

O FUTURO DO DIREITO E DO ESTADO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

THE FUTURE OF THE LAW AND STATE IN THE INFORMATION SOCIETY

Samyra Haydêe Dal Farra Napolini

Doutora em Direito pela PUC/SP. Mestre e Bacharel em Direito pela UFSC. Professora pesquisadora do Mestrado em Direito na Sociedade da Informação da FMU. Diretora Executiva do CONPEDI.

Ricardo Yunes Cestari

Mestrando em Direito da Sociedade da Informação pelas Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU) – Brasil. Pós-graduado em Direitos Material e Processual Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) – Brasil. Graduado em Direito pela Universidade Paulista (UNIP) – Brasil Advogado e Juiz do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo.

Submetido em: 14/02/2023

Aprovado em: 14/02/2023

Resumo: O presente artigo analisa as transformações do Direito e do Estado na Sociedade da Informação. A popularização da internet e das redes internas automatizou processos e interligou os mercados globais, em tempo real. Quando trabalhar em rede é um imperativo econômico, a conectividade e o conhecimento intermediário em informática se tornam fundamentais. Nas empresas, a distribuição de gadgets aos funcionários traz à luz o “direito à desconexão”. No âmbito estatal, a administração, o processo legislativo e a jurisdição são repensadas face à velocidade dos avanços tecnológicos que multiplica e diversifica demandas e conflitos. Nesse contexto, a problemática enfrentada pelo artigo é como o Direito pode responder às demandas de direitos na velocidade em que elas acontecem. A interpretação sistemática entre normas genéricas e princípios gerais sobre a sociedade em rede, e entre as codificações clássicas sobre condutas no mundo físico, bem como o emprego da analogia, surgem como soluções para a jurisdição e tutela estatal das relações jurídicas nascidas em âmbito digital.

Palavras-chave: sociedade da informação; direito na sociedade da informação; direito à conexão; direito à desconexão;

Abstract: *This article analyzes the transformations of Law and the State in the Information Society. The popularization of the internet and internal networks has automated procedures and connected*

global markets in real time. When networking is an economic imperative, connection becomes a fundamental right. In companies, the distribution of gadgets to employees brings to light the “right to disconnect”. At the State level, administration, the legislative process and jurisdiction are rethought in view of the speed of technological advances that multiplies and diversifies demands and conflicts. In this context, the problem faced by the article is how the Law can respond to the demands of rights at the speed at which they happen. The systematic interpretation among generic laws; general principles on the network society; classic laws over conducts in the physical world, and the use of analogy, emerge as a solution for the jurisdiction and State regulation over relationships born in the digital environment.

Keywords: *Information society; Law in the information society; right to connection; right to disconnection.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Advento e popularização da internet e das redes internas; 2. A economia informacional, global e em rede, e seus reflexos na gestão empresarial e na atividade laboral; 3. O Estado informatizado e em rede; 4. O cidadão em rede e o direito fundamental à conexão; 5. O futuro do Estado e do Direito na sociedade da informação; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O advento da internet consolidou a sociedade da informação que vinha sendo construída desde a revolução industrial causada pelos meios de produção movidos à eletricidade.

A popularização dos chamados “clientes” ou meios de acesso às redes de computadores – computadores pessoais (PC), *smartphones*, *tablets*, entre outros – ocasionou a informatização completa da gestão empresarial em seus mais diversos níveis, bem como do Estado em todas as suas esferas de poder e de atuação.

A informatização das empresas e do Estado foi um imperativo econômico, haja vista a digitalização do dinheiro, bem como as operações mercantis e financeiras que passaram a ocorrer de forma globalizada, a qualquer hora e instantaneamente.

Os negócios no mundo virtual deixaram de ser uma opção para se tornarem uma questão de sobrevivência empresarial, em especial após o *lockdown* vivido durante a pandemia do vírus COVID-19.

Assim sendo, o trabalho nas modernas corporações vem impondo aos trabalhadores conexão e disponibilidade constantes, gerando normatizações trabalhistas específicas sobre horas extras e sobre a existência de um direito à desconexão, além de gerar preocupações sobre o futuro do emprego e da própria mão de obra humana, já que, no cenário prospectado que se convencionou chamar de “Revolução Industrial 4.0”, as empresas serão praticamente autossuficientes.

De outra ponta, o acesso ao Estado para o exercício da cidadania (previdência social, direito de ação, acesso a informações, emissão de documentos) também está na iminência de ser realizado exclusivamente por meios digitais, tendo em vista a informatização completa dos sistemas de gestão da máquina pública e de atendimento ao cidadão.

Em consequência dessas características da sociedade da informação, o exercício da cidadania e o acesso ao mercado de trabalho necessitam, no mínimo, de conhecimentos intermediários em informática e em navegação em rede, fazendo da conectividade um direito já reconhecido pela legislação ordinária brasileira.

Nesse contexto, a problemática enfrentada pelo artigo, por meio da pesquisa exploratória, é como o Direito pode responder às demandas de direitos na velocidade em que elas acontecem. Qual o futuro da ordem jurídica nacional e como deve ser a concepção de um Direito da Sociedade da Informação.

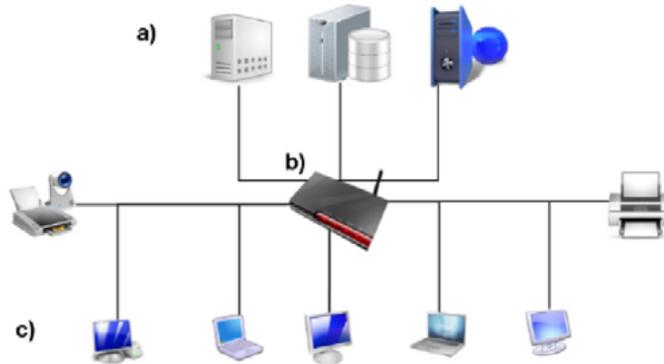
1. ADVENTO E POPULARIZAÇÃO DA INTERNET E DAS REDES INTERNAS

Em alerta pelo lançamento do primeiro satélite *Sputnik* pela então União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (1957), a Agência de Projetos de Pesquisa Avançada dos Estados Unidos da América (ARPA) passou a empreender, de forma agressiva, uma série de pesquisas e projetos no campo tecnológico. O primeiro objetivo foi a criação de um sistema de comunicações invulnerável a ataques nucleares.

O desenvolvimento aprofundado desse sistema, inicialmente nomeado de “ARPANET”, passou a permitir o envio e recebimento de diversos tipos de dados:

Quando, mais tarde, a tecnologia digital **permitiu o empacotamento de todos os tipos de mensagens, inclusive de som, imagens e dados**, criou-se uma rede que era capaz de comunicar seus nós sem usar centros de controles. A universalidade da linguagem digital e a pura lógica das redes do sistema de comunicação geraram as condições tecnológicas para a comunicação global horizontal (Castells, 2010, p. 82, grifos nossos).

Em 01/09/1969, nascia, assim, a primeira rede de computadores interligados, criada para fins militares. Resumidamente, uma rede de computadores consiste em um conjunto de dispositivos autônomos e interconectados com a finalidade de trocar dados por meio de uma única tecnologia, conforme exemplo abaixo (Tombesi, 2018. p. 12):



Legenda:

A) Servidores: dispositivos responsáveis por prestar serviços com capacidade de armazenamento e processamento de dados superiores aos demais dispositivos conectados à rede.

B) Roteadores: com função de interconexão dos servidores com os demais dispositivos da rede.

C) Clientes: dispositivos que usufruem dos serviços dos servidores utilizados por usuários leigos em tecnologia da informação, cada um com seu “endereço de IP” (*internet protocol*), capazes de especificar o emissor e receptor de uma mensagem.

Ocorre que os próprios cientistas e idealizadores da rede de computadores passaram a usá-la para atividades diversas, culminando, já em 1983, na separação da rede para fins científicos (ARPANET) e para fins militares (MILNET), ambas patrocinadas pelo Governo Estadunidense em parceria com empresas privadas.

Assim até meados da década de 1990, a internet nada mais era do que a unificação organizada de diversas redes privadas. A inovação tecnológica que tornou possível a internet, tal como a conhecemos hoje, se deu em 1990, em Genebra, Suíça, no *Centre Européen pour Recherche Nucleaire* (CERN).

Trata-se da criação de um novo aplicativo designado *World Wide Web* (WWW), ou “Rede Mundial de Computadores”, que organizava o conteúdo dos *sites* por informação, possibilitando aos usuários os primeiros buscadores de conteúdo.

A criação do WWW fugiu às ideias de programação da ARPANET, com vistas à “cultura hacker” proclamada por *Ted Nelson* nos anos 1970 (Castells, 2021, p. 82), segundo a qual as pessoas comuns deveriam usar o poder dos computadores em benefício próprio, ou seja, pregava-se a democratização do acesso às redes de computadores.

Em linha com esse pensamento, o CERN deu início à distribuição gratuita do WWW pela internet, possibilitando a criação dos primeiros *sites* por grandes centros de pesquisa espalhados pelo mundo.

Visando atrair o usuário leigo, empresas de tecnologia da informação passaram a difundir, também gratuitamente, navegadores de internet com interface gráfica e intuitiva (como utilizamos atualmente), sendo o *Netscape Navigator* um dos pioneiros (Netscape Communications Corporation – 15/12/1994).

Essa iniciativa, acompanhada da popularização dos chamados computadores pessoais (*Personal Computer* – PC), já no final do século XX, fez explodir o número de usuários da internet para aproximadamente 4,9 bilhões, em 2021 (Portal G1, 2021).

2. A ECONOMIA INFORMACIONAL, GLOBAL E EM REDE, E SEUS REFLEXOS NA GESTÃO EMPRESARIAL E NA ATIVIDADE LABORAL

As redes de computadores (internas e globais) revolucionaram o modo de produção e de gestão empresarial, assim como a comunicação interpessoal.

A evolução tecnológica dos servidores, dos meios de roteamento e dos computadores pessoais, massificou a conexão dos indivíduos e das empresas às suas redes internas e à rede mundial de computadores, ensejando uma nova economia em escala global.

Trata-se da “Terceira Revolução Industrial” ou “Era da Informação”, marcada pelo tratamento da informação e do conhecimento como mercadoria, e pela conectividade constante entre os mercados globais, viabilizando negociações em tempo real.

O novo sistema de economia em rede foi batizado por parte da doutrina de “Economia informacional, global e em rede”:

É informacional porque a produtividade e a competitividade de unidades ou agentes nessa economia (sejam empresas, regiões ou nações) dependem basicamente de sua capacidade de gerar, processar e aplicar de forma eficiente a informação baseada em conhecimentos. É global porque as principais atividades produtivas, o consumo e a circulação, assim como seus componentes (capital, trabalho, matéria-prima, administração, informação, tecnologia e mercados) **estão organizados em escala global**, diretamente ou mediante uma rede de conexões entre agentes econômicos. É rede porque, nas novas condições históricas, a produtividade é gerada, e **a concorrência é feita em uma rede global de interações entre redes empresariais** (Castells, 2010, p. 119, grifos nossos).

Como se vê, o aspecto informacional da nova economia depende da habilidade de se manter conectado *aos* agentes de mercado, de gerir as informações e

dados inerentes à cada atividade e departamento empresariais, utilizando-se da conectividade, atualização e alimentação de sistemas de gestão informatizados.

Os diferentes sistemas de gestão da empresa em rede (contábil, logístico, fiscal, jurídico, produtivo, bancário, de recursos humanos etc.) se comunicam entre si e são constantemente alimentados pelos funcionários, que também usam ferramentas digitais como o *e-mail* e *softwares* especializados para a troca de mensagens instantâneas e reuniões virtuais (Skype, Teams, etc.).

Até mesmo o acesso às dependências das empresas e o controle de pontualidade dos funcionários já é feito por meio da identificação biométrica, controlando-se com exatidão quem entra e quem sai de cada ambiente.

Destarte, trabalhar em rede se tornou um imperativo econômico, sendo que as empresas de grande porte possuem uma estrutura completa de rede instalada em suas dependências (servidores, roteadores e clientes), mantendo uma equipe especializada em tecnologia da informação.

Como decorrência, há uma demanda crescente por profissionais especializados em tecnologia da informação, como divulgou a rede de notícias CNN Brasil, em 21/10/2021:

No Brasil, desde o início da pandemia, houve 85 mil novas vagas para quem lida com tecnologia. Para algumas funções, em São Paulo, a procura por profissionais em 2020 cresceu mais de 600%.

“Todas as empresas de tecnologia estão recrutando. Ao mesmo tempo, a gente também tem uma revisão do que é o formato de empresa do mundo de hoje”, diz o co-fundador da 99 Jobs, Eduardo Migliano.

Essa revolução digital colocou os profissionais de tecnologia em um novo mundo. Entre as 10 profissões que mais cresceram no Brasil estão analista de sistemas, analista de suporte, analista de business intelligence e desenvolvedor.

Como resultado dessa revolução digital que aparenta não ter limites, as empresas modernas distribuem aos seus funcionários dispositivos eletrônicos como *notebooks*, *tablets*, *palmtops* e *smartphones*, para que tenham mobilidade no acesso à rede interna e permaneçam conectados e acessíveis quase que em tempo integral.

Empresas de menor porte preferem a contratação de servidores externos (terceirizados), mas seguem a mesma lógica quando se trata de manter seus funcionários conectados em rede, com mobilidade máxima, garantindo a alimentação contínua dos seus sistemas de gestão.

A conectividade constante dos trabalhadores, inclusive nas horas de folga, tem gerado discussões sociais e políticas no campo do Direito do Trabalho, trazendo à luz um “direito a se desconectar”.

Na França, por exemplo, desde 01/01/2016 vigora uma Lei que permite que os trabalhadores ignorem e-mails nas horas de folga. As discussões a respeito desse tema, no parlamento francês, utilizaram expressões como “estresse constante” e “coleira digital”, como divulgou a rede de notícias BBC Brasil, em 02/01/2017:

Desde o primeiro dia deste ano, os funcionários franceses conquistaram o direito de ignorar e-mails ou mensagens de celular ligados ao trabalho em horários de folga.

Isso porque entrou em vigor em 1º de janeiro uma nova lei, que foi apelidada de “direito de se desconectar”.

Empresas com mais de 50 funcionários serão obrigadas a elaborar uma carta de boa conduta estabelecendo quais são os horários fora da jornada de trabalho - normalmente o período noturno e o fim de semana - quando eles não deveriam enviar ou responder e-mails profissionais.

Os defensores da nova lei afirmam que os funcionários dos quais se espera que respondam aos e-mails de trabalho no horário de folga **não estão recebendo um pagamento justo por estas horas extras.**

Todos os estudos mostram que **há hoje muito mais estresse relacionado ao trabalho do que antigamente, e “o estresse é constante”**, afirmou o parlamentar socialista Benoit Haman à BBC, em entrevista concedida em maio, quando a lei foi aprovada. **“Os funcionários saem do escritório, mas não deixam o trabalho em si”.**

Eles são mantidos presos em uma espécie de coleira digital, formada por mensagens de celular e e-mails. Assim, as empresas invadem a vida da pessoa ao ponto que ela acaba surtando. (grifos nossos)

A discussão também atinge o pagamento de horas extras com base nas atividades eletrônicas que os funcionários exercem em favor das empresas nos momentos em que, em tese, estariam de folga. E as preocupações trabalhistas com o uso das novas tecnologias pelas empresas tendem a piorar.

Já está em curso a “Quarta Revolução Industrial”, cujo princípio básico é que o uso de nanotecnologias, neuro tecnologias, robôs, inteligência artificial, biotecnologia, sistemas de armazenamento de energia, *drones* e impressoras 3D tornarão as fábricas e empresas autossuficientes, por meio de redes inteligentes que poderão controlar a si mesmas (BBC News, 22/10/2016).

Ou seja, apesar dos inegáveis benefícios de produção e de expansão de mercados, a informatização constante das empresas parece se destinar para processos de demissões em massa, atingindo direitos trabalhistas e aumentando a pobreza no mundo.

3. O ESTADO INFORMATIZADO E EM REDE

Assim como as empresas, a máquina pública também é gerida e administrada por meio de redes que se comunicam entre si.

Na administração estatal, os funcionários também alimentam sistemas de gestão em contabilidade, logística, cobrança, negócios jurídicos, recursos humanos, entre outros, além do uso das já mencionadas ferramentas digitais para a troca de mensagens instantâneas e reuniões virtuais.

Serviços públicos essenciais ligados ao direito de ação; ao acesso às informações públicas e pessoais, aos requerimentos e aos processos administrativos econômico-fiscais; ao acesso aos benefícios da seguridade social; ao acompanhamento dos processos legislativos; ao acesso aos bancos de empregos, entre outros, também estão vinculados ao uso de ferramentas digitais para acesso às redes públicas de computadores.

A disponibilização de documentos como o licenciamento de veículos automotores, carteira nacional de habilitação, título de eleitor, carteira de trabalho, carteira do Sistema Único de Saúde, certificados nacional e internacional de vacinação contra a COVID-19, já é feita por meio de aplicativos de *smartphone*.

As obrigações tributárias acessórias também já são transmitidas integralmente por meio digital. Já está disponível até mesmo um aplicativo para *smartphones* que permite o preenchimento e envio da Declaração do Imposto de Renda da Pessoa Física.

Mesmo o atendimento presencial, na maioria das repartições públicas, desde o início da pandemia da COVID-19 está condicionado ao agendamento prévio nos *sites* específicos de cada órgão.

Com efeito, por suas imposições econômicas e estatais, a “Era da Informação” fez surgir um novo direito fundamental à conectividade, conforme tópico a seguir.

4. O CIDADÃO EM REDE E O DIREITO FUNDAMENTAL À CONEXÃO

Como visto, a informatização do modelo econômico alterou o modo de produção e de gestão empresarial e estatal. Ambos se tornaram dependentes da conexão

às suas redes internas e à rede mundial de computadores, bem como da correta operação e alimentação dos seus sistemas de gestão.

Consequentemente, as empresas se tornaram dependentes de colaboradores de todas as áreas que sejam digitalmente alfabetizados, ou seja, habilitados a trabalhar em rede e a operar e alimentar os sistemas e *softwares* de gestão empresarial.

Mas não é apenas os aspectos das atividades laborais e a interface com os serviços públicos essenciais que obrigam os indivíduos a permanecerem quase que 100% do tempo conectados à rede mundial de computadores.

No âmbito da vida privada, a simples comunicação interpessoal à distância¹, os serviços de atendimento ao consumidor, a movimentação de uma conta bancária, pesquisas acadêmicas, entre outras atividades sociais, estão na iminência de serem conduzidos, exclusivamente, em âmbito digital.

Também as questões sociais supérfluas estão sendo praticadas amplamente com uso da *internet*, em especial, por meio das chamadas mídias sociais, sendo grande o número de pessoas que não imaginam a vida sem os seus *smartphones* para acessá-las.

Logo, o cidadão que não possui um conhecimento intermediário de informática e de navegação em rede, assim como os meios de conexão com a rede mundial de computadores, está condenado ao exercício de ofícios meramente manuais, e, em último estágio, à exclusão de parcela significativa das atividades sociais, acarretando o cerceamento dos seus direitos ao desenvolvimento cultural, intelectual, profissional, da personalidade, e ao exercício da cidadania, nos termos da nossa Constituição Federal¹.

Ora, se o exercício dos direitos fundamentais está condicionado e vinculado à conexão à internet, é inafastável a conclusão pela existência de um direito fundamental à conectividade, albergado pela Lei nº 12.965/2014².

¹ (...) Art. 6º São direitos sociais **a educação**, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (...) Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) V - **proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação**; (...) Art. 205. A educação, **direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.** (g.n.)

² Art. 1º Esta Lei estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria. Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como: I - o reconhecimento da escala mundial da rede; II - **os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em**

Nesse sentido é que Emerson Penha Malheiro (2016, p. 218) afirma que a

inclusão digital se tornou indispensável aos indivíduos, por sua perspectiva infinita e proveitosa de utilização. Todo ser humano deve estar conectado. A inclusão digital tem um valor que deve ser usado pelas pessoas como um verdadeiro direito fundamental (grifos nossos).

Do exposto, é de se concluir que o nosso ordenamento jurídico já declara a conectividade como meio básico de sobrevivência dos cidadãos, do Estado e das corporações, caracterizando-a como direito fundamental.

5. O FUTURO DO ESTADO E DO DIREITO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Uma das principais características da “Era da Informação” é a evolução constante e extremamente rápida dos instrumentos de interação dos sujeitos de direito com o mundo digital para a prática de atos jurídicos.

Neste contexto, para compreendermos o surgimento de um “Direito da Sociedade da Informação” e o futuro do próprio Estado de Direito, é oportuna a questão proposta por Cláudio Finkelstein e Fernando Maluf (2020, p. 269): “em que medida a velocidade com que a tecnologia tem trazido mudanças nas interações sociais poderá ser acompanhada por alterações no nosso ordenamento jurídico. O Direito acompanha essa evolução?”.

No esforço de reduzir a abstração de tal questão, formulam-se outras duas indagações: Os fatos jurídicos descritos nos antecedentes das normas gerais editadas antes da massificação do acesso à internet seriam suficientes à tipificação das condutas sociais praticadas em meio virtual? Os sistemas político-democráticos e os processos de positivação de normas atuais seriam adequados e suficientemente céleres para atingir esse novo mundo fenomênico?

Em relação à primeira pergunta aqui formulada, poder-se-ia argumentar que a sociedade apenas vem alterando o ambiente em que pratica as suas condutas,

meios digitais; III - a pluralidade e a diversidade; IV - a abertura e a colaboração; V - **a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor;** e VI - a finalidade social da rede. (...) Art. 4º A disciplina do uso da internet no Brasil tem por objetivo a promoção: I - **do direito de acesso à internet a todos;** II - **do acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos;** III - da inovação e do fomento à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso; e IV - da adesão a padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação, a acessibilidade e a interoperabilidade entre aplicações e bases de dados. (...) Art. 7º O acesso à internet **é essencial ao exercício da cidadania,** e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: (...)

do físico para o digital. Sendo assim, as mesmas normas que se aplicam no mundo físico, se aplicariam, automaticamente, no mundo virtual.

Os desafios jurídicos e regulatórios que as novas tecnologias vêm impondo, no entanto, afastam essa obviedade.

O que se nota é um atropelo, por parte dos poderes públicos, dos debates sociais e dos rígidos procedimentos legislativos vigentes no Brasil, de forma a “tentar” acompanhar e regulamentar os incrivelmente rápidos avanços tecnológicos, cumprindo, muitas vezes, ao Poder Judiciário pacificar as celeumas decorrentes de tais práticas heterodoxas, como se ilustrará, a seguir, por meio da exploração de dois casos concretos.

- CASO 1: RE nº 1.287.019, JULGADO EM 25/05/2021 – ICMS NO E-COMMERCE.

Diante do crescimento do *e-commerce*, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 87/2015, permitindo a cobrança do chamado “diferencial de alíquota do ICMS” (DIFAL-ICMS), nas operações interestaduais que destinem bens a consumidores finais não contribuintes do imposto.

O ICMS incidente nessas operações, que antes era devido totalmente ao Estado de origem da mercadoria, passou a ser dividido entre dois sujeitos ativos, cabendo ao estado de origem o ICMS calculado com base na alíquota interestadual, e, ao estado de destino, a diferença entre a alíquota interestadual e a sua alíquota interna.

As hipóteses de incidência tributária qualificadas na Constituição Federal dependem de Lei Complementar fixando as normas gerais e demais critérios da regra matriz de incidência (art. 146, III, CF). Ou seja, a nova incidência dependia de regulação pela Lei Complementar nº 87/96 (Lei Kandir), que atualmente fixa as normas gerais do ICMS, por iniciativa do Poder Legislativo da União.

Os Estados, contudo, se apressaram a regular a matéria por meio da Cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/15, a qual terminou sendo julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (RE nº 1.287.019, 25/05/2021).

Naquele julgamento, o ministro Marco Aurélio Mello chegou a afirmar que *“O protocolo foi feito com uma cara de pau incrível. Estabeleceram um protocolo e colocaram em segundo plano a Constituição”*.

É importante ressaltar que a modificação na Lei Kandir, necessária à incidência e cobrança do ICMS-DIFAL só foi sancionada pela Presidência da República em 04/01/2022 (LC nº 190/2022).

Ou seja, no caso da regulamentação da incidência tributária nas vendas virtuais, **houve um intervalo de sete anos entre a promulgação da Emenda Constitucional autorizadora e a regulamentação válida por Lei Complementar**, o que levou os Estados a ignorarem o devido processo legislativo e regularem a matéria por meio de norma infra legal.

- CASO 2: ADF nº 449/DF, JULGADA EM 08/05/2019 – PROIBIÇÃO DO UBER EM FORTALEZA/CE.

Outro caso que exigiu pronúncia do Supremo Tribunal Federal envolveu o tão corriqueiro transporte individual de passageiros, apenas porque parte da demanda passou a ser atendida pelo serviço digital de agenciamento de motoristas intitulado *Uber*.

Diante da nova tecnologia, o município de Fortaleza/CE editou a Lei nº 10.553/2016, não para regular a modalidade do serviço que há muito tempo já era prestado por taxistas, mas para simplesmente proibir o “*uso de carros particulares cadastrados ou não em aplicativos, para o transporte remunerado individual de pessoas*”.

A norma, entretanto, foi julgada inconstitucional nos autos da ADF nº 449/DF, sendo que um dos fundamentos foi a usurpação da competência legislativa da União:

A União possui competência privativa para legislar sobre “diretrizes da política nacional de transportes”, “trânsito e transporte” e “condições para o exercício de profissões” (art. 22, IX, XI e XVI, da CRFB), sendo vedado tanto a Municípios dispor sobre esses temas quanto à lei ordinária federal promover a sua delegação legislativa para entes federativos menores, considerando que o art. 22, parágrafo único, da Constituição faculta à Lei complementar autorizar apenas os Estados a legislar sobre questões específicas das referidas matérias. Precedentes: ADI 3136, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2006, DJ 10/11/2006; ADI 2.606, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ de 07/02/2003; ADI 3.135, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ de 08/09/2006; e ADI 3.679, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ de 03/08/2007; ARE 639496 RG, Relator(a): Min. Cezar Peluso, julgado em 16/06/2011; ADI 3049, Relator(a): Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 04/06/2007.

Como se vê, as normas que regulamentam as condutas no mundo físico nem sempre estão aptas a subsumir as condutas praticadas em âmbito digital, ou mesmo aquelas praticadas no mundo físico por intermédio de ferramentas digitais.

A rigidez constitucional sobre as competências e instrumentos legislativos adequados a cada matéria, além das convergências político-sociais e prazos das casas legislativas, não estão adequados à velocidade das transformações impostas pela “Era da Informação”.

Analisando esse paradoxo, José Luiz de Moura Faleiro Júnior sustenta que a discussão passa a ser *“de que maneira a clássica estruturação administrativa deve se aperfeiçoar para cumprir sua função prestacional: os deveres de proteção que lhe são impostos a nível constitucional não abrem margem para o descumprimento por completa incapacidade de tutela e regulação”* (2020, Conclusões).

Em uma primeira abordagem do problema, portanto, uma das soluções possíveis seria a modificação do sistema de inserção de normas válidas no nosso ordenamento jurídico para torná-lo mais célere, mas sem perder de vista os princípios que norteiam as diversas áreas do direito, e, principalmente, os direitos e garantias individuais.

Tal solução, porém, atinge características utópicas diante da velocidade das transformações tecnológicas na realidade atual.

Abordando o problema dos crimes cometidos em âmbito digital em relação à morosidade do sistema legislativo pátrio, Armando Kolbe Júnior afirmou o seguinte:

Com esse novo cenário, que envolve a ocorrência dos chamados crimes cibernéticos, incorreu na necessidade de um direito que conseguisse tratar de forma exclusiva dessa nova área e das consequências dela advindas. Vale destacar que o direito digital consegue atuar de forma abrangente em todos os princípios fundamentais e institutos que são vigentes em nosso ordenamento, bem como proporciona a introdução de novos institutos e elementos para o pensamento jurídico, em todas as suas áreas, **levando em conta principalmente o fato de que a velocidade das transformações é ainda uma das maiores barreiras à legislação digital. Ou seja, enquanto estamos criando legislação para uma nova tecnologia ou artefato, outras tantas surgiram. Assim, considera o direito digital que qualquer lei que venha a tratar dos novos institutos jurídicos deve ser genérica o suficiente para sobreviver a um tempo flexível para que consiga vir a atender aos diversos fatos que podem surgir em relação a um único assunto – a rede** (Kolbe Junior, 2020, p. 16, grifos nossos)

Com base nesse raciocínio, afirma-se que o “Direito da Sociedade da Informação” surge para resolver o problema do “Direito **na** Sociedade da Informação”, por meio da integração sistêmico-interpretativa entre normas gené-

ricas e princípios gerais sobre a sociedade em rede, e as normas interdisciplinares que foram editadas sem um olhar para as condutas praticadas no mundo virtual.

A partir da constatação de uma verdadeira impossibilidade de o Poder Legislativo acompanhar os avanços tecnológicos, Armando Kolbe Júnior afirma o seguinte:

(...) o que muda de forma substancial é a postura de quem interpreta a lei, bem como faz sua aplicação. Assim, aquela visão arcaica de que a tecnologia cria um grande buraco negro – no qual a sociedade fica à margem do direito – é prontamente superada, uma vez que as leis em vigor são aplicáveis à matéria, desde que dada a sua devida interpretação e adequação (Kolbe Junior, 2020, p. 16).

Nesta linha, trazendo normas genéricas e os princípios gerais que devem nortear a conduta da sociedade em rede, a Lei nº 12.965/2014, intitulada “Marco Civil da Internet”, estabeleceu “*princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil e determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria*” (art. 1º).

Ressalta-se que o Poder Judiciário já vem realizando a interpretação sistemática entre o Marco Civil da Internet e as demais normas dos diversos campos do direito. Confira-se um exemplo:

RESPONSABILIDADE CIVIL DE EMPRESA DE INTERNET. Ofensas ao autor, médico e político, por meio da rede social Facebook, em grupo aberto. Manifestações injuriosas e difamatórias que ultrapassam o direito de crítica e de livre manifestação. Liberdade de expressão que não deve se sobrepor aos direitos fundamentais da honra e da privacidade. Linguagem coloquial e informal usada na Internet tem limites na preservação da honra alheia. Comando ao FACEBOOK de retirar as mensagens ofensivas, devidamente identificadas pelo autor. MARCO CIVIL DA INTERNET. Não aplicação a fatos ocorridos antes da vigência da lei nova, ainda que o ajuizamento da ação seja posterior. **Ainda que assim não fosse, Interpretação sistemática arts. 19 e 21. da Lei 12.965/14 e do código de Defesa do Consumidor.** Responsabilidade do provedor de aplicação pelo controle da informação manifestamente ilícita veiculada após notificação extrajudicial. Critérios de fixação dos danos morais. Funções ressarcitória e punitiva. Danos morais fixados em R\$ 2.000,00. Recurso não provido.

(...)

O que se faz é a interpretação sistemática entre o artigo 19 do Marco Civil da Internet e as demais normas do ordenamento jurídico.

Observe-se que o Código de Defesa do Consumidor constitui lei tão especial quanto o Marco Civil, no caso sub iudice. A partir de uma perspectiva objetiva incide a lei 12.965/14, regulando o uso da Internet. Por outro lado, subjetivamente, recaem as normas de direito consumerista, dispostas na lei nº 8.078/90. Ambas com respaldo constitucional e reclamo recíproco de incidência. (TJSP; Apelação Cível 1004264-50.2014.8.26.0132; Relator (a): Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro de Catanduva - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 08/07/2016; Data de Registro: 08/07/2016, grifos nossos).

Já a matéria disciplinada pela Lei nº 13.709/2018 (proteção de dados) possui especificidade suficiente para a regulação mais direta das condutas em rede, dispondo sobre *“o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural”* (art. 1º).

No campo do direito penal, aplicando o princípio da tipicidade estrita às condutas criminosas em rede, foi editada a Lei nº 12.737/2012, intitulada de *“Lei Carolina Dieckman”*, a qual dispõe sobre *“a tipificação criminal de delitos informáticos”*.

Em síntese, o dever regulatório e jurisdicional do Estado não pode ficar à margem das novas variantes de condutas sociais praticadas no âmbito virtual, sob o pretexto de que não é possível, em um só turno, acompanhar a velocidade dos avanços tecnológicos e atender ao devido processo legislativo e aos princípios de direito material que regem as diversas áreas do conhecimento jurídico.

A solução mais adequada é a edição de normas genéricas com princípios básicos de utilização da internet, interpretando-se tais normas de forma sistemática para com o restante do sistema de direito posto, e empregando-se a analogia permitida pelo art. 4º do Decreto-lei nº 4.657/42, nos casos omissos.

No que for possível e indispensável ao atendimento dos princípios do direito material, como no caso do Direito Penal e do Direito Tributário, a Lei deve tratar as condutas em âmbito virtual com maior especificidade e tipificação exauriente.

CONCLUSÃO

A informatização da sociedade e do Estado criou um problema para o sistema positivista brasileiro: como acompanhar e tutelar as inovações tecnológicas que reformulam as condutas praticadas no mundo fenomênico (cada dia mais virtual),

e, ao mesmo tempo, se manter a higidez dos processos legislativos, em especial no que aponta para matérias de tipicidade estrita e com reserva legal.

Como se demonstrou, questões cotidianas simplórias como se chamar um taxi ou se vender uma mercadoria ganharam contornos tecnológicos nunca antes vistos, desafiando a tutela estatal nas mais diversas disciplinas jurídicas.

A tutela da sociedade da informação, portanto, exigiu um olhar direto do Poder Legislativo para as novas tecnologias, promulgando-se marcos legais sobre a internet, a tutela de dados pessoais, o acesso à informação, tipificando-se, ainda, alguns crimes praticados por meio de ferramentas digitais.

As normas produzidas tiveram de ser flexíveis e abrangentes o bastante para que não fossem rapidamente superadas pelos avanços tecnológicos, possuindo critérios materiais e elementos axiológicos que as interligassem às antigas codificações e leis esparsas.

A partir dessa evolução legislativa, as autoridades administrativas e o Poder Judiciário puderam realizar uma mudança do paradigma hermenêutico, ampliando a tutela do Estado sobre as relações jurídicas constituídas em âmbito virtual e formando vasta jurisprudência, como solução de coesão sistêmica entre os antigos diplomas normativos e os novos marcos regulatórios do mundo digital, de forma a subsumir e regulamentar as condutas sociais reformuladas pela informatização da economia, do Estado, e até mesmo da vida “privada”, solucionando incompatibilidades entre o devido processo legislativo e a velocidade dos avanços tecnológicos.

REFERÊNCIAS

CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. A era da informação: economia, sociedade e cultura. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2010. v. 1.

FALEIRO JUNIOR. *A Administração Pública Digital*. São Paulo: Editora Foco, 2020.

FINKELSTEIN, Cláudio; MALUF, FERNANDO. Constituição, Estado e Novas Tecnologias: uma análise à Luz da Perspectiva Brasileira. In: LISBOA, Roberto Senise (coord.). *O Direito na Sociedade da Informação IV: movimentos sociais, tecnologia e a atuação do Estado*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 269-294.

KOLBE JUNIOR. *Governança e Regulações na Internet no Brasil e no Mundo*. Curitiba: Contentus, 2020.

MACEDO, Ricardo Tombesi; FRACISCATTO, Roberto; CUNHA, Guilherme Bernardino da; BERTOLINI, Cristiano. *Rede de Computadores*. 2018. Trabalho de Licenciatura em Computação, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2018.

MALHEIRO, Emerson Penha. Direitos Humanos na Sociedade da Informação. *Revista Paradigma*, Ribeirão Preto-SP, a. XXI, v. 25, n. 1, p. 218-230, jan./jun. 2016.

Portal BBC News. *O que é a 4ª revolução industrial – e como ela deve afetar nossas vidas*. 2016. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-37658309>.

Portal BBC News: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-38471356#:~:text=Desde%20o%20primeiro%20dia%20deste,%22direito%20de%20se%20desconectar%22>.

Portal CNN Brasil. *Procura por profissionais de tecnologia cresce 671% durante a pandemia*. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/procura-por-profissionais-de-tecnologia-cresce-671-durante-a-pandemia/#:~:text=O%20levantamento%20de%20uma%20empresa,voltadas%20pra%20profissionais%20rec%C3%A9m%2Dformados>.

Portal G1. *Mais de um terço da população mundial não tem conexão com a internet, segundo a ONU*. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2021/12/01/mais-de-um-terco-da-populacao-mundial-nao-tem-conexao-com-a-internet-segundo-a-onu.ghtml>.