.07.01.00-5)

GRANDE: Ciências Exatas e da Terra (1.00.00.00-3)/Área: Ciência da Computação
1.03.00.00-7/Subárea: Sistemas de Computação (1.03.04.00-2)

Diretrizes para Autores

1. Submissão de artigos

As propostas de artigos para publicação na *International Journal of Digital Law* deverão ser enviadas através do sistema eletrônico de submissões (gratuitamente), por meio de cadastro no Sistema Eletrônico e acesso mediante login e senha a ser realizado no [site](#). Não serão aceitas propostas enviadas por e-mail. A revista reserva-se o direito de aceitar ou rejeitar qualquer original recebido, de acordo com as recomendações do seu corpo editorial, inclusive por inadequação da temática do artigo ao perfil editorial da revista, como também o direito de propor eventuais alterações.

2. Qualificação dos autores

Ao menos um dos autores do artigo deverá possuir o título de Doutor (Dr.), Doctor of Juridical Science (J.S.D. ou S.J.D.), Doctor juris (Dr. iur. ou Dr. jur.), Doctor of Philosophy (Ph.D.) ou Legum Doctor (LL.D.). A exigência poderá ser relativizada, nunca extrapolando o percentual de 30% por edição, em casos excepcionais de: (i) artigos de autores afiliados a instituições estrangeiras; (ii) artigos escritos em inglês.

3. Ineditismo e exclusividade

Os textos para publicação na *International Journal of Digital Law* deverão ser inéditos e para publicação exclusiva, salvo no caso de artigos em língua estrangeira que tenham sido publicados fora do país. Uma vez publicados nesta revista, também poderão sê-lo em livros e coletâneas, desde que citada a publicação original. Roga-se aos autores o compromisso de não publicação em outras revistas e periódicos, bem como de que as propostas de artigo não se encontrem postulados de forma simultânea em outras revistas ou órgãos editoriais.

4. Idiomas

Podem ser submetidos artigos redigidos em Português, Espanhol ou Inglês.

5. Cadastro dos metadados no sistema eletrônico de submissões

5.1. No momento da submissão do artigo no sistema eletrônico, os campos dos metadados deverão ser preenchidos obrigatoriamente de acordo com estas diretrizes, sob pena de rejeição liminar da submissão.

5.2. Autores

5.2.1. Nome/Nome do Meio/Sobrenome: indicação do nome completo do(s) autor(es) apenas com as iniciais de cada nome em caixa alta. Em caso de artigos em coautoria, os nomes de todos os coautores devem ser inseridos no sistema na ordem que deverá constar no momento da publicação.

5.2.2. E-mail: indicação do e-mail do(s) autor(es) para contato, que será obrigatoriamente divulgado na versão publicada do artigo.

5.2.3. ORCID iD: indicação do número de identificação ORCID (para maiores informações [clique aqui](#)). O identificador ORCID pode ser obtido no [registro ORCID](#). Você deve aceitar os padrões para apresentação de iD ORCID e incluir a URL completa; por exemplo: <https://orcid.org/0000-0003-1781-1726>.

5.2.4. URL: link para o currículo completo do autor. No caso de autores brasileiros, deve ser indicado o link para o Currículo Lattes.

5.2.5. Instituição/Afiliação: indicação da sua principal afiliação institucional ou das duas principais, caso o vínculo com ambas possua a mesma importância (instituição à qual encontra-se vinculado como docente ou discente, ou, caso não seja docente ou discente, a instituição onde foi obtido o seu maior título acadêmico, como doutorado, mestrado, especialização etc.). O nome da instituição deverá constar por extenso e na língua original da instituição (ou em inglês quando a escrita não for latina), seguida da indicação do país de origem da instituição entre parênteses. Caso o autor seja docente e esteja cursando mestrado ou doutorado em outra instituição, a afiliação principal será a da instituição na qual o autor figura como mestrando ou doutorando.

5.2.6. País: indicação do país da principal afiliação institucional do autor.

5.2.7. Resumo da biografia: indicação do mini currículo, iniciando com a indicação da instituição onde figura como docente, seguida de cidade, sigla do Estado e país entre parênteses, indicação das titulações acadêmicas (começando pela mais elevada), outros vínculos com associações científicas, profissão etc.

5.3. Título e Resumo

5.3.1. Título: título no idioma do artigo, com apenas a primeira letra da sentença em maiúscula.

5.3.2. Resumo: resumo no idioma do artigo, sem parágrafo ou citações e referências, com até 200 palavras.

5.4. Indexação

5.4.1. Palavras-chave: indicação de 5 palavras-chave no idioma do artigo (em letras minúsculas e separadas por ponto vírgula).

5.4.2. Idioma: indicar a sigla correspondente ao idioma do artigo (Português=pt; English=en; Español=es).

5.5. Contribuidores e Agências de fomento: os artigos resultantes de projetos de pesquisa financiados deverão indicar neste campo a fonte de financiamento.

5.6. Referências: inserir a lista completa de referências citadas no artigo, dando um espaço entre cada uma delas.

6. Apresentação do texto e elementos pré-textuais

6.1. Recomenda-se que o trabalho tenha entre 15 e 30 páginas (tamanho A4 – 21 cm x 29,7 cm), compreendendo a introdução, desenvolvimento, conclusão (não necessariamente com esses títulos) e uma lista de referências bibliográficas.

6.2. As margens utilizadas deverão ser: esquerda e superior de 3 cm e direita e inferior de 2 cm.

6.3. No corpo do texto deverá ser utilizada Fonte Times New Roman, tamanho 12, espaçamento entre linhas de 1,5 cm e espaçamento de 0 pt (pontos) antes e depois dos parágrafos.

6.4. Nas notas de rodapé deverá ser utilizada Fonte Times New Roman, tamanho 10, espaçamento simples entre linhas.

6.5. No desenvolvimento do texto, os parágrafos deverão conter recuo de 1,5 cm em relação à margem esquerda. Títulos e subtítulos deverão estar alinhados à margem esquerda, sem recuo.

6.6. A estruturação deverá observar a exposta neste item 6.6.

6.6.1. Título no idioma do artigo, com apenas a primeira letra da sentença em maiúscula e em itálico, centralizado.

6.6.2. Nos casos de necessidade de indicar informações a respeito do artigo (financiamento por agências de fomento, agradecimentos, tradutores do texto etc.), deverá ser inserida uma nota de rodapé com um asterisco (e não com número) situada à direita do título no idioma do artigo.

6.6.3. Título em inglês, com apenas a primeira letra da sentença em maiúscula, em itálico e centralizado. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelo título em português.

6.6.4. O artigo não deve incluir os nomes do(s) autor(es). As informações, para fins de publicação, serão retiradas dos metadados inseridos pelo(s) autor(es) no sistema eletrônico da revista no momento da submissão.

6.6.5. Resumo no idioma do artigo (fonte Times New Roman 12, espaçamento entre linhas simples, sem parágrafo ou citações e referências, com até 200 palavras), antecedido da palavra “Resumo” escrita no idioma do artigo.

6.6.6. Indicação de 6 palavras-chave no idioma do artigo (em letras minúsculas e separadas por ponto vírgula), antecidas da expressão “Palavras-chave” redigida no idioma do artigo.

6.6.7. Resumo em inglês (Fonte Times New Roman 12, espaçamento entre linhas simples, sem parágrafo ou citações e referências, com até 200 palavras), antecedido da palavra “Abstract”. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelo resumo em português.

6.6.8. Indicação de seis palavras-chave em inglês (em letras minúsculas e separadas por ponto e vírgula), antecidas da expressão “Keywords”. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelas palavras-chave em português.

6.6.9. Sumário com a identificação dos títulos das seções e das subseções, com numeração progressiva, separados por ponto vírgula, sequencialmente e em parágrafo único.

6.6.10. Desenvolvimento do trabalho científico: a numeração progressiva, em números arábicos, deve ser utilizada para evidenciar a sistematização do conteúdo do trabalho.

6.6.11. Lista das referências bibliográficas efetivamente utilizadas no artigo, ao final do trabalho, separadas por um espaço simples, alinhadas à margem esquerda (sem recuo).

6.6.12. Aplicam-se, para os demais aspectos de formatação, as normas técnicas brasileiras (ABNT NBR 10520:2002 e 14724:2011).

6.6.13. No caso de artigos com 4 ou mais autores, é necessário incluir uma nota de rodapé indicando qual foi a contribuição de cada um.

6.7. Todo destaque que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso de itálico, ficando vedada a utilização de negrito, sublinhado ou caixa alta para fins de dar destaque ao texto.

6.8. Figuras e tabelas devem estar inseridas no texto, e não no final do documento na forma de anexos.

7. Metodologia científica

7.1. As referências dos livros, capítulos de obras coletivas, artigos, teses, dissertações e monografias de conclusão de curso de autores citados ou utilizados como base

para a redação do texto devem constar em nota de rodapé, com todas as informações do texto, em observância às normas técnicas brasileiras (ABNT NBR 6023:2018), e, especialmente, com a indicação da página da qual se tirou a informação apresentada no texto logo após a referência.

7.1.1. O destaque dado ao título dos livros (ou revistas) citados deverá constar em itálico, ficando vedada a utilização de negrito.

7.1.2. Os artigos redigidos com citação no formato AUTOR-DATA não serão aceitos para publicação, somente o sistema de chamadas numérico exposto nas notas de rodapé.

7.1.3. As referências deverão constar da seguinte forma:

7.1.3.1. Livros:

SOBRENOME, Nome. *Título da obra em itálico*: subtítulo sem itálico. número da edição. Cidade: Editora, ano.

Exemplo:

KEEN, Andrew. *Vertigem digital*: por que as redes sociais estão nos dividindo, diminuindo e desorientando. Trad. Alexandre Martins, Rio de Janeiro: Zahar, 2012. 254p.

7.1.3.2. Capítulos de livros coletivos:

SOBRENOME, Nome. Título do capítulo sem itálico. In: SOBRENOME DO 1º ORGANIZADOR, Nome do organizador; SOBRENOME DO 2º ORGANIZADOR, Nome do 2º organizador e assim sucessivamente, separados por ponto vírgula (Org. ou Coord.). *Título da obra ou coletânea em itálico*: subtítulo sem itálico. número da edição. Cidade: Editora, ano. página inicial-página final [antecedidas de “p.”].

Exemplo:

DOTTA, Alexandre Godoy. Derechos de la Población LGBT+ en Brasil: Vulnerabilidad Social entre Avances y Retrocesos. In: BRAVO, Álvaro Sánches; CASIMIRO, Ligia Melo de; GABARDO, Emerson. (Org.). *Estado Social Y Derechos Fundamentales en Tiempos de Retroceso*. Sevilha: Ponto Rojo, 2019. p. 203-228.

7.1.3.3. Artigos em revistas:

SOBRENOME, Nome. Título do artigo sem itálico. *Título da Revista em itálico*, cidade, volume, número, página inicial-página final [antecedidas de “p.”], meses da publicação [abreviados com as três primeiras letras do mês seguidas de ponto e separados por barra]. ano.

Exemplo:

GABARDO, Emerson; SAIKALI, Lucas Bossoni. A prescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário em razão de atos de improbidade administrativa. *Revista Jurídica – Unicuritiba*, Curitiba, v. 1, p. 514-543, 2018.

7.1.3.4. Teses de Titularidade, Livre-Docência, Doutorado, Dissertações de Mestrado, Monografias de Conclusão de Curso de Graduação e Pós-Graduação:

SOBRENOME, Nome. *Título do trabalho em itálico*: subtítulo sem itálico. Cidade, ano. número de folhas seguido de “f”. Modalidade do trabalho (Grau obtido com a defesa) – Órgão perante o qual o trabalho foi defendido, Nome da instituição.

Exemplo:

SANTOS, Fábio de Sousa. *Análise Comparada da Competição na Contratação Pública Brasileira e Estadunidense*. Curitiba, 2018. 134f. Dissertação (Mestrado em Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba: 2018.

7.1.3.5 DOI – Digital object identifier: Caso o documento consultado na pesquisa tenha o número de DOI recomenda-se a inclusão, de modo complementar, do número após o término de cada referência.

Exemplo:

DOTTA, Alexandre Godoy. Public policies for the assessment of quality of the Brazilian higher education system. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 3, p. 53-69, 2016. DOI. [10.5380/rinc.v3i3.49033](https://doi.org/10.5380/rinc.v3i3.49033).

7.1.3.6. Documentos em meio eletrônico: Documentos extraídos do meio eletrônico deverão apresentar após o término de cada referência o local da rede onde foi encontrado e apresentado da seguinte maneira.

Exemplo:

IJDL. International Journal of Digital Law. *Regras para a submissão de artigos*. Disponível em: <https://journal.nuped.com.br/index.php/revista/about/submissions>. Acesso em: 12 fev. 2020.

7.1.4. Os elementos das referências devem observar o seguinte padrão:

7.1.4.1. Autor: SOBRENOME em maiúsculas, vírgula, Nome com as iniciais em maiúsculas, seguido de ponto final.

7.1.4.2. Edição: deve ser incluída a informação somente a partir da segunda edição, sem ordinal, seguido de ponto e “ed.”. Exemplo: 2. ed.

7.1.4.3. Ano: grafado com algarismos arábicos, sem ponto no milhar, antecedido de vírgula e seguido de ponto.

7.1.5. Nos casos em que for absolutamente impossível obter alguma das informações acima, a ausência deverá ser suprida da seguinte forma:

7.1.5.1. Ausência de cidade: substituir por [S.l.].

7.1.5.2. Ausência de editora: substituir por [s.n.].

7.1.5.3. Ausência de ano: indicar entre colchetes o ano aproximado, seguido de ponto de interrogação. Exemplo: [1998?].

7.2. As citações (palavras, expressões, períodos) deverão ser cuidadosamente conferidas aos textos originais.

7.2.1. Citações diretas devem seguir o seguinte padrão de registro: transcrição com até quatro linhas devem constar do corpo do texto, com letra e espaçamento normais, e estar entre aspas.

7.2.2. Recomenda-se fortemente que citações textuais longas (mais de quatro linhas) não sejam utilizadas. Entretanto, se imprescindíveis, deverão constituir um parágrafo independente, com recuo de 1,5 cm em relação à margem esquerda (alinhamento justificado), utilizando-se espaçamento entre linhas simples e tamanho da fonte 10. Neste caso, aspas não devem ser utilizadas.

7.2.3. Fica vedado o uso do op. cit., loc. cit., ibidem e idem nas notas bibliográficas, que deverão ser substituídas pela referência completa, por extenso.

7.2.4. Para menção de autores no corpo do texto, fica vedada sua utilização em caixa alta (ex.: para Nome SOBRENOME...). Nestes casos todas as menções devem ser feitas apenas com a primeira letra maiúscula (ex.: para Nome Sobrenome...).

8. Redação

8.1. Os textos devem ser revisados, além de terem sua linguagem adequada a uma publicação editorial científica.

8.2. No caso de artigos redigidos na língua portuguesa, a escrita deve obedecer às regras ortográficas em vigor desde a promulgação do ACORDO ORTOGRÁFICO DA LÍNGUA PORTUGUESA, a partir de 1º de janeiro de 2009.

8.3. As citações de textos anteriores ao ACORDO devem respeitar a ortografia original.

9. Artigos resultantes de pesquisas financiadas

Os artigos resultantes de projetos de pesquisa financiados deverão indicar em nota de rodapé, situada ao final do título do artigo no idioma do texto, a informação relativa ao financiamento da pesquisa.

10. Declaração de direitos autorais

Autores que publicam nesta revista concordam com os seguintes termos:

10.1. Não serão devidos direitos autorais ou qualquer outra remuneração pela publicação dos trabalhos.

10.2. Autores mantêm os direitos autorais e concedem à *IJD* o direito de primeira publicação, com o trabalho simultaneamente licenciado sob a [Licença Creative Commons Attribution](#) que permite o compartilhamento do trabalho com reconhecimento da autoria e publicação inicial nesta revista. Ainda, em virtude de aparecerem nesta revista de acesso público, os artigos são de uso gratuito, com atribuições próprias, com aplicações educacionais e não comerciais.

10.3. Autores têm permissão e são estimulados a publicar e distribuir seu trabalho online (ex.: em repositórios institucionais ou na sua página pessoal) a qualquer ponto antes ou durante o processo editorial, já que isso pode gerar alterações produtivas, bem como aumentar o impacto e a citação do trabalho publicado (ver [O Efeito do Acesso Livre](#)).

11. Responsabilidade dos autores

11.1. Autores são responsáveis pelo conteúdo publicado, comprometendo-se, assim, a participar ativamente da discussão dos resultados de sua pesquisa científica, bem como do processo de revisão e aprovação da versão final do trabalho.

11.2. Autores são responsáveis pela condução, resultados e validade de toda investigação científica.

11.3. Autores devem noticiar a revista sobre qualquer conflito de interesse.

11.4. As opiniões emitidas pelos autores dos artigos são de sua exclusiva responsabilidade.

11.5. Ao submeter o artigo, o autor atesta que todas as afirmações contidas no manuscrito são verdadeiras ou baseadas em pesquisa com razoável exatidão.

12. Conflito de interesses

A confiabilidade pública no processo de revisão por pares e a credibilidade de artigos publicados dependem em parte de como os conflitos de interesses são administrados durante a redação, revisão por pares e tomada de decisões pelos editores.

12.1. É obrigatório que o autor do manuscrito declare a existência ou não de conflitos de interesse. Mesmo julgando não haver conflitos de interesse, o autor deve declarar essa informação no ato de submissão do artigo, marcando esse campo específico.

12.2. Conflitos de interesses podem surgir quando autores, pareceristas ou editores possuem interesses que, aparentes ou não, podem influenciar a elaboração ou avaliação

de manuscritos. O conflito de interesses pode ser de natureza pessoal, comercial, política, acadêmica ou financeira.

12.3. Quando os autores submetem um manuscrito, eles são responsáveis por reconhecer e revelar conflitos financeiros ou de outra natureza que possam ter influenciado seu trabalho.

12.4. Os autores devem reconhecer no manuscrito todo o apoio financeiro para o trabalho e outras conexões financeiras ou pessoais com relação à pesquisa. As contribuições de pessoas que são mencionadas nos agradecimentos por sua assistência na pesquisa devem ser descritas, e seu consentimento para publicação deve ser documentado.

12.5. Manuscritos não serão rejeitados simplesmente por haver um conflito de interesses, mas deverá ser feita uma declaração de que há ou não conflito de interesses.

12.6. Os pareceristas devem, igualmente, revelar aos editores quaisquer conflitos de interesse que poderiam influir em suas opiniões sobre o manuscrito, e devem declarar-se não qualificados para revisar originais específicos se acreditarem que esse procedimento é apropriado. Assim como no caso dos autores, se houver silêncio por parte dos pareceristas sobre conflitos potenciais, isso significará que os conflitos não existem.

12.7. No caso da identificação de conflito de interesse da parte dos pareceristas, o Conselho Editorial encaminhará o manuscrito a outro parecerista *ad hoc*.

12.8. Se os autores não tiverem certeza do que pode constituir um potencial conflito de interesses, devem contatar o Coordenador Editorial da Revista.

12.9. Para os casos em que editores ou algum outro membro publiquem com frequência na Revista, não serão atribuídos tratamentos especiais ou diferenciados. Todos os artigos submetidos serão avaliados através do procedimento *double blind peer review*.

13. Outras informações

13.1. Os trabalhos serão selecionados pelo Coordenador Editorial e pelo Conselho Editorial da Revista, que entrarão em contato com os respectivos autores para confirmar o recebimento dos textos, e em seguida os remeterão para análise de dois pareceristas do Conselho de Pareceristas.

13.2. Os originais recebidos e não publicados não serão devolvidos.

13.3. Asseguram-se aos autores o direito de recurso das decisões editoriais.

13.3.1. Serão concedidos 5 (cinco) dias, contados da data da decisão final do Conselho Editorial.

13.3.2. O arrazoado escrito deverá ser enviado para o e-mail: journal@nuped.com.br.

13.3.3. O recurso será analisado pelo Conselho Editorial no prazo de 30 (trinta) dias.

CONDIÇÕES PARA SUBMISSÕES

Como parte do processo de submissão, os autores são obrigados a verificar a conformidade da submissão em relação a todos os itens listados a seguir. As submissões que não estiverem de acordo com as normas serão devolvidas aos autores.

1. A contribuição é original e inédita (salvo em caso de artigos em língua estrangeira publicados no exterior), e não está sendo avaliada para publicação por outra revista; caso contrário, deve-se justificar em “Comentários ao editor”.
2. O arquivo da submissão está em formato Microsoft Word.
3. URLs para as referências foram informadas quando possível.

4. O texto possui entre 15 e 30 páginas (tamanho A4 – 21 cm x 29,7 cm), compreendendo a introdução, desenvolvimento, conclusão (não necessariamente com esses títulos) e uma lista de referências bibliográficas; as margens utilizadas são: esquerda e superior de 3 cm e direita e inferior de 2 cm; no corpo do texto utilizou-se Fonte Times New Roman, tamanho 12, espaçamento entre linhas de 1,5, e espaçamento de 0 pt antes e depois dos parágrafos; nas notas de rodapé utilizou-se Fonte Times New Roman, tamanho 10, espaçamento simples entre linhas; no desenvolvimento do texto, os parágrafos contêm recuo de 1,5 cm em relação à margem esquerda; títulos e subtítulos estão alinhados à margem esquerda, sem recuo; as figuras e tabelas estão inseridas no texto, não no final do documento na forma de anexos.
5. O texto segue os padrões de estilo e requisitos bibliográficos descritos em [Diretrizes para Autores](#), na [página para submissão](#).
6. Em caso de submissão a uma seção com avaliação pelos pares (ex.: artigos), as instruções disponíveis em [Assegurando a avaliação pelos pares cega](#) foram seguidas.
7. O autor declara que, com exceção das citações diretas e indiretas claramente indicadas e referenciadas, este artigo é de sua autoria e, portanto, não contém plágio. Declara, ainda, que está ciente das implicações legais que a utilização de material de terceiros acarreta.
8. O autor declara que participou suficientemente do trabalho para tornar pública sua responsabilidade pelo conteúdo e que todas as afirmações contidas no manuscrito são verdadeiras ou baseadas em pesquisa com razoável exatidão.
9. O autor concorda com a política de responsabilidade estabelecida no item 10. Responsabilidade dos autores das [Diretrizes para Autores](#).

POLÍTICA DE PRIVACIDADE

Os nomes e endereços informados nesta revista serão usados exclusivamente para os serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou a terceiros.

Este periódico tem um compromisso com a ética e a qualidade das publicações, seguindo padrões internacionais de publicação científica. Defendemos um comportamento ético de todas as partes envolvidas na publicação em nosso periódico: autores, editor, pareceristas, Equipe Editorial e a Editora. Não aceitamos plágio ou qualquer outro comportamento antiético. Para isso, são seguidas as diretrizes do [2nd World Conference on Research Integrity](#), Singapore, July 22-24, 2010.

Deveres do Editor

- **Decisão de publicação:** o editor é responsável por decidir quais artigos submetidos à revista devem ser publicados. O editor é guiado pelas políticas decididas pelo Conselho Editorial. Essas políticas devem obedecer às exigências legais em vigor sobre difamação, violação de direitos autorais e plágio. Para tomada de decisões o editor pode consultar o Conselho Editorial e os pareceristas.
- **Transparência e respeito:** o editor deve avaliar os manuscritos submetidos sem levar em conta a raça, sexo, a orientação sexual, a crença religiosa, a origem étnica, a nacionalidade ou a filosofia política dos autores.

- **Confidencialidade:** o editor e demais membros da equipe editorial não devem divulgar qualquer informação sobre um manuscrito submetido, a não ser aos pareceristas e os conselheiros editoriais.
- **Divulgação e conflitos de interesse:** O editor não deve utilizar materiais inéditos divulgados em um manuscrito submetido em pesquisas próprias sem o consentimento expresso e por escrito do autor. O editor deve recusar avaliar os manuscritos em que tenha conflitos de interesse por questões competitivas, colaborativas ou outros relacionamentos ou ligações com qualquer um dos autores, empresas ou (possivelmente) instituições ligadas aos manuscritos.
- **Envolvimento e cooperação em investigações:** o editor deve tomar medidas necessárias cabíveis quando foram apresentadas reclamações éticas a respeito de um manuscrito submetido ou artigo publicado.

Deveres dos Pareceristas

- **Contribuição para as decisões editoriais:** a revisão dos pareceristas auxilia o editor na tomada de decisões editoriais e por meio das comunicações com o autor também pode auxiliar o mesmo na melhora do artigo.
- **Pontualidade:** qualquer avaliador de artigo que não se sinta qualificado para analisar o artigo ou sabe que a sua imediata leitura será impossível deve notificar imediatamente o editor.
- **Confidencialidade:** os trabalhos recebidos para análise devem ser tratados como documentos confidenciais. Eles não devem ser mostrados ou discutidos com os outros.
- **Padrões de objetividade:** os pareceres devem ser conduzidos de forma objetiva. Os pareceristas devem expressar seus pontos de vista de maneira clara e apoiados em argumentos.
- **Sobre as fontes:** os pareceristas devem identificar trabalhos publicados relevantes que não foram citados pelos autores. O parecerista deve chamar a atenção do editor sobre qualquer semelhança substancial ou sobreposição entre o manuscrito em questão e qualquer outro *artigo* publicado de que tenha conhecimento pessoal.
- **Divulgação e conflito de interesses:** informações privilegiadas ou ideias obtidas pelo parecerista por meio da leitura dos manuscritos devem ser mantidas em sigilo e não devem utilizadas para proveito pessoal. O parecerista não deve avaliar manuscritos em que tenha conflitos de interesse por questões competitivas, colaborativas ou outros relacionamentos ou ligações com qualquer um dos autores, empresas ou instituições ligadas aos manuscritos.

Deveres dos Autores

- **Normas gerais:** os autores de trabalhos que se referem a pesquisas originais devem apresentar um relato preciso do trabalho realizado, bem como uma discussão objetiva sobre o seu significado. Dados complementares devem ser representados com precisão no artigo. O documento deve conter detalhes suficientes e referências que permitam que outros possam replicar o trabalho. Declarações fraudulentas ou intencionalmente imprecisas constituem um comportamento antiético e são inaceitáveis.

- **Originalidade e plágio:** os autores devem garantir que as obras são inteiramente originais e se eles utilizam o trabalho e/ou textos dos outros que isso seja devidamente citado. Plágio em todas as suas formas constitui um comportamento editorial antiético e é inaceitável.
- **Publicação múltipla ou redundante:** um autor não deve publicar manuscritos que descrevam essencialmente a mesma pesquisa em mais de um periódico. Publicar o mesmo artigo em mais de um periódico sem informar os editores e obter seu consentimento constitui um comportamento editorial antiético e é inaceitável.
- **Sobre as fontes:** o trabalho de outros autores deve sempre ser reconhecido. Os autores devem citar as publicações que foram importantes na determinação da natureza do trabalho relatado. As informações obtidas em particular, como em uma conversa, correspondência, ou discussão com terceiros, não devem ser utilizadas ou relatadas sem a permissão explícita por escrito da fonte. As informações obtidas por meio de serviços confidenciais, tais como arbitragem manuscritos ou pedidos de bolsas, não devem ser utilizadas sem a permissão explícita por escrito do autor do trabalho envolvido nestes serviços.
- **Autoria:** a autoria do trabalho deve ser restrita àqueles que fizeram uma contribuição significativa para a concepção, projeto, execução ou interpretação do estudo relatado. Todos aqueles que fizeram contribuições significativas devem ser listados como coautores. Pessoas que participaram em certos aspectos do projeto de pesquisa devem ser listadas como colaboradores. O autor principal deve garantir que todos os coautores apropriados estejam incluídos no artigo. O autor principal também deve certificar-se que todos os coautores viram e aprovaram a versão final do manuscrito e que concordaram com sua submissão para publicação.
- **Divulgação e conflitos de interesses:** todos os autores devem divulgar no manuscrito qualquer conflito financeiro ou de outra natureza que possa influenciar os resultados ou a interpretação de seu manuscrito. Todas as fontes de apoio financeiro para o projeto devem ser divulgadas.
- **Erros fundamentais em trabalhos publicados:** quando um autor descobre um erro significativo ou imprecisão em seu trabalho publicado é obrigação do autor informar imediatamente o editor da revista ou a Editoria de Periódicos e cooperar com o editor para corrigir o artigo.

Deveres da Editora

Estamos empenhados em garantir que publicidade, reimpressão ou qualquer outra fonte de receita comercial não tenha qualquer impacto ou influência sobre as decisões editoriais.

Nossos artigos são avaliados por pares para garantir a qualidade da publicação científica. Este periódico utiliza o CrossCheck (software antiplágio da CrossRef).

* Esta declaração se baseia nas recomendações da Elsevier e no *Best Practice Guidelines for Journal Editors* do Committee on *Publication Ethics* – COPE.

Author Guidelines

1. Article Submission

Article propositions for publishing on the International Journal of Digital Law must be sent through the electronic submission system (free of cost) and access through login and password. Propositions sent by e-mail will not be accepted. The Journal has the right to accept or reject any originals received, according to its Editorial Board's recommendations, including the inadequacy of the article's theme to the journal's editorial profile, as well as the right to propose modifications.

2. Author Qualification

At least one of the authors must own either a PhD degree or a Doctor of Juridical Science (J.S.D. or S.J.D), Doctor juris (Dr. iur. or Dr. jur.), Doctor of Philosophy (Ph.D.) ou Legum Doctor (LL.D.) degree. This requirement can be relativized, never exceeding 30% of the articles per edition, in exceptional cases of: (i) authors affiliated to foreign institutions; (ii) articles written in English.

3. Originality and exclusivity

Articles for publication in the International Journal of Digital Law must be original and exclusive, except in case of articles written in a foreign language and published outside Brazil. After the publication of the article in this journal, it can also be published in books and compilations, as long as the original publication is mentioned. We ask the authors to commit to not publish the article in other journals or reviews, as well as not to submit it to other journals at the same time.

4. Languages

Articles can be submitted in English, Portuguese, and Spanish.

5. Registration of the metadata in the electronic submission system

5.1. At the time of submission of the article to the electronic system, the metadata fields must be filled in according to these guidelines, under penalty of preliminary rejection of the submission.

5.2. Authors

5.2.1. *First name/Middle name/Last name:* indication of the full name of the author(s) with only the initials of each name in capital letter. In case of articles in co-authorship, the names of all coauthors must be inserted in the system in the order that should appear at the time of publication.

5.2.2. *E-mail:* indication of the e-mail address of the author(s) for contact, which will mandatorily appear in the published version of the article.

5.2.3. *ORCID iD:* indication of the number of the author's ORCID identifier (for further information [click here](#)). The ORCID identifier can be obtained in [ORCID register](#). Authors must have to accept the patterns for presentation of ORCID iD and include the full URL (e.g.: <https://orcid.org/0000-0003-1781-1726>).

5.2.4. *URL:* link to the author's full curriculum. In the case of Brazilian authors, the link to the Lattes Curriculum should be indicated.

5.2.5. Affiliation: indication of the author's main institutional affiliation (or two main affiliations if both of the links with them have the same importance). The main institution is where the author is professor or student, or, in case of not being professor or student anymore, the institution where the authors obtained their major academic title (PhD, J.S.D., LL.M, B.A., etc.). The institution's name must be written in full (not abbreviated) and in the original language of the institution (or in English for non-Latin languages), followed by an indication of the country of origin of the institution between parentheses. If the author is a professor and also a PhD, J.S.D or LL.M candidate in another institution, the main affiliation will be the institution where the author is candidate.

5.2.6. Country: indication of the country of the author's main institutional affiliation.

5.2.7. Bio Statement: indication of the author's abbreviated CV, with the information organized in the following sequence: first, the indication of the institution to which the author is affiliated as a professor; second, between parentheses, the city, state/province (if applicable) and country of the institution; third, indication of academic titles (starting with the highest); fourth, other bonds with scientific associations; fifth, profession; etc.

5.3. Title and Abstract

5.3.1. Title: title in the language of the article, with only the first letter of the sentence in capital letter.

5.3.2. Abstract: abstract in the language of the article, without paragraph or citations and references, with up to 200 words.

5.4. Indexing

5.4.1. Keywords: indication of 5 keywords in the language of the article (in lower case and separated by semicolons).

5.4.2. Language: indicate the acronym corresponding to the language of the article (Português=pt; English=en; Español=es).

5.5. Supporting Agencies: articles resulting from funded research projects should indicate in this field the source of funding.

5.6. References: insert the complete list of references cited in the article, with a space of one line between them.

6. Text Presentation and pre-textual elements

6.1. The article must have between 15 and 30 pages (size A4 – 21 cm × 29,7 cm), including introduction, development and conclusion (not necessarily with these titles) and a bibliographic reference list. The maximum number of pages can be relativized in exceptional cases, decided by the Editorial team.

6.2. Edges (margins) must be: top and left with 3 cm, bottom and right with 2 cm.

6.3. The text must use Font Times New Roman, size 12, line spacing 1.5, and spacing 0 pt before and after paragraphs.

6.4. References must use Font Times New Roman, size 10, simple space between lines.

6.5. In the development of the text, the paragraphs must contain decrease of 1.5 cm from the left margin. Titles and subtitles must be aligned with the left margin without decrease.

6.6. The structure should observe the following order:

6.6.1. Title in the article's language, in bold, centralized, with the first letter of the sentence in capital letter.

6.6.2. In case of indicating information related to the article (financing from sponsoring agencies, acknowledgments, translators, etc.), it is necessary to insert a footnote with an asterisk (not number) on the right side of the title in the article's language.

6.6.3. Title in English, with only the first letter in capital letter, in bold and in italic, centralized. In the case of articles written in English, this element must be substituted by the title in Portuguese.

6.6.4. The article must not include the names of the author(s). The information for publication purposes will be taken from the metadata entered by the author(s) in the journal's electronic system at the time of submission.

6.6.5. Abstract in the article's language (font Times New Roman, 12, simples lines, without paragraph or quotations and references, until 200 words), preceded by the word "Abstract" written in the article's language.

6.6.6. Indication of five keywords in the article's language (in lower case and separated by semicolon), preceded by the expression "Keywords" written in the article's language.

6.6.7. Abstract in English (font Times New Roman, 12, simples lines, without paragraph or quotations and references, up to 200 words), preceded by the word "Abstract". In case of articles written in English, this element must be replaced by the abstract ("*resumo*") in Portuguese.

6.6.8. Indication of five keywords in English (in lower case and separated by semicolon), preceded by the expression "Keywords". In case of articles written in English, this element must be replaced by keywords ("*palavras-chave*") in Portuguese.

6.6.9. Table of contents, indicating the titles of the sections and subsections, with progressive numbering in Arabic numbers.

6.6.10. Development of the scientific article: progressive numbering, in Arabic numbers, must be used to make clear the content's systematization.

6.6.11. Bibliographic references list must bring only sources that were really used, located in the end of the article, separated by a simple space, lined to the left margin (no indent).

6.6.12. For other aspects, apply Brazilian technical norms (ABNT NBR 10520:2002 e 14724:2011).

6.6.13. In the case of articles with 4 or more authors, it is necessary to include a footnote indicating the contribution of each one to the article.

6.7. Highlights must be made only in italics, meaning that bold, underlined or caps lock, cannot be used to highlight.

6.8. Images and boards must be inserted in the text, not in the end in form of attachments.

7. Scientific Methodology

7.1. The references of books, chapters in collective books, articles, theses, dissertations/essays, monographs of quoted authors used as base to write the text must be mentioned as a reference on the footnotes, with all the information about the text, according to the Brazilian technical norms (ABNT NBR 6023:2018 – summarized in the item 7.1.3 below), and especially, indicating the page of which the information written on the text was taken, right after the reference.

7.1.1. Book's title (or journal's title) must be highlighted in italics (bold shall not be used for that purpose).

7.1.2. Articles written in the format AUTHOR-YEAR will not be accepted for publishing.

7.1.3. References shall appear as follows:

7.1.3.1. Books:

LAST NAME, Name Middle Name. *Title of the book in italics*: subtitle not in italics. Number of the edition. City: Publisher, Year.

Example:

KEEN, Andrew. *Vertigem digital*: por que as redes sociais estão nos dividindo, diminuindo e desorientando. Trad. Alexandre Martins, Rio de Janeiro: Zahar, 2012. 254p.

7.1.3.2. Chapter in a collective book:

LAST NAME, Name Middle Name. Title of the Chapter not in bold. In: ORGANIZER'S LAST NAME, Name Middle Name; 2ND ORGANIZER'S LAST NAME, Name Middle Name, and so on, separated by semicolon (Org. or Coord.). *Title of the book in italics*: subtitle not in Italics. Number of the edition. City: Publisher, Year. first page-last page [preceded by "p."].

Example:

DOTTA, Alexandre Godoy. Derechos de la Población LGBT+ en Brasil: Vulnerabilidad Social entre Avances y Retrocesos. In: BRAVO, Álvaro Sánchez; CASIMIRO, Ligia Melo de; GABARDO, Emerson. (Org.). *Estado Social Y Derechos Fundamentales en Tiempos de Retroceso*. Sevilha: Ponto Rojo, 2019. p. 203-228.

7.1.3.3. Articles in journals:

LAST NAME, Name Middle Name. Title of the article not in bold. *Title of the journal in italics*, city, volume, number, first page-last page [preceded by "p."], months of publishing [abbreviated with the first three letters of the month followed by dot and separated by a slash]. Year.

Example:

GABARDO, Emerson; SAIKALI, Lucas Bossoni. A prescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário em razão de atos de improbidade administrativa. *Revista Jurídica – Unicuritiba*, Curitiba, v. 1, p. 514-543, 2018.

7.1.3.4. Theses of Full Professor contests, Doctoral theses, Master's dissertations/ essays, Undergraduate and Graduate courses monographs:

LAST NAME, Name Middle Name. *Title in italics*: subtitle. City, year. number of pages followed by "f". Kind of the work (Degree obtained with the defense) – Department or Sector, Name of the institution.

Example:

SANTOS, Fábio de Sousa. *Análise Comparada da Competição na Contratação Pública Brasileira e Estadunidense*. Curitiba, 2018. 134f. Dissertação (Mestrado em Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba: 2018.

7.1.3.5. DOI – Digital object identifier: If the document consulted in the research has the DOI number, it is recommended to include, in a complementary way, the number after the end of each reference. Example:

DOTTA, Alexandre Godoy. Public policies for the assessment of quality of the Brazilian higher education system. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 3, p. 53-69, 2016. DOI. [10.5380/rinc.v3i3.49033](https://doi.org/10.5380/rinc.v3i3.49033).

7.1.3.6. Documents in electronic media: Documents extracted from electronic media must present after the end of each reference the location of the network where it was found and presented as follows. Example:

DIJDL. International Journal of Digital Law. *Regras para a submissão de artigos*. Disponível em: <https://journal.nuped.com.br/index.php/revista/about/submissions>.

Acesso em: 12 fev. 2020.

7.1.4. The elements of references must observe the following model:

7.1.4.1. Author: LAST NAME in capital letters, comma, Name with the initials in capital letters, Middle Name with the initials in capital letters, followed by a dot.

7.1.4.2. Edition: the information must only be included after the second edition of the book, without ordinal, followed by a dot and “ed.”. Example: 2. ed.

7.1.4.3. Year: it must be written with Arabic numerals, without dot in thousand, preceded by comma, and followed by a dot. Example: 1997.

7.1.5. In case of being impossible to find one of those elements, the absence must be resolved in the following manner:

7.1.5.1. Absence of city: replace for [S.I.].

7.1.5.2. Absence of publisher: replace for [s.n.].

7.1.5.3. Absence of year: the approximated year must be indicated between brackets, followed by a question mark. Example: [1998?].

7.2. The quotations (words, expressions, sentences) must be carefully reviewed by the authors and/or translators.

7.2.1. The direct quotations must follow this pattern: transcription until four lines should fit in the text body, with normal letter, normal spacing and quotation marks.

7.2.2. It is strongly recommended that long textual quotations (more than four lines) are not used. However, if indispensable, they shall constitute an independent paragraph, with 1,5 cm of decrease related to the left margin (justified alignment), with simple lines and font 10. In that situation, quotation marks must not be used.

7.2.3. It is forbidden the use of “op. cit.”, “loc. cit.”, “ibidem” and “idem” in the footnotes. The references in footnote must be complete and written out.

7.2.4. For the mention of authors in the text body, it is forbidden the use of capital letters (e.g. for Name LAST NAME...). In this case all mentions shall be written only with the first letter in capital letter (ex.: for Name Last Name...).

8. Composition

8.1. Apart from having an adequate scientific language for an editorial publication, the text must be reviewed.

8.2. In the case of articles written in Portuguese, the writing must obey the new orthographic rules in force since the promulgation of the Portuguese Language Orthographic Agreement, from January 1st, 2009.

8.3. Citations of texts that precede the Agreement must respect the original spelling.

9. Articles resulted from funded researches

Articles resulted from funded research projects shall indicate in a footnote, located at the end of the article title in the original language, the information related to the research financing.

10. Copyright statement

Authors who publish in this Journal have to agree to the following terms:

10.1. No copyright or any other remuneration for the publication of papers will be due.

10.2. Authors retain copyright and grant the International Journal of Digital Law the right of first publication with the article simultaneously licensed under the [Creative Commons Attribution License](#), which allows sharing the work with recognition of its initial publication in this Journal. Moreover, because of their appearance in this open access Journal, articles are free to use, with proper attribution, in educational and non-commercial applications.

10.3. Authors are allowed and encouraged to post their work online (e.g. in institutional repositories or on their personal webpage) at any point before or during the submission process, as it can lead to productive exchanges, as well as increase the impact and citation of published work (see [The Effect of Open Access](#)).

11. Authors responsibilities

11.1. Authors are responsible for the published content, committing therefore to participate actively in the discussion of the results of their scientific research, as well as the review process and approval of the final version of the work.

11.2. Authors are responsible for the conducting all the scientific research, as well as its results and validity.

11.3. Authors should report the Journal about any conflict of interest.

11.4. Authors are fully and exclusively responsible for the opinions expressed in their articles.

11.5. When submitting the articles, authors recognize that all statements contained in the manuscript are true or based on research with reasonable accuracy.

12. Conflict of interest

The public confidence in the double-blind peer review process and the credibility of published articles depend in part on how conflicts of interest are managed during manuscript writing, peer review and decision making by the editors.

12.1. It is mandatory that the author of the manuscript declares the existence or not of conflicts of interest. Even thinking that there are no conflicts of interest, the author must declare this information in the article submission act, marking that field.

12.2. Conflicts of interest may appear when authors, reviewers or editors have interests that, apparently or not, may influence the development or evaluation of manuscripts.

12.3. When authors submit a manuscript, they are responsible for recognizing and revealing financial or other nature conflicts that may have influenced their work.

12.4. Authors must recognize all the financial support for the work and other financial or personal connections related to the research. The contributions of people who are mentioned in the acknowledgments for their assistance in the research must be described, and its consent to publication should be documented.

12.5. Manuscripts will not be simply dismissed because of a conflict of interest. A statement that there is or not a conflict of interest must be made.

12.6. The ad hoc reviewers must also reveal to editors any conflicts of interest that could influence their opinions about the manuscript and must declare themselves unqualified to review specific documents if they believe that this procedure is appropriate. In the

case of the authors, if there is silence from the peer reviewers about potential conflicts, it will mean that conflicts do not exist.

12.7. If a conflict of interest on the part of the peer reviewers is identified, the Editorial Board will send the manuscript to another ad hoc reviewer.

12.8. If the authors are not sure about what might constitute a potential conflict of interest, they should contact the Journal's Editor-in-Chief.

12.9. In cases in which members of the Editorial Team or some other member publish frequently in the Journal, it will not be given any special or different treatment. All submitted papers will be evaluated by double blind peer review procedure.

13. Other information

13.1. The articles will be selected by the Editor-in-Chief and the Editorial Board of the Journal, which will contact the respective authors to confirm the text reception, and then forward them to the two ad hoc reviewers' analysis.

13.2. The received and not published originals will not be given back.

13.3. Authors have the right to appeal of the editorial decisions.

13.3.1. They will be granted five (5) days from the date of the final decision of the Editorial Board to appeal.

13.3.2. The written appeal must be sent to the e-mail: <journal@nuped.com.br>.

13.3.3. The appeal will be examined by the Editorial Board within thirty (30) days

CONDITIONS FOR SUBMISSIONS

As part of the submission process, authors are required to check off their submission's compliance with all the following items, and submissions may be returned to authors that do not adhere to these guidelines.

1. The contribution is original and unpublished (except in the case of articles in a foreign language published abroad) and it is not being evaluated for publication by another Journal; otherwise, it must be justified in "Comments to the Editor."
2. The submission file is in Microsoft Word, OpenOffice or RTF.
3. URLs for the references have been informed when possible.
4. The text has between 15 and 30 pages (A4 size – 21 cm by 29.7 cm), including the introduction, development, conclusion (not necessarily with these titles) and a list of references; margins used are: left and top of 3 cm and right and bottom of 2 cm; the text is written in Times New Roman format, size 12, line spacing 1.5, and spacing 0 pt. before and after paragraphs; in the footnotes it was used Times New Roman, size 10, 1 pt. spacing; in the text development, paragraphs have an indent of 1.5 cm from the left margin; headings and subheadings are aligned on the left margin; figures and tables are inserted in the text, not in the end of the document as attachments.
5. The text respects the stylistic and bibliographic requirements outlined in the [Author Guidelines](#), on the page About.
6. In case of submission to a section with peer review (e.g.: articles), the instructions available in [Ensuring blind evaluation by peer reviewers](#) have been followed.
7. The author states that, except for the direct and indirect quotations clearly indicated and referenced, the article is of his/her authorship and therefore does not contain plagiarism. And states that he/she is aware of the legal implications of the use of other authors material.

8. The author states that participated in the work enough to make public their responsibility for the content and that all statements contained in the manuscript are true or based on research with reasonable accuracy.
9. The author agrees with the liability policy defined in item 10. Authors responsibilities of the [Author Guidelines](#).

PRIVACY STATEMENT

This journal is committed to ethics and quality in publication, following international patterns of scientific publication. We support standards of expected ethical behavior for all parties involved in publishing in our journal: the author, the journal editor, the peer reviewer and the publisher. We do not accept plagiarism or other unethical behavior. Thus, it follows the guidelines of the [2nd World Conference on Research Integrity](#), Singapore, July 22-24, 2010.

Duties of Editors

- **Publication decision:** The journal's editor is responsible for deciding which of the articles submitted to the journal should be published. The editor is guided by the policies of the journal's editorial board and constrained by such legal requirements as shall then be in force regarding libel, copyright infringement and plagiarism. The editor may consult with editorial board or reviewers in decision making.
- **Fair play:** The editor should evaluate manuscripts for their intellectual content without regard to race, gender, sexual orientation, religious belief, ethnic origin, citizenship, or political philosophy of the authors.
- **Confidentiality:** The editor and any editorial staff must not disclose any information about a submitted manuscript to anyone other than the corresponding author, reviewers, potential reviewers, other editorial advisers, and the publisher, as appropriate.
- **Disclosure and Conflicts of interest:** The editor must not use unpublished information in his/her own research without the express written consent of the author. The editor should recuse him/herself from considering manuscripts in which he/she has conflicts of interest resulting from competitive, collaborative, or other relationships or connections with any of the authors, companies, or (possibly) institutions connected to the papers.
- **Involvement and cooperation in investigations:** The editor should take reasonable responsive measures when ethical complaints have been presented concerning a submitted manuscript or published paper.

Duties of Reviewers

- **Contribution to Editorial Decision:** Peer review assists the editor in making editorial decisions and through the editorial communications with the author may also assist the author in improving the paper.
- **Promptness:** Any selected referee who feels unqualified to review the research reported in a manuscript or knows that its prompt review will be impossible should notify the editor and excuse himself from the review process.
- **Confidentiality:** Any manuscripts received for review must be treated as confidential documents. They must not be shown to or discussed with others.

- **Standards of Objectivity:** Reviews should be conducted objectively and referees should express their views clearly with supporting arguments.
- **Acknowledgement of Source:** Peer reviewers should identify relevant published work that has not been cited by the authors. The peer reviewer should also call to the editor's attention any substantial similarity or overlap between the manuscript under consideration and any other published paper of which they have personal knowledge.
- **Disclosure and Conflicts of Interest:** Privileged information or ideas obtained through peer review must be kept confidential and not used for personal advantage. Reviewers should not consider manuscripts in which they have conflicts of interest resulting from competitive, collaborative, or other relationships or connections with any of the authors, companies, or institutions connected to the papers.

Duties of Authors

- **Reporting standards:** Authors of reports of original research should present an accurate account of the work performed as well as an objective discussion of its significance. Underlying data should be represented accurately in the paper. A paper should contain sufficient detail and references to permit others to replicate the work. Fraudulent or knowingly inaccurate statements constitute unethical behavior and are unacceptable.
- **Originality and Plagiarism:** The authors should ensure that they have written entirely original works, and if the authors have used the work and/or words of others that this has been appropriately cited or quoted. Plagiarism in all its forms constitutes unethical publishing behavior and is unacceptable.
- **Multiple or Redundant Publication:** An author should not in general publish manuscripts describing essentially the same research in more than one journal or primary publication. To publish the same article in different journals without informing the editors and having their agreement constitute unethical publishing behavior and is unacceptable.
- **Acknowledgement of Sources:** Proper acknowledgment of the work of others must always be given. Authors should cite publications that have been influential in determining the nature of the reported work. Information obtained privately, as in conversation, correspondence, or discussion with third parties, must not be used or reported without explicit, written permission from the source. Information obtained in the course of confidential services, such as refereeing manuscripts or grant applications, must not be used without the explicit written permission of the author of the work involved in these services.
- **Authorship of the Paper:** Authorship should be limited to those who have made a significant contribution to the conception, design, execution, or interpretation of the reported study. All those who have made significant contributions should be listed as co-authors. Where there are others who have participated in certain substantive aspects of the research project, they should be acknowledged or listed as contributors. The corresponding author should ensure that all appropriate co-authors and no inappropriate co-authors are included on the paper, and that all co-authors have seen and approved the final version of the paper and have agreed to its submission for publication.

- **Disclosure and Conflicts of Interest:** All authors should disclose in their manuscript any financial or other substantive conflict of interest that might be construed to influence the results or interpretation of their manuscript. All sources of financial support for the project should be disclosed.
- **Fundamental errors in published works:** When an author discovers a significant error or inaccuracy in his/her own published work, it is the author's obligation to promptly notify the journal editor or publisher and cooperate with the editor to retract or correct the paper.

Duties of the Publisher

We are committed to ensuring that advertising, reprint or other commercial revenue has no impact or influence on editorial decisions.

Our articles are peer reviewed to ensure the quality of scientific publishing and we are also users of CrossCheck (CrossRef's plagiarism software).

* This statement is based on Elsevier recommendations and COPE's Best Practice Guidelines for Journal Editors.