**NOVAS TECNOLOGIAS E SEUS LIMITES JURÍDICOS**

É comum, ao se falar dos efeitos da tecnologia digital nas instituições jurídicas, a utilização da metáfora do impacto, como se a tecnologia digital fosse um míssel alienígena, um asteroide lançado de encontro às instituições jurídicas e essa figura é posta no imaginário do estudioso do direito como justificativa de uma reação jurídica aos efeitos presumidamente negativos que ela poderia causar ás instituições jurídicas.

A transformação das instituições provocada pelas novas tecnologias é usualmente vista como algo negativo. O Direito e suas instituições não deveriam mudar. A mudança geraria crise, a qual justificaria uma intervenção estatal em defesa de suas instituições com o retorno ao estado anterior das coisas. Saimos do positivismo e do pandectismo clássico, mas eles não saíram de nós. Somos filhos do positivismo, somos filhos do pandectismo e talvez, no fundo, ainda acreditemos na imutabilidade do direito e nos valores por ele cristalizados como pressupostos de segurança jurídica: a necessidade de previsibilidade da decisão judicial.

Nos deparamos, contudo, com recursos tecnológicos à efetivação dos direitos no ambiente digital. O direito manda, mas os recursos tecnológicos não conseguem obedecer.

A tecnologia digital nos força o reconhecimento da insuficiência dos conceitos jurídicos para explicar essa nova realidade. O direito restringe tudo o que toca, O direito é menor que a vida, O direito é menor que o homem.

Nos esquecemos, porém, que somos uma espécie tecnológica. As várias tecnologias que construímos ao longo de nossa existência nos permitiram alcançar esta posição de espécie dominante global. Nos distanciamos das demais espécies não apenas pela utilização de ferramentas, mas pelo seu aprimoramento constante. A tecnologia, antes de ser um fato jurídico, é um fato social e, essencialmente, um fato humano. Por essa razão, proponho a substituição da metáfora do impacto, como algo vindo de fora, pela metáfora da erupção. As novas tecnologias emergem na sociedade. Um banho de lava promovido por erupções da própria natureza humana desde o início dos tempos.

Recentemente, assistindo ao documentário A Caverna dos Sonhos esquecidos, do diretor Werner Herzog em que sua equipe têm a rara chance de explorar e filmar as Cavernas de Chauvet, na França, onde estão as pinturas mais antigas feitas pelo homem, criados há 30 mil anos, constatei que o homem das cavernas e o homem digital compartilham da mesma essência, a mesma capacidade de abstração e o que os diferencia é a tecnologia acessível.

É lógico que a tecnologia digital está provocando mudanças em nossa sociedade de uma grandeza tal que talvez só possa ser comparada em nossa história à domesticação do fogo, mas, enquanto fato humano, exige que nos debrucemos sobre ela não apenas em uma perspectiva de busca por controle, mas também em uma perspectiva inclusiva e promocional da dignidade da pessoa humana.

A tecnologia digital distanciou quem está perto e aproximou quem está longe. Esta aproximação gerou uma série de questões jurídicas patrimoniais decorrentes de crimes, fraudes, responsabilidade civil, contratos eletrônicos etc. Gerou também uma série de questões existenciais, como tutela dos direitos da personalidade no âmbito digital, testamento digital, Inteligência artificial, entre outros, e, refletir sobre o papel do direito diante destas questões exige também uma reflexão sobre o direito em si. Quando olhamos para o abismo, ele também olha para nós.

Quando pensamos nas questões existenciais postas pelas novas tecnologias precisamos definir qual a função do direito. O direito seria uma mera técnica de controle social a serviço do Estado? Um instrumento de imposição heterônoma de padrões de conduta? Como se a sociedade fosse uma massa de macarrão à qual o cozinheiro imprime a forma que quer: fusilli, farfalle, penne, etc .No aspecto existencial, os modelos heterônomos de conduta postos pelo direito em decorrência de sua função de controle geram exclusão, marginalização e criminalização de condutas, em decorrência da inadequação das regras jurídicas à realidade social.

O direito precisa, portanto, se colocar também como um conjunto de regras construídas pela sociedade para proporcionar a coexistência pacífica, o livre desenvolvimento da personalidade de seus membros e a promoção da dignidade da pessoa humana, e o estado passa a ser visto como um instrumento de consecução desse fim.

No afã de se ampliar a proteção à pessoa humana imprimiu-se no direito brasileiro um conceito heterônomo de dignidade inclusive no que se refere a questões de caráter existencial e gradualmente se busca a substituição pela idéia de nessas situações jurídicas existenciais autonomia é premissa de dignidade.

A legitimação das regras jurídicas não está em sua previsibilidade, mas em sua adequabilidade à realidade social atual. A regra legal não deve apenas fazer sentido para o direito, mas também para o mundo. A Lei deve ser adequada à realidade social do momento em que é criada mas também deve ser adequada à realidade social do momento em que é aplicada.

Nesse sentido, um processo judicial democrático se mostra como instrumento eficaz de adequação das regras. O processo judicial visto não apenas como um instrumento de aplicação de regras legais, mas como um espaço discursivo argumentativo de reconstrução constante de regras. A necessidade de reconstrução do direito se mostra como uma crise aparente, mas a crise real advèm do imobilismo jurídico e da tentativa reacionária de imposição de categorias jurídicas ultrapassadas a novas realidades tecnológicas e sociais. Os conceitos, categorias e institutos jurídicos não podem ter a pretensão da eternidade. O fato social se impõe ao direito no momento em que emerge e sua recepção tempestiva ou tardia pelo Direito é o termômetro de sua maturidade democratica.

Assim, vemos o próprio direito não como um conjunto de regras criado e im posto pelo Estado à sociedade, mas como um conjunto de regras que deve dela emergir, e de fato emerge, gradualmente.

De todas as questões postas ao direito pelas novas tecnologias, as questões existenciais me atraem mais a atenção, razão pela qual elegi as questões atinentes à personalidade e à subjetividade como tema central de minha exposição nesta ocasião. Portanto, buscarei lançar um olhar civilístico ao tema proposto, sob a influência dos princípios constitucionais brasileiros , utilizando como marco teórico a tese do direito civil constitucional adotada no Brasil nos últimos vinte anos.

A partir de uma demanda gradual, verifica-se um processo de despatrimonialização do direito civil no Brasil, que passa a ser visto não apenas como um ambiente de tutela do ter, mas também de tutela do ser, forçando o civilista brasileiro a enfrentar o desafio de conciliar o dever ser do direito e o ser da existência. Estudar Direito passa a ser, também, estudar uma terra em que ninguém pisa, o coração humano.

O tratamento interdisciplinar das questões jurídicas existenciais se impõe, o direito civil se aproxima da psicanálise e fica comum a repetição entre os civilistas da seguinte frase : quem só sabe direito, nem direito sabe.

É lógico que essa inversão valorativa ocorrida no direito civil brasileiro foi alvo de preocupações porque não podemos nos esquecer do toque de midas direito civil e de sua tendência á mercantilização de seus objetos desde sua origem, mesmo que contenham, a princípio conteúdo extrapatrimonial.

É a lição colhida da obra de max Kaser em que relata que um certo lucius veratius se deliciava esbofeteando com sua mão o rosto de cidadãos livres que encontrava na rua. Atrás de si vinha um escravo entregando 25 asses a todos em que o dominus batia.

A personalidade, vista de forma técnica como atributo legislativo de subjetividade, passa a ser vista também por um prisma ideológico, como instrumento de opressão dos animais não humanos pelos humanos e também, muitas vezes, de opressão de humanos pelos humanos. Apesar da proposta positivista de amoralidade das instituições jurídicas, a proposta do instituto da personalidade tal qual se vê na maioria dos ordenamentos jurídicos ocidentais revela, de forma implícita a moralidade dominante em nossa sociedade: a moral do homem, branco e proprietário.

Com esta moralidade implícita se ensinou a milhares estudantes nos cursos de direito brasileiros que, como bons alunos repetiram os ensinamentos, que a subjetividade se encerrava na personalidade. Assim, negava-se a seres humanos a aptidão para o agir jurídico, como os escravos, as crianças, os nascituros, e a animais não humanos, enquanto se reconhecia essa mesma aptidão a entes fictícios fundamentais para o estabelecimento das situações jurídicas patrimoniais. As pessoas jurídicas, sociedades, associações,fundações, etc.

Paulatinamente, a realidade social foi mostrando ao direito a existência de subjetividade para além da personalidade e, judicialmente, entes não personalizados começaram a ter reconhecida a sua subjetividade, como é o caso dos condomínios, dos nascituros e dos animais de estimação.

Estes entes tem sido reconhecidos judicialmente no Brasil como sujeitos atípicos ou sujeitos de direito despersonificados.

No caso dos animais de estimação sua subjetividade tem sido reconhecida nas ações de família para que seu destino em casos de divórcio não seja tratado na partilha de bens, mas como direito de visitas, alimentos e guarda, como acontece com os filhos do casal.

Importante que, nestes casos, não se defende a subjetividade de todos os animais não humanos, ou dos racionais, ou dos sescientes, mas apenas dos animais de estimação, por se constatar que o vínculo de afetividade da família com o PET o eleva à condição de sujeito de afeto e não apenas de objeto de afeto.(famílias multiespécies)

É importante ressaltar que não se trata de alusão ao conceito romântico de afeto, como sinônimo de amor, carinho, ternura, convivência, dentre outros sentimentos românticos.

Afeto é visto como fato social constitutivo e distintivo da entidade familiar que repercute na esfera do direito de família e produz efeitos jurídicos, a exemplo da subjetividade dos animais de estimação.

O debate ideológico sobre a subjetividade ganha novos contornos quando nos deparamos com as possibilidades jurídicas propostas pelo que se tem chamado de I.A: Inteligência Artificial.

A inteligência artificial é um ramo de pesquisa que busca, através de símbolos computacionais, construir mecanismos que simulem a capacidade do ser humano de pensar, resolver problemas, ou seja, de ser inteligente e interagir intelectualmente. Os principais idealizadores foram os seguintes cientistas: Hebert Simon, Allen Newell, Jonh McCarthy.   
.

O que rege de fato a personalidade enquanto atributo legislativo de personalidade e a subjetividade? Qual o critério que utilizamos de fato na construção deste atributo e qual deveríamos utilizar daqui em diante?

Em nossos estudos encontramos várias justificativas: autodeterminação, comunicatividade, racionalidade, humanidade, consciência, sesciência, existência de alma, viabilidade, etc.

Nenhuma dessas justificativas, se tomada de forma isolada, é capaz de explicar o fenômeno da subjetividade.

Na verdade, a escolha legislativa pela atribuição da personalidade a determinado ente e a escolha pela não atribuição a outro, não se baseiam em um critério científico, mas em uma escolha de ordem política e ideológica.

No que se refere à subjetividade, enquanto fenômeno social, advém do reconhecimento da alteridade, da aptidão relacional do outro, e a mudança da posição de objeto para sujeito da relação jurídica ocorreu primeiro na sociedade e depois no direito.

A história mostra que o reconhecimento da personalidade a mulheres, crianças escravos e nascituros não surgem como uma dádiva do direito à sociedade. Pelo contrário, é o clamor social que reivindica a desconstrução da instituição jurídica aqui e acolá, como bem exemplifica a situação histórica que antecede a lex poetelia papira de 326 a.c.

Da mesma forma, o reconhecimento da subjetividade às pessoas jurídicas e aos condomínios.

É esse mesmo processo de transformação do social em jurídico que ensejou no direito brasileiro essa mudança jurisprudencial na forma de tratamento da situação jurídica dos animais de estimação.

As decisões judiciais que reconhecem a subjetividade de animais de estimação nos processos de divorcio e separação, o fazem porque as partes litigantes assim o requerem e não porque o judiciário assim o deseja.

Isso significa que o fundamento da subjetividade é o reconhecimento por nós humanos da alteridade em relação a entes humanos e a entes não humanos. Os animais são reconhecidos como sujeitos de direito nestes casos porque são vistos pelos humanos envolvidos na relação jurídica como sujeitos e não como objetos de direito.

É como se o afeto os promovesse à categoria de sujeitos. Não podemos deixar de alertar para o fato de que, nem sempre a existência de vínculo afetivo em relação ao objeto de direito o elevaria á condição de sujeito. É o exemplo do Código Civil Brasileiro que prevê que o valor da indenização em casos de dano deve englobar o valor equivalente da coisa acrescido do valor afetivo, não podendo este ser superior àquele. Neste caso, o vínculo afetivo não eleva o objeto á condição de sujeito, mas, tão somente, eleva-lhe o valor.

Nem tampouco, podemos dizer que o poder judiciário será sempre sensível à demanda social. Em caso que tramitou na Comarca de Uberaba, em Minas Gerais, a família do escritor brasileiro falecido Humberto de Campos, ajuizou ação contra o médium chico Xavier reivindicando em nome do falecido a autoria das obras psicografadas por chico Xavier. Os livros vendidos ao público espírita eram psicografados por chico Xavier que alegava serem de autoria de Humberto de Campos. A família reivindicou a autoria com base no reconhecimento de alteridade por parte do público e do próprio médium, a mesma lógica que defendemos acima, mas o Juiz que decidiu sobre o caso acolheu a tese da materialidade e argumentou que o fim da existência material cessa a personalidade e a aptidão para a aquisição de direitos.

Retornando à Inteligência Artificial, e certos de que a história se repete, acreditamos que, em breve, as questões jurídicas sobre sua subjetividade começarão a movimentar os processos judiciais em duas ordens de razões:

1. Como a atribuição da personalidade é um processo político ideológio, é possível que as grandes corporações que controlam a I.A busquem utilizar esse recurso da subjetividade como forma de otimização de lucros, isenção de responsabilidades ou instrumento de manipulação.
2. Como o reconhecimento da subjetividade é um fenômeno cultural, é possível que haja o reconhecimento social da subjetividade da I.A. promovendo-a de objeto a sujeito de direito de forma casuística.