

Governo e corporações de ofício pós-modernas: proporcionalidade na regulamentação para o não retrocesso tecnológico

Autor(a): Irene Patricia Nohara

Publicado em: 12 de janeiro de 2016

Publicação: Coluna direitodoestado.com.br

Link JurisTube: <https://juristube.com.br/colunistas/irene-patricia-nohara/governo-e-corporacoes-de-oficio-pos-modernas-proporcionalidade-na-regulamentacao-para-o-nao-retrocesso-tecnologico>

Fonte original: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Irene-Patricia-Nohara/governo-e-corporacoes-de-oficio-pos-modernas-proporcionalidade-na-regulamentacao-para-o-nao-retrocesso-tecnologico>

Identificador citável: juristube.com.br/colunistas/irene-patricia-nohara/governo-e-corporacoes-de-oficio-pos-modernas-proporcionalidade-na-regulamentacao-para-o-nao-retrocesso-tecnologico#ep-bea1e61a

Resumo

Os tempos atuais são de aceleração nas relações sociais e de desenvolvimento tecnológico. Os processos digitais, os novos aplicativos, os robôs, as redes sociais, o WhatsApp e a internet são realidades que provocam...

Texto integral

Os tempos atuais são de aceleração nas relações sociais e de desenvolvimento tecnológico. Os processos digitais, os novos aplicativos, os robôs, as redes sociais, o WhatsApp e a internet são realidades que provocam desafios no cotidiano da burocracia do Poder Público e de seu relacionamento com grupos de interesse. O presente artigo, confeccionado para o novel e bem-sucedido espaço Colunistas, engendrado com liderança e maestria por Paulo Modesto, no site Direito do Estado, objetiva refletir as posturas necessárias para que o Poder Público conduza as transformações provocadas pelo acelerado desenvolvimento tecnológico, sem que isso implique num retrocesso coletivo. Primeiramente, serão abordados os desafios da necessidade de adaptação dos processos administrativos às novas tecnologias digitais, que também possuem suas flexibilidades, para que sejam cumpridas as exigências do direito público. Depois, haverá a ponderação de três situações recentes que desafiam as reflexões na área jurídica: (1) o bloqueio do WhatsApp; (2) a contenda entre os taxistas e o Uber; e (3) o drama do uso de robôs em pregões. Intenta-se, por fim, problematizar a necessidade de um reconhecimento do não retrocesso tecnológico, sobretudo pela atuação das apelidadas “corporações de ofício pós-modernas”. O processo digital já é realidade em inúmeros procedimentos nas Administrações Públicas. Desde o envio digital do formulário de declaração de imposto à Receita até as visitas in loco em Instituição de Ensino Superior para a fiscalização da qualidade do ensino, que são feitas com o preenchimento de processos administrativos digitais, há o uso cada vez mais intensivo de programas digitais por parte de entes e órgãos públicos. Essa realidade deve ser acompanhada de perto por parte dos conhecedores do Direito Administrativo, pois, não obstante toda discussão acerca da discricionariedade e da vinculação dos atos administrativos, a depender de como o programador do processo administrativo digital tiver configurado o sistema, o que é discricionário passa a ser vinculado, e o agente público acaba “amarrado”, não pela lei, mas pelo recurso de tecnologia da

informação, sem ter como agir com ponderação. Não obstante essa dificuldade, com a qual é desafiado não só o Poder Público, mas toda e qualquer organização que faça uso de tecnologia, dado que a tecnologia é imprescindível para dar conta de organizar dados e informações no atual estágio de desenvolvimento da sociedade de massas, é possível abrir janelas e aprimorar os sistemas para inserir informações mais qualitativas e que acrescentem, portanto, flexibilidade às particularidades da averiguação concreta. Evita-se, com tais medidas, não só o descompasso com o ordenamento jurídico, mas com a equidade e a justiça na aplicação das regras jurídicas, o que tanto será melhor se houver o produtivo diálogo entre as autoridades administrativas e programadores digitais. Um dos fatos jurídicos que também marcou o Brasil no dia 17 de dezembro de 2015 foi a ordem judicial de bloqueio do WhatsApp, por recusa reiterada do administrador em fornecer dados de conversas do aplicativo para instruir processo criminal que corre em segredo de justiça, medida que foi suspensa pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apesar de a medida ser tecnicamente possível, ainda assim ela não respeitou à proporcionalidade, dada ausência de observância do escalonamento das sanções antes que a punição lesasse interesses de inúmeros usuários. Ficou claro que seria ineficaz e que foi, ainda, desnecessário, impactar, num caso como este, conforme dados fornecidos pelo Ibope, 93% de aproximadamente 100 milhões de usuários da internet do País, que utilizam o WhatsApp, como medida de pressão para que o administrador fornecesse os dados requisitados. O caso do WhatsApp, no entanto, não chegou a tangenciar uma questão ainda mais delicada travada na contenda entre taxistas e o Uber, sendo este considerado um aplicativo de carona que foi visto pela Câmara Municipal de São Paulo como prática irregular, uma vez que desenvolvida, diferentemente dos taxis, sem alvarás de licença ou taxas pagas à Prefeitura ou a frequência a cursos que, em tese, garantiriam maior segurança aos consumidores do serviço. Ora, em inúmeras outras localidades do mundo o Uber foi regulamentado, o que não o deixa, no entanto, isento de enfrentar questionamentos judiciais. Ocorre que os adeptos do aplicativo alegam que se trata de modalidade de transporte que diminui o trânsito, facilita o pagamento e gera renda para pessoas, que disponibilizam veículos mais modernos e confortáveis. De acordo com estudos divulgados pelo Cade, reunidos sob o título: “o mercado de transporte individual de passageiros: regulação, externalidades e equilíbrio urbano”, do ponto de vista econômico, não há razões para a proibição do aplicativo, pois a entrada de novos agentes no mercado é positiva para a concorrência e beneficia o consumidor. Também o Uber foi aplicativo suspenso por decisão judicial de 28 de abril de 2015, depois cassada, em 4 de maio de 2015, sendo a discussão posteriormente deslocada do Poder Judiciário ao Legislativo, que aprovou projeto de lei proibindo o aplicativo, posteriormente sancionado pelo Prefeito de São Paulo. A Prefeitura optou, ainda, por criar um serviço de “taxi preto”. O Uber, por outro lado, contestou o projeto, que entende inconstitucional, pois não se considera uma empresa de taxi, recusando-se a enquadrar-se nessa categoria de serviço (“taxi preto”). Trata-se, sem dúvida, de assunto que toca o Direito Administrativo, pois o sistema de concessões de alvará para taxistas por parte da Prefeitura faz parte do exercício local de poder de polícia, que alguns autores preferem chamar, na esteira de Celso Antônio Bandeira de Mello, de polícia administrativa. Aí se encontra um embate sobre: regulamentação de trabalho, ofício ou profissão, que é livre, de acordo com o art. 5^º, XIII, da Constituição, o que José Afonso da Silva categoriza como norma constitucional de eficácia contida, sendo possível, por decisão política, regulamentar, estabelecendo qualificações por meio de lei. Não há impedimento jurídico à liberação do serviço do Uber, sendo, no fundo, uma decisão política, desde que feita por lei, a abertura ou o fechamento do serviço, em função do estabelecimento de regras mais flexíveis ou rigorosas. Trata-se de um tipo de embate que, na estrutura, não deixa de apresentar semelhanças com a

situação das corporações de ofício. Estas eram associações, existentes desde o século XII, que reuniam trabalhadores do mesmo ofício, sendo pagas taxas para sua manutenção em atividade. As corporações de ofício foram extintas com a Revolução Francesa, em 1789, pois foram consideradas incompatíveis com a liberdade de comércio, provocando encarecimento dos produtos e serviços oferecidos. No Brasil, as corporações de ofício foram oficialmente extintas pelo art. 179, XXIV, da Constituição de 1824, que determinou que: “nenhum gênero de trabalho, cultura, indústria, ou comércio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança e saúde dos cidadãos”. Ressalte-se, ainda, que a Prefeitura de São Paulo fez consulta, então, em dezembro de 2015, sobre a regulamentação do Uber por uma via diferente desta. Ela procura implementar a regulação do “uso intensivo do viário urbano”, em que as operadoras de transporte credenciado serão as empresas responsáveis por intermediar, por plataformas tecnológicas, prestadores de serviços, isto é, motoristas, e usuários, a partir da aquisição de créditos de quilômetros para operar. Trata-se também de assunto sujeito a controvérsias na área jurídica, sendo a alegação da Prefeitura no sentido de trazer à formalidade os “clandestinos”. Por fim, outro assunto que está exigindo das Administrações um olhar atento, haja vista a necessidade de adaptação à tecnologia, é o uso de robôs nos pregões eletrônicos. Foi inclusive um dos temas discutidos no IV Congresso Paulista de Direito Administrativo, em temáticas organizadas criteriosamente por André Luiz Freire e Maurício Zockun. O painel que abordou esse assunto, relacionado com o controle das licitações públicas, foi dividido por Alexandre Levin, Luciana Brayner e Cristiane Margarete W. Mastrobuono. Os robôs são softwares utilizados pelos licitantes que dão lances automáticos no pregão eletrônico. Eles têm o potencial de influenciar no resultado do pregão, sobretudo no tempo randômico, em que se anuncia o encerramento iminente do certame, que geralmente pode ocorrer aleatoriamente de um até trinta minutos, estratégia utilizada pelo sistema do pregão eletrônico para que os participantes deem logo seus lances mais vantajosos. Se houver término exato da fase de lances, nenhum licitante irá fornecer lances antes da proximidade com o final, para economizar suas chances e não reduzir muito o preço. Com o robô, é possível que, na iminência de encerrar a etapa final dos lances, haja um lance mais rápido oferecido pela empresa que possui o software, o que acaba violando o objetivo legal de se assegurar a isonomia na licitação. Daí, vários órgãos começaram a pensar em soluções para garantir a igualdade entre os licitantes, haja vista a vantagem competitiva da empresa que se utiliza do robô. A Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, por exemplo, utiliza um sistema de prorrogação de três minutos após o último lance. Para evitar a possível concorrência desleal, o Tribunal de Contas da União notificou a Administração Pública Federal para que proíba o uso de robôs. Daí surge o seguinte debate: será que esse uso já é proibido, pois ele incorreria em conduta tipificada no art. 90 da Lei de Licitações, que criminaliza “frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação”? Neste ponto, apesar de não desprezíveis os argumentos em sentido contrário, temos a tendência a fazer coro com os que são contrários à criminalização do uso de tecnologia por si só, pois, mesmo que seja difícil ganhar de quem possui mais recursos para dispor do software, tenderíamos a ter uma resposta mais próxima à liberdade e contrária, portanto, à proibição, sobretudo se esta é feita sem lastro legal de maior tipicidade. Conversando inclusive, ao término do palpitante painel, com o jurista Celso Antônio Bandeira de Mello, que acompanhou o Congresso, ele chegou a mencionar que uma solução possível seria inclusive promover o acesso de todos à tecnologia, com o fomento do governo, em vez da proibição. Trata-se de solução que particularmente achamos muito mais compatível não apenas com a

liberdade, mas também com a simultânea preservação da igualdade. Em suma, num Estado Democrático de Direito, em vez da autoritária opção pela proibição do progresso tecnológico, o que, em diversos casos, acaba, ainda, beneficiando muito mais grupos interessados em garantir uma reserva de mercado que pouco beneficia a coletividade, é mais equilibrado pensar em uma regulamentação proporcional do uso da tecnologia, para que não haja violação ao núcleo essencial de desenvolvimento das atividades econômicas. A solução dos “freios medievais” incentivados, no mais das vezes, por “corporações de ofício pós-modernas”, não é compatível com a flexibilidade que os novos tempos demandam para que a polícia administrativa garanta o bem-estar geral. Essa briga, que, lamentavelmente, chega às vias de fato, entre alguns taxistas e o serviço do Uber, por exemplo, aproxima-se, ainda, do caricato movimento do luddismo, do começo do século XIX, em que grupos de operários AnarcoPrimitivistas, contrários à mecanização do trabalho proporcionada pela Revolução Industrial, invadiam as fábricas e quebravam as máquinas que lhes retirariam o trabalho, o que inspirou até uma obra intitulada *Rebels against the future*. É absurda e retrógrada a proibição do uso de tecnologia, pois este uso já pode ser visto como o mais lícito exercício de um direito humano básico, e, que é, portanto, algo que não pode razoavelmente ser tido como conduta criminosa! Os governos, no entanto, devem estar atentos para adaptar-se aos desafios da tecnologia, promovendo medidas que, em vez de proibir, procurem lidar de forma equânime com as externalidades sociais provocadas pela tecnologia, em discussões equilibradas e, principalmente, compatíveis com os tempos presentes. Assim, se for para a garantia de um não retrocesso tecnológico, concluímos que, em vez da solução ultrapassada da proibição, melhor seria o estímulo estatal ao acesso de todos, em condições de maior igualdade, à tecnologia.

Como citar este documento

As citações abaixo seguem os padrões ABNT NBR 6023:2018, APA 7ª edição, Chicago Author-Date (17ª ed.) e BibTeX (LaTeX). Copie o formato exigido pelo periódico ou gerenciador bibliográfico (Zotero, Mendeley, EndNote).

ABNT (NBR 6023:2018)

NOHARA, Irene Patricia. Governo e corporações de ofício pós-modernas: proporcionalidade na regulamentação para o não retrocesso tecnológico. *Direito do Estado — Colunistas*, 12 jan. 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Irene-Patricia-Nohara/governo-e-corporacoes-de-oficio-pos-modernas-proporcionalidade-na-regulamentacao-para-o-nao-retrocesso-tecnologico>. Acesso via: JurisTube — Acervo Digital de Direito. Disponível em: <https://juristube.com.br/colunistas/irene-patricia-nohara/governo-e-corporacoes-de-oficio-pos-modernas-proporcionalidade-na-regulamentacao-para-o-nao-retrocesso-tecnologico>. Acesso em: 12 ago. 2026.

APA 7ª edição

Nohara, I. P. (2016, January 12). Governo e corporações de ofício pós-modernas: proporcionalidade na regulamentação para o não retrocesso tecnológico. **Direito do Estado — Colunistas**. <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Irene-Patricia-Nohara/governo-e-corporacoes-de-oficio-pos-modernas-proporcionalidade-na-regulamentacao-para-o-nao-retrocesso-tecnologico>

Chicago Author-Date (17ª ed.)

NOHARA, Irene Patricia. 2016. "Governo e corporações de ofício pós-modernas: proporcionalidade na regulamentação para o não retrocesso tecnológico." **Direito do Estado — Colunistas**, January 12. <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Irene-Patricia-Nohara/governo-e-corporacoes-de-oficio-pos-modernas-proporcionalidade-na-regulamentacao-para-o-nao-retrocesso-tecnologico>

BibTeX

```
@article{irene-patricia-nohara-governo-e-corpora-es-de-of-cio-p-s-moder-2016,
author = {Nohara, Irene Patricia},
title = {Governo e corporações de ofício pós-modernas: proporcionalidade na regulamentação para o não retrocesso tecnológico},
journal = {Direito do Estado — Colunistas},
year = {2016},
url = {http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Irene-Patricia-Nohara/governo-e-corporacoes-de-oficio-pos-modernas-proporcionalidade-na-regulamentacao-para-o-nao-retrocesso-tecnologico},
urldate = {2016-01-12}
}
```



Licença de Uso — CC BY-NC-SA 4.0

Este conteúdo está licenciado sob a licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhaligual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0). O uso para fins acadêmicos e educacionais é permitido, desde que citada a fonte original (JurisTube) conforme as normas técnicas indicadas neste documento.

Termos completos:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.pt-br>

JurisTube — Acervo Digital de Direito

<https://juristube.com.br/colunistas/irene-patricia-nohara/governo-e-corporacoes-de-oficio-pos-modernas-proporcionalidade-na-regulamentacao-para-o-nao-retrocesso-tecnologico>

