

2^o INFORMATION SOCIETY AND LAW

FMU
CENTRO UNIVERSITÁRIO

Volume 2

2020

ANAIS
II CONGRESSO INTERNACIONAL INFORMATION SOCIETY AND LAW
Proteção de dados e Smart Cities

6 a 8 de Novembro de 2019
CASA METROPOLITANA DO DIREITO FMU
SÃO PAULO – SP

informationsocietyandlaw.wordpress.com

PRESIDENTE: EDUARDO ARAUJO

CHANCELER: PROF. DR. ARTHUR ROQUETE DE MACEDO

REITOR: PROF. MANUEL NABAIS DA FURRIELA

GERENTE DA ESCOLA DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS, EDUCAÇÃO, ARTES E HUMANIDADES (HECSA): PROF. MESTRA LAURA ELAINE CABRAL DOMINGOS

COORDENADOR DO MESTRADO EM DIREITO 2019: PROF. DR. ROBERTO SENISE LISBOA

COORDENADOR DO MESTRADO EM DIREITO 2020: PROF. DR. RICARDO LIBEL WALDMAN

COORDENADOR DA GRADUAÇÃO EM DIREITO: PROF. DR. FABIO PEREIRA

COORDENAÇÃO GERAL DO EVENTO

Roberto Senise Lisboa

COMISSÃO ORGANIZADORA

Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti, Emerson Penha Malheiro, Fernando Rister de Sousa Lima, Flávio Alberto Gonçalves Galvão, Greice Patrícia Fuller, Irineu Francisco Barreto Jr., Jorge Shiguemitsu Fujita, José Marcelo Menezes Vigliar, Marcelo Guerra Martins, Ricardo Libel Waldman e Samyra Haydée Dal Farra Napolini

COMISSÃO AVALIADORA

Adriana Maillart Silva, Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho, Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti, Ana Paula da Fonseca Rodrigues, Daiane Moura de Aguiar, Daniela Pellin, Emerson Penha Malheiro, Fernando Rister de Sousa Lima, Flávio Alberto Gonçalves Galvão, Gisele Lenzi, Greice Patrícia Fuller, Guilherme Almeida Fernandes, Heitor Loureiro, Irineu Francisco Barreto Jr., Ivelise Fonseca De Matteu, Janaína Thais Daniel Varalli, Jorge Shiguemitsu Fujita, José Eduardo Parlato Vaz, José Marcelo Menezes Vigliar, Juliana Leandra Maria Nakamura Guillen Desgualdo, Lucas Fucci Amato, Luiz Fernando Afonso, Marcelo Guerra Martins, Marco Antônio Santos Rodrigues, Matteo Finco, Norma Sueli Padilha, Rafael Tocantins Maltez, Ricardo Libel Waldman, Samyra Haydée Dal Farra Napolini, Sandra Regina Martins e Silvia Fernandes da Silva

SECRETARIA GERAL DO CONGRESSO

Joelma Stefani Pereira da Silva

DIVULGAÇÃO DO CONGRESSO

Gerson Victor dos Santos

Copyright © 2020 Information Society and Law. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados, sem prévia autorização dos editores.

**Realização – Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação do
Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU**



Information Society and Law Review [Recurso eletrônico on-line]

Organizadores – Roberto Senise Lisboa, Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti, Irineu Francisco Barreto Júnior e Flávio Alberto Gonçalves Galvão

– São Paulo: 2019. Inclui bibliografia

Modo de acesso: www.fmu.la/congressodireito, em Anais

I Information Society and Law (2019 : São Paulo, Brasil). CDU:

APRESENTAÇÃO

Nos dias 6 a 8 de novembro de 2019, nosso Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU, único do país que tem como área de concentração o Direito da Sociedade da Informação, organizou o II Congresso Internacional Information Society and Law cujo tema central foi Proteção de Dados e Smart Cities.

Neste sentido tivemos, a Conferência de Abertura realizada pelo Professor Dário Manuel Lentz de Moura Vicente – Universidade Clássica de Lisboa, Portugal e um painel específico sobre o tema central com a participação de professores do Brasil, Espanha e Estados Unidos, além de profissionais atuantes em importantes instituições públicas e privadas que tratam da internet.

Como na primeira edição, procurou-se contribuir com o debate nacional e internacional a respeito de tais temas. A falha na proteção dos dados em geral e dos dados pessoais em particular afeta não apenas quem têm seus dados transferidos sem autorização, mas também a toda a sociedade, como se viu no caso Cambridge Analytica, ou nas revelações de Edward Snowden. Por outro lado, a cidade, lugar onde as pessoas vivem, pode se beneficiar muito com as novas tecnologias, sem serem aplicadas, respeitando os direitos fundamentais.

O evento contando com 639 participantes, incluiu conferências destinadas a todos os inscritos e 28 painéis simultâneos tratando dos mais diversos temas da sociedade da informação, passando por direitos humanos, proteção de dados, fake news, dentre outros. Entre painéis e conferências foram 129 palestrantes de várias regiões do Brasil, além de Austrália, Bolívia, Portugal, Espanha, Estados Unidos, Itália, Peru e México.

O congresso possibilitou, ainda, a apresentação de trabalhos acadêmicos em 12 grupos de trabalho, organizados a partir dos temas investigados em nosso Programa de Mestrado, nos quais pesquisadores puderam expor suas pesquisas, sendo recebidos 78 artigos e 12 pôsteres, sendo que os artigos foram avaliados pelo sistema double-blind review.

Este evento não teria acontecido sem o apoio do Magnífico Reitor de nosso Centro Universitário, Professor Manuel Nabais da Furriela e o trabalho do Coordenador do Mestrado em Direito da Sociedade da Informação à época, Professor Doutor Roberto Senise Lisboa. Além disso, importante destacar o papel dos demais docentes, palestrantes, alunos e egressos do programa bem como os patrocinadores e apoiadores.

São Paulo, 6 de junho de 2020.

Ricardo Libel Waldman

Coordenador do Mestrado em Direito da Sociedade
da Informação do Centro Universitário das
Faculdades Metropolitanas Unidas

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	5
GT - DIREITO, TECNOLOGIA E SOCIEDADE	13
A LEI Nº 12.965/2014 COMO FERRAMENTA DE RECONHECIMENTO DA INCLUSÃO DIGITAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL.....	14
Lucas Gonçalves da Silva; Maria da Glória Teles Farias	
A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO MARCO CIVIL DA INTERNET	27
Irineu Francisco Barreto Junior; Roberto Montanari Custódio	
A PRIMAZIA DA IMAGEM NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO.....	40
Mayara Andrade Soares Carneiro; Ricardo Libel Waldman	
APATRIDIA <i>DE JURE</i> NO BRASIL E A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO.....	55
Beatriz Martins de Oliveira; Irineu Francisco Barreto Junior	
AS NOVAS TECNOLOGIAS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE SOBRE AS RELAÇÕES SOCIAIS E TRABALHISTAS	67
Camila Cardoso Takano; Lucas Gonçalves da Silva	
ASSIMETRIAS NA AUTOMAÇÃO: ANÁLISE DO USO DE SOFTWARE PREDITIVOS NA INVESTIGAÇÃO POLICIAL E A VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS....	84
Alessandra Cristina de Mendonça Siqueira; Lucas Gonçalves da Silva	
CASO TRUMP: UMA ANÁLISE DO BLOQUEIO DE USUÁRIOS NAS REDES SOCIAIS POR AUTORIDADES PÚBLICAS E O DIREITO HUMANO DE ACESSO À INFORMAÇÃO	100
Thiago G. Viana; Matheus Henrique Souza Ferreira	
COMENTÁRIOS À NOVA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (LEI 13.709/2018): BASE LEGAL PARA O TRATAMENTO DE DADOS	118
Silvia Regina Ali Zeitoun Revi	
DESAFIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL SOBRE A LEI DE PROTEÇÃO DE DADOS.....	127
Richard Bassan; Lidiana Costa de Sousa Trovão	
DIREITO À PRIVACIDADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: A QUESTÃO DO BIG DATA E DO <i>PROFILING</i>	142
André Carvalho Ribeiro	

DIREITO AO ESQUECIMENTO, DIGNIDADE HUMANA E FAKE NEWS	161
Leonardo Figueira Gonçalves ; Nathália Lima Passarin Rosa	
INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, REGULAÇÃO NO BRASIL E O PROJETO DE LEI 5051/2019	169
Bruna Lietz*	
INVERSÃO DO DOMÍNIO PRIVADO SOBRE PÚBLICO <i>VERSUS</i> COMUNIDADE DIGITAL	179
Douglas Belanda	
LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS: BREVES APONTAMENTOS SOBRE A VIOLAÇÃO DE DADOS	191
Daiane Moura de Aguiar; Gabriel Poltronieri Brusasco	
O DIREITO DE CONTROLE E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA SAÚDE SUPLEMENTAR.....	211
José Luiz Toro da Silva; Rafael Dias da Cunha	
OS TRIBUNAIS DE CONTAS E A POLÍTICA DE CONTROLE INTERNO SOB O ENFOQUE DA GOVERNANÇA, INTEGRIDADE, RISCOS E COMPLIANCE – GIRC: A IMPLEMENTAÇÃO DA AGENDA 2030 E O ENFRENTAMENTO DOS DESAFIOS DA CONTEMPORANEIDADE NO COMBATE À CORRUPÇÃO E NA PROMOÇÃO DA JUSTIÇA.....	226
Edalgina Braulia de Carvalho Furtado de Mendonça	
PROTEÇÃO DOS DADOS DO PRONTUÁRIO ELETRÔNICO DO PACIENTE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO	243
Denise Souza Amorim; Irineu Francisco Barreto Junior	
RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS CAUSADOS POR CARROS AUTÔNOMOS: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	255
Pedro Ganselli da Silva	
SISTEMAS DE TRANSPORTE INTELIGENTE E CARROS AUTÔNOMOS: A NECESSIDADE DE PARÂMETROS ÉTICOS	275
André Gualtieri	
UMA ANÁLISE DE <i>ZERO-RATING</i>: UM ESTUDO DIRIGIDO PARA ARGENTINA, BRASIL E CHILE ATRAVÉS DA ÓTICA DE NEUTRALIDADE DE REDE E DA NORMA LEGAL.	284
Claudio Luiz de Carvalho; Irineu Francisco Barreto Junior	

GT - DIREITOS HUMANOS, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS DA PERSONALIDADE	300
A INTERRELAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DISCURSO DE ÓDIO E CENSURA NA SOCIEDADE INFORMACIONAL	301
Beatriz Stort Braun Ferreira, Ronny Max Machado	
A NORMA PRESENTE NO ART. 5º, INC. V, ALÍNEA “A” DA LEI N.º 7.347/1985 RESTRINGE A PROTEÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE?	314
Marcelo Negri Soares; Isabela Franco Arruda Brasil	
A POLÍTICA DA MORTE: UMA ANÁLISE ACERCA DAS CHACINAS OCORRIDAS EM BELÉM DO PARÁ NO ANO DE 2018, SOB O APORTE TEÓRICO DE ACHILLE MBEMBE	329
Fernando Campos Nazaré	
INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: CELERIDADE E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	339
Raíssa Arantes Tobbin; Valéria Silva Galdino Cardin	
NOVAS PERSPECTIVAS DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO	356
Wesley Xavier Leite; Jorge Shiguemitsu Fujita	
O DIREITO À PRIVACIDADE NA ERA DIGITAL	378
Beatriz Ferraioli Carvalho Leite; Jorge Shiguemitsu Fujita	
O DIREITO DE RESPOSTA CONTRA O ESTADO	394
João Gabriel Lemos Ferreira	
PORNOGRAFIA DE VINGANÇA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	408
Luís Filipe Fernandes Ferreira	
UMA ANÁLISE DO FILME “XXY”: DIREITO À IDENTIDADE	427
Jamille Bernardes da Silveira Oliveira dos Santos; Valéria Silva Galdino Cardin	
GT - DIREITO INTERNACIONAL	442
A PROTEÇÃO DO DIREITO DE IMAGEM DA MODA NA ERA DIGITAL: UMA ANÁLISE DO CASO LOUBOUTION V. YVES SAINT LAURENT	443
Bernardo Pereira de L. Rodrigues Guerra; Camile C. Ghensev Barberan	
GT - TRATADOS INTERNACIONAIS	463
TRIPS E O COPYRIGHT AMERICANO: O QUE O BRASIL PODE APRENDER	464
Felipe Otávio Moraes Alves	

GT - FAMÍLIA, GRUPOS SOCIAIS E INFORMAÇÃO	480
<i>A PRIVACIDADE DA CRIANÇA NA INTERNET: SHARENTING,</i>	
RESPONSABILIDADE PARENTAL E TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS	481
Vinícius Garcia Ribeiro Sampaio; Jorge Shiguemitsu Fujita.	
ADOÇÃO À BRASILEIRA	502
Victória Simões de Souza; Jorge Shiguemitsu Fujita	
CYBERBULLYING: VIOLÊNCIA VIRTUAL COM EFEITOS REAIS NA ATUAL	
SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO	518
Yves Alessandro Russo Zamataro; Jorge Shiguemitsu Fujita	
DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE E A MORTE DIGNA	536
Denise Souza Amorim; Jorge Shiguemitsu Fujita	
O PAPEL DA FAMÍLIA NA PROTEÇÃO DA INTIMIDADE E PRIVACIDADE DAS	
CRIANÇAS E ADOLESCENTES NAS REDES SOCIAIS	548
Anna Carolina Cudzynowski; Jorge Shiguemitsu Fujita	
	548
OS REFLEXOS DO AVANÇO DO DIVÓRCIO NA CONTEMPORANEIDADE	563
Dora Regina Estevam; Jorge Shiguemitsu Fujita	
GT - BIODIREITO E DIREITOS INTELECTUAIS	573
A EUGENIA COMO FATOR DISCRIMINANTE EM GATTACA: A EXPERIÊNCIA	
GENÉTICA	574
Tereza Rodrigues Vieira; Nicole Naiara Schmitz	
O FILME SEMPRE AO SEU LADO E A TUTELA JURÍDICA DOS ANIMAIS DE	
ESTIMAÇÃO NAS RELAÇÕES FAMILIARES	594
Tereza Rodrigues Vieira; Antonio Luiz de Oliveira Alves	
O PRINCÍPIO DA JUSTIÇA – O FILME “12 HOMENS E UMA SENTENÇA” E A	
CRÍTICA AO PROCEDIMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI BRASILEIRO	611
Jamille Bernardes da Silveira Oliveira dos Santos; Tereza Rodrigues Vieira	
REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: A PROTEÇÃO DOS DADOS GENÉTICOS E	
AS PORTAS PARA EUGENIA	627
Deise Santos Curt; Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti	
GT - NANOTECNOLOGIA E INFORMAÇÃO	649
O SANDBOX REGULATÓRIO COMO FONTE DE DIREITO NO CASO DA	
DISRUPÇÃO NANOTECH	650
Daniela Pellin	

GT - INCLUSÃO SOCIAL	670
AÇÕES AFIRMATIVAS: PRESTAÇÕES POSITIVAS DO ESTADO COMO MEIO DE ACESSO DE PRESOS E EGRESSOS AO MERCADO DE TRABALHO	671
Cesar Eduardo Lavoura Romão; Anselmo Nogueira Junior	
DIREITO DAS PESSOAS COM DEFICIENCIA E INCLUSÃO: TENDENCIAS RECENTES NO DIREITO INTERNACIONAL	684
Pedro A. de Oliveira	
LEI DE COTAS: AÇÃO AFIRMATIVA PARA A INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO.....	712
Denise De Stefano Sanchez Guedes; César Eduardo Lavoura Romão	
PESSOA COM DEFICIÊNCIA E SUA CAPACIDADE CIVIL AO LONGO DA VIDA....	735
Ana Carolina Silva Devidé; César Eduardo Lavoura Romão	
GT - CONTRATOS ELETRÔNICOS	752
OS CONTRATOS ELETRÔNICOS	753
Silvia Regina Ali Zeitoun Revi	
GT - NOVA EMPRESARIALIDADE E DIREITOS HUMANOS.....	764
A PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO E O PAPEL DAS EMPRESAS DE GAMES NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	765
Rafael Rizzi	
A QUEBRA DO INTERESSE SOCIAL E O COMPLIANCE: COMO AS REGRAS SOBRE CONFLITOS DE INTERESSES IMPACTAM NOS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE	778
Bárbara Simões Narciso; Caroline da Rosa Pinheiro	
APLICAÇÃO DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS	799
Francieli Micheletto; Felipe de Poli de Siqueira	
CONFIANÇA E COMÉRCIO ELETRÔNICO: UMA BREVE ABORDAGEM	812
Ezequiel Anderson Junior; Gabriela Amorim Paviani	
GT - ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	822
“CAIXA-PRETA” DO BNDES: DEVIR-TRANSPARÊNCIA, SENTIDOS E O PRINCÍPIO DA PRIVACIDADE.....	823
Luís Delcídes R. Silva; Emerson Malheiro	
ACORDO DE LENIÊNCIA NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO.....	832
Murilo Pizzoli Monteiro; Leticia Silva da Costa	

GT - DIREITO TRIBUTÁRIO, FINANCEIRO E ECONÔMICO	849
<i>APLICABILIDADE DOS SMART CONTRACTS NAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS</i> 850	
Bianca dos Santos de Cavalli Almeida	
ISS SOBRE ROYALTIES COBRADOS NO CONTRATO DE FRANCHISING.....	865
Benedito Mauro Egêa Baco e Eduardo Salgueiro Coelho	
GT - GOVERNANÇA AMBIENTAL E URBANÍSTICA.....	886
<i>AS SMARTS CITIES SOB A ÓTICA DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD)</i>	
	887
Bárbara Ferreira De Bonis	
<i>COMPLIANCE AMBIENTAL E O PAPEL DA B3 COM O ENFORCEMENT DOS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE</i>	
	902
Brenda Dutra Franco; Caroline da Rosa Pinheiro	
<i>EM BUSCA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO NORMATIVO PERDIDO O CASO DO DESCOMISSIONAMENTO DE BARRAGENS.....</i>	
	921
Alexandre Jorge C. da Cunha Filho; Beatriz Sharon Bernardo dos Santos	
<i>GOVERNANÇA URBANÍSTICA E AMBIENTAL: CIDADES RESILIENTES INTELIGENTES NA PREVENÇÃO E RECUPERAÇÃO DOS DANOS DECORRENTES DE DESASTRES AMBIENTAIS E TECNOLÓGICOS</i>	
	939
Rafael Tocantins Maltez; Leticia Alves Assumpção	
<i>UMA APROXIMAÇÃO DA ZONE D'AMÉNAGEMENT CONCERTÉ - ZAC AO DIREITO URBANÍSTICO BRASILEIRO: POSSIBILIDADES E LIMITES</i>	
	957
José Antonio Aparecido Júnior; Marília Formoso Camargo	
GT - DIREITO E PROCESSO PENAL NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO	977
<i>A DIVULGAÇÃO DE IMAGENS DE PESSOAS MORTAS NA INTERNET E OS BENS JURÍDICOS AFETADOS</i>	
	978
Natalia Pires Araujo, Ronny Max Machado	
<i>A INFLUÊNCIA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO NO PROCESSO PENAL.....</i>	
	994
Rodrigo Gonçalves Zanini	
<i>CIBERCRIME COMO CRIME PERMANENTE</i>	
	1007
Felipe Otávio Moraes Alves	
<i>CRIMES CIBERNÉTICOS: O AGENTE INFILTRADO COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA</i>	
	1023
Leticia Silva da Costa; Marcelo Nogueira Neves	

CRIMES NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA, APLICAÇÃO DA LEI PROCESSUAL NO TEMPO E NO ESPAÇO.....	1036
Greice Patrícia Fuller; Marcelo Nogueira Neves	
CRIMES VIRTUAIS: ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS, ETIOLOGIA CRIMINAL E DIREITO PENAL.....	1054
Leandro Marcel Lancieri; Ronny Max Machado	
O CASO DOS CRACKERS DE ARARAQUARA E A RESPOSTA DO DIREITO BRASILEIRO	1066
Victoria Codogno Bianqueti	
RELATIVIDADE DE PRINCÍPIOS PENAIIS A LUZ DA TECNOLOGIA	1079
Pedro Rodrigues de Freitas Lippe; José Eduardo Lourenço dos Santos	
REVENGE PORN E SUAS IMPLICAÇÕES NA ÓRBITA CRIMINAL NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO.....	1091
Jorge Shiguemitsu Fujita; Fábio Gallinaro	
URSO BRANCO: BREVE ARTIGO SOBRE TECNOLOGIA, PUNITIVISMO E (DES)HUMANIZAÇÃO NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL	1108
Bruna Charifker Vogel; Greice Patrícia Fuller	
GT - SOLUÇÕES ADEQUADAS DE CONFLITOS	1122
A APLICAÇÃO DAS CONSTELAÇÕES SISTÊMICAS NA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS FAMILIARES.....	1123
Amanda Gomes Alves	
A MEDIAÇÃO COMO FERRAMENTA DE AUXÍLIO PARA A GOVERNANÇA EMPRESARIAL.....	1145
Karem Patricia dos Santos Caetano	
O FOMENTO DO ACESSO À JUSTIÇA PELO USO DE NOVAS TECNOLOGIAS ALIADAS AOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS	1168
Taysa Pacca Ferraz de Camargo; Caio Pacca Ferraz de Camargo	
OS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ACESSO À JUSTIÇA: OPORTUNIDADES ESTRATÉGICAS PARA OS ADVOGADOS.....	1185
Afonso Soares de Oliveira Sobrinho	

2^o INFORMATION SOCIETY AND LAW

FMU
CENTRO UNIVERSITÁRIO

GT - DIREITO, TECNOLOGIA E SOCIEDADE

A LEI Nº 12.965/2014 COMO FERRAMENTA DE RECONHECIMENTO DA INCLUSÃO DIGITAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Lucas Gonçalves da Silva¹; Maria da Glória Teles Farias²

Resumo: Este trabalho tem como objetivo analisar a lei do Marco Civil da Internet e sua influência no reconhecimento do acesso às novas tecnologias da informação e comunicação como direito fundamental. Inicialmente aborda a trajetória até o reconhecimento de um novo ramo do direito denominado de “direito digital”. Logo em seguida apresenta a abordagem do Marco Civil da Internet sobre a inclusão digital, analisa reconhecimento do direito de acesso às novas tecnologias da informação como um direito fundamental implícito. A conclusão é no sentido de que a inclusão digital já está implicitamente reconhecida como direito fundamental, sendo este viés claramente externalizado por diversas políticas públicas e programas do governo nesse sentido.

Palavras-chave: Direito Digital; Inclusão digital; Marco Civil da Internet; Direitos fundamentais; Programas do governo.

THE LAW Nº 12.965/2014 AS A TOOL FOR RECOGNIZING DIGITAL INCLUSION AS A FUNDAMENTAL LAW

Abstract: This paper aims to analyze the law of the Civil Internet Framework and its influence on the recognition of access to new information and communication technologies as a fundamental right. Initially it approaches the trajectory until the recognition of a new branch of the law denominated of "digital right". It then presents the Civilian Internet Framework approach on digital inclusion, examines the recognition of the right of access to new information technologies as a fundamental right implied. The conclusion is that digital inclusion is already implicitly recognized as a fundamental right, and this understanding is clearly outsourced by various public policies and government programs.

¹ Pós-doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia e pela Università Degli Studi G. d'Annunzio (Itália). Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC/SP. Professor Associado da Graduação em Direito e do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe. Vice-Presidente do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito CONPEDI.

² Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Pós-Graduada em Direito do Estado pela Faculdade Guanambi. Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes. Professora da Graduação em Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.

Keywords: Digital right; Digital inclusion; Civil Internet Mark; Fundamental rights; Government programs.

INTRODUÇÃO

Este artigo possui o objetivo de discorrer a respeito da importância da Lei do Marco Civil da Internet para o reconhecimento da inclusão digital como direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro.

A sociedade atual se molda sob a forte influência da ciência, tecnologia, e da incidência da virtualização nas relações cotidianas. Esta mudança social em sua essência decorre das relações entre os cidadãos que utilizam cada vez mais ferramentas tecnológicas para a realização de todo o tipo de ação das mais simples as mais complexas.

Partindo dessa perspectiva, mantém-se o interesse nesse tipo de estudo. Assim, define-se como problema de pesquisa: Em que medida a Lei do Marco Civil da Internet influenciou para o reconhecimento da inclusão digital como direito fundamental? Diante disso, apresenta-se de extrema importância o presente assunto, visto que, este artigo esclarecerá dúvidas sobre a era digital e suas implicações nos direitos fundamentais.

Em um primeiro momento, abordar-se-á o trajeto do direito digital no Brasil. Em seguida, o Marco Civil da Internet com foco na elevação da importância da inclusão digital na sociedade brasileira e a busca em compreender as implicações ocasionadas por essa era digital, ao final será apresentada uma série de programas do governo federal que incentivam a inclusão digital no Brasil.

As inovações tecnológicas, em especial a internet e o poder computacional, têm se mostrado como os grandes propulsores das conquistas que o cidadão contemporâneo vem conseguindo. O computador possibilita a análise rápida e segura dos dados e a internet encurtou a distância entre as pessoas.

Os órgãos públicos se veem obrigados a fornecer suas informações em portais na rede mundial de computadores. O cidadão não precisa mais se deslocar fisicamente para solicitar informações e documentos públicos, podem fazê-lo de forma gratuita pelos sites governamentais através da internet. Quanto maior o número de informações, maior será a possibilidade de conhecimento das ações governamentais.

O reconhecimento do direito à informação como um direito humano fundamental tem trazido consequências benéficas na evolução da responsabilidade governamental e no trato com a coisa pública. A partir do momento em que cada cidadão tem capacidade de acessar, encontrar e entender os dados e documentos produzidos pela administração pública, o espaço para desmandos e ilicitudes são reduzidos. O agente público se vê

vigiado em todos os seus atos, proporcionando para a sociedade uma maior segurança quanto às atitudes dos agentes públicos.

Devido a série de benefícios que as tecnologias de informação e comunicação podem gerar surge a ideia de inclusão digital como direito fundamental.

O TRAJETO DO DIREITO DIGITAL NO BRASIL

A Internet surgiu na época da Guerra Fria para atender aos anseios dos Estados Unidos de facilitação de comunicação bem como descentralização das informações.

No Brasil a internet surgiu apenas na década de 90 de maneira controlada, sendo utilizada apenas por instituições de pesquisa e universidades. Em meados da década de 90 o Ministério de Ciência e Tecnologia e Ministério das Comunicações buscaram incentivar a internet e sua utilização obteve um alcance maior. Logo quando começou apenas a Embratel prestava o serviço de Internet, porém em 1997 outros provedores foram surgindo no país.

Com o passar do tempo e a expansão do uso da internet, expressões como “direito digital”, “ambiente digital” e “ciberespaço” surgiram.

Com o surgimento dessa realidade surge a necessidade de regulamentação, uma vez que determinadas situações começam a sair do controle como relações com o direito a privacidade, liberdade de expressões e entre outras. Daí começou-se a discutir sobre o Marco Civil da Internet que surgiu com o intuito de proteger diversos direitos envolvidos na esfera digital.

O sociólogo espanhol Manuel Castells é um dos pioneiros a estudar os efeitos e reflexos da chamada “Sociedade em Rede”, que a conceitua da seguinte maneira:

[...] uma estrutura social baseada em redes operadas por tecnologias de comunicação e informação fundamentadas na microeletrônica e em redes digitais de computadores que geram, processam e distribuem informação a partir de conhecimento acumulado nos nós das redes.³

Com a ampliação expressiva da internet, surge a discussão acadêmica e jurisprudencial de um novo ramo do direito com o intuito de assegurar os direitos, bem como deveres dos usuários. Este Direito foi chamado de “Direito Digital”.

³ CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede: do conhecimento à Política**. In: Castells, Manuel; Cardoso, Gustavo (org.). *A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Ação Política*. Centro Cultural de Belém, 2005.

O Direito Digital é a união da ciência do Direito e da Ciência da Computação. Trata-se do conjunto de conhecimentos, normas, aplicações e relações jurídicas, oriundas do ambiente digital.

Nesse interim, o Marco Civil da Internet foi uma maneira de regulamentar o Direito Digital, uma lei com muitas concepções já trazidas por este Direito.

Como bem assevera Manuel Castells as tecnologias de informação influenciam não só os processos de produção, dentro e através das instituições, mas também, as cadeias de fornecimento, a coordenação, comunicação e controle, em resumo, a natureza fundamental das organizações.⁴

Ao ser difundida, principalmente como ferramenta de comunicação e interação social, a internet fez surgir questões bastante desafiadoras para a legislação como um todo, devido a especificidade que envolve as relações no meio tecnológico. Assim, se verificou a necessidade de regulamentação desses direitos e deveres e responsabilidades no ambiente digital, lidando com bastante atenção em suas peculiaridades.

O MARCO CIVIL DA INTERNET E A IMPORTÂNCIA DADA A INCLUSÃO DIGITAL

As discussões sobre o Marco Civil da Internet foram impulsionadas de maneira considerável a partir do documento criado em 2009 pelo Comitê Gestor da Internet do Brasil⁵. Este Comitê elaborou a resolução “Br/RES/2009/003/P3” e apresentou diversos princípios fundamentais para a governança e o uso da internet, como a liberdade, privacidade e direitos humanos; governança democrática e colaborativa; universalidade; diversidade; inovação; neutralidade da rede; inimitabilidade da rede; funcionalidade, segurança e estabilidade; padronização e interoperabilidade; ambiente legal e regulatório.

Tendo em vista a resolução do Comitê Gestor da Internet, a Secretaria de Assuntos Legislativos, do Ministério da Justiça, em parceria com a Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, disponibilizou uma consulta pública por meio de um portal na Internet, com o intuito de coletar de contribuições da população para a constituição de um Marco Civil da Internet.⁶

⁴ CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede: do conhecimento à Política**. In: Castells, Manuel; Cardoso, Gustavo (org.). *A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Ação Política*. Centro Cultural de Belém, 2005.

⁵ Entidade civil sem fins lucrativos formada por governo, acadêmicos, empresários e terceiro setor

⁶ BRASIL. Você sabe o que é o Marco Civil da Internet?. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/noticias/educacao-e-ciencia/2014/03/voce-sabe-o-que-e-o-marco-civil-da-internet>. Acesso em 11 de julho de 2019.

Surge, então, a Lei 12.965 de 23 de abril de 2014 para estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

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.⁷

Merecendo atenção especial o reconhecimento do acesso às tecnologias como um direito do cidadão, é o que se extrai da leitura do art. 27 da lei.

Art. 27, lei 12.965/2019. As iniciativas públicas de fomento à cultura digital e de promoção da internet como ferramenta social devem:

I - promover a inclusão digital;

II - buscar reduzir as desigualdades, sobretudo entre as diferentes regiões do País, no acesso às tecnologias da informação e comunicação e no seu uso; e

III - fomentar a produção e circulação de conteúdo nacional. (grifos nossos)⁸

Inclusão digital consiste em disponibilizar para todos os cidadãos, de modo igualitário, a oportunidade de ter acesso às tecnologias de informação e comunicação. Em outras palavras, a inclusão digital representa a democratização da tecnologia.

A inclusão digital serve para garantir que todas as pessoas, independente de classe social, etnia, religião ou poder econômico, tenham condições de usufruir as potencialidades das ferramentas tecnológicas de comunicação e informação. Quando exploradas corretamente, estas podem ajudar a melhorar as condições de vida desses indivíduos.

A inclusão digital é um dos caminhos para atingir a inclusão social. Por meio dela, as camadas mais carentes da população podem se beneficiar com novas ferramentas para obter e disseminar conhecimento, além de ter acesso ao lazer, à cultura e melhores oportunidades no mercado de trabalho.

A partir do Marco Civil da Internet a obrigação do Poder Público em promover a inclusão digital torna-se expressa, um direito que já havia sido questionado e cobrado por todos agora ganha uma força maior.

Além da inclusão digital essa lei trouxe diversos direitos para os cidadãos como: exigência de neutralidade da rede, evitando, assim, a discriminação da informação;

⁷ BRASIL. Lei 12.965/2014 - Marco Civil da Internet. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 11 de julho de 2019.

⁸ BRASIL. Lei 12.965/2014 - Marco Civil da Internet. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 11 de julho de 2019.

Art. 9º O responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação.

A proteção à intimidade e ao sigilo dos dados, inclusive com a exigência de consentimento expresso do usuário para a coleta, o uso, o armazenamento.

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;⁹

Garantia da liberdade de expressão, como fundamento do uso da Internet no Brasil.

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 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.

Na interpretação desta Lei foram levados em conta, além dos fundamentos, princípios e objetivos previstos, a natureza da Internet, seus usos e costumes particulares e sua importância para a promoção do desenvolvimento humano, econômico, social e cultural. (BRASIL, 2014)

É de fundamental importância a preservação e garantia da neutralidade de rede introduzida pela Lei Federal 12.965/2014 em nosso ordenamento jurídico, bem como o respeito aos princípios de garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, além de todos os demais princípios: proteção da privacidade; proteção dos dados pessoais; preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, mas antes de tudo o cidadão deve de fato ter acesso ao mundo digital.

⁹ BRASIL. Lei 12.965/2014 - Marco Civil da Internet. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 11 de julho de 2019.

O RECONHECIMENTO DA INCLUSÃO DIGITAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Fundamentos do Marco Civil da Internet

O Marco Civil da Internet trouxe à tona direitos fundamentais como um de seus fundamentos e cita princípios como “liberdade de expressão”, “direito à privacidade” e, em especial para este trabalho, “acesso à internet” o que remete a ideia de Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático de Direito traz consigo a mensagem de um Estado que visa dar garantia aos direitos fundamentais, buscando-se uma sociedade igualitária. Na prática, uma sociedade igualitária, é algo que não depende somente do Estado, visto que tal situação está condicionada também ao comportamento humano. O que se cerca, portanto, este instituto, é na proteção jurídica a esses direitos e sua aplicação para soluções de lides de cada caso concreto, seja no âmbito cível, social, econômico, cultural, dentre outros.

Assim, uma vez que a Lei nº 12.965/2014 busca a neutralidade em prol de uma “democracia tecnológica”, bem como se constitui em cima de direitos fundamentais, pode-se concluir que seu texto legal está em perfeita consonância com o *status* de Estado Democrático de Direito, ou seja, o legislador procurou levar esse instituto ao ciberespaço. (BRASIL, 2014).

Ademais, o Marco Civil da Internet busca um viés democrático desde sua criação, visto que seu texto foi criado com a colaboração dos usuários através de várias plataformas, como o Twitter e o e-Democracia da Câmara dos Deputados.

Pois bem, essa lei traz claramente a importância do acesso a internet e eleva a inclusão digital ao *status* de direito fundamental.

Podemos extrair das exposições de José Adércio o reconhecimento do direito digital como direito fundamental ao incluí-lo no rol de direitos da quarta geração.

Tais direitos se destinam a garantir situações e posições jurídicas de participação a todas as pessoas no meios eletrônicos de comunicação, gerando obrigação para o Estado, para a sociedade e para a comunidade internacional de criação de instrumentos de acesso universal (dimensão igualitária e prestacional), para que todos possam decidir sobre a oportunidade de usá-los ou não.¹⁰

Por norma, os direitos fundamentais são baseados nos princípios dos direitos humanos, garantindo a liberdade, a vida, a igualdade, a educação, a segurança e etc.

¹⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio. Teoria da constituição e dos direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

Implicação social no reconhecimento da inclusão digital como direito fundamental

O estabelecimento dos direitos fundamentais leva em consideração o contexto histórico-cultural de determinada sociedade. Nesse caso, por exemplo, os direitos fundamentais de diferentes países podem divergir, de acordo com as particularidades culturais e históricas de cada civilização.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 determina os direitos fundamentais de todos os cidadãos do país, sejam eles natos ou naturalizados.

Conforme a estruturação da Constituição do Brasil, os Direitos e Garantias Fundamentais estão subdivididos em três núcleos principais: direitos individuais e coletivos; direitos sociais e da nacionalidade; e direitos políticos.

Entre alguns dos direitos fundamentais da Constituição Brasileira está: à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à educação, à saúde, à moradia, ao trabalho, ao lazer, entre outras. E nos últimos anos o acesso às tecnologias foi incluído no rol de direitos fundamentais implícitos.

O acesso, dessa forma, supera o âmbito das informações pessoais e a sua disciplina tende a se conjugar com a outra, mais geral, de um “direito à informação”, também esse encarado em uma versão ativa e dinâmica: não mais, portanto, como simples “direito a ser informado”, mas como o direito a ter acesso direto a determinadas categorias de informações, e mãos públicas e privadas. Aqui desponta claramente a ligação entre os desenvolvimentos institucionais e as inovações tecnológicas: justamente estes tornam possível propor uma generalização do direito de acesso, no momento em que eliminam os obstáculos de caráter “físico” que, no passado, tornavam impossíveis ou extremamente difíceis os acessos à distância, múltiplos, distribuídos em arco de tempo mais amplo que aquele do horário ordinário dos escritórios, e assim por diante. (RODOTÁ, 2008)

A Constituição de 1988 consagrou os direitos fundamentais como um dos pilares do ordenamento jurídico brasileiro.

Quanto aos fundamentos do Marco Civil da Internet, cita-se o “exercício da cidadania em meios digitais”. Pode-se sintetizar o conceito de cidadania como sendo um conjunto de direitos e deveres dos cidadãos, tanto no âmbito cível, quanto político e social.

Assim, perante a lei em comento, existe a figura de um “cidadão digital”, com direitos e deveres, conhecendo-se, conseqüentemente a existência da democracia no mundo virtual.

Atualmente temos uma “democratização” da internet, com a melhoria do poder aquisitivo do brasileiro, e com as facilidades proporcionadas pelo comércio, boa parcela da população possui acesso à tecnologia. Essa facilidade, no entanto, deve ser aproveitada da melhor forma pelo governo, de modo que possa se valer da internet como meio de

inclusão social, de educação e conscientização da população. Porém, apesar da maioria, muitos ainda não possuem o acesso.

Se utilizada da forma “correta” a internet é uma excelente aliada na busca de conhecimento, e o marco civil veio contribuir para essa inclusão ao prever, no seu art. 26, 27 e 28, a inclusão como objetivo do marco civil.

Através da internet a distância de certa forma “desaparece”, juntamente com as desigualdades sociais. E para que essas diferenças, barreiras e distâncias desapareçam em definitivo, cabe ao poder público promover medidas de inclusão digital.

O escasso uso de tal direito por parte das pessoas pode ser associado a diversos fatores: pouca informação; custos do acesso (seja em termos financeiros, seja em termos de tempo, etc.); carência de alfabetização; desnível de poder entre os indivíduos e as grandes burocracias públicas e privadas detêm as informações; excesso de proibições de acesso a determinadas categorias de informações; escassa relevância das informações fornecidas quando estão inseridas. O futuro do direito de acesso depende da possibilidade de superar esse conjunto de obstáculos. (RODOTÁ, 2008)

Para que haja a inclusão digital é necessários um computador, acesso a internet e, principalmente, o domínio sobre as ferramentas da internet. Por este motivo, os programas de inclusão digital dos governos, por exemplo, devem visar essencialmente a formação e "alfabetização informática" das pessoas, para que sejam aptas a extrair os benefícios do universo digital.

Os programas de inclusão digital dão destaque nos âmbitos escolares, auxiliando crianças e jovens a aprenderem a usar a tecnologia em prol do seu desenvolvimento.

Os portadores de deficiência também devem ser alvo desses programas governamentais, onde a tecnologia deve ser adaptada para atender as suas necessidades. Além do mais, as tecnologias de comunicação e informação podem ser uma excelente ferramenta educacional para quem sofre com deficiência auditiva ou visual, por exemplo.

Os programas de inclusão digital são ações que ajudam a democratizar o acesso às novas tecnologias, levando computadores, conexão de internet e cursos de formação às populações mais necessitadas.

Assim, a inclusão digital envolve o acesso aos bens tecnológicos, até a capacidade dos indivíduos em manuseá-los com autonomia, buscando a apropriação informacional para mobilizar o exercício da cidadania.

PROGRAMAS DE INCENTIVO A INCLUSÃO DIGITAL

É de extrema importância a intervenção pública para conseguir fazer com que todos possam acesso a tecnologia. Boa parte da população ainda não acessa a internet por não ter sinal de internet próximo a sua casa. Vale destacar a exposição trazida por Marcelo Branco.

Nesse novo cenário, em que a Internet e as tecnologias da informação e comunicação assumem um papel de vanguarda, também surgem novas possibilidades de intervenção social e de novas relações econômicas. Podemos criar novos espaços à prática da cidadania, da democracia, novos espaços para as práticas educativas e um novo patamar para o nosso desenvolvimento tecnológico, científico e econômico. Para tal, devemos romper com a dependência e a subordinação e nos tornarmos ativos na elaboração de um novo modelo, através de políticas públicas e de práticas alternativas. (BRANCO, 2009)

Tendo em vista essa necessidade de intervenção pública o governo federal tem apresentado diversos programas que incentivam a inclusão digital, em especial após a previsão expressa do Marco Civil da Internet. Vale a pena destacar alguns deles.

O Programa Computador para Todos, por exemplo, oferece máquinas com configuração estipulada pelo governo a preços reduzidos, já que possuem incentivo fiscal. (BRASIL, 2017).

Outro programa é o Telecentro, com mais de 5 mil unidades em áreas carentes e que dão acesso gratuito e rápido à internet, além de usar máquinas com software livre.

Já o programa Banda Larga nas Escolas leva a internet com conexão rápida a estudantes do Ensino Básico na rede pública. O programa tem duração prevista até 2025. Estima-se que aproximadamente 37 milhões de estudantes sejam beneficiados até a implantação completa do programa. (BRASIL, 2017)

O Programa Governo Eletrônico – Serviço de Atendimento ao Cidadão (Gesac) leva conexão para espaços e equipamentos públicos, entre telecentros, bibliotecas, órgãos governamentais, escolas, postos de saúde e postos de fronteira, localizados em áreas com dificuldades de acesso à internet.

Já o Programa Cidades Digitais está voltado para a implementação de ações com foco na inclusão digital. Em 2012, foram selecionadas propostas de 80 cidades em todo o país, tendo sido contratadas empresas responsáveis pela implantação da infraestrutura nessas cidades.

O Projeto Computadores para Inclusão Internet para Todos é conexão em banda larga a preços reduzidos para democratizar o acesso à internet buscando a inclusão social.

O programa Internet para Todos é uma ampliação do GESAC responsável por conectar à internet escolas, hospitais, postos de saúde, aldeias indígenas, postos de fronteira e quilombos, em áreas remotas que não têm outro meio de serem inseridas no mundo das tecnologias da informação e comunicação.

O programa Internet para Todos tem por objetivo prover conexão às pessoas que vivem em uma localidade de um município. No Brasil há mais de 30.000 localidades sem a conexão ou com prestação inadequada de serviço de acesso à internet. O Internet para Todos será implementado a partir de parcerias entre o MCTIC e municípios e executado por empresas credenciadas junto ao ministério.

Os resultados e os benefícios da revolução digital devem ser considerados como direitos humanos e não mais como uma simples ferramenta de acumulação e concentração de riquezas. (CASTELLS, 2005).

CONCLUSÕES

Acontecimentos de importância histórica transformaram o cenário social da vida humana. Uma revolução tecnológica concentrada nas tecnologias da informação começou a remodelar a base material da sociedade.¹¹

A sociedade de informação modificou as bases de viver em sociedade, e a internet, por um lado proporcionou liberdade como nunca visto antes, que rompeu barreiras físicas e promoveu integração mundial.

A divulgação da informação, da cultura e do conhecimento devem ser levadas a todos os brasileiros, indistintamente, principalmente pela dimensão continental do Brasil, e, muito mais ainda, pela falta de acesso que muitas comunidades ainda têm para buscar o conhecimento.

O mundo está em estado de crescente transformação, o que gera uma premente necessidade de contínua adaptação às mudanças de comportamento da sociedade, constantemente mais globalizada e conectada.

A evolução tecnológica não pode se desvincular das bases necessárias à solidificação de qualquer sociedade, em especial, o respeito aos direitos humanos, bem como a preservação da história da nação.

O reconhecimento da inclusão digital como direito fundamental torna o direito aberto a novas possibilidades nas condutas e nas necessidades dos seres humanos, que estão sob influência das condições econômicas, tecnológicas e sociais. A inclusão digital é

¹¹ CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede: do conhecimento à Política**. In: Castells, Manuel; Cardoso, Gustavo (org.). *A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Ação Política*. Centro Cultural de Belém, 2005.

necessidade dos seres humanos e afeta criticamente o direito e faz com que ele seja ferramenta de transformação social.

O Marco Civil da Internet trouxe benefícios a todos os envolvidos, em especial o reconhecimento expresso da importância da inclusão digital. O reconhecimento do acesso às tecnologias deve ser amplamente divulgada para que a lei não perca sua efetividade, uma vez que infelizmente o Brasil tem um histórico de que as leis são criadas mas nem sempre são cumpridas.

REFERÊNCIAS

BRANCO, Marcelo. **Software Livre e Desenvolvimento Social e Económico** In: Castells, Manuel; Cardoso, Gustavo (org.). *A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Acção Política*. Centro Cultural de Belém, 2005

BRASIL. Computadores para inclusão. Disponível em: <https://www.governodigital.gov.br/transformacao/cidadania/inclusao-digital/computadores-para-inclusoes>. Acesso em: 11 de julho de 2019.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 22 de maio de 2019.

BRASIL. Inclusão Digital. Disponível em: <https://www.governodigital.gov.br/transformacao/cidadania/inclusao-digital>. Acesso em 11 de julho de 2019.

BRASIL. Inclusão digital. Disponível em: <http://www.secretariadegoverno.gov.br/iniciativas/internacional/fsm/eixos/direitos-e-oportunidades/inclusao-digital>. Acesso em 10 de julho de 2019.

BRASIL. Instituto brasileiro de Geografia e Estatística. PNAD Contínua TIC 2017: Internet chega a três em cada quatro domicílios do país. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/23445-pnad-continua-tic-2017-internet-chega-a-tres-em-cada-quatro-domicilios-do-pais>. Acesso em: 18 de julho de 2019.

BRASIL. Lei 12.965/2014 - Marco Civil da Internet. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 11 de julho de 2019.

BRASIL. Programa de Inclusão Digital. Disponível em:

<http://www.brasil.gov.br/noticias/educacao-e-ciencia/2010/01/programa-de-inclusao-digital-2>. Acesso em 10 de julho de 2019.

BRASIL. Programa Internet para todos. Disponível em:

http://internetparatodos.mctic.gov.br/portal_ipt/opencms. Acesso em 11 de julho de 2019.

BRASIL. Você sabe o que é o Marco Civil da Internet?. Disponível em:

<http://www.brasil.gov.br/noticias/educacao-e-ciencia/2014/03/voce-sabe-o-que-e-o-marco-civil-da-internet>. Acesso em 11 de julho de 2019.

CARDOSO, Gustavo. Sociedades em Transição para a Sociedade em Rede. In: Castells, Manuel; Cardoso, Gustavo (org.). *A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Acção Política*. Centro Cultural de Belém, 2005.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede: do conhecimento à Política**. In: Castells, Manuel; Cardoso, Gustavo (org.). *A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Acção Política*. Centro Cultural de Belém, 2005.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

GONÇALVES, Victor Hugo Pereira. Inclusão digital como direito fundamental.

Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-30102012-092412/pt-br.php>. Acesso em 11 de julho de 2019.

SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio. **Teoria da constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: A privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO MARCO CIVIL DA INTERNET

Irineu Francisco Barreto Junior¹; Roberto Montanari Custódio²

RESUMO: O presente artigo faz análise dogmática do tratamento dado à liberdade de expressão pelo Marco Civil da Internet, demonstrando como esse direito fundamental foi regulado no âmbito da internet para ser tratado como um princípio, objetivo e fundamento do uso da internet no país e jurisprudencial para verificar como os tribunais brasileiros têm interpretado a norma jurídica. Nesse sentido, o artigo também faz análise descritiva das disposições normativas do Marco Civil da Internet que tratam da responsabilidade dos usuários e dos provedores por excessos cometidos no exercício da liberdade da expressão.

PALAVRAS-CHAVE: Marco Civil da Internet. Liberdade de Expressão. Responsabilidade Civil.

FREEDOM OF EXPRESSION IN THE INTERNET CIVIL MARK

ABSTRACT: This article makes a dogmatic analysis of Marco Civil's treatment of freedom of expression of the Internet, demonstrating how this fundamental right was regulated within the Internet to be treated as a principle, objective and foundation of the use of the Internet in the country and case law to verify. how Brazilian courts have interpreted the legal norm. In this sense, the article also makes a descriptive analysis of the normative provisions of the Marco Civil da Internet that address the responsibility of users and providers for excesses committed in the exercise of freedom of expression.

KEYWORDS: Internet Civil Mark. Freedom of Expression. Civil Liability.

¹ Pós Doutor em Sociologia pela Universidade de São Paulo - USP. Doutor em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Docente do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação e do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU-SP. E-mail: neubarreto@hotmail.com.

² Advogado. Graduado em Direito pela FMU; foi monitor de diversas disciplinas de Direito Constitucional e Humanidades e bolsista do programa de iniciação científica. Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Fundamentos Jurídico-Políticos da Sociedade da Informação. E-mail: montanari@outlook.com.br.

INTRODUÇÃO

As normas jurídicas projetadas no pensamento ocidental até pouco tempo eram apenas pensadas para espaços reais, o surgimento das novas tecnologias que permitem a comunicação instantânea com incontáveis usuários ao mesmo tempo fez surgir a necessidade de criação de novas normas jurídicas que pudessem ser aplicadas na tutela de bens jurídicos atingidos também no âmbito da rede mundial de computadores.

Nesse sentido, o Marco Civil da Internet surgiu para tratar do uso da internet no país, estabelecendo a liberdade de expressão, objeto de estudo deste artigo, como princípio, objetivo e fundamento do uso da internet no Brasil.

O artigo pretende demonstrar também quais são e como se caracterizam os elementos da responsabilidade civil, dos usuários e dos provedores que descumprem suas obrigações no exercício da liberdade de expressão, e como os tribunais brasileiros tem tratado dessa questão.

Para isso, o trabalho será pautado pelo método dedutivo, a partir de pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e de estudos empíricos.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO: PRINCÍPIO, OBJETIVO E FUNDAMENTO DO USO DA INTERNET

É característica marcante da cultura jurídica e legislativa brasileira que textos de lei com a essência normativa similar sejam repetidos diversas vezes em diplomas diferentes; um pouco em razão da crença de que a lei resolve os problemas sociais, outro pouco porque a Constituição Federal em diversas partes é demasiadamente genérica, deixando a cargo da legislação infraconstitucional a regulamentação que torne possível o exercício dos direitos assegurados, a responsabilidade pelos excessos que ocorram e parâmetros suficientes que garantam a segurança jurídica quando forem aplicadas pelo poder judiciário.

Nesse sentido, a Constituição Federal consagra a liberdade de expressão em seu Art. 5º que trata do rol de direitos e garantias fundamentais, mas é a Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014, conhecida como Marco Civil da Internet, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, que vai trazer a regulamentação a respeito desse direito fundamental quando exercido no âmbito da rede mundial de computadores³.

³ Como mencionado no parágrafo anterior, são necessárias legislações infraconstitucionais para que se estabeleça segurança jurídica a respeito do tema tratado. Há poucos anos atrás as redes sociais ainda eram distantes do cotidiano social, mas em

A sociedade da informação tem uma marca muito forte a transmissão e recebimento de informação através dos mais diversos dispositivos eletrônicos que permitem essa atividade. Nesse sentido, os pesquisadores Barreto Junior, Sampaio e Gallinaro (2018, p. 114) afirmam que: “A sua principal característica é a facilidade de acesso a informações em tempo quase que real, de forma jamais vista na história da tecnologia”. A internet se tornou a principal ferramenta para isso, com possibilidade de alcance em âmbito mundial sem grandes dificuldades ou custos, algo que não é característica de outras formas de comunicação como a telefonia e TV.

Dentro da internet, as principais plataformas são as diversas redes sociais que se tornaram parte da realidade mundial com diversas finalidades como amizade, namoro, trabalho e até mesmo espaço de cidadania pela forte influência que as redes sociais tem exercido no meio político. Não é raro que a mídia repercuta postagens em redes sociais de chefes de Estado do mundo todo, elas se tornaram a nova ágora na sociedade da informação.

Para atender a essa nova realidade da sociedade, o Marco Civil da Internet estabeleceu em seu Art. 2^o que a disciplina do uso da Internet tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, além de ser um dos princípios do uso, conforme estabelecido pelo Art. 3^o, inciso I^o. Balboni (2007, p. 23), observa que:

[...] a sociedade da informação é hoje uma realidade inquestionável para uma parcela significativa da população. Invadindo todas as esferas da vida cotidiana, as novas tecnologias da informação estão presentes nos escritórios, supermercados, escolas, nas ruas, nas casas. Mesmo sem perceber, nos deparamos com ela quando vamos ao banco, ao assistir televisão, falamos ao telefone e até mesmo quando escolhermos nas urnas nossos representantes políticos.

Neste novo contexto global, a informação transformou-se no produto mais importante para o desenvolvimento econômico, político e social de cada nação de cada região, de cada indivíduo. Não só o acesso à informação é determinante para a participação ativa e democrática na sociedade, como a produção e distribuição do conhecimento podem contribuir muito para a construção da cidadania.

Reforça-se com esses artigos a importância da liberdade de expressão que já vinha demonstrando ter precedência sobre outros direitos fundamentais em julgamentos pelo Supremo Tribunal Federal. Dá-se primazia à liberdade de expressão com o seu

pouco tempo se tornou algo quase necessário para estar incluído na sociedade. Antes do Marco Civil da Internet os conflitos surgidos em relação à liberdade de expressão não tinham uma solução muito bem delineada, já com ele há previsibilidade de como se solucionará a questão, ainda que tenha *gaps*.

⁴ Art. 2o A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como: [...]

⁵ Art. 3o A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;

estabelecimento como fundamento do uso da internet, conforme se depreende de julgamentos recentes dos tribunais brasileiros que caminham no seguinte sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PUBLICAÇÃO DE VÍDEO EM REDE SOCIAL (FACEBOOK) CONTENDO RECLAMAÇÃO DE CONSUMIDOR SOBRE SERVIÇO PRESTADO. INTERLOCUTÓRIO QUE NEGOU O PEDIDO DE RETIRADA DO CONTEÚDO DA INTERNET. DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM TENSÃO COM DIREITO À HONRA OBJETIVA E À IMAGEM. RELATO PESSOAL DE CLIENTE INSATISFEITO COM PROVEDOR DE INTERNET. COMENTÁRIOS LEVEMENTE ÁSPEROS QUE, NO ENTANTO, RESTRINGIRAM-SE À QUALIDADE DO SERVIÇO PRESTADO. AUSÊNCIA DE ANIMUS DIFAMANDI. PRECEDENTES. PRIMAZIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO ENQUANTO FUNDAMENTO DA DISCIPLINA DO USO DA INTERNET NO BRASIL. INTELIGÊNCIA DO ART. 2º, CAPUT, DO MARCO CIVIL DA INTERNET (LEI N. 12.965/2014). ANÁLISE EM SEDE LIMINAR QUE, DADA A LIMITAÇÃO DO CONTRADITÓRIO, DEVE PRIVILEGIAR A LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO. PROBABILIDADE DO DIREITO NÃO DEMONSTRADA. TUTELA ANTECIPADA INDEFERIDA. INTERLOCUTÓRIO MANTIDO. RECURSO DESPROVIDO. Desde que observadas as balizas constitucionais do exercício da liberdade de expressão, traduzidas, por exemplo, na preservação da honra e da imagem alheias, "o consumidor tem o direito de externar seu desagrado e inconformismo quando considera inadequado, insatisfatório ou defeituoso serviço que lhe foi prestado mediante remuneração." (TJRS, Apelação Cível n. 70058606708, Nona Câmara Cível, Rel. Des. Miguel Ângelo da Silva, j. 29/04/2015) (TJ-SC - AI: 40157801020168240000 Videira 4015780-10.2016.8.24.0000, Relator: Marcus Tulio Sartorato, Data de Julgamento: 06/06/2017, Terceira Câmara de Direito Civil)

Pode-se observar, ainda, que um dos objetivos do uso da Internet no Brasil é a promoção do acesso à informação (uma das dimensões da liberdade de expressão), conforme se extrai da leitura do Art. 4º, inciso II⁶ do Marco Civil da Internet. Esse objetivo ganha especial relevância quando lido de forma sistemática com outros diplomas legislativos como a Lei de Acesso à Informação, pois facilita que qualquer um dos cidadãos possa acompanhar e fiscalizar os órgãos públicos, o que permite participação maior possibilidade de participação na democracia, isto é, mais efetividade aos direitos de quarta dimensão demonstrados no capítulo anterior.

A importância da liberdade de expressão é tamanha que, além dos dispositivos já citados, o Marco Civil da Internet estabelece em seu Art. 8º⁷ que sua garantia é uma

⁶ Art. 4º A disciplina do uso da internet no Brasil tem por objetivo a promoção: [...] II - do acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos;

⁷ Art. 8º A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.

condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet, ou seja, a existência de alguma forma que restrinja a liberdade de expressão resulta em um acesso à internet que não se considera pleno.

E, ainda, no parágrafo único do Art. 8^o, é estabelecido que são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem a liberdade de expressão, pois tal, como direito fundamental, tem como característica a irrenunciabilidade e inalienabilidade, de modo que o usuário, mesmo com disposição de vontade consciente, não pode dispor desse direito para qualquer fim.

Tendo em vista a inerente natureza colidente entre direitos fundamentais tratada no capítulo anterior, o Marco Civil da Internet também se ocupou de resguardar expressamente os demais direitos fundamentais que possam ser feridos no exercício da liberdade de expressão, o que denota a importância da teoria dos direitos fundamentais enquanto técnica de ponderação desses valores, igualmente protegidos pela Constituição Federal e pelo Marco Civil da Internet.

Por fim, observa-se que o Art. 2^o, incisos II e III⁹, reforça a proteção jurídica aos direitos humanos de maneira geral e, sobretudo, à pluralidade e diversidade. Essa garantia no Marco Civil da Internet reforça a ideia da interligação dos direitos de primeira dimensão, ligados à liberdade, com os de quarta dimensão, ligados à democracia, pois ambos são condições essenciais de existência de um regime democrático que preserve a liberdade de expressão.

A REPONSABILIDADE DOS USUÁRIOS

Em razão dos excessos que podem ocorrer no exercício da liberdade de expressão, o ordenamento jurídico estabelece institutos jurídicos que possuem como finalidade precípua a responsabilização daqueles que venham a causar dano a outrem. Um dos princípios regentes do Marco Civil da Internet é a responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades¹⁰, em conjunto com a garantia dos usuários de indenização em caso de

⁸ Art. 8^o [...] Parágrafo único. São nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem o disposto no caput, tais como aquelas que:

⁹ Art. 2^o A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como: [...] II - os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais; III - a pluralidade e a diversidade;

¹⁰ Art. 3^o A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: [...] VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei;

dano moral ou material¹¹. Portanto, o uso da liberdade de expressão que causar danos a outros usuários gerará a este a garantia da indenização em virtude da responsabilização pela atividade ilegal. Sobre responsabilidade, Sergio Cavaliere Filho (2015, p. 16) afirma:

Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. A essência da responsabilidade está ligada à noção de desvio de conduta, ou seja, foi ela engendrada para alcançar as condutas praticadas de forma contrária ao direito e danosas a outrem. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.

Nota-se que a responsabilidade surge da violação de um dever jurídico considerado originário, qual seja, o respeito aos demais direitos fundamentais; quando o exercício da liberdade de expressão fere outros direitos fundamentais como a intimidade, a honra, viola-se o dever jurídico originário e surge a responsabilidade de indenizar o dano causado.

O Marco Civil da Internet prevê a responsabilização dos agentes, mas não define quais são as condutas que geram danos morais. Seria impossível a catalogação das condutas passíveis de responsabilização. O parâmetro que deve ser seguido para consagrar o surgimento da responsabilidade é o da ponderação dos direitos fundamentais exposto alhures, pois por meio da técnica da teoria dos direitos fundamentais é possível balizar os direitos colidentes envolvidos de modo a estabelecer a precedência de um sobre o outro e apurar a violação do dever jurídico originário.

Essa violação será resultado da análise do resultado da ponderação, conjuntamente com os elementos necessários para que seja caracterizada a responsabilidade civil, quais sejam: a conduta culpável, o nexos causal e o dano. A conduta está relacionada a prática de uma ação ou omissão, o nexos causal é o elo de ligação entre a conduta e o dano, que por sua vez representa a existência de lesão a outros direitos. Sergio Cavaliere Filho conceitua esses pressupostos como:

Alguns autores, ao tratarem do primeiro pressuposto da responsabilidade civil extracontratual subjetiva, falam apenas da culpa. Entendemos mais correto falar em conduta culposa, e isso porque a culpa, isolada e abstratamente considerada, só tem relevância conceitual. A culpa adquire relevância jurídica quando integra a conduta humana. É a conduta humana culposa, vale dizer, com as características da culpa, que causa dano a outrem, ensejando o dever de repará-lo (2015, p. 40).

¹¹ Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

A noção de nexos causal não é puramente naturalista, nem exclusivamente jurídica. Num primeiro momento, o nexos causal é verificado mediante a mera relação de causa e efeito determinada pelas leis naturais. Elo naturalístico entre a conduta e o resultado. A relação causal estabelece o vínculo entre um determinado comportamento e um evento, permitindo concluir, com base nas leis naturais, se a ação ou omissão do agente foi ou não a causa do dano; determina se o resultado surge como consequência natural da voluntária conduta do agente. Algo assim como: se chover fica molhado (2015, p. 66).

Correto, portanto, conceituar o dano como sendo lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral (2015, p. 103).

Dessa arte, quando o exercício da liberdade de expressão na internet ultrapassar os limites – verificável por meio da ponderação – e se enquadrar nos pressupostos da responsabilidade civil, o usuário que se utilizou dessa liberdade deverá ser responsabilizado. É dessa forma que os tribunais têm costume de decidir quando está em pauta o julgamento de casos concretos que envolvem situação dessa natureza. A ver, por exemplo, por decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo tratando de caso de ofensas em redes sociais, situação que nitidamente extrapola os limites do exercício legítimo da liberdade de expressão:

RESPONSABILIDADE CIVIL – Internet – Publicação de mensagens de caráter ofensivo em rede social – Críticas que extrapolaram os limites da liberdade de expressão e manifestação – Ofensa ao bom nome e conceito social das autoras – Suposta invasão no perfil do requerido não comprovada - Danos morais caracterizados - Redução do quantum indenizatório, em atenção à razoabilidade e proporcionalidade – Sentença reformada – Recurso parcialmente provido. (TJ-SP 10019325820158260526 SP 1001932-58.2015.8.26.0526, Relator: Moreira Viegas, Data de Julgamento: 18/04/2018, 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 18/04/2018)

Outra questão que assume relevância no âmbito da internet é a responsabilidade advinda das interações em postagens em redes sociais, pois um usuário dá início a uma postagem que ultrapassa os limites do exercício da liberdade de expressão e outros podem curtir e compartilhar em seus próprios perfis – como delineado no tópico em que é abordado o conceito da liberdade de expressão, a referida ultrapassa os limites do verbalismo alcançando expressões não verbais. A esse respeito já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo no seguinte sentido:

RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - RÉS QUE DIVULGARAM TEXTO E FIZERAM COMENTÁRIOS NA REDE SOCIAL "FACEBOOK" SEM SE CERTIFICAREM DA VERACIDADE DOS FATOS - ATUAÇÃO DAS REQUERIDAS QUE EVIDENTEMENTE DENEGRU A

IMAGEM DO AUTOR, CAUSANDO-LHE DANOS MORAIS QUE PASSIVEIS DE INDENIZAÇÃO - LIBERDADE DE EXPRESSÃO DAS REQUERIDAS (ART. 5, IX, CF) QUE DEVE OBSERVAR O DIREITO DO AUTOR DE INDENIZAÇÃO QUANDO VIOLADA A SUA À HONRA E IMAGEM, DIREITO ESTE TAMBÉM CONSTITUCIONALMENTE DISPOSTO (ART. 5, V, X, CF)- VALOR ARBITRADO A TÍTULO DE DANOS MORAIS QUE DEVE SER REDUZIDO PARA FUGIR DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DA PARTE PREJUDICADA, PORÉM, MANTENDO O SEU CARÁTER EDUCACIONAL A FIM DE COIBIR NOVAS CONDUTAS ILÍCITAS - SENTENÇA PARCIALMENTE MODIFICADA, PARA MINORAR O QUANTUM INDENIZATÓRIO. (TJ-SP - APL: 40005152120138260451 SP 4000515-21.2013.8.26.0451, Relator: Neves Amorim, Data de Julgamento: 26/11/2013, 2ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 27/11/2013)

Os algoritmos das redes sociais tendem a impulsionar a visualização de publicações com maior número de interações, portanto, as interações, além de serem expressões não verbais, também podem aumentar a exposição de uma ofensa, de uma lesão à imagem, à honra, de modo a caracterizar os pressupostos da responsabilidade civil e gerar condenação daquele que interagiu.

A RESPONSABILIDADE DOS PROVEDORES

Deve-se considerar no estudo da responsabilidade civil por danos causados pelo exercício da liberdade de expressão na internet não só a responsabilidade do usuário, mas também dos provedores quando deixarem de cumprir as obrigações impostas pela legislação na tutela do conteúdo que circula em suas plataformas gerado por terceiros.

Em princípio, é necessário que se estabeleça o conceito legislativo do que vem a ser provedor para posteriormente analisar a responsabilidade civil destes. Segundo o Art. 5º, inciso VII do Marco Civil da Internet, provedor é “o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet”. Compreende-se, portanto, como provedor as redes sociais, os serviços de *nuvem* para armazenagem de dados, aplicativos de mensagens como *WhatsApp* e afins.

Apesar da definição possível por meio do Marco Civil da Internet, ainda se esbarra em um problema de vagueza na redação da lei em que se inclui como provedor, tanto aqueles em que a atividade de terceiros é livre (como o *Facebook* ou o buscador do *Google*), quanto os que possuem controle sobre aquilo que se veicula (como *blogs*, sites de notícia). A esse respeito, Barreto Junior e Leite (2017, p. 395) apontam que:

Através da definição acima, denota-se que o provedor de aplicações engloba todos os provedores que prestam serviços, tais como o provedor de correio eletrônico, de conteúdo, hospedagem etc. Dessa forma, não houve uma definição clara da lei, sendo ainda necessária, portanto, a subdivisão estudada no item anterior para que se possa atribuir a responsabilidade civil aos provedores de aplicações.

Desse modo, no que diz respeito a responsabilidade dos provedores que tem controle editorial sobre o que está em suas plataformas a responsabilização seguirá o disposto anteriormente, pois se mostrarão presentes os pressupostos de caracterização da responsabilidade civil, quis sejam: a conduta culpável, o nexo causal e o dano. Já no que diz respeito a responsabilidade dos provedores que não tem controle editorial ou monitoramento sobre o que está em suas plataformas as regras para responsabilização são distintas.

O Marco Civil da Internet tratou da liberdade de expressão com grande relevância como mostrado anteriormente, e assim também o fez no que diz respeito a responsabilidade provedores, pois estabelece em seu Art. 18¹² que não haverá responsabilidade pelo conteúdo gerado por terceiros, ressalvado o caso em que houver ordem judicial específica para a retirada de conteúdo determinado, disposto no Art. 19¹³ e seus parágrafos.

O objetivo do Marco Civil da Internet a esse respeito é evitar a censura, pois caso houvesse insegurança jurídica a respeito da responsabilidade dos provedores ou fosse imposta pelo conteúdo gerado por terceiros, os provedores adotariam medidas para coibir casos que pudessem gerar conflitos judiciais e, de certa maneira, fariam o papel do poder judiciário na ponderação de direitos fundamentais.

Isso já se demonstra com as regras estabelecidas por cada um dos provedores em seus termos de uso, por meio deles costuma-se estabelecer regras mínimas de convivência nas redes. Imagens contendo pornografia, por exemplo, são imediata e automaticamente retiradas pela maioria dos provedores¹⁴. Sobre isso corroboram Barreto Junior e Leite (2017, p. 399) afirmando que “em prol da liberdade de expressão, o artigo 19 do Marco Civil da Internet entendeu por bem responsabilizar o provedor de aplicações somente em caso de inércia para retirar conteúdo ofensivo do ar após intimação judicial”.

Como estabelecido pelo Art. citado, é necessário que uma ordem judicial retire o conteúdo, além de especificar de maneira concreta qual o conteúdo a ser retirado. A

¹² Art. 18. O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

¹³ Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

¹⁴ A importância do Marco Civil da Internet ter buscado assegurar a liberdade de expressão se demonstra, por exemplo, com polêmicas como as geradas por fotos de indígenas que são retiradas da rede por conter nudez, desprezando-se a cultura desse povo. Exemplos podem ser vistos em reportagens: Facebook diz que errou ao bloquear Funai por foto com seios de índias. Folha de São Paulo, 31 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/tec/2018/08/facebook-diz-que-errou-em-bloquear-perfil-da-funai-por-foto-com-seios-de-indias.shtml>. Acesso em 26 de abr. 2019.

responsabilidade do provedor nasce apenas em caso de descumprimento da ordem judicial que determine a retirada de determinado conteúdo. Nesse sentido vão as decisões do Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. REDE SOCIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROVEDOR DE APLICAÇÃO. REDE SOCIAL. FACEBOOK. OBRIGAÇÃO DE FAZER. REMOÇÃO DE CONTEÚDO. FORNECIMENTO DE LOCALIZADOR URL DA PÁGINA OU RECURSO DA INTERNET. COMANDO JUDICIAL ESPECÍFICO. NECESSIDADE. OBRIGAÇÃO DO REQUERENTE. MULTA DIÁRIA. OBRIGAÇÃO IMPOSSÍVEL. DESCABIMENTO. 1. Esta Corte fixou entendimento de que "(i) não respondem objetivamente pela inserção no site, por terceiros, de informações ilegais; (ii) não podem ser obrigados a exercer um controle prévio do conteúdo das informações postadas no site por seus usuários; (iii) devem, assim que tiverem conhecimento inequívoco da existência de dados ilegais no site, removê-los imediatamente, sob pena de responderem pelos danos respectivos; (iv) devem manter um sistema minimamente eficaz de identificação de seus usuários, cuja efetividade será avaliada caso a caso". Precedentes. 2. Aos provedores de aplicação, aplica-se a tese da responsabilidade subjetiva, segundo a qual o provedor de aplicação torna-se responsável solidariamente com aquele que gerou o conteúdo ofensivo se, ao tomar conhecimento da lesão que determinada informação causa, não tomar as providências necessárias para a sua remoção. Precedentes. 3. Necessidade de indicação clara e específica do localizador URL do conteúdo infringente para a validade de comando judicial que ordene sua remoção da internet. O fornecimento do URL é obrigação do requerente. Precedentes deste STJ. 4. A necessidade de indicação do localizador URL não é apenas uma garantia aos provedores de aplicação, como forma de reduzir eventuais questões relacionadas à liberdade de expressão, mas também é um critério seguro para verificar o cumprimento das decisões judiciais que determinar a remoção de conteúdo na internet. 5. Em hipóteses com ordens vagas e imprecisas, as discussões sobre o cumprimento de decisão judicial e quanto à aplicação de multa diária serão arrastadas sem necessidade até os Tribunais superiores. 6. O Marco Civil da Internet elenca, entre os requisitos de validade da ordem judicial para a retirada de conteúdo infringente, a "identificação clara e específica do conteúdo", sob pena de nulidade, sendo necessário, portanto, a indicação do localizador URL. 7. Recurso especial provido. (STJ - REsp: 1642560 SP 2016/0242777-4, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 12/09/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/11/2017)

Nota-se, portanto, que o provedor precisa previamente apenas estabelecer previamente formas de identificar os usuários para que se cumpra as ordens judiciais, que por sua vez devem ser claras para que seja possível seu cumprimento.

Além disso, é possível, conforme prescrito pelo Art. 21 do Marco Civil da Internet¹⁵, em caso de exposição de conteúdo com nudez, que o próprio usuário que apareça no

¹⁵ Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de

conteúdo notifique o provedor para que proceda à retirada do conteúdo. A notificação, assim como a decisão judicial precisa ter a indicação clara do conteúdo a ser removido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo demonstrou como a liberdade de expressão foi tratada pelo Marco Civil da Internet, sendo perceptível que se trata de um direito fundamental de extrema relevância para o legislador que o estabeleceu como princípio e objetivo do uso da internet.

Além disso, demonstrou-se a existência do instituto da responsabilidade civil para compensar os danos causados pelos excessos no exercício da liberdade de expressão e pela inércia dos provedores quando não cumprem decisões judiciais que determinam a retirada de conteúdo.

A colisão desses direitos fundamentais – dentro os quais se inclui a democracia – se acirra com o advento das novas tecnologias que dão as pessoas maior possibilidade de participação no debate público.

Isso se dá pelo crescimento do discurso de ódio e, principalmente, pela atividade de robôs em redes sociais, já que são utilizados para propagar notícias falsas e perseguir opositores. Uma das principais características demonstradas pelo trabalho é que a manutenção da democracia se dá pelo acesso à informação, parte da liberdade de expressão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria Dos Direitos Fundamentais. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BALBONI, Mariana Reis. Por detrás da inclusão digital: uma reflexão sobre o consumo e produção de informação em centros públicos de acesso à internet. 2007. 222 f. Tese (Doutorado) - Curso de Ciências da Comunicação. Escola de Comunicações e Artes, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

BARRETO JUNIOR., Irineu Francisco; LEITE, Beatriz Salles Ferreira. Responsabilidade civil dos provedores de aplicações por ato de terceiro na lei 12.965/14 (marco civil da internet). Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 115, pp. 391-438, jul./dez. 2017.

vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

_____.; SAMPAIO, Vinícius Garcia Ribeiro; Gallinaro, Fábio. Marco civil da internet e o direito à privacidade na sociedade da informação. *Direito, Estado e Sociedade*, n° 52, p. 114-133, jan/jun 2018.

BENHOSSI, Karina Pereira; FACHIN, Zulmar. Direitos fundamentais e responsabilidade: uma análise da colisão entre a liberdade de expressão, informação e pensamento versus inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem. *Direitos Fundamentais e Democracia III: XXIII Congresso Nacional do Conpedi*, João Pessoa, p. 131-160, nov. 2014. ISSN 978-85-68147-98-6. Disponível em:
<<http://publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=211>>. Acesso em: 07 mar. 2019.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.

DAHL, Robert. *Poliarquia. Participação e Oposição*. São Paulo: EDUSP, 2005.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional: curso de direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Método, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

ROBL FILHO, Ilton; SARLET, Ingo Wolfgang. Estado democrático de direito e os limites da liberdade de expressão na constituição federal de 1988, com destaque para o problema da sua colisão com outros direitos fundamentais, em especial, com os direitos de personalidade. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2016, vol. 8, n. 14, Jan.-Jun. p. 112-142.

RUEDIGER, Marco Aurélio et al. Robôs, redes sociais e política no Brasil: estudo sobre interferências ilegítimas no debate público na web, riscos à democracia e processo eleitoral de 2018. Disponível em:
<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18695/Robos-redes-sociais-politica-fgv-dapp.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 17 abr. 2019.

SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: Avanço ou Retrocesso? A responsabilidade civil por danos derivado do conteúdo gerado por terceiro. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira. Direito e Internet III: Marco Civil da Internet, Lei nº 12.965/2014, Tomo II. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 277-305.

SILVA, José Afonso. Aplicabilidade da norma constitucional. 4^a.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TELES JUNIOR, Gofredo. Iniciação na ciência do direito. 4. ed. — São Paulo: Saraiva, 2008.

A PRIMAZIA DA IMAGEM NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Mayara Andrade Soares Carneiro¹; Ricardo Libel Waldman²

Resumo: O presente artigo visa apresentar a primazia da imagem na Sociedade da Informação, época consumida pelas tecnologias disruptivas e consequente exposição da imagem. Para isso, são analisados o progresso tecnológico vivenciado pela geração TV e Internet; o empobrecimento da compreensão e do pensamento, causados pela escassez do tempo e pela nova produção capitalista; a política como espetáculo, principalmente do ponto de vista dos atores sociais, já trazidos por Richard Sennett; e a sociedade do espetáculo, principalmente no que tange ao que fora trazido por Guy Debord.

Palavras-chave: Primazia da Imagem; Sociedade da Informação; Sociedade do Espetáculo.

THE PRIMACY OF THE IMAGE IN THE INFORMATION SOCIETY

Abstract: This article aims to present the primacy of the image in the Information Society, a time consumed by disruptive technologies and consequent exposure of the image. For this, it was analyzed through the technological progress experienced by the TV and Internet generation; the impoverishment of understanding and the thought caused by the scarcity of time and the new capitalist production; politics as a spectacle, especially from the point of view of social actors, already brought by Richard Sennett; and the society of the spectacle, especially regarding to what had been brought by Guy Debord.

Keywords: Primacy of the Image; Information Society; Spectacle Society.

1 Mestranda em Direito da Sociedade da Informação, membro do Grupo de Pesquisa Direito, Tecnologia e Sociedade, ambos no Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil na Facid - Wyden (Teresina - PI). E-mail: mayaracarneir@gmail.com

2 Doutor em Direito pela UFRGS. Professor de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação da FMU e da Escola de Direito da PUC-RS. Membro da Comissão de Direito Ambiental da IUCN.

INTRODUÇÃO

A Quarta Revolução, a Revolução Informacional, trouxe características muito próprias não de uma nova revolução, mas a continuação da Revolução Industrial, mas, desta vez, acompanhadas por novas tecnologias e novas formas de se produzir. Essa nova forma de produção do capitalismo salientou o que é chamado por David Harvey de cultura do descarte tanto no âmbito material, quanto no âmbito das relações interpessoais. Percebeu-se um movimento, ainda por Richard Sennet, em que era melhor alguém aparentar ter alguma coisa do que realmente ter.

A globalização, ao mesmo tempo que eliminou as barreiras de distância, por exemplo, fez com que as pessoas tendessem a não criar mais raízes, mas sim para o nomadismo – o que já fora percebido por Bauman ao tratar da liquidez vivida na contemporaneidade.

Ao contrário do que pensa a maioria das pessoas, o responsável pela cultura do descarte e pela liquidez da modernidade não foi a Internet, mas as novas tecnologias, como a TV, que fora adjetivada pejorativamente por ser entendida como a responsável por deixar as pessoas burras (por isso *“idiot box”* ou *“dumbs society down”*, que serão explicados a seguir).

Apesar de a distorção de pensamento ter começado antes do advento da Internet, é fato que a sociedade atual reduziu seu pensamento a uma espécie de modelo binário: ou alguém é amigo, ou é inimigo; ou é do bem, ou é do mal; ou é de esquerda, ou é de direita. Essa forma simplista de pensar fez com que houvesse um grande empobrecimento da compreensão a medida que a tendência parece ser afastar aqueles que não pensam de forma similar, ao tempo que uma discussão saudável com alguém que pensa exatamente o oposto pode ser enriquecedora.

Devido a todo esses fatores, a sociedade passou a viver em um constante espetáculo, trazido por Guy Debord em sua obra *A Sociedade do Espetáculo* em 1967 no qual foi percebido como as relações interpessoais eram mediadas e diretamente influenciadas pela imagem, lembrando que as pessoas no espetáculo davam preferência a aparentar ter ou ser algo, ou alguém.

Com relação à metodologia, foram utilizadas vertentes jurídico-dogmáticas, à medida que será olhado para a norma jurídica e observado como ela opera no mundo real; fora analisado um objeto particular utilizando-se de premissas até se chegar a uma conclusão por meio de um raciocínio dedutivo; e, por fim, foi-se decomposto um problema de cunho jurídico em vários aspectos com a investigação científica jurídico descritiva.

1 A PRIMAZIA DA IMAGEM

Devido às novas tecnologias desenvolvidas ao longo dos séculos, principalmente após a Revolução Industrial, a sociedade contemporânea passou a ser marcada por novas formas de se produzir e de acumular o capital, centro da economia.

O consumo passou a ser feito de forma diferente. Em 2017 o bem de maior valor, na economia, deixou de ser o petróleo e passou a ser o dado³. A preocupação das pessoas deixou de ser com o que elas têm, e passou a ser com o que elas aparentam ter, isto é, com sua imagem pessoal.

Por isso, foi enfatizada não só a cultura do descarte⁴, no sentido de que os objetos poderiam ser facilmente descartados ou substituídos, como também uma sociedade do descarte no sentido de que o consumo em si é feito de forma diferente⁵, além de as relações sociais serem facilmente substituíveis. Nesse sentido, dispõe David Harvey em seu livro *Condição Pós-Moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança social*:

A dinâmica de uma sociedade "do descarte", como a apelidaram escritores como Alvin Toffler (1970), começou a ficar evidente durante os anos 60. Ela significa mais do que jogar fora bens produzidos (criando um monumental problema sobre o que fazer com o lixo); significa também ser capaz de atirar fora valores, estilos de vida, relacionamentos estáveis, apego a coisas, edifícios, lugares, pessoas e modos adquiridos de agir e ser.

Se antes a identidade do indivíduo era fundada na família e no território ocupado por ela, como trouxe Richard Sennet em *O Declínio do Homem Público*⁶, agora é o nomadismo que rege as relações sociais⁷, que são cada vez mais o reflexo da globalização. Havia um entendimento de que “somente ocultando seus sentimentos que elas estarão seguras, e somente em momentos e lugares escondidos é que se estará livre para interagir”⁸, esse lugar escondido de que Sennett fala era a família. A família propiciava um ambiente único no qual o indivíduo poderia mostrar sua verdadeira identidade.

³ The Economist. The world's most valuable resource is no longer oil, but data. 2017. Disponível em: <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>. Acesso em: 18 set. 2019.

⁴ SANTOS-JUSTO, Joana. A primazia da imagem e a virtualização das relações na cultura das aparências. *Revista Espaço Acadêmico*, v. 13 n. 153 (2014); 153, fevereiro de 2014. p. 2.

⁵ HARVEY, David. *Condição Pós-Moderna: Uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. São Paulo: Loyola, 1998. p. 258.

⁶ SENNETT, Richard. *O declínio do homem público: as tiranias da realidade*. Rio de Janeiro: Record, 2015. p. 160-161.

⁷ SANTOS-JUSTO, Joana. A primazia da imagem e a virtualização das relações na cultura das aparências. *Revista Espaço Acadêmico*, v. 13 n. 153 (2014); 153, fevereiro de 2014. p. 2.

⁸ SENNETT, Richard. *O declínio do homem público: as tiranias da realidade*. Rio de Janeiro: Record, 2015. p. 160-161.

Assim, a forma que o capitalismo está organizado hoje, acaba por incentivar o empreendedorismo empresarial e a concorrência entre os recursos humanos, que são pontos positivos, mas também o individualismo e o egoísmo, que tendem a ser negativos⁹.

Para Bauman, é como se os valores e as características da sociedade contemporânea deixassem de ser sólidos, como eram na sociedade moderna, e passassem a ser incertos:

A imagem do mundo diariamente gerada pelas preocupações da vida atual é destituída da genuína ou suposta solidez e continuidade que costumavam ser a marca registrada das “estruturas” modernas. O sentimento dominante, agora, é a sensação de um novo tipo de incerteza, não limitada à própria sorte e aos dons de uma pessoa, mas igualmente a respeito da futura configuração do mundo, a maneira correta de viver nele e os critérios pelos quais julgar os acertos e erros da maneira de viver.¹⁰

Bauman continua, dessa vez em *Modernidade Líquida*, ao afirmar que a contemporaneidade e a modernidade são fases opostas, sendo a contemporaneidade caracterizada pela “liquidez” das coisas, e a primeira, como dito anteriormente, marcada pela “solidez” das coisas.¹¹

Dessa forma, com os novos modelos de produção capitalista representados pelas tecnologias disruptivas¹², o tempo e o espaço passaram a ser caracterizados diferentemente: o tempo, agora trazido para a ideia de instantaneidade¹³, é usado para medir o ritmo de produção. Essa instantaneidade é facilmente percebida através das novas redes sociais, em especial o Instagram (*Instant Telegram*), que se caracteriza pelo envio instantâneo de imagens, como nas câmeras polaroids, mas digitalizadas. Ela também é percebida na nova função que os aparelhos celulares passaram a ter: não são mais somente aparelhos móveis para realizar ligações. De fato, esta é a sua função mais obsoleta e menos utilizada. O celular passou a ter as mais. Diversas utilidades que estão à nossa disposição 24 (vinte e quatro) horas por dia, 7 (sete) dias por semana.

O espaço, por sua vez, diminuiu. As fronteiras, por causa da globalização, deixaram de existir. É como se as pessoas estivessem desestimuladas a criarem vínculos que vão demandar uma maior intimidade. Assim revela José Sterza Justo:

9 AGUIAR, João Valente. A imagem na cultura do pós- modernismo. *Tempo Social*, São Paulo, v. 22, n. 1, p. 179-198, jun. de 2010.

10 BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 32.

11 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 9.

12 Christensen, Clayton M.; Bower, Joseph L. *Disruptive Technologies: Catching the Wave*. *Harvard Business Review*, v. 73, n. 1, p. 43-53, jan./fev. 1995.

13 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 17-22.

A volatilidade do sujeito expandido para além das fronteiras locais de seus assentamentos primevos, à feição do que exige a globalização, desestimula qualquer processo de produção de identidades ou de estabilização. (...) O sujeito da atualidade não tende para uma estruturação unitária e contínua. É descentrado, múltiplo, maleável, desenraizado ou “rizomático”, dispersivo mais do que concentrador, ou seja, estrutura-se “em rede” e não mais em torno de um “centro”, de um “eixo” ou de um “núcleo”.¹⁴

Assim como Manuel Castells, José Sterza Justo acredita que o indivíduo esteja disposto em rede por causa das novas tecnologias de informação e comunicação — as TICs, como denomina Castells — e por causa da forma que elas interferem nas estruturas sociais¹⁵.

Suely Rolnik, em seu artigo acerca das identidades e de como as pessoas têm a necessidade de pertencer a algum grupo social, se questiona: “A figura moderna da subjetividade, com sua crença na estabilidade e sua referência identitária, agonizante desde o final do século passado, estaria chegando ao fim?”¹⁶. Ao longo do artigo, desenvolve-se a ideia de que há uma produção na sociedade de kits de perfis-padrão e de identidades *prêt-à-porter* (do francês, prontas para vestir/usar). A autora entende que as “identidades locais fixas” desaparecem para dar lugar a identidades globalizadas que são flexíveis e mudam de acordo com os movimentos do mercado, de forma quase que bruta. Logo, a identidade se tornou um bem de consumo.

O face-a-face foi, ironicamente, substituído pelo Facebook. Os encontros em bares, restaurante, *etc.*, ficaram cada vez mais raros, e foram substituídos por comunidades virtuais. Há um ponto positivo, porque as pessoas, separadas pela distância, podem se comunicar diariamente; mas, por outro lado, existe um ponto negativo no sentido de que as comunidades virtuais são facilmente desfeitas, depende do interesse de quem faz parte.

Portanto, na era da contemporaneidade, não só a imagem pessoal é valorizada, mas também a imagem do produto. A mercadoria é veiculada através da imagem, que é responsável por seduzir o consumidor. “(...) A fabricação da imagem da mercadoria sobrepõe-se e mesmo determina a fabricação da mercadoria como coisa corpórea”¹⁷.

¹⁴ JUSTO, José Sterza. O “ficar” na adolescência e paradigmas de relacionamento amoroso da contemporaneidade. Revista do Departamento de Psicologia – UFF, v. 17, n. 1, p. 61-77, Jan./Jun. 2005.

¹⁵ CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura. vol. 1. 19. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2018.

¹⁶ ROLNIK, Suely. Toxicômanos de identidade: subjetividade em tempo de globalização. In: LINS, Daniel. (Org.). Cultura e subjetividade: saberes nômades. Campinas: Papirus, 1997. p. 19-24.

¹⁷ BUCCI, Eugênio. O espetáculo e a mercadoria com signo. In: NOVAES, Adauto. (Org.). Muito além do espetáculo. 2005. Disponível em: <https://artepensamento.com.br/item/o-espetaculo-e-a-mercadoria-como-signo/>. Acesso em: 09 set. 2019.

Esse processo de relevância da imagem do produto já fora previsto por Karl Marx, que percebia que mercadorias estavam se tornando uma “aparência de coisas que expressa a personalidade do comprador”, o que fora chamado de “fetichismo das mercadorias”¹⁸.

Dessa forma, a tecnologia modifica a relação do homem com as coisas, com o tempo e o espaço, que se tornam fluidos e flexíveis.

2 O PROGRESSO TECNOLÓGICO E A GERAÇÃO TV

O aparelho de televisão foi criado por Philo Farnsworth, em 1922¹⁹. A primeira transmissão no Brasil foi pela a TV Tupi, em 1^o de junho de 1950²⁰. Somente em 1962 houve a primeira transmissão não oficial em cores no Brasil pela TV Excelsior, sendo a oficial em 1972²¹.

Desde o advento e popularização da televisão, a tecnologia, em suas mais variadas formas, vem sendo utilizada de forma excessiva, muitas pessoas já passavam a maior parte do tempo livre em frente da TV. Essa realidade se concretiza nos tempos atuais no mundo virtual.

Por causa disso a TV foi por muitos adjetivada de forma pejorativa, sendo chamada de *idiot box*²² (do inglês, caixa idiota); *weapon of mass distraction*²³ (do inglês, arma de distração em massa); e foi concluído que ela diminui a inteligência de quem a assiste ao dizer que ela *dumbs society down*²⁴ (do inglês, “emburrece” a sociedade).

Eliene Augenbraun foi bastante feliz ao intitular seu artigo de *Weapon of Mass Attraction* (do inglês, arma de atração em massa), fazendo um trocadilho com a referida adjetivação *weapon of mass distraction*. Isto porque a autora acredita que a televisão é um meio eficaz de atingir o maior número possível de pessoas ao mesmo tempo:

18 SENNETT, Richard. O declínio do homem público: as tiranias da realidade. Rio de Janeiro: Record, 2015. p. 158-159.

19 The Farnsworth Chronicles. Who Invented What - and when? Disponível em: http://www.farnovision.com/chronicles/tfc-who_invented_what.html. Acesso em: 10 set. 2019.

20 BARACHO, Maria Luiza Gonçalves. Televisão brasileira: uma (re)visão. Revista de História e Estudos Culturais, v. 4, n. 2, abr./mai./jun. 2017.

21 Idem.

22 The Times of India. Why is TV known as the idiot box? 2005. Disponível em: <https://timesofindia.indiatimes.com/Why-is-TV-known-as-the-idiot-box/articleshow/1293470.cms>. Acesso em: 10 set. 2019.

23 Augenbraun, Eliene. Weapon of mass attraction. Nature, v. 433, n. 7024, p. 357-358, 2005. p. 357.

24 The New York Times. Can TV Dumb You Down? 2019. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2019/03/15/well/mind/tv-television-memory-brain-adults.html>. Acesso em: 20 set. 2019.

Acredito que, ao tentar alcançar o público em geral, cientistas e assessores de imprensa institucionais devem se concentrar no meio que é capaz de atingir o maior número de pessoas. Hoje, isso é a televisão comercial.²⁵

As angústias na época em que a internet não era popular eram as mesmas de agora. Não importa qual era do progresso tecnológico estamos, se na era da TV ou na era da internet, os enfraquecimentos mentais de conhecimento são os mesmos.

3 O EMPOBRECIMENTO DA COMPREENSÃO

O pensamento se reduziu a um modelo simplório, uma espécie de modelo binário de ver o mundo: bem *versus* mal, amigo *versus* inimigo, direita *versus* esquerda, ter *versus* ser, *etc.* O inimigo é a diferença, e a diferença é excluída, porque o que é diferente gera medo, por isso é odiado. O medo, que está intimamente ligado à ignorância, ao desconhecimento, aumenta na mesma proporção em que se dá o empobrecimento do imaginário. O sujeito crítico foi substituído pelo sujeito consumidor acrítico. Assim pensa Casara:

“A complexidade do pensamento é desconsiderada, as nuances de uma imagem ou obra não são percebidas e o moralismo recupera um espaço que se imaginou perdido”.²⁶

Erich Fromm dá, em seu livro “To Have or To Be?”, um exemplo prático de como esse empobrecimento da compreensão se dá, e como afeta a forma de se expressar de um indivíduo, como dá para perceber até do jeito de se expressão que o indivíduo está alienado:

Imaginemos um indivíduo que procura a ajuda de um psicanalista e que começa assim o seu discurso: “Doutor, tenho um problema; tenho insônias e apesar de ter uma boa casa, uns filhos adoráveis e um bom casamento, tenho muitas preocupações”.

O estilo do discurso mais recente indica o predominante grau de alienação. Ao afirmar “Eu tenho um problema” em vez de “Estou preocupado” a experiência subjetiva é eliminada: o eu ligado à experiência passa a ligar-se à posse.

25 Augenbraun, Eliene. Weapon of mass attraction. Nature, v. 433, n. 7024, p. 357-358, 2005. Tradução livre de: “I believe that when trying to reach the general public, scientists and institutional press officers should focus on the medium that is capable of reaching the most people. Right now, this is commercial television”.

26 CASARA, Rubens. Empobrecimento do imaginário. 2015. Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/04/11/empobrecimento-do-imaginario/>. Acesso em: 09 set. 2019.

Transformei o meu sentimento em qualquer coisa que possuo: o problema. (...) Este tipo de linguagem denuncia uma alienação inconsciente.²⁷

A causa para esse empobrecimento do imaginário e da compreensão parece ser causada pela nova produção capitalista e pelas tecnologias que derivam desse modelo. O tempo, como já dito anteriormente, é usado para medir a produção, e é escasso. As pessoas só leem o *head* da matéria, o que acaba por gerar a *idle talk* (do inglês, conversa ociosa)²⁸ trazida por Heidegger, como uma das formas de sobreposição do mundo sobre o ser autêntico Dasein, que será visto mais adiante. As conversas são criticamente não examinadas e sem exame sobre fatos e informações.

Portanto, que acontece quando as pessoas que pensam diferente de um certo indivíduo são eliminadas do seu campo de visão, e só são seguidas aquelas que pensam de forma similar? E se as pessoas que pensam como o indivíduo estiverem erradas? A resposta para ambos os questionamentos é a mesma: há o empobrecimento da compreensão, do imaginário, do poder de argumentação do indivíduo.

Rubens Casara traz algumas saídas para evitar ou mesmo tentar reverter o quadro do empobrecimento do imaginário: a tolerância e a compreensão²⁹. A primeira se concretiza à medida que se passa a aceitar que pode haver diversas posições contrárias à que se pensa ser correta; a segunda acontece quando o ser entende que existem pessoas com pensamentos diversos do seu, e que isso nada mais é do que normal.

4 A POLÍTICA COMO ESPETÁCULO

Como já é sabido, o desenvolvimento das novas tecnologias de informação dá novos contornos à percepção da realidade pelos indivíduos que delas usufruem. Os fenômenos sociais são resultados de ações intencionais, segundo Renato Francisquini³⁰, realizadas em contextos sociais específicos. Corroborar com esse pensamento Pierre

27 FROMM, Erich. To Have or To Be? London/New York: Continuum, 2008. p. 18-19. Tradução livre de: "Assume that a person seeking a psychoanalyst's help opens the conversation with the following sentence: "Doctor, I have a *problem*; I have *insomnia*. Although I have a beautiful house, nice children, and a happy marriage, I have many worries." Some decades ago, instead of "I have a problem," the patient probably would have said, "I am troubled"; instead of "I have insomnia," "I cannot sleep"; instead of "I have a happy marriage," "I am happily married." The more recent speech style indicates the prevailing high degree of alienation. By saying "I have a problem" instead of "I am troubled," subjective experience is eliminated: the I of experience is replaced by the it of possession. I have transformed my feeling into something I possess: the problem. (...) This way of speaking betrays a hidden, unconscious alienation".

28 HEIDEGGER, Martin. Being and Time. Oxford: Blackwell, 1962. p. 211-214.

29 CASARA, Rubens. Empobrecimento do imaginário. 2015. Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/04/11/empobrecimento-do-imaginario/>. Acesso em: 09 set. 2019.

30 FRANCISQUINI, Renato. A política do espetáculo: as novas formas de interação e suas potencialidades. Disponível em: http://www.compolitica.org/home/wp-content/uploads/2011/01/sc_scp-renato.pdf. Acesso em 10 set. 2019. p. 1.

Bourdieu³¹ ao entender que os indivíduos agem dentro de campos de interação e perseguem fins objetivos, visando maximizar a sua influência sobre os resultados da interação.

Para Giovanni Sartori, a televisão era capaz de exercer grande influência no meio político, e a isso deu o nome de “vídeopolítica”. Para ele, a televisão era responsável pelo poder-de-vídeo, que nada mais era do que o poder de imagem, que podia fazer alguém crescer ou sumir no meio político (e em qualquer outra fatia social). Assim dispõe: “A televisão está mudando o homem e a política. Meu tema é, aqui, o poder político da televisão e, portanto, a vídeo-política; mas a vídeo-política é apenas uma fatia de um poder-de-vídeo mais geral que é o poder da imagem”³². Essa nada mais é do que a exemplificação da ideia de “atores” sociais já trazida por Richard Sennett.

Hilgartner e Bosk entendem que a política se usa da mídia e da internet como arenas públicas (*public arenas*). O ambiente midiático não é somente um meio através do qual se difundem as informações sobre os assuntos públicos, mas também um sistema de arenas públicas, qual seja um espaço para a veiculação e troca de argumentos a respeito de temas da vida social.

Por causa disso, os atores sociais que encontram-se em disputa por influência sobre o processo político adotam estratégias diversas, de acordo com os recursos disponíveis, visando obter os resultados desejados, e, nos tempos atuais, a internet se tornou uma *public arena*, vide as eleições presidenciais de 2018. Para os autores, “a atenção do público é recurso escasso, é enfatizado a competição e a seleção na mídia, e em outras arenas do discurso público”³³.

Para Gamson *apud* Francisquini, a mídia (e nos tempos atuais, a internet), apresenta-se como uma arena distinta, isto é, ela pode tornar visível o mesmo fato, de uma só vez, a um grande número de pessoas, fato este que antes ficaria restrito à esfera local. “Os meios de comunicação de massa permitem que um número muito maior de atores possa contribuir para o debate, o que não seria possível se ele ficasse confinado ao espaço em que surgiu”³⁴.

³¹ Swartz, David L. The sociology of habit: the perspective of Pierre Bourdieu. **The Occupational Therapy Journal of Research**, v. 22, p. 61S-69S, 2002.

³² SARTORI, Giovanni. Videopolítica. *Rivista Italiana de Scienza Política*, v. 19, n. 2, ago. 1989. p. 185-198. Tradução livre de: “La televisione sta cambiando l'uomo e sta cambiando la politica. Il mio tema e, qui, il potere politico della televisione, e quindi la video-politica; ma la video-politica e soltanto uno spicchio di un più generale video-potere che e il potere dell'immagine.”

³³ HILGARTNER, Stephen; BOSK, Charles. The rise and fall of social problems: a public arenas model. *American Journal of Sociology*, v. 94, n. 1, p. 53-78, 1988. p. 1. Tradução livre de: “Treating public attention as a scarce resource, the model emphasizes competition and selection in the media and other arenas of public discourse.”

³⁴ FRANCISQUINI, Renato. A política do espetáculo: as novas formas de interação e suas potencialidades. Disponível em: http://www.compolitica.org/home/wp-content/uploads/2011/01/sc_scp-renato.pdf. Acesso em 10 set. 2019.p. 2.

Foram constituídos, portanto, três tipos de interação³⁵. A primeira, sem necessidade de maiores delongas, a interação face a face; a segunda, a interação mediada, aquela feita por meio técnico (como o telefone) de forma dialogada; e, por fim, a quase-interação mediada, sendo aquela realizada por meios de comunicação em massa (como a televisão, jornais, livros, *etc.*), caracterizada por ser um monólogo. Nesta última, os indivíduos têm a possibilidade de reagirem a eventos ocorridos em locais distantes.

Com as novas tecnologias, a quase-interação mediada foi modificada à medida que os meios televisivos buscam cada vez mais a interação de seus telespectadores, e a natureza da internet permite interação instantânea.

Assim, no campo político, os atores (como principais interessados) tiveram que redefinir suas estratégias comunicativas por causa da mudança da relação entre o cidadão e a política. A publicidade é a linguagem universal em todos os campos da vida, e na esfera política não é diferente.

Com base no acima colocado, Cláudio Coelho, no quinto capítulo de seu livro *Teoria Crítica e Sociedade do Espetáculo* faz uma análise da espetacularização da política e de seu consumo excessivo de imagens, exemplificando com as manifestações de junho de 2013 contra o aumento do valor das passagens dos transportes público e das eleições de 2014; ambos os movimentos nascidos e articulados na internet, além de serem extremamente difundidos pelos jornais, revistas e televisão.

Debord, logo no início do livro *Sociedade do Espetáculo*, argumenta que a crítica do espetáculo é a crítica do processo de separação entre a realidade e a representação imagética da realidade. (...) A alienação atinge, também, a dimensão política, reduzida ao momento eleitoral e transformada em espetáculo midiático, onde os cidadãos escolhem os seus candidatos pela imagem transmitida pelas campanhas eleitorais e pela própria mídia.³⁶

Para explicar a política sendo consumida pela imagem e pelo espetáculo, o autor se utiliza da tese de Guy Debord, *A Sociedade do Espetáculo*, em que o espetáculo não são as imagens *per se*, mas as relações sociais que são mediadas pelas imagens. Os “atores sociais” da política são escolhidos pela imagem que aparentam ter, imagem esta propagada na mídia e na internet.

O político é o ator, já falado, de Richard Sennett em *O Declínio do Homem Público*, onde é falado na cultura do espetáculo (passivo), no qual as pessoas não mostravam sua verdadeira personalidade perante a sociedade, senão no âmbito familiar, com medo de

35 THOMPSON, John B. *A mídia e a modernidade: uma teoria social da mídia*. Petrópolis: Vozes, 1998. p. 77-92.

36 COELHO, Cláudio Novaes Pinto. *Teoria Crítica e Sociedade do Espetáculo*. Jundiaí: Editora In House, 2014. p. 109.

serem julgadas. Por isso se espelhavam nos homens públicos, aqueles que não só eram excelentes oradores, mas tinham uma personalidade brilhante, eram atores do espetáculo. O importante não era o conteúdo do discurso ou as propostas deste homem público, mas a personalidade que ele demonstrava ter, como se ele fosse passível de detecção de caráter através de seus traços pessoais.³⁷

Outros exemplos de espetáculos exauridos pela mídia foram o *impeachment* do então presidente Fernando Collor, em 1992; o *impeachment* da presidente Dilma Rousseff, em 2016; e as eleições de 2018. Percebe-se que a internet fez crescer ainda mais o espetáculo da política.

5 A SOCIEDADE DO ESPETÁCULO

A Sociedade do Espetáculo foi uma teoria desenvolvida por Guy Debord e publicada pela primeira vez em 1962. Para essa teoria, nossa sociedade é mediada por imagens o tempo todo, e tudo o que fazemos é reflexo e em função da imagem. As imagens não são baseadas na vida real, mas o contrário.

Daí o nome “sociedade do espetáculo”, porque tudo o que existe na nossa sociedade é um espetáculo, principalmente no que tange aos meios audiovisuais (TV, cinema, internet). A teoria é bem atual ao dizer que temos o desejo de produzir imagens para mostrar aos demais que somos melhores, como no Instagram, um lugar em que todos aparentam ser felizes. Nos eventos, as pessoas ao invés de assistirem com seus próprios olhos, usam o celular para depois postarem nas redes sociais.

Há um desejo de tudo mostrar: a roupa que é vestida, o que vai ser comido, o lugar que se está; o que nada mais são do que informações irrelevantes. Não há mais mensagem, o que existe é uma grande saturação de dados, que acaba por gerar a passividade, que é a impossibilidade de se pensar com o excesso de informação e dados que não se controla.

Na pirâmide DIKW³⁸ trazida por Rowley³⁹, a base é constituída por dados (*data*), que às vezes se transformam em informação (*information*), e raramente se transforma em conhecimento (*knowledge*), e, finalmente, quase nunca irá se transformar em sabedoria (*wisdom*).

Apesar de haver muitos produtores de dados (bloggers, youtubers, influencers), há, também, um excesso de atividade sem fim por causa da obrigatoriedade de tudo mostrar,

37 SENNETT, Richard. O declínio do homem público: as tiranias da realidade. Rio de Janeiro: Record, 2015. p. 136.

38 As iniciais da base ao topo de data, information, knowledge, wisdom.

39 ROWLEY, Jennifer. The wisdom hierarchy: representations of the DIKW hierarchy. *Journal of Information Science*, v. 33, n. 2, p. 163–180, 2006.

de tudo expor. Há uma cultura de exibição e exposição que acaba com a ideia do segredo e da intimidade, antes privilégio da família.

Existe uma indiferenciação entre o público e o privado (já trazida por Richard Sennett) em que o íntimo e o que se expõe. E quando se tem todo mundo falando da mesma coisa, tem-se uma tagarelice - abordada por Heidegger em *Being and Time*, que é adoção de ideias alheias como próprias, a anulação perante os demais.

Martin Heidegger em "*Being and Time*" discorre sobre o *Dasein* (do alemão, da: "aí"; sein: "ser"), e é feita uma análise existencial deste ser. O *Dasein* é o ser-aí, o ser-aí-no-mundo, o ser que é posto no mundo, que "cai" (termo bastante utilizado por Heidegger no livro) no mundo; também pode significar "existência". "O *Dasein*, em primeira instância, se afastou de si mesmo como uma potencialidade autêntica de Ser o seu Ser e caiu no mundo", significando que o *Dasein*, ao cair no mundo como um ser neutro, sequer tem a chance de exercer sua autenticidade, já que o mundo é uma entidade pronta com seus costumes, normas e princípios, que exercem influência direta em cada um dos indivíduos.

A queda no mundo se manifesta de três formas: *idle talk* (conversa ociosa), *curiosity* (curiosidade), *ambiguity* (ambiguidade). As conversas ociosas acontecem quando não são criticamente examinadas, além de não terem exame sobre os fatos e informações. A curiosidade é uma busca por novidade e estímulo sem fim, ao invés de tentar pertencer. A ambiguidade é perda de qualquer sensibilidade à distinção entre entendimento genuíno e conversas superficiais, estas últimas sendo a tagarelice acima mencionada⁴⁰.

No mundo hollywoodiano a sociedade do espetáculo foi retratada no filme *The Truman Show*⁴¹ em que Truman, um homem de quase 30 anos, é o personagem principal de um *reality show* sobre sua própria vida, em que todos ao seu redor são atores e sabem o que está verdadeiramente acontecendo, menos ele. Truman percebe que tudo em sua vida ocorre de forma repetitiva, como se seguisse um roteiro, e, toda vez que ele age de forma espontânea, coisas esdrúxulas acontecem.

O nome do personagem nada mais é do que uma brincadeira com a língua inglesa, *tru-man*, de *true man* (homem verdadeiro).

Ao longo do filme, a esposa de Truman dá um depoimento dizendo "não há diferença entre a vida privada e a vida pública"⁴², trazendo a tona a indiferenciação entre o público e o privado, já mencionado. E, ao longo do filme, o diretor do *reality show*, ao ser

40 HEIDEGGER, Martin. *Being and Time*. Oxford: Blackwell, 1962. p. 220.

41 THE TRUMAN Show. Direção: Peter Weir. Produção: Scott Rudin Productions. Intérpretes: Jim Carrey, Ed Harris, Laura Linney. Roteiro: Andrew Niccol. Estados Unidos, 1998.

42 Tradução livre de: "There's no difference between a private life, and a public life."

questionado por um repórter o porquê de Truman ainda não ter descoberto que vive em um *reality show* responde que se ele quisesse ter descoberto a verdade das coisas, ele já o teria feito, e que “nós aceitamos a realidade do mundo que nos é apresentado”⁴³.

Comparando o livro de Guy Debord com o filme *The Truman Show*, conclui-se que no espetáculo, nada varia, tudo é a mesma coisa, a vida é um ciclo que se repete, como a vida de Truman. Então por que viver o espetáculo? Porque o espetáculo gera previsibilidade, há satisfação garantida a partir de um real que é fabricado.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A primazia da imagem e a sociedade do espetáculo não surgiram na Sociedade da Informação, tampouco são exclusivas desta. Contudo, as novas tecnologias associadas a Internet tiveram tamanho impacto nas pessoas, e, principalmente na forma de se relacionar de modo que essas duas características ficassem ainda mais constantes na contemporaneidade. Os novos meios trazidos pela Quarta Revolução fizeram com que a sociedade se pautasse em novas idiosincrasias e utilitários, como o Instagram e o Facebook, para mediar seus relacionamentos, reforçando a ideia da imagem como primeiro plano e de sociedade do espetáculo.

Impende ressaltar que é a tecnologia que modificou a relação do homem com as coisas, com o tempo e o espaço, que se tornaram fluidos e flexíveis, e não a Internet. Esta última apenas deu continuidade e aflorou algo que já acontecia, como trazido na geração TV.

O espetáculo reforça a ideia da importância da imagem, do declínio do “ser” para o “ter”, mas o “ter” aqui é meramente uma aparência; e do quão superficiais e efêmeras podem ser as novas relações sociais pautadas na imagem.

43 Tradução livre de: “We accept the reality of the world with which we are presented.”

REFERÊNCIAS

AGUIAR, João Valente. A imagem na cultura do pós-modernismo. *Tempo Social*, São Paulo, v. 22, n. 1, p. 179-198, jun. de 2010.

AUGENBRAUN, Eliene. Weapon of mass attraction. *Nature*, v. 433, n. 7024, p. 357-358, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BUCCI, Eugênio. O espetáculo e a mercadoria com signo. In: NOVAES, Adauto. (Org.). *Muito além do espetáculo*. 2005. Disponível em: <https://artepensamento.com.br/item/o-espetaculo-e-a-mercadoria-como-signo/>. Acesso em: 09 set. 2019.

CASARA, Rubens. Empobrecimento do imaginário. 2015. Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/04/11/empobrecimento-do-imaginario/>. Acesso em: 09 set. 2019.

COELHO, Cláudio Novaes Pinto. *Teoria Crítica e Sociedade do Espetáculo*. Jundiaí: Editora In House, 2014.

Christensen, Clayton M.; Bower, Joseph L. Disruptive Technologies: Catching the Wave. *Harvard Business Review*, v. 73, n. 1, p. 43-53, jan./fev. 1995.

DEBORD, Guy. *A Sociedade do Espetáculo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

FRANCISQUINI, Renato. A política do espetáculo: as novas formas de interação e suas potencialidades. Disponível em: http://www.compolitica.org/home/wp-content/uploads/2011/01/sc_scp-renato.pdf. Acesso em 10 set. 2019.

FROMM, Erich. *To Have or To Be?* London/New York: Continuum, 2008.

HARVEY, David. *Condição Pós-Moderna: Uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. São Paulo: Loyola, 1998.

HEIDEGGER, Martin. *Being and Time*. Oxford: Blankwell, 1962. p. 220.

HILGARTNER, Stephen; BOSK, Charles. The rise and fall of social problems: a public arenas model. *American Journal of Sociology*, v. 94, n. 1, p. 53-78, 1988.

JUSTO, José Sterza. O “ficar” na adolescência e paradigmas de relacionamento amoroso da contemporaneidade. *Revista do Departamento de Psicologia – UFF*, v. 17, n. 1, p. 61-77, Jan./Jun. 2005.

- ROLNIK, Suely. Toxicômanos de identidade: subjetividade em tempo de globalização. In: LINS, Daniel. (Org.). *Cultura e subjetividade: saberes nômades*. Campinas: Papirus, 1997. p. 19-24.
- ROWLEY, Jennifer. The wisdom hierarchy: representations of the DIKW hierarchy. *Journal of Information Science*, v. 33, n. 2, p. 163–180, 2006.
- SANTOS-JUSTO, Joana. A primazia da imagem e a virtualização das relações na cultura das aparências. *Revista Espaço Acadêmico*, v. 13 n. 153 (2014):, 153, fevereiro de 2014.
- SARTORI, Giovanni. Videopolítica. *Rivista Italiana de Scienza Política*, v. 19, n. 2, ago. 1989.
- SENNETT, Richard. *O declínio do homem público: as tiranias da realidade*. Rio de Janeiro: Record, 2015.
- SWARTZ, David L. The sociology of habit: the perspective of Pierre Bourdieu. **The Occupational Therapy Journal of Research**, v. 22, p. 61S-69S, 2002.
- THE TRUMAN Show. Direção: Peter Weir. Produção: Scott Rudin Productions. Intérpretes: Jim Carrey, Ed Harris, Laura Linney. Roteiro: Andrew Niccol. Estados Unidos, 1998.
- THOMPSON, John B. *A mídia e a modernidade: uma teoria social da mídia*. Petrópolis: Vozes, 1998.

APATRIDIA *DEJURE* NO BRASIL E A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Beatriz Martins de Oliveira¹; Irineu Francisco Barreto Junior²

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo analisar a gravidade da situação da apatridia de *jure* – característica da pessoa que não possui nacionalidade – no Brasil, a qual tem por consequência a ineficiência de diversos direitos fundamentais, impedindo a vida digna do apátrida, observando o contexto da Sociedade da Informação e buscando estabelecer como esta pode ajudar no combate da situação dos apátridas. A metodologia da pesquisa adotou a linha investigativa Jurídico Sociológica que se propõe a compreender o fenômeno jurídico no ambiente social mais amplo.

Palavras-Chave: Sociedade da Informação; Apátrida; Direitos Humanos.

DEJURE STATELESSNESS IN BRAZIL AND INFORMATION SOCIETY

Abstract: The present paper aims analyze seriousness of the *de jure* statelessness situation – people who has no nation – in Brazil, which culminates in inefficiency of human rights, preventing dignified life of statelessness people, in the context of information society and seeking to establish how this society can help fight statelessness. The research methodology adopted the Sociological Legal Investigative line that aims to understand the legal phenomenon in the wider social environment.

KeyWords: Information Society; Statelessness; Human Rights.

¹ Mestranda em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU-SP), especialista *latu sensu* em Direito Processual Civil pela FMU-SP e bacharel em Direito pela FMU-SP. Advogada.

² Pós-doutorando em Sociologia pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas (FFLCH), da Universidade de São Paulo - USP. Doutor em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Docente do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação e do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU-SP). Analista de Pesquisas da Fundação Seade– SP.

INTRODUÇÃO

Este artigo situa-se no contexto das transformações tecnológicas, jurídicas e sociais advindas do fenômeno Sociedade da Informação³, que estaria impondo mudanças ao Direito para atender a novas realidades, sob a ideia de que haveria uma evidente necessidade de novas modalidades de regulamentação das condutas nas relações de massa. Nessa linha de raciocínio, sustenta-se que é necessário incrementar e aprimorar os mecanismos de solução dos conflitos coletivos que surgem das relações virtuais estabelecidas nas comunidades em rede.⁴

O tema dos direitos humanos ocupa lugar de destaque no processo da denominada reconstrução democrática nos países emergentes da América Latina especialmente a partir da década de 1980 com a retirada da cena principal dos governos militares, instaurados, nesses países, nas décadas anteriores. A denominada reconstrução democrática inseriu novamente na agenda política e institucional a construção de sistemas que assegurassem os direitos e garantias fundamentais da pessoa, a saber; direitos políticos, direitos sociais, direitos individuais e coletivos, que haviam sido relegados à marginalidade ou mesmo suprimidos durante os regimes militares. Dessa maneira, o direito positivo necessitou se adequar aos novos ares democráticos. É inegável, no entanto, que a simples positivação desses direitos não significa nenhuma garantia de sua realização em termos práticos, materiais.

Não obstante, do ponto de vista dos valores apregoados como democráticos tenham sido substantivadas normas jurídicas para a garantia dos direitos políticos, naquilo que se refere à institucionalização e perenidade do sufrágio universal, por exemplo, os denominados direitos humanos continuaram e continuam sendo mitigados nesses países.

Os direitos humanos, de modo geral, são enfocados pelos especialistas jurídicos como conquista alcançada por meio de inúmeros embates ocorridos, ao longo da história, contra o arbítrio do Estado e através da limitação do poder político. Assim como ainda são vistos como uma forma de resistência às diferentes espécies de violência contra os indivíduos. Numa outra perspectiva e, também digna de ênfase, podem ser referidos como impulsionados e mesmo criados historicamente por um específico contexto social e político que fez deles o ingrediente necessário para o sucesso das democracias burguesas,

³BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Atualidade do Conceito Sociedade da Informação para a pesquisa jurídica. In: PAESANI, Liliana Minardi (coord.). **O Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Atlas, 2007.

⁴BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Proteção da Privacidade e de Dados Pessoais na Internet: O Marco Civil da rede examinado com fundamento nas teorias de Zygmunt Bauman e Manuel Castells. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO; Adalberto; DE LIMA; Cintia Rosa Pereira. (Org.). **Direito & Internet III: Marco Civil da Internet**. 1ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015, v. 2, p. 100-127.

que podem também ser entendidas como o mais adequado sistema para a ação do mercado.

Na perspectiva dos direitos humanos como conquista alguns dos principais marcos registrados no seu esboço histórico são a Revolução Francesa de 1789; a luta contra a escravidão no século XIX; o movimento operário da primeira metade do século XX e a Declaração Universal dos Direitos do Homem (Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, 1948). E especificamente no caso brasileiro a Constituição Federal de 1988.

No contexto recente dos Direitos Humanos e em decorrência de guerras, cataclismos e deterioração ambiental, massacres étnicos, perseguições religiosas ou políticas adentra com grande impacto na agenda dos direitos fundamentais assegurar a proteção dos imigrantes e apátridas, objeto deste artigo.

A metodologia da pesquisa adotou a linha investigativa Jurídico Sociológica que se propõe a compreender o fenômeno jurídico no ambiente social mais amplo. Para tal, analisa o direito como variável dependente da sociedade e trabalha com as noções de eficiência, eficácia e efetividade das relações entre direito e sociedade. Preocupa-se com a facticidade do Direito e com as relações contraditórias que estabelece com o próprio Direito e com os demais campos: sociocultural, político e antropológico (GUSTIN; DIAS, 2006). Por fim, estuda a realização concreta de objetivos propostos pela lei, por regulamentos de todas as ordens e de política públicas e sociais.

APATRIDIA

A Declaração Universal de Direitos Humanos prevê em seu artigo 15 que toda pessoa tem direito a uma nacionalidade⁵. Tal afirmativa carrega mais informações que aparenta. O direito a uma nacionalidade implica na possibilidade de acesso a direitos e garantias reconhecidos por um Estado, bem como possibilita o sentimento de pertença necessário à vida digna.

O termo “apátrida” é conceituado no tratado internacional Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas em seu artigo 1º como “toda a pessoa que não seja considerada por qualquer Estado, segundo a sua legislação, como seu nacional”⁶, ou seja, àquele que não

⁵ONU, **Declaração Universal de Direitos Humanos**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf> Acesso em 07 set. 2019.

⁶ ACNUR, **Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas**. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_sobre_o_Estatuto_dos_Apatridas_de_1954.pdf Acesso em 07 set. 2019.

possui nacionalidade alguma, não pertence à Estado algum, não tendo garantia de acesso a direitos humanos.

O apátrida pode ser de *jure* caso não seja reconhecido como nacional por nenhuma nação, sendo este ao que vamos nos ater neste trabalho, ou de *facto* na hipótese de, apesar de possuir nacionalidade de determinado país, esta lhe é ineficaz, isto é, não possibilita os direitos que deveria.⁷

A situação de apatridia pode ser o resultado de diversas ocorrências e a origem de diversos problemas. Por esse motivo recebe atenção dos Estados e organizações internacionais, que buscam amenizar e possivelmente extinguir a problemática a fim de efetivar os direitos humanos internacionalmente reconhecidos também aos apátridas, dentre as quais se destaca o ACNUR - Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados.

Principais razões

A apatridia pode decorrer de diversas situações, tendo em vista que, em que pese o status de direito humano, o reconhecimento da nacionalidade é um ato soberano, incumbindo a cada país, dentro das normais gerais do direito internacional, estabelecer os parâmetros para sua concessão e reconhecimento.

Dentre as principais razões⁸ podemos destacar a incompatibilidade das normas que disponham sobre nacionalidade de cada país, estabelecendo o critério *jus soli* ou *jus sanguinis* para aquisição no nascimento ou, ainda, quanto a renúncia, isto é, países que permitam a renúncia da nacionalidade sem a prévia aquisição de outro país e perda automática decorrente de residência em outro país.

Além disso, podemos ressaltar situações resultantes de sucessão de Estados, verificada quando ocorre a transferência do território ou soberania de um Estado a outro, e as decorrentes de discriminação, em que o Estado se nega a conceder a nacionalidade por questões raciais, religiosas, de gênero, etc., ainda hoje muito comuns.

Direitos e ausência de direitos do apátrida de *jure* no Brasil

O apátrida de *jure*, por não estar vinculado a algum Estado, em geral não possui registros, documentos, de forma que não tem acesso aos benefícios que o Estado oferece

⁷ACNUR, **O conceito de pessoa apátrida segundo o Direito Internacional**. Disponível em:

https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/O_Conceito_de_Pessoa_Apatrida_segundo_o_Direito_Internacional.pdf?view=1 Acesso em 07 set. 2019.

⁸ACNUR, **Nacionalidade e Apatridia: Manual para parlamentares**. Disponível em:

http://archive.ipu.org/PDF/publications/nationality_p.pdf Acesso em 07 set. 2019.

aos nacionais, residentes ou mesmo turistas. Além disso, enquanto não identificada e regularizada a situação, não possui nenhuma proteção diplomática, nenhum direito de permanência, residência, saída ou retorno do país.

A posição do apátrida é de total vulnerabilidade, pois não possui representatividade ou visibilidade perante o poder público, que, por diversas vezes, sequer conhece sua existência, considerando que a apatridia pode estar relacionada a fluxos migratórios legais e ilegais.

Dentre as dificuldades enfrentadas pelos apátridas no acesso a direitos humanos especificamente no Brasil, insta ressaltar o acesso a saúde, educação, moradia, e, por consequência, a vida digna, pois o exercício destes e outros direitos depende do reconhecimento estatal da pessoa, isto é, a existência de documentos mínimos, como RNE, passaporte, etc., o que inicialmente não é disponível ao apátrida.

Conclui-se que sem a nacionalidade o acesso a direitos humanos pelo apátrida é extremamente dificultado, podendo culminar na prática em morte jurídica da pessoa, pois, ainda que seja titular de direitos, de fato não pode exercê-los.

Nesse contexto, para a pessoa que deixa de ser reconhecida como um nacional é irrelevante que ela seja titular de direitos humanos natos e inerentes a sua dignidade, uma vez que ela simplesmente não pode efetivá-los. (...) Assim, perdendo a autonomia e a subjetividade jurídica, ele acaba perdendo a própria subjetividade enquanto tal e se transformando gradativamente em objeto. A morte da pessoa jurídica é um passo para a morte da pessoa humana.⁹

Não se olvida que tratados internacionais como a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas – da qual o Brasil é signatário – fixam direitos aos apátridas, e inclusive buscam estabelecer tratamento igual ao nacional ou ao menos ao estrangeiro, a depender da situação, bem como leis internas, a exemplo da Lei 13.445/2017, que estabelece direitos mínimos. Entretanto, como já ressaltado, a identificação dos apátridas é tarefa árdua e em muitas ocasiões estes permanecem despercebidos perante o governo, comumente ocasionando a ineficácia dos referidos dispositivos.

Uma vez identificada e reconhecida a situação de apatridia, é iniciado o processo simplificado de naturalização (art. 26, Lei 13.445/2017) e o apátrida poderá ter acesso aos direitos previstos na Convenção e em leis internas, dentre os quais destacam-se direitos humanos que, na sistemática brasileira atual, dependem de comprovação documental mínima, tal como o direito de propriedade, religião, associação, acesso aos tribunais, e outros previstos.

⁹ LISOWSKI, Telma Rocha. A apatridia e o “direito a ter direitos”: um estudo sobre o histórico e estatuto jurídico dos apátridas. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Paraná, Curitiba*, n. 3, 2012, p. 119.

Percebemos então que o cerne da problemática reside na identificação no apátrida para posterior regularização de sua estadia no país. Uma vez superada essa necessidade, a legislação lhes assegura direitos.

APATRIDIA NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Conceituado o apátrida e conhecidos seus direitos e dificuldades, cabível sua análise no contexto da Sociedade da Informação, tendo em vista que esta implica em novos problemas e novas soluções.

Contexto da Sociedade da Informação

No atual cenário o estudo da Sociedade da Informação adquire status estratégico, uma vez que novas relações sociais, interpessoais e interinstitucionais, muitas vezes travadas em cenário internacional, exigem uma nova reflexão sobre paradigmas, teorias e aplicação do Direito que, como fato social, não pode se manter indiferente aos novos arranjos e contornos desse novo modelo de sociedade¹⁰. Como exemplo desta perspectiva, aponta-se para o estudo da evolução histórica dos direitos humanos, seus diversos sentidos e as concepções até a democracia contemporânea, certamente bastante pautadas e conduzidas pelo fenômeno chamado de sociedade da informação.

Além disso, a informação possui valor econômico e passa a ser o novo insumo do mercado mundial. Esta sociedade na era da tecnologia tem suas características potencializadas, tornando cada pessoa do planeta um possível emissor, receptor ou objeto de informações. Neste sentido:

No estágio atual, a sociedade está encravada por uma nova forma de organização em que a informação é o elemento nuclear para o desenvolvimento da economia, substituindo os recursos que outrora estruturavam as sociedades agrícola, industrial e pós-industrial.

Essa nova forma de organização social foi sedimentada em razão da evolução tecnológica recente, que criou mecanismos capazes de processar e transmitir informações em uma quantidade e velocidade jamais imagináveis.¹¹

Na Sociedade da Informação a informação deixa de ter como função principal ser recurso social para ser mercadoria¹², verificando-se sua importância no valor que a partir

¹⁰BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Atualidade do Conceito Sociedade da Informação para a pesquisa jurídica. In: PAESANI, Liliana Minardi (coord.). **O Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Atlas, 2007.

¹¹ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro, Forense, 2019, p. 4 e 5.

¹² BARBOSA, Marco Antonio. Poder na Sociedade da Informação. In Paesani, Liliana Minardi (Coord.) **O Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo, Atlas, 2007, p. 47.

dela pode ser auferido, de forma que sua utilização passa a ser precipuamente a de produto.

Além disso, a Sociedade da Informação possibilita maior efetividade ao direito à informação, a partir das inúmeras tecnologias disponibilizadas mundialmente como forma de protagonizar o máximo possível os consumidores neste cenário, livremente fornecendo suas informações em troca de outros serviços que busque.

Cabe ressaltar que deste direito decorrem outros como a liberdade, pois esta somente será exercida quando o sujeito tiver informações suficientes para uma escolha livre, de expressão e opinião, a saúde, pois a informação permite que este direito seja exercido de forma completa, garantindo a autonomia do paciente, e outros.

Principal problema dos apátridas neste contexto

Um dos grandes problemas da apatridia é a dificuldade de identificar quem seja o apátrida, tendo em vista a ausência de documentos deste perante qualquer Estado, ao menos em princípio.

Como destacam Simões e Martini: “O número de pessoas apátridas pode ser ainda maior, pois é muito difícil realizar uma pesquisa estatística já que estas populações não possuem registros, como certidão de nascimento, identidade, passaporte.”¹³

A Sociedade da Informação, por sua vez, é pautada na valoração comercial da informação. Cada pessoa identificada ou identificável como potencial consumidor caracteriza um conjunto de informações de imenso valor, acerca do qual empresas e governos investem voluptuosas quantias para alcançar benefícios ainda maiores.

Os apátridas, entretanto, não são potenciais consumidores. Ante a ausência de documentos estão impedidos de adquirir bens e mesmo de ter um vínculo empregatício para aferir renda mensal de forma regular, assim seus dados não são relevantes às empresas exploradoras das informações.

O principal problema do apátrida no contexto da Sociedade da Informação é, portanto, não ser caracterizado como informação valiosa, culminando na ausência de interesse por seus dados e sua conseqüente invisibilidade ao governo e à comunidade global. Nas palavras de Barbosa, “O mais determinante é o fato de que a sociedade atual da informação esta a serviço do mercado.”¹⁴

¹³ SIMÕES, Bárbara Bruna de Oliveira e MARTINI, Sandra Regina. Apatridia na Sociedade Cosmopolita: perspectiva para efetivação dos direitos humanos dos apátridas. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 34, dez 2018, p. 306.

¹⁴ BARBOSA, Marco Antonio. Poder na Sociedade da Informação. In Paesani, Liliana Minardi (Coord.) *O Direito na Sociedade da Informação*. São Paulo, Atlas, 2007, p. 60.

Tal verdade se revela ao analisarmos o consumidor perante essas empresas, que extraem valor de informações como idade, etnia, gênero, etc., para fins de realizar publicidade direcionada e angariar mais consumidores. O apátrida possui cada uma dessas características, pode ser identificado por sua idade ou gênero, mas não é um investimento sólido enquanto consumidor, resultando em sua invisibilidade.

POSSÍVEIS SOLUÇÕES

Consolidada a problemática, insta analisar possíveis soluções, com a finalidade de garantir os direitos humanos reconhecidos em âmbito global aos apátridas em território brasileiro, buscando maior efetividade das metas internacionais e da legislação nacional.

Globalização e apatridia

A globalização, ora entendida como a quebra de barreiras físicas em nível global e aproximação da humanidade, está intimamente ligada às causas da apatridia e pode igualmente estar ligada à sua resolução.

Diante de tal aproximação dos povos e, por decorrência, proximidade de seus problemas, culturas e outras situações, verificamos o encaminhamento global para uma disciplina em comum, como os tratados internacionais, isto é, a possibilidade em unidade resolver um problema global.

A apatridia é um problema também decorrente da globalização, pois deriva de interações entre os povos e, além disso, é um problema de nível global, que atinge diversos países no mundo, nos quais os apátridas estão acomodados. Assim, todos os povos possuem interesse na sua resolução e devem em conjunto trabalhar para tanto.

Dúvida não paira neste sentido. Diversos países são signatários de tratados internacionais que buscam erradicar a apatridia. Deve-se manter a ideia de unidade entre os povos, de cooperação.

Ascensão¹⁵ entende que a globalização pode ser uma forma de cooperação ou de dominação entre os povos. Neste sentido, se a escolha global for pela cooperação, como se verifica quando da assinatura de tratados internacionais, será possível alcançar uma solução à diversos problemas em nível global, inclusive a apatridia, revelando-se de suma importância esse relacionamento entre as nações.

¹⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. Sociedade da Informação e mundo globalizado. *Revista brasileira de Direito Comparado*, p. 161-182.

Sociedade da Informação como apoio no combate à apatridia

O ACNUR lançou em novembro de 2014 uma campanha que almeja acabar com a apatridia em dez anos (*Global Action Plan to End 2014-24 Statelessness*)¹⁶ através de dez ações, dentre elas está melhorar a qualidade e a quantidade de dados sobre os apátridas, considerando a dificuldade atual para tanto e a necessidade de identificá-los para iniciar o processo de regularização de sua condição: *“Frequently, stateless persons are not only undocumented but also ignored by the authorities and uncounted in national administrative registries and databases. Most even go uncounted in population censuses.”*¹⁷¹⁸

A Sociedade da Informação se revela um ambiente propício para de alcançar este objetivo, tendo em vista suas características de trabalhar com informações e manipular dados, capacidade esta que é potencializada com o avanço tecnológico que contribui para tais ações.

Entretanto, conforme já estabelecido, a Sociedade da Informação não possui interesse nesses dados, pois não pode extrair valor a partir deles, uma vez que o apátrida não pode adquirir um imóvel ou um veículo ou outros bens enquanto não for reconhecida e regularizada sua situação pelo governo, ou seja, enquanto não possui documentos não é um potencial consumidor, conseqüentemente não é um investimento viável.

Além disto, o apátrida somente pode ter acesso aos direitos previsto em níveis internacionais e nacionais após seu reconhecimento e regularização, concluindo-se que o cerne da problemática e o alvo para sua solução é identificar quem sejam os apátridas, adquirir informações sobre eles para posteriormente conceder-lhe cidadania e efetivar seus direitos.

A supracitada meta do ACNUR para aprimorar os dados sobre os apátridas se mostra, assim, de extrema importância, pois apenas a partir dela é que será possível minimizar e possivelmente erradicar a apatridia de *jure*.

A alternativa que se propõe, portanto, como forma de alcançar este objetivo é que os governos criem políticas públicas que despertem o interesse empresarial em adquirir e manipular essas informações, para que os apátridas se tornem conhecidos, ciente de que o mercado é impulsionado pelo lucro e que o engajamento voluntário empresarial seria utópico.

¹⁶ACNUR, *Global Action Plan to End 2014-24 Statelessness*. Disponível em: <https://www.unhcr.org/54621bf49.html> Acesso em 08 set. 2019

¹⁷*Ibidem*.

¹⁸ Frequentemente, apátridas não são apenas pessoas sem documentos, mas também são pessoas ignoradas pelas autoridades, deixando de ser contadas em registros administrativos nacionais e banco de dados. A maioria sequer é contabilizada em censos populacionais. (tradução livre)

Inicialmente será necessário legislar acerca do assunto, possibilitando o tratamento dos dados que se fizerem necessários para identificar o apátrida, independentemente de prévio consentimento, e prevendo benefícios aos agentes de tratamento para que tenham interesse nestes dados, tais como benefícios fiscais.

Neste sentido deve-se destacar que o tratamento destes dados se justifica através da proporcionalidade e do princípio da cedência recíproca que no caso consistirá na cedência do direito à autodeterminação informacional ao direito de nacionalidade e todos os demais deste decorrentes, tais como de liberdade de ir e vir, direitos a práticas de atos da vida civil, direito a saúde, direito a educação e etc.

Tal medida possibilitaria a visibilidade do apátrida, dando-se início ao processo para concessão de cidadania e garantindo seus direitos. Seria privilegiada a função social da informação juntamente a sua função mercantil.

Neste sentido podemos exemplificar a propriedade, que, apesar de constituir um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, deve cumprir sua função social, isto é, existe um dever do proprietário perante a comunidade, sob pena de perder a propriedade do determinado bem.

Assim também existe uma função social da informação que deve ser observada por aquele que a explora, sendo a presente proposta uma delas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A apatridia de *jure* é um problema mundial decorrente de incompatibilidades entre ordenamentos jurídicos, discriminações ou sucessão de Estados, que implica em ineficácia dos direitos humanos aos apátridas, por não lhes ser reconhecida nenhuma nacionalidade.

A principal dificuldade no combate a apatridia está em identificar o apátrida, obter informações a seu respeito, tendo em vista que via de regra não possui qualquer registro ou documento. Por esta razão o ACNUR estabeleceu a meta de aprimorar estes dados em quantidade e em qualidade, incumbindo aos países aderentes implementá-la.

A Sociedade da Informação revela-se, neste sentido, um meio para atingir este fim, pois tem por característica principal atualmente a de exploração de informações enquanto mercadoria, para obtenção de lucro, através de meios tecnológicos variados.

Deve-se buscar, assim, a função social da informação, isto é, sua obrigação perante a sociedade, cabendo ao Estado estabelecer benefícios ou sanções às empresas exploradoras para cumprir esta função, colhendo informações dos apátridas e possibilitando o processo de concessão da cidadania.

Tal previsão estatal deverá considerar o direito a nacionalidade e todos os demais dele decorrentes em prioridade ao da autodeterminação informacional e à liberdade e desenvolvimento econômico das empresas, objetivando, por fim, cumprir sua obrigação em âmbito internacional.

REFERÊNCIAS

ACNUR, **Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas**. Disponível em:

https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_sobre_o_Estatuto_dos_Apatridas_de_1954.pdf Acesso em 07 set. 2019.

ACNUR, **Global Action Plan to End 2014-24 Statelessness**. Disponível em:

<https://www.unhcr.org/54621bf49.html> Acesso em 08 set. 2019.

ACNUR, **Nacionalidade e Apatridia: Manual para parlamentares**. Disponível em:

http://archive.ipu.org/PDF/publications/nationality_p.pdf Acesso em 07 set. 2019.

ACNUR, **O conceito de pessoa apátrida segundo o Direito Internacional**. Disponível em:

https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/O_Conceito_de_Pessoa_Apatrida_segundo_o_Direito_Internacional.pdf?view=1 Acesso em 07 set. 2019.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Sociedade da Informação e mundo globalizado. **Revista brasileira de Direito Comparado**, p. 161-182.

BARBOSA, Marco Antonio. Poder na Sociedade da Informação. In Paesani, Liliana Minardi (Coord.) **O Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo, Atlas, 2007.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro, Forense, 2019.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Atualidade do Conceito Sociedade da Informação para a pesquisa jurídica. In: PAESANI, Liliana Minardi (coord.). **O Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Atlas, 2007.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco; CÉSAR, Daniel. Marco Civil da Internet e Neutralidade da Rede: Aspectos Jurídicos e Tecnológicos. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 12, n. 1 / 2017 p.65-88.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Sociedade da informação e as novas configurações no meio ambiente do trabalho. **Revista Brasileira de Direito Ambiental**. V. 27, p. 251-262, 2011.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Proteção da Privacidade e de Dados Pessoais na Internet: O Marco Civil da rede examinado com fundamento nas teorias de Zygmunt

Bauman e Manuel Castells. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO; Adalberto; DE LIMA; Cintia Rosa Pereira. (Org.). **Direito & Internet III: Marco Civil da Internet**. 1ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015, v. 2, p. 100-127.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco; VIGLIAR, José Marcelo Menezes. As funções da jurisprudência na Sociedade da Informação. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 73, pp. 391-417, jul./dez. 2018.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco; SAMPAIO, Vinícius Garcia Ribeiro; GALLINARO, Fábio. Marco civil da internet e o direito à privacidade na sociedade da informação. **Direito, Estado e Sociedade**, n.52, p. 114 a 133, jan/jun. 2018.

CAVALCANTI; Ana Elizabeth Lapa Wanderley; LEITE, Beatriz Salles Ferreira; BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Sistemas de Responsabilidade Civil dos provedores de aplicações da internet por ato de terceiros: Brasil, União Europeia e Estados Unidos da América. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 13, n. 2 / 2018 p.506-531.

BRASIL, **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017**.

GUSTIN, Miracy B.S.; DIAS, Maria Teresa Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**. 2.ed. ver., ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

LISOWSKI, Telma Rocha. A apatridia e o “direito a ter direitos”: um estudo sobre o histórico e estatuto jurídico dos apátridas. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Paraná, Curitiba**, n. 3, p-109-134, 2012.

ONU, **Declaração Universal de Direitos Humanos**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf> Acesso em 07 set. 2019.

SIMÕES, Bárbara Bruna de Oliveira e MARTINI, Sandra Regina. Apatridia na Sociedade Cosmopolita: perspectiva para efetivação dos direitos humanos dos apátridas. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, n. 34, dez 2018.

AS NOVAS TECNOLOGIAS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE SOBRE AS RELAÇÕES SOCIAIS E TRABALHISTAS

Camila Cardoso Takano¹; Lucas Gonçalves da Silva²

RESUMO: A sociedade sempre experimentou mudanças com o transcurso do tempo, o que gerou a necessidade de uma constante reestruturação política, econômica, social e cultural. Indivíduos, governos e comunidades devem se adaptar obrigatoriamente aos novos sistemas emergentes, caso contrário, tornam-se obsoletos e excluídos do novo contexto. Nesse âmbito, vislumbra-se a importância o estudo dos direitos fundamentais, bem como o seu respeito e concretização independente da conjuntura histórica e social. Ainda, ao mencionar as mudanças ocorridas nas sociedades contemporâneas, o presente estudo possui como foco principal a introdução das novas tecnologias e a evolução da sociedade de informação. Os reflexos da inserção da Era Digital nas relações sociais, especificamente no ambiente laboral, bem como a implementação da inteligência artificial e o uso de algoritmos no mesmo contexto, também serão objeto do presente artigo.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Sociedade de informação. Impactos. Inteligência artificial. Uso de algoritmos.

NEW TECHNOLOGIES AND FUNDAMENTAL RIGHTS: AN ANALYSIS OF SOCIAL AND LABOUR RELATIONS

ABSTRACT: Society has always experienced change over time, which has generated the need for constant political, economic, social and cultural restructuring. Individuals, governments and communities must adapt themselves obligatorily to the new emerging systems, otherwise they become obsolete and excluded from the new context. In this context, the study of fundamental rights, as well as their respect and independent concretization in relation to the historical and social conjuncture, is seen as important. Also, by mentioning the changes that have occurred in contemporary societies, this study has as its main focus the introduction of new technologies and the evolution of the information society. The reflexes of the insertion of the Digital Age in social relations,

¹ Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Sergipe. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes. Graduada em Direito pela UFOP. Servidora Pública do TRT 20^a Região. E-mail: camilatakano@yahoo.com.br.

² Pós-doutor pela UFBA e pela Università Degli Studi G. d'Annunzio (Itália). Doutor e Mestre pela PUC/SP. Professor Associado da Graduação em Direito e do Programa de Mestrado em Direito da UFS. Vice-Presidente do CONPEDI. E-mail: lucasgs@uol.com.br.

specifically in the work environment, as well as the implementation of artificial intelligence and the use of algorithms in the same context, will also be the object of this article.

KEYWORDS: Fundamental rights. Information society. Impacts. Artificial intelligence. Use of algorithms.

INTRODUÇÃO

As sociedades transformam-se com o decorrer do tempo, ocasionando mudanças de cunho social, político, econômico e cultural. Nesse aspecto, o direito e as normas constitucionais devem adequar-se ao novo cenário concebido no intuito de formar um arcabouço legislativo para contemplar ao máximo as situações jurídicas emergentes.

Um dos pontos principais do presente artigo é demonstrar a importância da compreensão acerca dos direitos fundamentais e a necessidade de esclarecimento sobre a eficácia dos mesmos para a consolidação legítima do Estado Democrático de Direito. Torna-se necessário compreender a Teoria dos Direitos Fundamentais proposta por Robert Alexy³ e sua importante estruturação acerca da integração entre os diversos enunciados que compõem a ordem jurídica.

A evolução dos povos acarreta benefícios imensuráveis aos indivíduos, que vão desde a melhoria da qualidade de vida até a reformulação do pensamento crítico e do desenvolvimento ideológico anteriormente consolidado. Entretanto, essa mudança deve correr de maneira saudável e democrática, tendo como base principiológica a concretização dos direitos fundamentais com a garantia de inserção de uma consciência coletiva e mais humana.

Nesse âmbito, analisaremos os conceitos de Manuel Castells⁴ sobre a origem da internet e a constituição de uma sociedade em rede. Além disso, iremos refletir sobre a introdução das tecnologias de informação e de comunicação no contexto social, analisando as principais consequências geradas e seus impactos. Comentaremos sobre o rol de benefícios criados pela Era Digital, bem como as desvantagens e algumas preocupações futuras para os indivíduos, comunidades e governos.

Importante destacar as menções do filósofo e sociólogo Pierre Lévy⁵ acerca do fenômeno do ciberespaço e seus impactos na humanidade. Nesse ponto, analisa-se também a ocorrência do enraizamento das tecnologias de informação e de comunicação e

³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2012.

⁴ Utilizaremos as seguintes obras de Manuel Castells: "A Sociedade em rede" e "A Galáxia da Internet".

⁵ LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. 1 ed. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999. [E-book].

de sua incontestável permanência eterna no mundo moderno, vislumbrando-se apenas a existência de reestruturações e incorporações de inovações.

Ademais, sabe-se que as relações sociais modificaram-se com o aparecimento das novas tecnologias de informação. Talvez tenham sido as mais afetadas pela Era Digital sob a ótica da fragilidade do ser humano, merecendo, por esse motivo, um olhar cauteloso e atento. Outrossim, destaca-se os impactos nas organizações de trabalho e, devido à importância social, política, econômica e cultural do aspecto trabalhista, faremos um estudo mais aprofundado sobre o tema.

Ainda no tocante à esfera trabalhista, ressaltar-se-á o tema do teletrabalho. Sua adaptabilidade ao novo cenário e o seu constante aperfeiçoamento são temas a serem abordados, além de algumas breves considerações acerca de suas vantagens e desvantagens. Nesse enfoque, questiona-se sobre a introdução das novas tecnologias e a precarização do trabalho, afrontando diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana e violando os direitos fundamentais.

A Era Digital fomentou a automatização dos processos por meio da inteligência artificial. Em relação ao uso de algoritmos, estudaremos a sua importância bem como as responsabilidades por trás do instituto. Além disso, enfatizaremos sobre os malefícios causados pelo mau uso ou pelo manuseio da ferramenta com a intenção inidônea de causar exclusão de grupos e priorizar outros.

Surge, assim, os chamados “algoritmos de opressão”, nomenclatura destinada a caracterizar um sistema automatizado pautado pela assimetria com o favorecimento de determinados grupos sociais. Pode-se dizer que o termo também engloba assuntos relacionados à discriminação e à marginalização de indivíduos de classes vulneráveis economicamente e ideologicamente.

Isto posto, partindo-se do pressuposto de que a concretização e o respeito aos direitos fundamentais são os responsáveis principais pela promoção da paz social, a introdução de novos conceitos e valores não deveriam, obrigatoriamente, utilizar-se daqueles como preceitos-base?

As novas tecnologias de informação e de comunicação devem coadunar com os ditames de desenvolvimento político, econômico, social e cultural. Entretanto, a Era Digital precisa, acima de tudo, embasar-se em conceitos éticos e morais a fim de promover a paz social e o bem estar de toda coletividade.

Quais seriam, dessa forma, as soluções válidas e legais para garantir a concretização dos direitos fundamentais previstos no Estado Democrático de Direito e, ao mesmo tempo, proporcionar um crescimento tecnológico saudável e efetivo com respeito aos direitos inerentes à pessoa humana?

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS NOVAS TECNOLOGIAS

Inicialmente, temos que as nomenclaturas “direitos humanos” e “direitos fundamentais” são comumente utilizadas como sinônimos e, por serem termos conexos, mas distintos, torna-se necessária uma breve consideração. “Direitos fundamentais” referem-se aos direitos do ser humano que se encontram positivados no ordenamento jurídico e protegidos pelo Estado. Por outro lado, “direitos humanos” vinculam-se a um conceito mais abrangente previsto na legislação internacional, portando uma validade universal independente de qualquer previsão constitucional nacionalista.⁶

Assim, a busca pela efetivação dos direitos fundamentais relaciona-se com a concretização da dignidade da pessoa humana e a sua ampliação para garantir a todos os cidadãos condições mínimas para uma vida condigna. Cada vez mais, nota-se o fortalecimento das demandas de diferentes setores da sociedade na busca pela igualdade material e aplicação do disposto nas normas constitucionais em busca do bem comum coletivo.

A Constituição Brasileira de 1988 prevê o Título II em seu texto, onde enquadra os direitos e garantias fundamentais nos artigos 5º ao 17. Salienta-se que o entendimento majoritário confere amplitude ao art. 60, §4º, IV, da CF e engloba todos os direitos fundamentais no rol das cláusulas pétreas.

Cumprе salientar, ainda nesse contexto, sobre a conceituação feita por Alexy acerca da Teoria dos Direitos Fundamentais. O filósofo alemão afirma que tal instituto advém da literatura jurídica contemporânea e possui estreita relação com uma teoria integrativa, englobando as mais diversas formas de regulação e de enunciados gerais relacionados aos direitos fundamentais.⁷

Alexy critica as ideias trazidas tanto pela teoria unipolar quanto pela teoria combinada. Afirma que a primeira tende a resumir os direitos fundamentais em uma única teoria. Em contraposição, a segunda seria abstrata demais ao trazer diversos aspectos e diretrizes a fim de direcionar os direitos aqui expostos.⁸ Nesse último sentido, Böckenförde⁹ questiona a atuação do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, uma vez que este aplica o seu entendimento baseado em diversas teorias, sendo impossível definir um sistema consolidado pelo próprio órgão.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007a, p. 35-37.

⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 39-40.

⁸ Ibid., p. 40-41.

⁹ Böckenförde apud ALEXY, *ibid.*, p. 42.

Isto posto, Robert Alexy aponta a construção de uma teoria integrativa como uma possível solução para a efetivação dos direitos fundamentais. Para isso, tal princípio utilizaria como embasamento uma “teoria estrutural” com características normativo-analíticas na busca pela decisão correta e pela fundamentação racional.¹⁰ Conclui o autor que a Ciência do Direito deve ser estudada tanto da forma analítica, por meio de um sistema racional, quanto pela lógica contida nos conhecimentos empíricos.¹¹

Com o transcurso do tempo, aparecimentos históricos foram marcando a vida humana. Vislumbramos como o principal deles o surgimento das novas tecnologias que remodelaram a sociedade e deram origem às novas tutelas diante das necessidades emergentes.

Com o fim da Guerra Fria¹² houve o enfraquecimento do comunismo e, conseqüentemente, o fortalecimento dos ideais capitalistas. O surgimento da interdependência global entre as economias mundiais alterou todo arcabouço geográfico e político anteriormente consolidado no mundo, o que ocasionou uma nova reestruturação com a descentralização das empresas e a sua constituição em redes.¹³

Essa integração global em sistema de redes de computadores criou novas formas e canais de informação e de comunicação. Nesse âmbito, Castells também ressalta sobre a queda do patriarcado e a redefinição das relações entre homens e mulheres, bem como o estabelecimento de novos conceitos sobre família e a quebra de padrões sociais.¹⁴ Assim, os movimentos sociais desenvolveram-se com as novas mídias. Da mesma forma, houve o fortalecimento da identidade dos próprios indivíduos.¹⁵

Inicialmente, cabe trazer um breve estudo sobre a origem da internet. No final da década de 60, uma rede de computadores foi desenvolvida pela ARPA¹⁶ baseando-se na

¹⁰ Ibid., p. 42-44.

¹¹ Nesse viés, Alexy sintetiza: “Portanto, a despeito das falhas do ‘tratamento lógico’, não há como ignorar o que nele há de correto e imprescindível para o direito. E há ainda menos motivos para tanto quando se tem em mente que a moderna Lógica, a Teoria da Ciência e a Filosofia Prática fornecem instrumentos que prometem um desenvolvimento frutífero da pesquisa jurídico-conceitual já existente, bem como sua incorporação a um modelo abrangente de uma teoria integrativa. Nesse sentido, a teoria estrutural aqui pretendida pertence à grande tradição analítica da jurisprudência dos conceitos” (grifo nosso). Ibid., p. 48-49.

¹² Período caracterizado entre o fim da Segunda Guerra Mundial (1945) até a dissolução da União Soviética em 1991.

¹³ CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em rede**, v. I, 8. ed. Tradução de Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2005, p. 39.

¹⁴ Ibid., p. 40.

¹⁵ Manuel Castells tece algumas considerações sobre a importância do fortalecimento da identidade para a organização dos indivíduos em torno da ideologia que defendem, e não mais ao redor do que fazem. Acrescenta, ainda, que a busca pela identidade possui tanta relevância quanto qualquer transformação tecnológica e histórica ocorrida na Nova Era. Ibid., p. 41-42.

¹⁶ A ARPA – Advanced Research Projects Agency – foi criada pelo Departamento de Defesa dos Estados Unidos em 1958 com o objetivo de atingir a superioridade militar na seara tecnológica em relação à antiga União Soviética. CASTELLS, Manuel. **A Galáxia da Internet**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Zahar. [E-book]. p. 15-16.

transmissão de telecomunicações de forma flexível e descentralizada. Foi criada a rede de computadores Arpanet e buscou-se conectá-la a outras redes, dando início à comunicação de redes. Em 1990, a Arpanet tornou-se obsoleta e foi desvencilhada do âmbito militar, desencadeando a privatização da internet.¹⁷

O programa de navegação denominado world wide web foi criado em meados da década de 90 e deu origem à rede mundial de computadores. Finalmente em 1995 a empresa transnacional Microsoft Corporation uniu a internet ao seu software Windows 95 e criou a conhecida Internet Explorer.¹⁸

Castells descreveu que ao final do ano de 1995 registrou-se cerca de 16 milhões de usuários da rede mundial de computadores. Já em 2001 o número passou para 400 milhões de pessoas com acesso à internet.¹⁹ Hoje se estima que 04 bilhões de pessoas por todo mundo acessam a internet diariamente.²⁰ Isso significa que mais da metade da população mundial²¹ nos dias de hoje está online e conectada constantemente à rede.

O processo de transformação tecnológica proporcionado pela internet revolucionou o contexto social global e deu origem à Era Digital. A introdução das novas tecnologias trouxe uma nova concepção sobre a cultura, a economia, a geopolítica e a vida humana como um todo. Castells vai além e afirma que a tecnologia é a própria sociedade, uma vez que os indivíduos não sobreviveriam sem as inovações tecnológicas da modernidade.²²

Nesse contexto observa-se a transmutação da informação e da comunicação. O passado foi caracterizado pelas formas tradicionais de emissão de mensagens através da televisão, do rádio e das telecomunicações. As novas tecnologias ampliaram a quantidade de informação difundida, bem como a qualidade das mensagens. A comunicação tornou-se praticamente instantânea com os processos digitais.

Tais mudanças refletiram no sistema político e na economia. Houve ampla interação entre os governos mundiais e estabeleceu-se uma rede internacional de troca de

¹⁷ Ibid., p. 17-18.

¹⁸ Ibid., p. 20-22.

¹⁹ Ibid., p. 8-9.

²⁰ WE ARE SOCIAL. **Digital in 2018: world's internet users pass the 4 billion mark.** 2008–2019 We Are Social Ltd Registered in England and Wales, company number 06629464. Disponível em: <<https://wearesocial.com/blog/2018/01/global-digital-report-2018>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

²¹ Conforme dados das Nações Unidas, a população mundial alcança um número de 7,7 bilhões de habitantes nos dias atuais. NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **População mundial deve chegar a 9,7 bilhões de pessoas em 2050, diz relatório da ONU.** Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/populacao-mundial-deve-chegar-a-97-bilhoes-de-pessoas-em-2050-diz-relatorio-da-onu/>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

²² CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em rede**, v. I, 8. ed. Tradução de Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2005, p. 43.

informações e de interesses. A facilidade de compra e venda foi inovadora e aqueceu o mercado global, além de ampliar demasiadamente os laços de consumo.

Com isso, estabeleceram-se rapidamente novos padrões culturais. As novas tecnologias ampliaram a comunicação entre os indivíduos e proporcionaram um tipo de interlocução instantânea, estreitando a distância física. A facilidade de acesso à internet proporcionou a conexão diária ao conteúdo disponível na rede, bem como a prática de atividades e prestação de serviços online. Além disso, destacam-se as inúmeras comodidades trazidas pela Era Digital à população no tocante a compras de bens, à prestação de serviços e o acesso ao conhecimento.

Entretanto, algumas questões sobre a era tecnológica ainda permanecem obscuras e preocupam a sociedade e o próprio poder público. A inabilidade do controle da informação difundida na rede e a ausência de gerência sobre a qualidade e a veracidade do conteúdo exposto demonstram a fragilidade dos meios de telecomunicação da nova era.

Percebe-se a falta de uma legislação eficaz que englobe todo sistema e proteja os sujeitos inseridos na rede, sejam eles pessoas, corporações e governos. Nesse liame, cumpre esclarecer que a velocidade de modificação das tecnologias gera a obsolescência imediata de qualquer conteúdo jurídico atrelado ao tema, tendo em vista que a previsão normativa é superada no dia a dia com os novos casos emergentes.

Isto posto, constata-se a ameaça frente aos direitos fundamentais outrora protegidos pela Magna Carta. Os direitos da personalidade previstos no Capítulo II do Código Civil de 2002 são igualmente expostos. Destaca-se, por exemplo, o direito à intimidade, à imagem e à vida privada, desrespeitados pelos excessos praticados por meio das mídias de informação e de comunicação.

Nesse âmbito, o art. 6º da CF/88 dispõe sobre os direitos sociais que necessitam de ampla proteção por se tratarem de direitos fundamentais ligados à pessoa humana. Dentre eles vislumbramos o direito ao trabalho, assunto que abordar no próximo capítulo e correlacioná-lo com as novidades que emergiram com a Era Digital.

AS NOVAS RELAÇÕES DE TRABALHO NA ERA DIGITAL

O uso da expressão “impacto das novas tecnologias” é criticado por Pierre Lévy. O especialista em ciência da informação e da comunicação afirma que o termo “impacto” remete a um tipo de projétil que teria como alvo a sociedade, o que não seria o caso.²³ Para

²³ LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. 1 ed. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999. [E-book], p. 24.

o autor, a tecnologia e a sociedade estariam no mesmo patamar e em constante interação entre si.

A relação das inovações digitais com o meio social deu origem ao denominado “ciberespaço”, nomenclatura utilizada para designar o espaço virtual preenchido pelas tecnologias de informação e de comunicação. Lévy afirma que o ciberespaço induz à evolução social uma vez que as técnicas introduzidas na sociedade proporcionam um conjunto complexo de processos de interação de novas descobertas.²⁴

No atual estágio em que nos inserimos, não seria possível a retomada do modo de vida tradicional e sem o uso das ferramentas digitais agregadas ao nosso cotidiano. É incontestável a permanência consolidada das novas tecnologias no mundo moderno. Cabe dizer que as únicas modificações possíveis na nova Era Digital seriam as reestruturações sistêmicas e as incorporações de inovações tecnológicas cada vez mais revolucionárias.

Talvez as relações sociais tenham sido as mais afetadas pela novidade tecnológica sob a ótica da fragilidade do ser humano. Nessa conjuntura, destacam-se as modificações ocorridas nas organizações de trabalho, devido aos seus reflexos na seara social, política, econômica e cultural.

O trabalho, inserido no rol dos direitos e garantias fundamentais, possui estreita relação com o princípio da dignidade humana, que estabelece um padrão mínimo de dignidade na esfera dos direitos sociais. Vale salientar que o princípio da dignidade humana é aplicado com o objetivo de conceder unidade e objetividade a todo sistema constitucional, afastando qualquer conceituação ampla e vaga que dê margens para afronta aos direitos fundamentais.

Vale destacar que o jurista Luís Roberto Barroso enfatiza a importância do princípio da dignidade humana e alega que é a partir do seu núcleo que irradiam todos os outros direitos materialmente fundamentais previstos na Constituição de 1988. Por isso, o aludido princípio deve receber a máxima proteção, independente da posição formal em que se encontra, da dimensão de direitos a qual pertence e do tipo de prestação que assegura.²⁵

Nessa conjuntura, a relação de trabalho se estabelece entre fatores de ordem econômica e política, englobando setores governamentais e grandes corporações, além de fatores sociais e culturais, ligados ao modo de vida da população em geral. Devido aos avanços tecnológicos e ao surgimento da sociedade de informação, o modo laboral foi se reestruturando e se readequando às

²⁴ Ibid., p. 27-28.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018 [E-Book], p. 115.

necessidades em ascensão. A telecomunicação influenciou diretamente a vida de trabalhadores e empresas gerando profundas modificações das estruturas tradicionais anteriormente consolidadas.

Castells considera que a individualização das relações de trabalho, a diversidade das condições laborais, a flexibilização do trabalho e a variação dos padrões de emprego caracterizam o novo sistema econômico eletrônico.²⁶ Vejamos o que cada um deles representa no atual contexto frente às novas tecnologias.

O meio digital exige alta especialização para a manipulação das ferramentas disponíveis. Os profissionais devem estar habilitados para utilizar com autonomia e segurança a internet e os equipamentos de automação. Tal aprendizado eletrônico exige não somente uma qualidade de ensino específica, mas um tipo voltado ao domínio da técnica. Manuel Castells alega que o desenvolvimento educacional na seara tecnológica deve ser constante, uma vez que as informações forem mutações diárias.²⁷ Dessa forma, pode-se dizer que o conteúdo sofre uma obsolescência precoce, exigindo que os profissionais da área reciclem cotidianamente os dados com os quais trabalham, ou que, de certa forma, prenunciem as próximas transformações.

Cumpra destacar, ainda, a flexibilização do trabalho como consequência das novas tecnologias. A conexão online ininterrupta e o ritmo acelerado da economia globalizada transformaram as formas convencionais de labor e deram abertura para atividades autônomas, para a contratação temporária e em regime de tempo parcial, para a consultoria, dentre outros.²⁸ Um estudo feito na Califórnia demonstrou que apenas 33% dos trabalhadores californianos ainda enquadravam-se nas formas convencionais de trabalho, sendo que ao adicionar o requisito de permanência de três anos ou mais na mesma corporação o número caía para apenas 22% dos entrevistados.²⁹

Dentre as variações dos padrões de emprego, vislumbra-se uma quebra do antigo padrão empresarial pautado pela hierarquia e pela rigidez. A nova corporação tecnológica caracteriza-se por uma hierarquia horizontal, diálogos abertos e trabalhos em equipe.³⁰ Pode-se dizer que os profissionais atuantes possuem habilidades próprias, diferente do trabalho convencional que pratica atividades pouco aprofundadas. A maleabilidade hierárquica gera maior aproximação entre empregado e empregador, o que tem demonstrado maior produtividade uma vez que motiva o subordinado e o induz à autopercepção de suas atividades. Por sua vez, o trabalho desenvolvido em conjunto traduz-se por uma maior troca de informações e produz melhores resultados.

Por fim, compreende-se que a diversidade das condições de labor introduzida pela Era Digital é a característica mais evidente no mercado moderno. A individualização do trabalho e a descentralização de tarefas tornou-se possível o trabalho à distância e fora do ambiente empresarial, bem como se incentivou o empreendedorismo autônomo. Tendo em vista a importância do

²⁶ CASTELLS, Manuel. *A Galáxia da Internet*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Zahar. [E-book]. p. 100.

²⁷ CASTELLS, Manuel. *A Galáxia da Internet*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Zahar. [E-book]. p. 94-95.

²⁸ *Ibid.*, p. 99.

²⁹ O levantamento foi realizado pelo UCFS/Fiel Institute em 1999. Ou seja, já naquela época os padrões tradicionais de trabalho estavam desaparecendo e cedendo lugar às novas formas digitais de labor. *Ibid.*, p. 99.

³⁰ *Ibid.*, p. 95.

teletrabalho, seu destaque e sua grande adesão pelas instituições, cabe fazer algumas menções sobre o tema.

Várias são as nomenclaturas utilizadas para se referir ao trabalho realizado à distância. Trabalho remoto, home office, teletrabalho, dentre outros termos, vinculam-se às atividades laborais exercidas fora da empresa, seja em casa, na rua ou em telecentros, com a utilização de meios telemáticos e informatizados.

A OIT previu o telework na Convenção nº 177, demonstrando tamanha importância do referido instituto.³¹ Na seara nacional, o teletrabalho foi inserido na legislação brasileira celetista através da Reforma Trabalhista (Lei 13.467 de 2017).³² Destaca-se que o TST foi o primeiro órgão a aderir ao teletrabalho, com a implementação do instituto através de um projeto piloto em 2012. Nesse contexto, o CNJ³³ estabeleceu a regulamentação do teletrabalho no âmbito do Poder Judiciário por meio da Resolução CNJ nº 227, de 15 de junho de 2016, que definiu os principais objetivos do teletrabalho em seu art. 3º.³⁴

Entretanto, algumas obscuridades permeiam a matéria relacionada ao trabalho remoto. Uma vez que o legislador enquadrou o instituto no rol de exceções ao controle da jornada de trabalho (art. 62, III, CLT), questiona-se, por exemplo, sobre o pagamento das horas extraordinárias laboradas além da duração normal do trabalho. Os tribunais não possuem entendimento pacífico sobre o tema.

Não seria o teletrabalho uma forma de labor da modernidade, pautada pelo uso das novas tecnologias e de aparelhos de comunicação eficazes que facilitaríamos o controle da duração do trabalho? Qual seria o intuito do legislador ao enquadrar o home office como uma exceção ao capítulo da duração do trabalho e, dessa forma, excluída da proteção conferida aos limites da jornada de trabalho?

³¹ INTERNACIONAL LABOUR ORGANIZATION (ILO). **Convenio sobre el trabajo a domicilio**, 1996, (núm. 177). Disponível em: <https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312322>. Acesso em: 11 jul. 2019.

³² BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei nº 5.442, de 01 mai. de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 11 jul. 2019.

³³ O CNJ baseou-se na experiência bem-sucedida do teletrabalho no âmbito do TST, do CSJT e do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, onde constataram diversas vantagens e benefícios, diretos e indiretos, do trabalho realizado à distância para a Administração Pública, para os servidores e para toda a comunidade envolvida. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Atos Administrativos**. Resolução nº 22, de 15 jun. 2016. Regulamenta o teletrabalho no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3134>>. Acesso em: 11 jul. 2019.

³⁴ Art. 3º São objetivos do teletrabalho: I – aumentar a produtividade e a qualidade de trabalho dos servidores; II – promover mecanismos para atrair servidores, motivá-los e comprometê-los com os objetivos da instituição; III – economizar tempo e reduzir custo de deslocamento dos servidores até o local de trabalho; IV – contribuir para a melhoria de programas socioambientais, com a diminuição de poluentes e a redução no consumo de água, esgoto, energia elétrica, papel e de outros bens e serviços disponibilizados nos órgãos do Poder Judiciário; V – ampliar a possibilidade de trabalho aos servidores com dificuldade de deslocamento; VI – aumentar a qualidade de vida dos servidores; VII – promover a cultura orientada a resultados, com foco no incremento da eficiência e da efetividade dos serviços prestados à sociedade; VIII – estimular o desenvolvimento de talentos, o trabalho criativo e a inovação; IX – respeitar a diversidade dos servidores; X – considerar a multiplicidade das tarefas, dos contextos de produção e das condições de trabalho para a concepção e implemento de mecanismos de avaliação e alocação de recursos.

Ainda podemos destacar algumas categorias de teleworking vigentes na Era Digital. O teletrabalho offshore designa o trabalho realizado em call centers ou telecentros por meio dos quais as corporações fixam seus escritórios virtuais para prestação de serviços de forma global. Já o teletrabalho misto refere-se ao labor prestado tanto nas dependências empresariais, quanto fora delas. O trabalho móvel é aquele desempenhado primordialmente por viagens e sem qualquer fixação de lugar. Por fim, o trabalho em telecentros ou em escritórios-satélites designam o labor realizado em diversos pontos espalhados, sendo aqueles próximo ao domicílio do trabalhador, e estes em pequenas unidades da empresa matriz.³⁵

Ocorre que, nesse contexto, a mão de obra convencional passou a ser dispensável e passível de substituição, principalmente pela automatização do processo produtivo. Tendo em vista que se trata de serviços necessários, mas pouco qualificáveis, as instituições conferem baixos salários e incentivos, gerando a marginalização de algumas categorias.³⁶ Além disso, o desinteresse em investimentos na área pelas instituições tende a favorecer a manutenção de padrões de desigualdade.

O isolamento social, a exploração da mão de obra barata e a subcontratação de trabalhadores são alguns entraves relacionados às novas formas laborais emergidas na Era Digital. Questiona-se sobre a introdução das novas tecnologias e a precarização do trabalho, afrontando diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana e violando os direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E SEUS PERIGOS NO ÂMBITO SOCIAL

O princípio da dignidade da pessoa humana limita a atuação de terceiros, a fim de impedir uma atuação que seja arbitrária e que viole direitos fundamentais dos indivíduos. Por outro lado, tal princípio também impõe deveres ao Estado, à sociedade e aos particulares, uma vez que todos devem atuar de forma conjunta para promover os meios necessários para realização de uma vida condigna.³⁷

O jurista e filósofo espanhol Pérez Luño afirma, nesse sentido, que o aludido princípio não se trata apenas de uma garantia de que o indivíduo não será ofendido, mas que ele deve garantir também o pleno desenvolvimento da personalidade de cada ser humano.³⁸ Isso demonstra que todos os órgãos, funções e atividades do poder público devem voltar-se para a efetivação da dignidade humana, sendo uma obrigação do Estado atuar em prol de sua concretização. Além disso, entidades privadas e particulares devem

³⁵ ROCHA, Cháris Telles Martins da. AMADOR, Fernanda Spanier. **O teletrabalho: conceituação e questões para análise**. EBAPE.BR, v. 16, n 1, Rio de Janeiro, Jan./Mar. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cebape/v16n1/1679-3951-cebape-16-01-152.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2019.

³⁶ CASTELLS, Manuel. **A Galáxia da Internet**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Zahar. [E-book]. p. 98.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007b, p. 112-113.

³⁸ Pérez Luño *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007b, p. 113.

zelar pela proteção e pelo respeito à dignidade humana, exprimindo sua natureza solidária e seu dever de igualdade.³⁹

A falta de amparo legislativo frente à nova Era Digital é um dos problemas vinculados às novas tecnologias. As lacunas normativas quanto ao tema emergente provoca instabilidade social e insegurança jurídica, uma vez que ao procurar o judiciário para resolução dos conflitos tem-se decisões divergentes sobre o mesmo tema. Outro aspecto associa-se à velocidade com que a internet e as tecnologias de informação e de automação evoluem diariamente, tornando qualquer norma legal ultrapassada.

Com as novas tecnologias fomentou-se a automatização dos processos produtivos por meio da inteligência artificial. A robotização foi implementada em diversos seguimentos. A mão de obra humana que exercia trabalhos genéricos e repetitivos pôde ser substituída facilmente pela máquina, o que gerou desempregados com poucas qualificações.

Nesse âmbito, alguns autores afirmam que a automatização da desigualdade estaria provocando a marginalização das classes sociais menos favorecidas. Alega-se que a tecnologia, por si só, não satisfaz as necessidades sociais existentes e, muito menos, substituiria o senso de justiça, sendo necessária a atuação concreta do poder público, da sociedade e do setor privado.⁴⁰

Em relação à utilização da automação para tomada de decisões, seja em uma empresa ou pela própria Administração Pública, o uso de algoritmos merece destaque. Tal questão envolve a preocupação com uma tecnologia discriminatória e seletiva, com tendências racistas, sexistas e de exclusão social. Diversos são os malefícios causados pelo mau uso e manuseio inadequado de algoritmos com a intenção inidônea de causar exclusão de grupos e priorizar outros tantos.

Uma pesquisa demonstrou que os algoritmos podem ser utilizados como reflexo do pensamento e do modo de vida de determinados grupos sociais.⁴¹ Tais mecanismos de acesso à informação privilegiam alguns grupos que se encontram no poder, uma vez que se baseiam em perspectivas de experiências da mente humana que cria e manipula os

³⁹ Ibid., p. 114.

⁴⁰ EUBANKS, Virginia. How Big Data Is 'Automating Inequality'. *The New York Times*. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2018/05/04/books/review/automating-inequality-virginia-eubanks.html>>. Acesso em: 12 jul. 2019.

⁴¹ O autor explicou como o uso da ferramenta "autocompletar" no buscador Google gera resultados parciais e demonstrou como os algoritmos podem ser discriminatórios e seletivos. SILVA, Tarcízio. Algoritmos de Opressão: como mecanismos de busca reforçam o racismo. Tarcízio Silva. Pesquisa, métodos digitais, raça e tecnologia. Instituto Brasileiro de Pesquisa e Análise de Dados. IBPAD. Disponível em: <https://tarciziosilva.com.br/blog/algoritmos-de-opressao-como-mecanismos-de-busca-reforcam-o-racismo/>>. Acesso em: 12 jul. 2019.

algoritmos. A classificação de temas, pessoas e grupos para englobar o repositório do sistema de informação demonstrou parcialidade e dominação cultural sobre os grupos minoritários.⁴²

Nesse sentido, os chamados “algoritmos de opressão” caracterizam um sistema automatizado pautado pela assimetria com o favorecimento de determinados grupos sociais.⁴³ O termo demonstra que não há neutralidade na criação de ferramentas tecnológicas, gerando discriminação e marginalização de indivíduos de classes vulneráveis economicamente e ideologicamente.

O recente caso da empresa transnacional Amazon envolveu o uso de algoritmos de discriminação no processo de recrutamento de candidatos aos cargos da empresa.⁴⁴ A inteligência artificial utilizada para ajudar na seleção através da avaliação dos currículos demonstrou a preferência de pessoas do gênero masculino em detrimento de mulheres. Isso teria ocorrido devido ao parâmetro utilizado na criação do algoritmos baseado nos últimos 10 anos, período em que maior parte dos funcionários de uma empresa eram homens.

Isto posto, vislumbra-se a fragilidade presente no atual cenário das novas tecnologias de informação e de comunicação. Os perigos sociais por trás da inteligência artificial devem ser estudados para que os impactos negativos sejam compreendidos e amortizados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sabe-se que para a consecução da finalidade última da justiça, qual seja, a promoção da paz, deve-se desenvolver métodos que propiciem a concretização dos direitos fundamentais. Para garantir a efetivação desses direitos, juntamente com a manutenção de padrões mínimos de dignidade para uma vida humanamente possível, torna-se necessária e existência de normas constitucionais que se adequem ao novo cenário concebido pelas novas tecnologias.

As transformações sociais que se sucedem com o transcurso do tempo, ocasionando mudanças de cunho social, político, econômico e cultural, devem ser amparadas por um arcabouço jurídico legislativo que contemple o máximo de situações jurídicas emergentes.

⁴² **Ibid.**

⁴³ **Ibid.**

⁴⁴ ELLIS, Nick. **Ferramenta de recrutamento da Amazon com AI discriminava candidatas mulheres.** Meio Bit via Tecnoblog. Mobilon Mídia. Site Parceiro do UOL Tecnologia. Disponível em: <https://meiobit.com/391571/ferramenta-de-recrutamento-amazon-ai-discriminava-mulheres/>>. Acesso em: 12 jul. 2019.

Nesse âmbito, Alexandre de Moraes assevera que a Constituição deve sempre ser apreciada associando-se o texto normativo com a história, a política e a ideologia da conjuntura apresentada em determinado contexto.⁴⁵

Os direitos conquistados até os dias atuais devem ser preservados, afastando-se qualquer medida administrativa e jurídica que leve ao retrocesso do sistema. Nesse aspecto, vislumbra-se que a dignidade da pessoa humana exige, por si só, a proteção em face de medidas de involução para que as mesmas não alcancem posições jurídicas já consolidadas, a fim de resguardar as conquistas sociais efetivadas.

A compreensão acerca dos direitos fundamentais e o esclarecimento sobre a eficácia dos mesmos para a consolidação legítima do Estado Democrático de Direito, a partir da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, englobam a base introdutória para o entendimento do tema aqui proposto. Os conceitos de Manuel Castells sobre a sociedade em rede, bem como as noções de ciberespaço trazidas por Pierre Lévy resumem os efeitos da introdução das tecnologias de informação e de comunicação na sociedade moderna.

A evolução tecnológica acarretou benefícios imensuráveis aos indivíduos, que vão desde a melhoria da qualidade de vida até a reformulação do pensamento crítico e do desenvolvimento ideológico anteriormente consolidado. É indubitável o rol de benefícios criados pela Era Digital e incontestável o enraizamento das inovações tecnológicas no mundo contemporâneo.

Entretanto, as desvantagens e preocupações futuras que atingem indivíduos, comunidades e governos merecem um estudo cauteloso. Salienta-se que todas as mudanças devem correr de maneira saudável e democrática, tendo como base principiológica a concretização dos direitos fundamentais com a garantia de inserção de uma consciência coletiva e mais humana.

As relações sociais destacam nesse contexto sob o aspecto da fragilidade do ser humano, sobretudo os impactos nas organizações de trabalho. O crescimento da adesão ao teletrabalho demonstra a necessidade de uma proteção efetiva para afastar a precarização do instituto e a conseqüente violação aos direitos fundamentais.

A automatização e a robotização fomentadas pela Era Digital, por meio da inteligência artificial, são relevantes para a evolução social. Contudo, podem gerar a marginalização de relações trabalhistas caso não haja um planejamento social e político.

O manuseio inadequado de algoritmos pode gerar malefícios sociais como a exclusão de grupos minoritários. Os “algoritmos de opressão” devem ser abolidos através da otimização das ferramentas que refletem a diversidade cultural.

⁴⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito Humanos Fundamentais**: teoria geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 23.

As novas tecnologias de informação e de comunicação devem coadunar com os ditames de desenvolvimento político, econômico, social e cultural. Para isso, a Era Digital deve embasar-se em conceitos éticos e morais a fim de promover a paz social e o bem estar de toda coletividade.

É necessária transparência na criação das inovações digitais, bem como na tomada de decisões envolvendo os conteúdos digitais. Além disso, a implementação de políticas públicas para retirar o monopólio da informação, por meio de organismos regulatórios, torna-se imprescindível para existência de uma internet democrática que seja o reflexo de pessoas de diferentes culturas, setores profissionais e diversas classes sociais.

Espera-se que poder público, cidadãos e comunidade, possam atuar em prol da efetivação dos direitos fundamentais e da máxima concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, ambos protegidos pela Magna Carta. Torna-se urgente concretizar, de modo real e palpável, os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana previstos no texto constitucional, a fim de conferir a devida harmonia ao sistema jurídico e político, com reflexos imediatos no âmbito social. Deve-se proteger veemente o núcleo essencial dos direitos em questão, buscando a pacificação social, com o fim dos conflitos e alcance dos padrões ideais de igualdade e liberdade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018 [E-Book].

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Atos Administrativos**. Resolução nº 22, de 15 jun. 2016. Regulamenta o teletrabalho no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3134>>. Acesso em: 11 jul. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 jun. 2019.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei nº 5.442, de 01 mai. de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 11 jul. 2019.

CASTELLS, Manuel. **A Galáxia da Internet**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Zahar. [E-book].

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em rede**, v. I, 8. ed. Tradução de Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

ELLIS, Nick. **Ferramenta de recrutamento da Amazon com AI discriminava candidatas mulheres**. Meio Bit via Tecnoblog. Mobilon Mídia. Site Parceiro do UOL Tecnologia. Disponível em: <https://meiobit.com/391571/ferramenta-de-recrutamento-amazon-ai-discriminava-mulheres/>. Acesso em: 12 jul. 2019.

EUBANKS, Virginia. How Big Data Is 'Automating Inequality'. **The New York Times**. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2018/05/04/books/review/automating-inequality-virginia-eubanks.html>. Acesso em: 12 jul. 2019.

INTERNACIONAL LABOUR ORGANIZATION (ILO). **Convenio sobre el trabajo a domicilio**, 1996, (núm. 177). Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312322. Acesso em: 11 jul. 2019.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. 1 ed. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999. [E-book].

MORAES, Alexandre de. **Direito Humanos Fundamentais: teoria geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. População mundial deve chegar a 9,7 bilhões de pessoas em 2050, diz relatório da ONU. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/populacao-mundial-deve-chegar-a-97-bilhoes-de-pessoas-em-2050-diz-relatorio-da-onu/>. Acesso em: 10 jul. 2019.

ROCHA, Cháris Telles Martins da. AMADOR, Fernanda Spanier. **O teletrabalho: conceituação e questões para análise**. EBAPE.BR, v. 16, n 1, Rio de Janeiro, Jan./Mar. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cebape/v16n1/1679-3951-cebape-16-01-152.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007a.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007b.

SILVA, Tarcízio. Algoritmos de Opressão: como mecanismos de busca reforçam o racismo. Tarcízio Silva. **Pesquisa, métodos digitais, raça e tecnologia**. Instituto Brasileiro de Pesquisa e Análise de Dados. IBPAD. Disponível em: <https://tarciziosilva.com.br/blog/algoritmos-de-opressao-como-mecanismos-de-busca-reforcam-o-racismo/>. Acesso em: 12 jul. 2019.

WE ARE SOCIAL. **Digital in 2018: world's internet users pass the 4 billion mark.** 2008–2019 We Are Social Ltd Registered in England and Wales, company number 06629464. Disponível em: <<https://wearesocial.com/blog/2018/01/global-digital-report-2018>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

ASSIMETRIAS NA AUTOMAÇÃO: ANÁLISE DO USO DE SOFTWARE PREDITIVOS NA INVESTIGAÇÃO POLICIAL E A VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Alessandra Cristina de Mendonça Siqueira¹; Lucas Gonçalves da Silva²

RESUMO: No contexto da Sociedade em Rede, a tecnologia se torna algo essencial ao cotidiano, não havendo mais a dicotomia de “real” ou “virtual”, sendo a percepção da realidade uma soma de ambos, onde os dois realizam uma simbiose que gera a visão da sociedade atual. Essas inovações, no entanto, acabam se imiscuindo em áreas onde até então predominavam a psique humana para a tomada de decisões. Valendo-se de predições e resultados apresentados por um *software*, ações são realizadas de acordo com parâmetros algorítmicos. Portanto, este estudo discute os conceitos da sociedade na era tecnológica, definindo alguns termos essenciais para o entendimento da questão, analisando especificamente o papel dos programas de policiamento preditivo, e como, sem o uso crítico, estes servem para perpetuar uma imagem de vieses sociais. Nesse toar, colocou-se a transparência como fator determinante no tratamento e na análise dessas decisões, usando o direito à explicação, como corolário do uso das novas tecnologias, mantendo a higidez do sistema, em consonância com a dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: 1.Sociedade em Rede. 2. Algoritmos. 3. Big Data. 4.Direito à Explicação. 5.Softwares preditivos.

ASYMMETRIES IN AUTOMATION: ANALYSIS OF THE USE OF PREDICTIVE SOFTWARE IN POLICE INVESTIGATIONS AND THE VIOLATION OF

ABSTRACT: In the context of the Network Society, technology becomes something essential to everyday life, no longer having the dichotomy of "real" or "virtual", the perception of reality being a sum of both, where the two perform a symbiosis that generates the vision of today's society. These innovations, however, end up interfering in

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, sub-área de Constitucionalização do Direito. Endereço postal: Universidade Federal de Sergipe – Programa de Pós- graduação em Direito, Cidade Universitária Prof. José Aloísio de Campos, Jardim Rosa Elze, CEP:491000-000, São Cristóvão – SE. E-mail: ale_mendonc@hotmail.com.

² Pós-doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia e pela Università Degli Studi G. d' Annunzio (Itália). Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC/SP. Professor Associado da Graduação em Direito e do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe. Vice-Presidente do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito CONPEDI.

areas where until then the human psyche prevailed for decision making. Using predictions and results presented by a software, actions are performed according to algorithmic parameters. Therefore, this study discusses the concepts of society in the technological era, defining some essential terms for understanding the issue, specifically analyzing the role of predictive policing programs, and how, without critical use, these serve to perpetuate an image of social biases. In this tone, transparency was placed as a determining factor in the treatment and analysis of these decisions, using the right to explanation as a corollary of the use of new technologies, maintaining the hygiene of the system, in line with the dignity of the human person.

KEYWORDS: 1.Network Society. 2.Algorithms. 3.Big Data. 4.Right to Explanation. 5.Predictive Software.

1 INTRODUÇÃO

O mundo se encontra em um processo de transformação constante, sempre envolto na construção e conhecimento de novas tecnologias. O computador (e conseqüentemente, a internet) formam a rede neural da nova era, inferindo mudanças em todas as esferas da vida de um indivíduo, em planos econômico, político, cultural e de inter-relações. A forma de comunicação já não pode mais ser pensada fora do ambiente digital, assim como conceitos historicamente consolidados como cidadania e democracia ressoam e encontram e validação dentro do ciberespaço.

A internet tornou-se a ferramenta do novo século para a implementação das mudanças. De *fóruns* a verdadeiras revoluções sociais, a transformação, cada vez mais, vem nascendo no digital. Sobre isso, importante frisar que não mais perdura a patente diferenciação entre real e digital, pois não se consegue mais distinguir as diferentes *personas* que habitam esses ambientes. Os “eus” são os mesmos.

Nesse cenário de inovações, se as relações sociais foram transformadas, impossível pensar que o Direito não o seria. O brocardo *ubi societas, ibi jus* infere que, “onde está a sociedade, está o Direito”, portanto, se a sociedade vem sofrendo as influências, e tornando-se cada vez mais digital, o mundo jurídico também.

As primeiras implementações não sofreram de grandes controvérsias, como o uso do processo eletrônico, a videoconferência, a arbitragem e mediação por vias digitais, por exemplo. No entanto, merece atenção a implementação de outro tipo de tecnologia: o uso da Inteligência Artificial. A IA, como é chamada, deixou de ser algo apenas restrito a filmes de ficção científica, e passou a ser parte do funcionamento diário da Justiça, de forma mais rápida do que se poderia prever. No Brasil, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal, criou sua própria ferramenta para analisar requisitos de admissibilidade do Recurso Extraordinário usando a tecnologia.

No entanto, parece ainda existir um olhar mínimo para essas questões, especialmente no que tange ao uso de algoritmos preditivos e jurimetria, nitidamente em searas que podem interferir em direitos fundamentais como o direito à liberdade. Como implementar a automação sem ferir direitos fundamentais ou sedimentar assimetrias sociais?

Essas são algumas das perguntas a serem suscitadas no presente artigo que, a partir do método dedutivo, referências bibliográficas e análise prática, analisa a implementação do uso de Inteligência Artificial pelo Direito, especialmente no que tange aos algoritmos preditivos no bojo das experiências criminais, buscando entender como fazer um bom uso dessas ferramentas, sem ferir princípios éticos, direitos fundamentais e sedimentar, no mundo virtual, desigualdades tão reais.

2 TECNOLOGIA E RECONFIGURAÇÃO SOCIAL: DO COMPUTADOR À HIPERCONEXÃO

O primeiro instrumento que se assemelha com o que hoje se conhece como computador, teve origem há 2000 anos antes de Cristo: o ábaco. Suas raízes são semelhantes à engrenagem usada nos computadores, qual seja, o uso da matemática para a resolução de problemas.

Há não muito tempo, a internet era apenas uma sombra tecnológica que conceituava um entendimento além do homem médio. Era muito difícil visualizar uma ferramenta que realizasse feitos como comunicação em tempo real entre duas pessoas que estavam em locais distantes, ou transferência de áudio e vídeo.

As raízes da internet remontam à década de 70, em plena iminência de guerra, quando um órgão militar dos Estados Unidos, sob a direção do DoD (Department of Defense) moveu seus esforços a fim de construir um sistema que pudesse servir para conectar centros de pesquisa militar, objetivando a transferência e armazenamento de dados de modo seguro e sigiloso. A esta rede de comunicações deu-se o nome de ARPANET.(PINHO, 2005, p.50)

Foi somente na década de 80 que começou a delinear-se a rede mundial de computadores que hoje se conhece. Honeycutt (1997, p.150) comenta que a ARPANet se dividiu em dois diferentes sistemas, chamados ARPANET e MILNET. A ARPANET era reservada ao uso civil, como pesquisa, e a MILNET reservada para o uso militar. Ambas as redes eram conectadas, de forma que usuários poderiam trocar informações. A isso deu-se o nome de internet.

A introdução da internet com o uso doméstico teve seu início e popularização nos anos 90. Mais precisamente, em 1991, Tim Berners – Lee, apresentou um novo sistema de

informação denominado de *World Wide Web* (PINHO, 2005, p.54). Até a criação deste sistema, o uso da internet era feito em máquinas remotas, e servia somente para trocas de mensagens, transferência de dados e conferências eletrônicas. Com a introdução do modelo de WWW, existiu uma mudança drástica nos rumos da internet, visto que, este novo sistema, possibilitou a inclusão de páginas informativas, nas quais poderiam ser incluídos textos, imagens e sons. Foi o passo inicial para que a internet se consagrasse na potência informativa dos dias atuais.

2.1 A CIBERNÉTICA

Há uma tendência em colocar a internet e a cibernética como sinônimos, no entanto, as duas nomenclaturas não remontam à mesma coisa, sendo que a cibernética é uma teoria da informação, definindo uma mudança de pensamento que ocorreu após a Segunda Guerra Mundial e a Guerra Fria. O cerne da cibernética como teoria científica da informação, é fazer uma aliança entre máquina e biologia, estabelecendo vínculos na espécie humana pela circulação da informação (LOVELUCK, 2018, p.34).

Esse vínculo de máquina e ser humano, advém do pensamento que o funcionamento de ambos é mais parecido do que imagina o pensamento antropocêntrico. E no cerne da cibernética, está a informação. Para essa teoria, a informação livre seria a base da nova linha de sociedade, posto que permitiria uma mudança comportamental e uma autorregulação. Ou seja, controlar fenômenos externos, para que estes gerem fenômenos internos (ou modifique-os), em uma retroalimentação.

Nobert Weiner, descrito como pai da Cibernética, descreve a mesma como um estudo das mensagens como meios de dirigir (controlar) a sociedade e outros autômatos, sendo que sociedade só pode ser compreendida através das mensagens e das facilidades de comunicação, informação e do desenvolvimento desses, especialmente no que tange à integração entre homem e máquina (1954, p.45). O teórico afirma que as funções de controle e de processamento de informações em máquinas, seres vivos e organizações sociais são equivalentes, regentes pelos mesmos modelos e leis.

Informação é o termo para demonstrar o conteúdo daquilo que se permuta com o mundo exterior, ao ajustar-se a ele (WEINER, 1954, p.4). Portanto, determina-se que, ao receber uma informação, existe um sistema interno (parecido, inclusive, com o funcionamento maquinário), que entende o sinal e reage de forma a se ajustar às contingências do ambiente. Dessa forma, infere-se que a comunicação e a informação realmente alteram o interior, pois este tem que enviar uma resposta adaptada. É exatamente por isso que, no constante à vida em sociedade, o conceito de informação e sua natureza, é essencial. Desta forma, a cibernética inclui estudos multidisciplinares como a linguagem e as mensagens como meios de dirigir a própria sociedade em si.

A cibernética não visa transformar homens em máquinas, mas sim estudar o conceito de informação como controle, e, dada a sua importância, como fazê-la circular, e de que forma o sistema biológico a interioriza e interpreta. Deste conceito, nasce também o interesse em linguagem da computação, e linguagem artificial, assim como a aproximação da interdisciplinaridade na abordagem desta teoria, sendo que a informação é uma medida de organização social (WEINER, 1954, p.7). No contexto da tecnologia, imagina-se os computadores como uma própria extensão das capacidades humanas.

Desta forma, observa-se a semelhança de aglomerados, biológicos ou autômatos, a reagir de acordo com uma mensagem do mundo exterior, sendo retroalimentado pelos sinais do ambiente. A partir de uma tipologia unificada de comportamentos, tenta entender e demonstrar a importância da informação e da mensagem livre, sob uma égide de racionalização e de liberdade desta mesma informação, motivo pelo qual tantos estudiosos da área, também eram percussores de ideias que deram origem à rede tecnológica que conhecemos hoje, como Alan Turing (LOVELUCK, 2018, p.34)

2.2 A SOCIEDADE EM REDE

O mundo sempre se encontra em um processo de mudanças. No entanto, o que se encontra de novo e no centro desse paradigma da transformação, é a influência da tecnologia, especialmente no que tange à comunicação e à informação, que não apenas interfere de forma marginária na mudança social, mas sim, está no cerne da nova sociedade. As necessidades, valores e interesses da sociedade também moldam a tecnologia atual, percebendo uma retroalimentação sistemática. (CASTELLS, 2005, p.67).

Difere-se essa nova configuração social, pela sua arrumação em “redes” ao invés de autoridades centrais, não apenas relacionando-se à intercomunicação social, mas também à própria definição de poderes como o Estado e as empresas, com transcendência de fronteiras, descentralização e redefinição de velocidade das informações. (CASTELLS, 2005, p.230)

A nova sociedade encontra-se conectada em um nível global, modificando também a forma de governar dos Estados, sendo que também necessitam de mudança para modificar sua organização de forma nacional e verticalizada, objetivando dialogar com os conceitos de governança e partilhamento de poder, reconfigurando a ideia de soberania geopolítica.

Essa nova estrutura social, baseada em redes por tecnologia e comunicação, nesse ecossistema de múltiplos “nós” conectados (CASTELLS, 2005, p.150) modifica a ideia de autoridade central, em várias formas e maneiras de estar social, pois existe em uma conjunção de relações em teia, com a possibilidade da interrelação entre agentes de poder e sociedade, de forma a minimizar o grau de hierarquização em um estágio embrionário,

ao menos de forma aparente. As relações de trabalho e poder começam a ser repensadas, aumentando o grau de participação de vários atores, assim como os sistemas de referências pessoais mudam com uma velocidade nunca antes percebida nos demais momentos históricos, inferindo que a sociedade, vista em pensamento como uníssona, tem sua estabilidade relativizada, com a lógica das redes modificando de forma estrutural os resultados de experiência, poder e cultura.

A tecnologia se torna, portanto, a indicação do que seja a própria sociedade, compreendida por meios de suas ferramentas e de como os atores sociais as utilizam. A tecnologia reorganiza e modifica a visão de mundo dos usuários, demonstrando o grande poder, não apenas revolucionário e de mudanças sociais, mas também manipulativo que emerge da utilização dessas ferramentas.

3 AS FERRAMENTAS DE MUDANÇA DA NOVA ERA: ALGORITMO, BIG DATA E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Foi Alan Turing que primeiro definiu de modo teórico o uso de uma sequência matemática de entradas e saídas para operacionalizar a resolução de problemas. A esse dispositivo imaginário foi dado o nome de Máquina de Turing. A ideia da lógica da máquina, repousa na consideração de existir um dispositivo que pudesse ler e escrever símbolos em uma fita, a qual estaria dividida em quadrados. Com a movimentação dessa fita, haveria uma interpretação das instruções dos símbolos que estavam no quadrado, convencionando na denominação “estado da máquina” para definir a regra que está sendo executada em determinado momento. (POZZA; PENEDO, 2002, p.5).

Turing demonstrou, de forma abstrata, o poder da consequência lógica de uma máquina capaz de ler e entender instruções conformadas em seu próprio sistema, demonstrando a ligação entre cognição humana e realidade, intermediada por meio de um sistema de lógica e matemática, gerando um sistema axiomático, ou seja, uma ferramenta que aumenta a capacidade humana de pensar, partindo de premissas previamente definidas. (POZZA; PENENO, 2002, p.5)

Um algoritmo é percebido como uma espécie de “receita”, ou seja, instruções a serem seguidas para solucionar um problema. A comunicação entre homem e máquina, e sua interpretação é feita por meio da linguagem de programação, posta de forma escrita (PEREIRA, 2009, p.10).

Um algoritmo é importante porque é com base no que é dito a eles, que há a execução do comando a ser utilizado, sendo um conjunto de regras que resolvem um determinado problema em um passo a passo de números finitos. Esta automatização de resolução de problemas é o que torna o uso de algoritmos como norteador das novas

tecnologias e maneiras de enfrentamento de situações impossíveis de alcançar com a capacidade humana, como a previsão de comportamentos.

3.2 BIG DATA

Como o próprio nome já deixa explícito, falar em *Big Data* é falar em dados. O termo se refere a dados estruturados e não estruturados (SANTOS, 2018, p.2) que são gerados diariamente. Cerca de 2.5 quintilhões de bytes de dados são criados todos os dias, e esse número cresce de forma exponencial. Até o ano de 2020, há previsão de que cerca de 1.7 megabytes de dados serão criados por segundo, por cada pessoa na terra.³

Todos esses dados armazenados são peças de um quebra-cabeças, e os programas de processamento dos mesmos, ajudam a montar.

A origem do termo Big Data tem algumas versões conhecidas, porém, a mais disseminada, é aquela que infere à NASA, o papel de criadora do termo, usando-o para descrever imensos conjuntos de dados complexos, que desafiavam os limites convencionais da computação da época.

Antes dos modernos modelos de processamento de dados, as fórmulas matemáticas, probabilidades e estatísticas eram realizadas de forma manual, aumentando a chance de erro humano, e também as variáveis utilizadas. Com o aumento dos dados e a necessidade de processamento em uma velocidade semelhante à sua geração, não havia como obter manualmente esses resultados, então, a atenção voltou-se para softwares e processadores que pudessem realizar essa ação em alta performance. O objetivo era gerar conhecimento e inteligência a partir de dados brutos que, sozinhos, nada conseguiam dizer.

Quando se fala em usar soluções em *Big Data*, fala-se em trabalho com alta performance, processadores de rendimento em sua máxima capacidade, e algoritmos complexos, que agregam dados de origens diversas, relacionando-os e gerando conclusões fundamentais para a tomada de decisões, processando dados estruturados e não estruturados, descobrindo novos padrões, ao passo que analisa o que já existe, apontando soluções para o presente e para o futuro, baseado em padrões, com análises prescritivas, diagnósticas, descritivas e preditivas.

É com análise desses grandes dados que a ciência consegue indicar, por exemplo, desde uma música que uma determinada pessoa poderia gostar, com base na análise de outras anteriormente ouvidas, como também compor modelos de previsão na meteorologia, assim como prever tendências de consumo ou de comportamento social.

³ <https://www.domo.com/solution/data-never-sleeps-6>

3.3 INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

O conceito de inteligência artificial provavelmente é aquele mais conhecido, posto que permeia o conceito imaginário da inteligência visual da ficção científica. Em uma percepção teórica, a Inteligência Artificial é considerada, por autores da ciência da computação, como uma própria ciência em si, multidisciplinar, que busca desenvolver técnicas computacionais a fim de simular o comportamento humano (RIBEIRO, 2010, p.4).

Existem três eixos de idealização no conceito de Inteligência Artificial, quais sejam: a linha conexionista, a linha simbólica e a linha evolutiva. A primeira define a formação da inteligência artificial por meio de simulações da própria inteligência humana, com base na formação de redes neurais. A linha simbólica se presta a utilizar a linguagem de programação e formalismos lógicos para simular o comportamento, enquanto que o eixo evolutivo determina na observação de mecanismos evolutivos encontrados na própria natureza a fim de transformá-los em linguagem a ser aprendida pelo programa, para que ele possa se comportar como tal, utilizando características de comportamento adaptativo, por exemplo. (AZEVEDO, 2005, p.20).

A determinação acerca da simulação de comportamento humano em máquina, é uma questão que remonta a própria definição da tecnologia em si. Em 1950, Alan Turing formulou uma indagação a respeito da possibilidade de uma máquina de “pensar”, sendo este pensar, aquele análogo à própria definição humana da palavra. Turing, então, desenvolveu um teste que promoveria uma espécie de *standard* mínimo para que uma máquina fosse considerada inteligente, denominando-o de “Teste de Turing”. (TEIXEIRA, 1998, p.6).

Neste teste, a máquina deveria ter a capacidade o suficiente de “enganar” o usuário, para que este não pudesse distinguir se estava falando com um sistema computadorizado, ou com um outro ser humano, sendo o comportamento de máquina, indistinguível do comportamento humano.

O que se observa, portanto, é que a interação homem-máquina sempre esteve presente nas discussões teóricas de filósofos ligados à determinação de um ser autômato que fosse uma versão melhorada de um ser humano. No entanto, por muito tempo, essa discussão se reduziu apenas a critérios existenciais, posto que a tecnologia não havia ascendido até esse momento determinante. A inovação tecnológica, porém, cresce de maneira exponencial, virando uma questão de realidade, e não apenas de modelos filosóficos.

O aprendizado de máquina demonstra que os seres humanos estão se tornando muito bons em simular as questões cognitivas em máquinas. Redes neurais, e modelos de aprendizado profundo, onde os programas não apenas constituem como meros repetidores, mas sim, com seu próprio aprendizado de uma situação posta, demonstra que

as máquinas estão cada vez mais próximas daquilo que diferencia os humanos dos outros animais. E como lidar com essa tecnologia que não tem uma zona de transição? Como aplicar os determinismos éticos, e, mais ainda, quais parâmetros adicionar na linha de pensamento desses seres autômatos? Como se afastar de vieses de cognição que estão presentes, como por exemplo, o racismo, de modo a afastar a opressão, ao invés de perpetuá-la? Para isso, é necessário aumentar o escopo de pesquisa e interdisciplinaridade, e afastar a dicotomia das ciências, para que se possa averiguar quais os parâmetros de análise e como a aprendizagem está sendo implementada, além de ter um senso crítico em relação aos resultados, inferindo um contraponto de análise humana, quando as situações são sensíveis, como por exemplo, uso de programas preditivos no sistema criminal, que será analisado no tópico a seguir.

Na era tecnológica, deve-se prestar atenção em um novo conceito ético, não de forma antropocêntrica ou individualista, mas deve colocar a sociedade, seja como indivíduo, seja como ser humano coletivo, no centro, posto ter responsabilidade pela existência futura, e como ela irá lidar com os erros e acertos do presente (SANTOS, 2011, p.35).

4 PROGRAMAS PREDITIVOS E SEU USO PELA FORÇA POLICIAL: A PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS FACE A DECISÕES AUTÔMATAS

Como visto em capítulos anteriores, não se pode imaginar a sociedade sem que esta esteja desvinculada das novas tecnologias, permeando todas as áreas de vida. O uso de programas de máquinas implica no melhoramento de tarefas ou até mesmo na realização dessas mesmas, que seriam impossíveis para o homem como ser, como por exemplo, analisar milhões de dados por segundo.

A emulação de processos humanos em máquinas computacionais, implica em uma nova faceta da sociedade moderna, com o uso de sistemas nos mais variados níveis e áreas. O Direito não ficou alheio a essas mudanças. Cada vez mais, os sistemas inteligentes são aliados do mundo jurídico, para aumentar os parâmetros de efetividade e eficiência, dirimindo aspectos da pessoalidade na tomada de decisões. No entanto, uma decisão sem o crivo humano será mais “justa” que uma decisão tomada por uma pessoa, com seus próprios vieses e conceitos prévios?

A cidade de Reading, na Philadelphia, entrou em uma grave crise, com recessão e perda de sua força policial, além do aumento da criminalidade. O chefe de polícia local entrou em contato com um novo tipo de software de predição, denominado de PredPol. Parecia a solução para os problemas da cidade. O funcionamento do programa parece

simplicista: primeiramente, é adicionada uma base de dados com o histórico dos crimes da cidade e os locais onde ocorreram; com base nas informações alimentadas, o programa calcula, hora a hora, onde os crimes provavelmente irão ocorrer, e, em posse dessas informações, os policiais sabem exatamente o local mais propício para patrulhar e evitar os crimes naquela área. Algum tempo depois, o chefe de polícia anunciou que os crimes tinham diminuído em cerca de 23%. (O'NEIL, 2016, p.2)

O *software* tem um alvo geográfico, e à primeira vista, parece à prova de julgamento prévios, pois trabalha com dados de crimes já ocorridos, para alimentar o sistema. Porém, não é tão simples assim. Quando a força policial começa a usar o sistema, existe a opção de focar de forma exclusiva em grandes crimes, como homicídios e latrocínios, ou focar em crimes menores, como consumo de drogas. E é justamente nesse momento que se insere a possibilidade de manutenção de uma visão deturpada da realidade dos mais pobres (O'NEIL, 2016, p.6).

As classes menos abastadas são vistas como perigosas para as demais camadas sociais, partindo-se da ideia de que os pobres eram indivíduos mais predispostos aos crimes e aos vícios, consubstanciando uma suspeição generalizada e a determinação de uma elaboração estratégica de controle social das pessoas que vivem em áreas marginalizadas (CHALHOUB, 1990, p.24).

O aumento da criminalidade vem acompanhado de estatísticas, e é para elas que a segurança pública tende a lidar. A demonstração para a população e para os poderes públicos de que as engrenagens estão funcionando. Porém, o que acontece é uma ligação ainda muito intrincada com a corrente biologicista do criminoso, com uma investigação baseada na identificação e classificação de grupos de risco. (KUHN, 1991, p.12)

De fato, a criminalidade ocorre em bairros mais periféricos da sociedade, inclusive pela própria construção social. Até mesmo as características ecológicas contribuem para o aumento dos crimes nesses locais indicados, como a falta de equipamento e a deficiência de políticas públicas e de prevenção, com uma total ausência do Estado em determinados casos. Levando em consideração que o meio social tem influência direta na autodeterminação do indivíduo inserido em um estado de miserabilidade, não se pode lidar com esse determinado infrator com o mesmo grau de reprovabilidade que os demais. (BATISTA, 1990, p.34).

Porém, é justamente a perpetuação dessa maneira de pensar que pode ocorrer, se não há o criticismo e a educação na hora de utilizar as novas tecnologias no combate ao crime. Como os bairros mais pobres encontram as maiores taxas de criminalidade, quando há patrulha policial e são descobertos crimes e infrações, a polícia volta a alimentar o sistema com mais dados desses mesmos lugares, gerando ainda mais previsão de que os

crimes só ocorrem na mesma região. Mais dados não significa necessariamente modelos melhores, se a origem desses dados já nasce com a ideia de desvirtuação.

O resultado, portanto, é, mais uma vez, a criminalização da pobreza.

O Estado, continua se imiscuindo da tarefa de ser o garantidor de direitos fundamentais, tornado a aplicação da lei dependente de uma regra definida por um software alimentado com definições que emitem um juízo de valor enviesado, colocando-se em posição de inferioridade com a realidade em si, representando uma forma de controle da sociedade por inércia...

Levando-se em consideração que o uso das tecnologias se consubstancia em uma realidade, qual seria a saída para que a sociedade não caia na armadilha de perpetuar situações de desigualdades sociais? Para essa resposta, a transparência deve ser entendida como modelo principal de luta contra a essa prática.

Em dezembro de 2017, o poder legislativo da cidade de Nova York, aprovou uma lei que busca garantir justamente a transparência dos algoritmos para a tomada automatizada de decisões, dentre eles os usados pela polícia e pelo judiciário. A lei 1696-A determina a criação de uma força tarefa que provê recomendações em decisões automatizadas, determinando que os sistemas devem ser compartilhados com o público, assim como para as pessoas que tenham sido atingidas com essas decisões.

Desta forma, a força tarefa deve, de forma precípua: identificar quais sistemas de decisão devem ser submetidos ao escrutínio público, desenvolver um modo para que os cidadãos que tenham sido atingidos pelas decisões saibam as explicações para a aplicação em seu caso específico; determinar se o sistema de decisão impacta pessoas de forma desproporcional, com base em critérios sensíveis como idade, cor da pele, religião, nacionalidade, estado civil, dentre outros; responder acerca dos dados e critérios utilizados para que o sistema promova as decisões e predições.

Portanto, está-se diante da criação de um novo direito, frente a essas novas tecnologias, determinado de “Direito à Explicação”. Segundo essa definição, o mesmo seria determinado como um direito difuso de toda a coletividade, em saber como as decisões automáticas foram geradas, seus parâmetros, suas definições, seus usos, usuários atingidos e suas consequências. Não apenas a decisão, mas toda a lógica do sistema deve ser posta à disposição da sociedade (WACHTER; MITTELSTADT; FLORIDI, 2017, p.5).

Desta forma, tem-se que, colocando sob a ótica de um controle externo da sociedade e dos atores que a formam, pode-se avaliar melhor os programas e perceber seus padrões de vulnerabilidades e conceitos pré-definidos. O denominado “direito à explicação” não encontra respaldo legal de forma específica, em nenhum diploma analisado. Porém, o artigo 20 da Lei Geral de Proteção de Dados estabelece que há “direito às informações

claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada”. Desta forma, pode-se referendar que existe uma construção legal nesse sentido, apesar da falta de detalhamento acerca do assunto.

Não se pode conceber, em nossa base constitucional e jurisprudencial, uma decisão sem a explanação de motivos, especialmente no que tange à seara jurídica. Assim também deve ser concebido o uso de programas que são auxiliares na determinação de áreas sensíveis da sociedade. A transparência deve ser a chave criadora desses softwares e de seu uso, desde sua criação até o resultado final e suas consequências. A atuação de um controle externo crítico, é o caminho para que não haja a perpetuação de manifestações desproporcionais e preconceituosas

CONCLUSÃO

Não se demonstra factível a observação de uma realidade sem o entremeio das novas tecnologias. Se anteriormente a inovação vinha apenas para intermediar e determinar-se como um papel em segundo plano frente à sociedade, nessa nova conjuntura, a tecnologia faz parte da própria sociedade, como se estivesse em um contexto distópico de ficção científica.

O mundo denominado de “digital”, já não encontra mais fronteiras com o mundo real, vivendo em uma teia entrelaçada de conexões, onde as fronteiras entre homem e máquina estão cada vez mais rasas.

Em um mundo cada vez mais determinado por algoritmos, bits e bytes, abre-se uma brecha para a hiperautomatização, inclusive de situações onde deve haver a manutenção do crivo humano, e não apenas os ditames de algum software com parâmetros pré-determinados.

Nesta seara, a proteção aos direitos individuais parece não aludir às inovações tecnológicas, especialmente porque os riscos não começaram nem ao menos a serem analisados. No contexto da tecnologia, geralmente trabalha-se com a contingência de riscos, e determinação da correção de erros de forma posterior, especialmente porque a própria natureza determina a celeridade e a colocação em funcionamento, mesmo que todos os riscos não tenham sido colocados em questionamento.

Desta forma, deve-se colocar em especial consideração os direitos e garantias fundamentais, pois estes podem ser violados sem ao menos que se tenha a de que o estão, ou como. É nesse contexto que uma preocupação de forma específica deve ser dada ao uso de programas que geram decisões automáticas (como no caso do Poder Judiciário), ou que geram indicações de como agir (definido no texto, com o uso de softwares preditivos pela força policial), visto que os mesmos atingem de forma direta os indivíduos.

Não se deve (também não é realisticamente possível) parar as tecnologias ou barrar o poder de inovação, porém, deve haver algumas restrições e alguns conformes a serem seguidos. Referindo-se especificamente ao problema apontado no texto, o uso de softwares preditivos pela força policial tem o condão de, se não for bem monitorado e usado de forma crítica, estratificar vieses já enraizados na sociedade, como a criminalização da pobreza. Destarte, uma possível arma contra esses abusos, repousa no conceito da transparência, a qual prevê um escrutínio externo por parte dos cidadãos.

Percebe-se, portanto, que o Direito (e a própria sociedade) ainda não conseguiu se igualar à velocidade com a qual a tecnologia avança. Os riscos e as consequências advindas desse contexto, onde as máquinas fazem parte do dia a dia de forma muito intrínseca, muitas vezes passam despercebidos. Portanto, deve-se haver a mudança de um paradigma, e o começo de uma construção crítica de indagação dos métodos e resultados trazidos pelo uso dessas novas máquinas, de tal forma a proteger exatamente o cerne central dos indivíduos: a sua dignidade e vida humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Affonso da Silva. 1ª Ed. São Paulo:Malheiros Editores, 2008.

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. *Direito Eletrônico ou Direito da Informática?* Informática Pública vol. 7 (2): 11-18, 2005. Disponível em: http://www.ip.pbh.gov.br/ANO7_N2_PDF/IP7N2_almeida.pdf. Acesso em 10 de setembro de 2018.

ALVES, Marcelo de Camilo Tavares. *Direito Digital*. Goiânia, 2009. 9-10 p. em <http://aldeia3.computacao.net/greenstone/collect/trabalho/import/Direito%20Digital.pdf>. Acesso em 10 de setembro de 2018.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BLUM, Renato M. S. Opice. *Manual de Direito Eletrônico e Internet*. São Paulo: Aduaneiras, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26ª edição. São Paulo: Malheiros. 2011.

BUDAPESTE, 23 nov. 2001. Convention on Cybercrime. Disponível em <<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/html/185.htm>> Acesso em 23 de outubro de 2018.

CASTELLS, M. *A Sociedade em Rede. A era da informação: economia, sociedade e cultura volume I*, São Paulo: Editora Paz e Terra, 1999.

CASTELLS, Manuel. *A Galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

CASTELLS, Manuel; CARDOSOS, Gustavo (Orgs.). *A Sociedade em Rede: do conhecimento à acção política*. Belém (Por): Imprensa Nacional, 2005.

CHALHOUB, Sidney. *Visões da liberdade* uma história das últimas décadas da escravidão na Corte. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.humanrights.com/pt/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/articles-11-20.html>. Acesso em 11 de outubro de 2018.

EUBANKS, Virginia. *How Big Data is "automating inequality"*. The New York Times. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2018/05/04/books/review/automating-inequality-virginia-eubanks.html>. Acesso em 10 de julho de 2019.

GELMAN, Maia. *Direitos Humanos: a sociedade civil no monitoramento*. Curitiba: Juruá, 2007.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1991.

LEI N.º12.965/14. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm Acesso em 29 de outubro de 2018.

LEI N.º7.232/84 – Lei de Informática. Disponível em: <http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/109644/lei-7232-84>. Acesso em 29 de outubro de 2018.

LEI 1696-2017. Disponível em: <<https://legistar.council.nyc.gov/LegislationDetail.aspx?ID=3137815&GUID=437A6A6D-62E1-47E2-9C42-461253F9C6D0>>. Acesso em 05 de julho de 2019.

_____. *Internet e regulação: o bom exemplo do Marco Civil da Internet*. Revista do Advogado, São Paulo, n. 115, ano XXXII, p. 99-112, abr. 2012.

LÉVY, Pierre. *O que é o virtual?* São Paulo: 34, 1997.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: 34, 1999.

MONTEIRO, Vilbégina. *Cibernética, Direito, ciberespaço. Ciberdireito?* Disponível em <<http://www.datavenia.net/entrevistas/00001092001.htm>>. Acesso em 12 de maio de 2019.

O'NEIL, Cathy. *Weapons of Math Destruction: how big data increases inequality and threatens democracy*. Nova Iorque: Crown, 2016.

PATEMAN, Carole. *Participação e teoria democrática*. Rio de Janeiro: Ed. Paz e Terra, 1992.

PECK, Patrícia Pinheiro. *Direito Digital: em defesa do mundo virtual*. Fevereiro, 2009.

Disponível em: [http://www.ambito-](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2901)

[juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2901](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2901) . Acesso em 29 de abril de 2019.

POLLI, Vanessa. *Mas, afinal, o que é Direito Digital?*. Disponível em:

<http://www.meon.com.br/opiniao/opiniao/colunas/mas-afinal-o-que-e-direito-digital>.

Acesso em 20 de maio de 2019.

REYES, Manuel Aragón. *“La Democracia Social y Económica. Los Conceptos Económicos y Sociales, in Economía y Derecho ante el Siglo XXI (coord. Ángel Marina Carcía-Tunón), Ed. Lex Nova, Valladolid, 2001.*

RIBEIRO, Ronaldo. *Uma introdução à inteligência computacional: fundamentos, ferramentas e aplicações*. Rio de Janeiro: IST-Rio, 2010.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 8 ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SANTOS, Pedro. *Big data: o que é, para que serve e como aplicar*. Disponível em <<https://inteligencia.rockcontent.com/big-data/>>. Acesso em 12 de junho de 2019

SCHAFF, Adam. *A sociedade informática: as consequências sociais da segunda revolução industrial*. Tradução Carlos Eduardo Jordão Machado e Luiz Antônio Obojes. São Paulo: Universidade Paulista Brasileira, 1995.

SEGAL, I. E. Norbert Wiener. National Academy of Sciences. Washington: National Academy Press, 1992.

SELL, Carlos Eduardo. *Introdução à Sociologia Política: política e sociedade na modernidade tardia*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.

SILVA, Lucas Gonçalves da; CARVALHO, Mariana Amaral. *Direito ao esquecimento na sociedade da informação: análise dos direitos fundamentais no meio ambiente digital*. Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais, v.3, n.2. Maranhão, 2017.

TEIXEIRA, João. *Mentes e máquinas: uma introdução à ciência cognitiva*. São Paulo: Artes Médicas, 1998.

WATCHER, Sandra; MITTELSTADT, Brent, FLORIDI, Luciano. *Transparent, explainable, and accountable AI for robotics*. Science Robotis: Londres, 2017.

ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de Direito Constitucional*. 2.ed. rev.ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CASO TRUMP: UMA ANÁLISE DO BLOQUEIO DE USUÁRIOS NAS REDES SOCIAIS POR AUTORIDADES PÚBLICAS E O DIREITO HUMANO DE ACESSO À INFORMAÇÃO

Thiago G. Viana¹; Matheus Henrique Souza Ferreira²

RESUMO: A *internet* revolucionou a comunicação nas sociedades contemporâneas, especialmente quanto às redes sociais, que ampliaram as possibilidades de participação dos cidadãos e estreitamento de laços com o Poder público. Assim, a partir do emblemático Caso Trump, o trabalho se propõe a investigar a se é compatível com o direito humano de acesso à informação a possibilidade de as autoridades públicas bloquearem usuários nos seus perfis pessoais quando estes são utilizados para divulgação de informações de interesse público. Adotando como procedimento metodológico a pesquisa bibliográfica e do tipo indutivo, primeiramente se trabalha o direito humano de acesso à informação, seu conceito, histórico e regramento normativo. Em seguida, aborda-se o Caso Trump, com resgate de alguns casos anteriores e explorando as duas decisões judiciais do caso. Por fim, analisa-se o referido caso a partir dos diplomas do Direito Internacional que reguardam o direito humano de acesso à informação, que resta violado pela prática do bloqueio em perfis de redes sociais, oficiais ou não, utilizadas por autoridades para veicular informações de cunho público.

Palavras-chave: 1. Direito de acesso à informação. 2. Liberdade de expressão. 3. Redes sociais.

CASE TRUMP: AN ANALYSIS OF BLOCKING USERS BY PUBLIC AUTHORITIES AND THE HUMAN RIGHT OF ACCESS TO INFORMATION

ABSTRACT: The internet has revolutionized communication in contemporary societies, especially with the creation of social networks, which expanded the possibilities of citizen participation and narrowed the ties with the government. Thus, based on the emblematic Trump Case, the paper proposes to investigate whether the possibility of public authorities blocking users in their personal profiles when they are used to disclose public interest information is compatible with the human right of access to information. Adopting the inductive bibliographic research as a methodology, firstly is developed the

¹ Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça (UFMA). Professor da graduação e pós-graduação de Direito da UNDB - Centro Universitário e da Faculdade Laboro. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3725770420407576> E-mail: thiagogviana88@gmail.com

² Graduando em Direito da UNDB – Centro Universitário. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4461478149346818> E-mail: hmaatheus@gmail.com

work about the human right of access to information, its concept, history and normative rule. Next, we approach the Trump Case, rescuing some previous cases and exploring the two court decisions of the case. Finally, this case is analyzed from the diplomas of international law that keep safe the human right of access to information, which is violated by the practice of blocking social network profiles, official or not, used by authorities to convey information about public nature.

Keywords: 1. Right to know. 2. Freedom of expression. 3. Social networks.

1. INTRODUÇÃO

O direito de acesso à informação nasce como um direito ligado intrinsecamente à liberdade de expressão, o que foi reconhecido na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

Com a revolução tecnológica proporcionada pela *internet*, o direito humano de acesso à informação ganhou novos contornos no tocante à ampliação do controle social exercido pela sociedade civil sobre o Poder Público, em suas diversas esferas, e a própria *accountability* deste para aquela. Não é por acaso que agora se tem falado em “sociedade da informação” para caracterizar as sociedades contemporâneas.

Dentre os avanços tecnológicos nos últimos 20 anos, as redes sociais têm especial destaque não só pela utilidade para conectar pessoas, mas também como elas têm gerado a necessidade de o Poder Público fazer uso de tais redes para melhor se comunicar com os cidadãos, sempre em função do interesse público. Os efeitos sobre a própria dinâmica da política, além de outras relações sociais, são também sensíveis.

O trabalho, no primeiro momento, aborda o conceito e principais aspectos do direito de acesso à informação, seu reconhecimento e positivação jurídicos na esfera internacional.

Em seguida, analisa-se o Caso Trump, em que o presidente dos Estados Unidos da América (EUA), sofreu duas derrotas judiciais no tocante ao fato de ter bloqueado em sua conta pessoal do Twitter cidadãos americanos que criticaram o governo. O direito de acesso à informação, em sua íntima conexão com a liberdade de expressão protegida pela Primeira Emenda da Constituição americana, foi um dos fundamentos das decisões, que, embora tenham reconhecido o caráter privado da rede, identificaram que alguns *tweets* continham informações de interesse público e em tais casos tratava-se do que a doutrina nos EUA chama de “fórum público”.

Por fim, analisa-se a (im)possibilidade de as autoridades públicas, à luz do direito humano de acesso à informação, bloquearem usuários em suas redes sociais nas hipóteses em que os perfis pessoais são utilizados como se oficiais fossem.

2. O DIREITO HUMANO DE ACESSO À INFORMAÇÃO

Os dois diplomas legais mais antigos relativos à liberdade de informação (e seus correlatos direitos à informação e de acesso à informação) são o *The Freedom of the Press Act* (1766), da Suécia, e o *Código de Organización Política y Municipal* de 1888 da Colômbia e, no âmbito constitucional, tem-se a *Bill of rights* inglesa, de 1689, e a Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América³, de 1791. (SARLET; MOLINARO, 2014, p. 12).

Conforme a definição de Ingo Wolfgang Sarlet e Carlos Alberto Molinaro (2014, p. 14) pode-se falar em “direito das ‘relações informativas’, de tal sorte que o assim chamado ‘direito da informação’ abarca tanto a liberdade de informação, quanto os direitos à informação, incluindo o direito de acesso à informação em face dos órgãos estatais.”

Relativamente ao Direito Internacional, a normativa é bastante ampla.

Primeiro, a “Declaração Universal dos Direitos Humanos” inclui, na esfera do direito à liberdade de opinião e expressão, a “[...] liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias (sic) por quaisquer meios e independentemente de fronteiras” (ONU, 1948)⁴. O “Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos”, em seu art. 19, preceitua que “[t]oda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza [...]”. (ONU, 1966).

Ressaltando a fundamental importância do acesso à informação, a “Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção”, nos arts. 10 e 13 impõe o dever aos Estados de “[...] tomar as medidas necessárias para aumentar a transparência em sua administração pública [...], [elaborar] procedimentos ou regulamentos que permitam aos membros do público em geral obter [...] informações sobre a organização, funcionamento e processos decisórios de sua administração pública [...]”, de modo a contribuir com o aumento da transparência e da participação cidadã nos processos de adoção de decisões. (ONU, 2003, p. 13-14, 16)⁵.

³ “O Congresso não deve fazer leis a respeito do estabelecimento de uma religião, ou proibindo o seu livre exercício; ou diminuir a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou sobre o direito das pessoas de pacificamente se reunirem e de peticionarem ao Governo para a reparação por agravos.” (EUA, 2019a?, tradução nossa).

⁴ Em verdade, foi antecipado, direito de primeira geração que é, na Revolução Francesa: “A Declaração Francesa de 1789 já antecipara este direito, ao afirmar não apenas a liberdade de opinião – artigo 10 –, mas também a livre comunicação das idéias e opiniões, que é considerada, no artigo 11, um dos mais preciosos direitos do homem.” (LAFER, 1991, p. 241).

⁵ Conforme lembra Mendel (2009, p. 23), o “Relatório sobre a corrupção global de 2003: acesso a informação”, da ONG Transparência Internacional, destacou a importância desse direito no combate à corrupção, considerando que o acesso a informação é “talvez a mais importante arma contra a corrupção” e não por acaso tal ideia se encontra cristalizada na “Convenção da ONU contra a corrupção”, de 2003.

No Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), o “Pacto de *San José* da Costa Rica”, no art. 13, estabelece que o direito à liberdade de pensamento e de expressão abrange a “[...] liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias (sic) de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha” (OEA, 1969). Por fim, ainda no âmbito do SIDH, a “Declaração Interamericana de Princípios de Liberdade de Expressão” reconhece que o “[...] acesso à informação em poder do Estado é um direito fundamental do indivíduo”, cabendo aos Estados “garantir o exercício desse direito”, só admitindo limitação previamente prevista em lei em casos de perigo real e iminente que ameace a segurança nacional. Consta, ainda, da “Convenção Europeia de Direitos Humanos” (art. 11) e da “Carta Africana dos Direitos dos Povos e dos Homens” (art. 9º), de 1981. (LAFER, 1991, p. 242).

Diante desse panorama, a ONG Artigo 19, com presença em vários países, empreendeu a elaboração do documento “*The Public’s Right to Know: Principles on Freedom of Information Legislation*” (“Direito do Público a Estar Informado: Princípios sobre a Legislação de Liberdade de Informação”) no qual elenca nove princípios basilares do “direito a saber”, quais sejam: divulgação máxima – os marcos normativos sobre liberdade de informação devem se pautar pela máxima divulgação; obrigação de publicar – o Poder Público tem por dever publicar informações essenciais; promoção de um governo aberto – a abertura do governo necessita de promoção ativa por parte dos órgãos públicos; abrangência limitada das exceções – a publicidade é a regra, devendo as exceções serem objetivas, claras e excepcionais, submetidas a testes de “dano” e “interesse público”; procedimentos que facilitem o acesso – deve ser facilitado o acesso às informações, com os pedidos de informação serem processados com rapidez e eficiência, incluindo, em caso de recusa, a hipótese de recurso. (ARTIGO 19, 1999, p. 2 e ss.).

O documento traz, ainda: os custos - não podem os custos envolvidos serem alegados como óbice aos pedidos de informação; reuniões abertas – via de regra, há que serem abertas ao público as reuniões de órgãos públicos; a divulgação tem prevalência – os diplomas normativos em conflito com o princípio da máxima divulgação devem ser revisados ou revogados; e, por fim, a proteção para os denunciantes – precisa ser garantida a segurança, integridade física e vida dos indivíduos que utilizam de informações para denunciar atos ilícitos. (ARTIGO 19, 1999, p. 8 e ss.).

Concluídas as considerações acerca do direito humano de acesso à informação, passa-se a explorar o Caso Trump e sua relação com tal direito.

3. O CASO TRUMP

Na dinâmica da relação entre a política e as redes sociais, um aspecto específico vem tomando importância no debate internacional: o bloqueio de usuários que tecem críticas a autoridades públicas nos perfis pessoais destes, que, no entanto, são usados também para divulgação de informações oficiais. É justamente disso que trata o caso do presidente dos EUA, Donald Trump.

Cumpra, nesse passo, salientar que o objeto da pesquisa no trabalho não é o bloqueio de usuários em perfis oficiais de órgãos oficiais do Estado, em qualquer dos três poderes, hipótese em que é cristalina a impossibilidade de bloqueio, salvo quando houver mensagens que veiculem ameaças de ataque ao órgão ou à honra, à integridade física ou à vida de seus membros, enfim, por questão de segurança. Trata-se, em específico, do bloqueio de usuários nos perfis pessoais de autoridades públicas que, a despeito de serem pessoais, são utilizados como canais de veiculação de informações, projetos e medidas revestidos, portanto, de interesse público e cujo acesso não pode ser negado aos cidadãos e cidadãs tampouco a ONG's, empresas etc.

Antes de adentrar na discussão específica do caso, faz-se necessário trazer alguns casos que precederam o do presidente Trump, de modo a contribuir para uma melhor compreensão do tema.

3.1 REDES SOCIAIS E BLOQUEIO DE CIDADÃOS: ALGUNS PRECEDENTES

O primeiro deles ocorreu no Peru. Em maio de 2015, o advogado peruano Erick Iriarte entrou no Twitter e tentou visitar o perfil de Pedro Cateriano, à época primeiro-ministro do país, mas não pode visualizar o conteúdo porque estava bloqueado. O advogado recorreu ao Judiciário, argumentando que o primeiro-ministro Pedro Cateriano é o porta-voz imediato do governo depois do presidente, portanto as suas declarações são revestidas de eminente interesse público, além da violação à liberdade de expressão e do direito de acesso à informação. (AHON, 2016).

Após ter a ação indeferida pela Corte Superior de Justiça de Lima, sob o argumento de que a ação cabível seria um *habeas data*, o advogado recorreu ao Tribunal Constitucional do Peru. Este rejeitou decidir sobre o mérito, arquivando a ação por questões processuais, pois entendera que estava ausente a relevância do caso em virtude de à época Pedro Cateriano já não mais ocupar o cargo de primeiro-ministro do país. (AHON, 2016).

Em 2018, no Canadá, o prefeito da cidade de Ottawa, Jim Watson, bloqueou alguns cidadãos da cidade. Três deles recorreram à Justiça alegando que tal conduta violava a "Carta de Direitos e Liberdades" e, em grau de recurso, a *Superior Court of Justice* de

Ontário decidiu que a conta do prefeito Watson no Twitter era um “espaço digital público onde os indivíduos podem expressar e disseminar suas opiniões sobre assuntos públicos” e que o bloqueio de cidadãos à conta infringe o “direito à liberdade de expressão, conforme protegido pela subseção 2 (b) da Carta de Direitos e Liberdades.” (DELACOURT, 2018).

Embora sejam apenas dois casos, se percebe a importância das redes sociais na esfera pública democrática, o que já traz lições para se analisar o caso ora objeto de investigação.

3.2 O CASO TRUMP

O caso mais famoso refere-se ao presidente Donald Trump, que ganha especial relevância porque foi discutido no contexto do modelo jurídico norte-americano de proteção aos direitos individuais, notadamente a liberdade de expressão, que ganha ares de quase sacralidade nos EUA.

O *Knight First Amendment Institute*, da Universidade de Colúmbia, ajuizou ação contra Donald Trump e Daniel Scavino, diretor de mídias sociais da Casa Branca e assessor do presidente, pelo bloqueio no Twitter dos perfis de Rebecca Buckwalter, Philip Cohen, Holly Figueroa, Eugene Gu, Brandon Neely, Joseph Papp e Nicholas Pappas, também autores da ação, que teceram críticas ao governo. Aqui já se destaca o cristalino caráter negativo típico da primeira dimensão de direitos humanos que é justamente o da liberdade de expressão, especificamente o direito de acesso à informação, como instrumento de controle social sobre os atos e medidas do Estado.

Na decisão de primeira instância, a juíza Naomi Reice Buchwald, do Tribunal do Distrito Sul de Nova York, sustentou que o caso demandava analisar se, sob a Primeira Emenda, um funcionário público pode bloquear um usuário de sua conta no Twitter e se tal hipótese seria diferente em caso de o funcionário público ser o presidente do país. Relatando os fatos do caso, a magistrada informa que, com a assistência de Daniel Scavino, a conta @realDonaldTrump é utilizada “[...] várias vezes ao dia para anunciar, descrever e defender suas políticas; para promover sua agenda legislativa da administração; anunciar decisões oficiais; interagir com líderes políticos estrangeiros; divulgar visitas de Estado; desafiar organizações de mídia cuja cobertura de sua administração, ele acredita ser injusta”, inclusive de “assuntos relacionados aos negócios oficiais do governo antes mesmo de esses assuntos serem anunciados ao público através de outros canais” bem como para publicações que nada têm a ver com assuntos do governo. (EUA, 2018, p. 1, 10, *passim*).

Em razão desse uso do perfil social do presidente para fazer anúncios de caráter oficial, a juíza entendeu que:

[...] a doutrina do fórum pode ser aplicada adequadamente a vários aspectos da conta @realDonaldTrump, em vez da conta como um todo: o conteúdo dos *tweets* enviados, a linha do tempo composto por esses *tweets*, os tópicos de comentários iniciados por cada desses *tweets* e o “espaço interativo” associado a cada *tweet* no qual outros usuários podem interagir diretamente com o conteúdo dos *tweets*, por exemplo, respondendo, retweetando ou curtindo o *tweet*. [...] o presidente e Scavino [...] exercem controle sobre vários aspectos da conta @realDonaldTrump: eles controlam o conteúdo dos *tweets* enviados da conta e têm a capacidade de impedir, através do bloqueio, outros usuários do Twitter, incluindo os autores individuais aqui, de acessar a linha do tempo @realDonaldTrump (enquanto estiver conectado à conta bloqueada) e de participar do espaço interativo associado aos *tweets* enviados pela conta @realDonaldTrump. [...] Dessa forma, **concluimos que o controle que o Presidente e Scavino exercem sobre a conta e algumas de suas características é de natureza governamental.** (EUA, 2018, p. 41, 42-43, 45, grifo nosso, tradução nossa)

Quanto ao fato de a conta do presidente Trump ser de 2009, o que descaracterizaria seu caráter governamental, segundo ele alegou em sua defesa, é equivocado o argumento, segundo a decisão, porque a “análise do fórum [público] se aplica, ‘[a] história passada da caracterização de um fórum pode muito bem ser relevante; mas isso não significa que uma caracterização atual sobre um fórum possa ser negligenciada”, posto que o uso atual da conta @realDonaldTrump “[...] pesa muito mais na análise do que a origem da conta como a criação do cidadão privado Donald Trump. [...] o Presidente e Scavino usam a conta @realDonaldTrump para funções governamentais, o controle que exercem sobre ela é, portanto, de natureza governamental.” (EUA, 2018, p. 48-50, grifo nosso, tradução nossa)

Ainda sobre se tratar de fórum público ou não, a magistrada afirma que:

[...] “A intenção não é meramente uma questão de propósito declarado. De fato, deve ser inferido a partir de vários fatores objetivos, incluindo: política [do governo] e práticas anteriores, bem como a natureza da propriedade e sua compatibilidade como expressivas” [...]. Aqui, esses fatores corroboram fortemente a conclusão de que o espaço interativo é um fórum público designado. “A conta @realDonaldTrump geralmente é acessível ao público em geral, sem levar em consideração filiação política ou qualquer outro critério”, “qualquer membro do público pode visualizar seus *tweets*” e “Qualquer pessoa [com uma conta no Twitter] que queira seguir a conta [no Twitter] pode fazê-lo”, a menos que essa pessoa tenha sido bloqueada. [...] Da mesma forma, qualquer pessoa com uma conta no Twitter que não tenha sido bloqueado pode participar do espaço interativo, respondendo ou retuitando os *tweets* do presidente. [...] Além disso, a conta - incluindo todos os seus componentes constitutivos - foi defendido por Scavino como um meio pelo qual o presidente “se comunica diretamente com você, o povo americano!” [...] E finalmente, não pode haver nem uma sugestão séria de que o espaço interativo é incompatível com atividade expressiva: o Twitter, como uma plataforma, é projetado para permitir que os usuários “interajam com outros usuários do Twitter em relação a [seus *tweets*]” [...] e os usuários podem usar o Twitter para “peticionar a seus representantes eleitos e se envolver com de maneira direta” [...]. A interatividade do Twitter é uma de suas características definidoras,

e, de fato, o espaço interativo dos *tweets* do presidente acomoda um corpo substancial de expressiva atividade. [...] **Juntando esses fatores, concluímos que o espaço interativo de um tweet da conta @realDonaldTrump constitui um fórum público.** (EUA, 2018, p. 61-62, grifo nossos, tradução nossa)

Assim, continua o arrazoado da sentença, a “[...] ‘discriminação de ponto de vista [...] é considerada inadmissível”, considerando que se registrou que os autores individuais foram “indiscutivelmente bloqueados [...] [após] postarem os *tweets*... em que criticaram o presidente ou suas políticas [...] e os réus ‘não contestam a alegação dos Autores” quanto a esse motivo do bloqueio, conduta esta não respaldada na Primeira Emenda. (EUA, 2018, p. 63, grifo nossos, tradução nossa)

Quanto ao argumento de Trump e Scavino de que o silenciamento e bloqueio⁶ são meios equivalentes e legítimos sob o ponto de vista constitucional de escolher não se envolver com os usuários, a juíza Naomi Reice se contrapõe afirmando que:

A audiência para uma resposta se estende de maneira mais ampla do que o remetente do *tweet* que está sendo respondido, e o bloqueio restringe a capacidade de um usuário bloqueado de falar com essa audiência. Embora o direito de falar e o direito de ser ouvido possam ser funcionalmente idênticos se o discurso for dirigido a apenas um ouvinte, eles não ocorrem quando há mais de um. Em suma, concluímos que o bloqueio de autores individuais como resultado das opiniões políticas que eles expressaram é inadmissível nos termos da Primeira Emenda. [...] Assim, mesmo que os réus estejam totalmente corretos ao afirmar que os autores individuais podem continuar acessando o conteúdo dos *tweets* do Presidente [...] e que eles possam tweetar respostas a respostas anteriores aos *tweets* do presidente, [...] **o bloqueio de autores individuais tem o impacto discreto de impedir que eles interajam diretamente com os *tweets* do presidente, [...] restringindo assim uma fatia real, embora estreita, da fala. Não é necessário mais nada para violar a Constituição.** (EUA, 2018, p. 67-69, grifo nosso, tradução nossa)

A magistrada, à guisa de conclusão, sustenta:

Os demandantes provaram a ocorrência de danos legais causados pela conduta do presidente e de Daniel Scavino e, apesar das sugestões dos réus em contrário, seus danos são reparáveis por uma declaração judicial favorável. [...] Voltando ao mérito da reivindicação da Primeira Emenda dos autores, defendemos que o discurso no qual eles buscam se envolver é protegido pela Primeira Emenda e que o Presidente e Scavino exercem controle governamental sobre certos aspectos da conta @realDonaldTrump, incluindo o espaço interativo dos *tweets* enviados da conta. **Que o espaço interativo é suscetível de análise sob as doutrinas do fórum da Suprema Corte e é adequadamente caracterizado como um fórum público**

⁶ “Bloquear é uma função que ajuda a controlar como você interage com outras contas no Twitter. Esta função ajuda os usuários a impedir que contas específicas possam contatá-los, segui-los e ver seus Tweets” (TWITTER, 2019a?), já o silenciamento é uma “função que permite a você remover os Tweets de uma conta de sua timeline sem deixar de seguir ou sem ter de bloquear a conta. As contas silenciadas não saberão que foram silenciadas [...]” (TWITTER, 2019b?).

designado. A exclusão com base em pontos de vista dos autores individuais daquele fórum público designado é proscrito pela Primeira Emenda e não pode ser justificada pelos interesses pessoais da Primeira Emenda do Presidente. (EUA, 2018, p. 74-75, grifo nosso, tradução nossa).

Importante salientar que a juíza entendeu por bem não determinar que o presidente Trump desbloqueasse os usuários, limitando-se apenas a reconhecer como inconstitucional, por força da Primeira Emenda, a prática do bloqueio de usuários na conta @realDonaldTrump, que, embora pessoal, em muitas ocasiões divulgou informações de interesse público, além de o bloqueio representar discriminação de ponto de vista.

Vale, ainda, ressaltar outro aspecto: partindo do pressuposto de que os usuários bloqueados no Twitter ficam impedidos de visualizar os tweets do perfil da autoridade pública, responder ou comentar tópicos a eles associados, salvo se acessarem os perfis sem ter logado, por exemplo, tais usuários têm, assim, mais dificuldade de acesso à informação relativamente aos demais cidadãos. Assim, além de dificultar o acesso eficaz à informação representa injustificável restrição de direito fundamental, notadamente quando verificada sob a ótica da regra da proporcionalidade⁷.

O presidente Trump recorreu à Corte de Apelação do Segundo Circuito, argumentando, em resumo que: seu perfil no Twitter era de caráter pessoal; que bloquear usuários não os impedia de acessar o perfil por outros meios; que, por fim, seus *tweets* estavam imunes quanto às limitações da Primeira Emenda. (EUA, 2019b, p. 14-15).

A Corte rejeitou o recurso, destacando-se os seguintes pontos na decisão:

[...] a Primeira Emenda não permite que um funcionário público que utilize uma conta de mídia social para todos os tipos de finalidades oficiais exclua as pessoas de um diálogo *on-line* aberto de outra maneira porque expressaram opiniões com as quais o funcionário não concorda. [...] A disputa neste caso refere-se exclusivamente ao uso desta função de bloqueio pelo presidente. O governo admitiu que a conta em questão não é ela própria “independente da presidência [de Trump]”, mas afirma que o ato de bloquear foi uma conduta privada que não implica a Primeira Emenda. O presidente Trump estabeleceu sua conta, com o identificador @realDonaldTrump, (a “Conta”) em março de 2009. **Ninguém contesta que, antes de se tornar presidente, a conta era puramente privada ou que, depois que ele sai do cargo, a conta provavelmente voltará a seu status de conta privada. Esse litígio refere-se ao que a conta é agora. Desde a sua inauguração, em janeiro de 2017, ele usou a Conta, segundo as partes, “como um**

⁷ “O chamado princípio da proporcionalidade não pode ser considerado um princípio, pelo menos não com base na classificação de Alexy, pois não tem como produzir efeitos em variadas medidas, já que é aplicado de forma constante, sem variações. [...] Alexy enquadra-o, sim, em outra categoria, pois classifica-o explicitamente como regra. [...] Alexy afirma que os sub-elementos da proporcionalidade ‘devem ser classificados como regras’, e cita como entendimento semelhante a posição de Haverkate, segundo a qual a forma de aplicação da proporcionalidade e de suas sub-regras é a subsunção.” (SILVA, 2002, p. 25-26).

canal de comunicação e interação com o público sobre sua administração". [...] O governo reconhece que cada um deles foi bloqueado após publicar respostas em que criticaram o presidente ou suas políticas e que foram bloqueados como resultado de suas críticas. O governo também admite que eles, por estarem bloqueados, não conseguem ver os *tweets* do presidente, responder diretamente a esses *tweets* ou para usar a página @realDonaldTrump para visualizar os tópicos de comentários associados aos *tweets* do presidente. (EUA, 2019b, p. 4, 6 e ss., grifo nosso, tradução nossa).

Além do fato de as próprias autoridades federais responsáveis por manter os arquivos do governo admitirem os *tweets* da conta @realDonaldTrump como registros públicos da presidência, a decisão da Corte também relembra que vários anúncios oficiais foram feitos por meio da referida página, de modo que concluem pela "[...] **natureza pública e não privada da Conta**", de modo que quando um funcionário público e seus subordinados usam uma mídia social aberta ao público como uma "[...] conta oficial para a realização de negócios oficiais. Essa conta é interativa aberta ao público, tornando a interação pública um recurso proeminente da conta. **Esses fatores significam que a conta não é privada.**" (EUA, 2019b, p. 8-9, 19-20, grifo nosso, tradução nossa).

E prossegue a Corte de Apelação:

Uma vez que seja estabelecido que o Presidente é um ator do governo no que diz respeito ao uso da Conta, a discriminação por ponto de vista viola a Primeira Emenda. [...] A abertura de um instrumento de comunicação "para uso indiscriminado pelo público em geral" cria um fórum público. [...] A Conta foi intencionalmente aberta para discussão pública quando o Presidente, ao assumir o cargo, usou a Conta repetidamente como veículo oficial de governança e tornou seus recursos interativos acessíveis ao público, sem limitação. Defendemos que essa conduta criou um fórum público. [...] Significativamente, as partes concordam que toda essa conduta expressiva é comunicada aos milhares de usuários que interagem com a Conta. Ao bloquear os Autores Individuais e impedi-los de visualizar, retuitar, responder e curtir seus *tweets*, o Presidente excluiu os Autores Individuais de um fórum público, algo que a Primeira Emenda proíbe. [...] Embora ele certamente não seja obrigado a ouvir, uma vez que ele abre os recursos interativos de sua conta para o público em geral, ele não tem direito a censurar usuários selecionados porque expressam opiniões com as quais ele discorda. [...] Quando o governo discrimina um orador com base no ponto de vista do orador, a capacidade de se envolver em outro discurso não sana essa constitucionalidade. [...] **sustentamos que o Presidente violou a Primeira Emenda quando usou a função de bloqueio para excluir os Autores Individuais por causa de seu discurso desfavorecido.** (EUA, 2019b, p.21, 23 e ss., grifo nosso, tradução nossa).

Por fim, afirma a Corte que é uma "ironia" que decisão seja dada num momento histórico em que, como nunca antes, a atuação pública do governo e funcionários está sujeita à ampla abertura, ao debate, sendo que este, por sua intrínseca e necessária pluralidade de ideias, pode até ser uma discussão desconfortável e desagradável, mas, em feliz passagem concluindo o raciocínio, arremata a Corte: "[...] **se a Primeira Emenda**

significa alguma coisa, significa que a melhor resposta ao discurso desfavorecido em questões de interesse público é mais discurso, não menos.” (EUA, 2019b, p.29, grifo nosso, tradução nossa).

Como se viu, o caso do presidente Trump serve de paradigma no debate a respeito de redes sociais e política que está apenas começando⁸. Note-se, no entanto, que a questão posta nos autos foi se o bloqueio violava a Primeira Emenda da Constituição dos EUA, ao que a resposta judicial foi positiva, sem qualquer análise no tocante específico ao direito à informação como direito humano, especialmente com relação à normativa do Direito internacional, o que se passa a fazer no tópico a seguir.

4. A (IM)POSSIBILIDADE DE BLOQUEIO DE USUÁRIOS NAS REDES SOCIAIS POR AUTORIDADES PÚBLICAS À LUZ DO DIREITO HUMANO DE ACESSO À INFORMAÇÃO

O impacto da revolução tecnológica no âmbito da comunicação a partir da internet tem afetado diversos setores da sociedade, bem como as próprias relações sociais. Um exemplo emblemático é o da Islândia, que após grave crise econômica e política, decidiu por elaborar sua nova Constituição por meio das redes sociais (Facebook, Twitter etc.)⁹.

No campo da política, os efeitos também se fazem sentir, chegando a se falar em Política 2.0:

O conceito da política 2.0 refere-se ao esforço dos cidadãos que buscam participar da formulação, desenvolvimento e avaliação de políticas públicas por meio do uso da inteligência coletiva consubstanciada nas redes sociais que se formaram para tal propósito. [...] o uso da Internet 2.0 como parte das novas mídias, significa, de acordo com a teoria de mobilização política, abrir um amplo campo para participação cidadã, não somente durante os processos eleitorais, mas como parte da vida democrática de uma nação [...]. (CASTELLANOS; MARÍN; MONTIEL, 2011, p. 79, 81, tradução nossa).

Assim, nessa “[...] nova esfera pública – onde surgem os conceitos de e-democracia, e-participação, (...) – pode-se concluir que um poderoso canal de diálogo se abre para a criação e a ocupação desse novo território de interação entre pessoas, organização e governos.” (GUZZI, 2010, p. 147).

⁸ No Brasil, inclusive utilizando os casos ora trabalhados, sobretudo o do presidente Trump, foi ajuizada ação popular (Processo nº 1009398-77.2019.4.01.3700 (PJe), tramitando na – 6ª Vara Federal da Seção Judiciária do estado do Maranhão) contra o Presidente Jair Bolsonaro por ter bloqueado usuários em seus perfis sociais no Twitter.

⁹ Por meio do site do Conselho Constitucional, parte do processo iniciado alguns anos após grave crise econômica de 2008, foram recebidos mais de 3.600 comentários acerca da Constituição e da sua redação, além de mais de 370 sugestões formais de dispositivos constitucionais. (TUSHNET, 2015, p. 9).

São inúmeros os casos de políticos, ocupantes ou não de cargos eletivos, e autoridades públicas em geral que mantêm perfis com milhares e até milhões de seguidores em redes sociais como Facebook, Instagram e Twitter – este tem destaque em relação às demais por possibilitar comunicação mais rápida e maior interação. Conforme levantamento da consultoria Bites, entre 12 líderes de grandes países do mundo analisados, os com maior número de seguidores nas redes sociais são: o 1º é Narendra Modi, presidente da Índia; o 2º, Donald Trump; o 3º, Recep Erdogan, da Turquia; e, 4º lugar, Jair Bolsonaro. (BITES, 2019).

Se, por um lado, as redes sociais tiveram o positivo efeito de aproximar o Estado e os cidadãos, por outro também trouxe riscos ao próprio processo eleitoral com a divulgação das chamadas *fake news*, por exemplo.

Os chamados *bots* são de robôs, que têm perfil nas redes sociais e são “[...] controladas por softwares se fazendo passar por seres humanos que já dominam parte da vida nas redes sociais e participam ativamente das discussões em momentos políticos de grande repercussão.” (RUEDIGER, 2017).

Com efeito, pode-se apontar a utilização de *bots* em vários eventos políticos, desde as eleições americanas de 2010, passando pela eleição de Donald Trump em 2016 até o plebiscito sobre o *Brexit* (saída do Reino Unido da União Europeia). No Brasil, os *bots* foram utilizados em debates importantes do cenário político nacional, como a aprovação da reforma trabalhista, a greve geral de 2017, as eleições de 2014, o debate sobre o impeachment da presidenta Dilma Rousseff e a eleição municipal de São Paulo em 2016, segundo informa Marco Aurelio Ruediger (2017):

[...] esse tipo de conta [que é *bot*] chegou a ser responsável por mais de 10% das interações no Twitter nas eleições presidenciais de 2014. Durante protestos pelo Impeachment, essas interações provocadas por robôs representaram mais de 20% do debate entre apoiadores de Dilma Rousseff, que usavam significativamente esse tipo de mecanismo. Um outro exemplo analisado mostra que quase 20% das interações no debate entre os usuários favoráveis a Aécio Neves no segundo turno das eleições de 2014 foi motivado por robôs. Nas discussões políticas, os robôs têm sido usados por todo o espectro partidário não apenas para conquistar seguidores, mas também para conduzir ataques a opositores e forjar discussões artificiais. Eles manipulam debates, criam e disseminam notícias falsas e influenciam a opinião pública postando e replicando mensagens em larga escala. Comumente, por exemplo, eles promovem hashtags que ganham destaque com a massificação de postagens automatizadas de forma a sufocar algum debate espontâneo sobre algum tema.

Nesse contexto, as redes sociais, pela ínsita ideia de garantir o máximo de interatividade, adicionam um diferencial no debate porque aproximam as autoridades estatais e os cidadãos, especialmente no que diz respeito a estes o acesso às

informações, de caráter individual ou coletivo, produzidas pelo Poder Público, já que foram produzidas em virtude do interesse público.

Umbilical, assim, a relação do direito à liberdade de expressão e pensamento com o direito de acesso à informação, uma vez que este se traduz como um componente “[...] indispensável para o exercício da cidadania e, conseqüentemente, para o bom funcionamento das democracias”, afinal se os “[...] cidadãos não possuem acesso a informações relevantes sobre os problemas econômicos e sociais do país, não poderão tomar decisões consistentes sobre a melhor forma de resolvê-los.” (BENTO, 2014, p. 111).

Ora, no Caso Trump as decisões ressaltaram que o perfil pessoal do presidente foi utilizado para anúncios de negócios oficiais do governo americano, o que, especificamente nesses *tweets*, autoriza encaixar o conteúdo como de um fórum público passível, portanto, da interação e acesso pleno de todos os cidadãos, enfim, uma ágora virtual.

Possível também traçar um paralelo com o caso do presidente Bolsonaro, que conforme demonstra a inicial da ação supracitada, anunciou 14 de seus 22 ministros por meio do Twitter e, nas *lives* semanais no Facebook, acompanhado de ministros ou autoridades públicas do governo federal, também informou várias medidas, tais como a exoneração do ex-ministro da Educação, Ricardo Vélez, e substituição pelo atual, Abraham Weintraub, as 35 medidas prioritárias para serem cumpridas nos primeiros cem dias de governo, a autonomia do Banco Central, a revogação de 250 decretos “desnecessários” e a criação do 13º do programa Bolsa Família. (MARANHÃO, 2019).

Ora, a conta @realDonaldTrump conta com mais de 65 milhões de seguidores, certamente a maioria de cidadãos norte-americanos, assim como tantos outros presidentes demais autoridades públicas em seus respectivos países, de sorte que bloquear cidadãos ou jornalistas apenas porque tecem críticas ao governo desconsidera a própria ideia de pluralidade de democracia. Trata-se de direito de direito não só individual, mas também da coletividade.

Com efeito, em 2017, em sede de *habeas data*, impetrado por José Arrieta Caro em face do município de Lima solicitando a lista de perfis bloqueados no Facebook da municipalidade, bem como o nome do gestor das redes sociais, o Primeiro Tribunal Especializado em Matéria Constitucional de Lima determinou que o município fornecesse as informações requeridas:

[...] conforme indicado no primeiro considerando, o *habeas data* protege o direito de acesso à informação pública e o direito à autodeterminação informacional, por isso é conveniente fornecer os seguintes detalhes: 1. Direito de acesso à informação pública: Está previsto no artigo 2, subseção 5) da Constituição, segundo o qual toda pessoa tem o direito de solicitar sem informação as informações necessárias e de recebê-las de qualquer entidade pública, no prazo legal, com o devido pagamento do custo do pedido, excluindo-se as informações que afetam a privacidade pessoal

e as expressamente excluídas por lei ou por razões de segurança nacional. O Tribunal Constitucional, na sentença de 29 de janeiro de 2003, expedida no processo nº 1797-2002-HD TC (fundamentos 10 e 11), indicou que o direito acima mencionado possui uma dupla dimensão: “Por um lado, é um direito individual, no sentido de garantir que ninguém seja arbitrariamente impedido de acessar as informações que guardam, mantêm ou produzem as várias instâncias e organismos que pertencem ao Estado, além das limitações legítimas previstas constitucionalmente (...) se apresenta como pressuposto ou meio para o exercício de outras liberdades fundamentais, como liberdade de investigação, opinião ou expressão, para mencionar algumas (...) Em segundo lugar, o direito de acesso à informação tem uma dimensão coletiva, pois garante o direito de todas as pessoas de receber as informações necessárias e oportunas, para que uma opinião pública livre e informada possa ser formada, a suposição de uma sociedade verdadeiramente democrática”. (PERU, 2017, tradução nossa, grifo nosso).

Nem se fale que, por se tratar de perfil pessoal, não haveria interesse público, pois, como as decisões nos EUA destacaram, nos *tweets* ou postagens que tratem de temas oficiais aí reside o interesse público e, por conseguinte, o direito de o cidadão acessar tais informações. Em colisão entre o direito à publicidade, de expressão e crítica e o direito de proteção e à intimidade de autoridades públicas, prevalece aquele, sobretudo no caso ora sob estudo.

Ademais, cabe lembrar que o princípio republicano tem por básica a exigência de tratar a coisa pública sem deixar que as preferências pessoais ou idiossincrasias da autoridade estatal interfiram na tomada de decisões e na própria administração da *res publica*. Bloquear usuários porque teceram críticas ofende também a impessoalidade, numa perigosa lógica “amigo-inimigo” – tão ao gosto da doutrina de Carl Schmitt –, além de caracterizar intolerável discriminação de ponto de vista.

Uma democracia é, por definição, um regime político que abraça a diferença, a pluralidade e a expressão livre de ideias, bem como permite ao povo, enquanto titular soberano do poder, fiscalizar as autoridades públicas. Esse controle social, contudo, fica prejudicado quando o cidadão não tem pleno acesso às informações referentes a projetos, medidas e planos que as autoridades públicas postam em seus perfis pessoais nas redes sociais antes mesmo de serem publicados nos canais oficiais.

Desse modo, cercear o cidadão de ter acesso viola frontalmente o direito humano à liberdade de expressão e, mais precisamente, o direito de acesso à informação. Uma democracia só pode se considerar saudável quando há livre fluxo de ideias e tal somente se dá quando existem cidadãos informados não apenas de seus direitos, mas também dos assuntos de interesse público, inclusive quando estes são veiculados em perfis pessoais de autoridades públicas.

CONCLUSÕES

A liberdade de informação, que inclui a liberdade de se informar e de acesso à informação, nasceu com visceral elo com a liberdade de expressão. Trata-se, portanto, de liberdade negativa frente ao Estado.

Após o advento da *internet*, a comunicação humana deu um salto exponencial e tal avanço se refletiu nas relações sociais e, por óbvio, na política, sobretudo com as redes sociais como Orkut, Facebook e Twitter.

O trabalho inicialmente trouxe o histórico, conceito e aspectos fundamentais do direito à informação, e seus desdobramentos, tal como definidos pela ONG Artigo 19, e positividade legal, inclusive quanto aos diplomas legais internacionais.

No segundo momento, o Caso Trump foi analisado a partir das decisões judiciais no Tribunal do Distrito Sul de Nova York (primeira instância) e da Corte de Apelação do Segundo Circuito (segunda instância) que reconheceram que à medida que o presidente Trump utiliza seu perfil pessoal para fazer anúncios de assuntos do governo torna esse espaço um fórum público e, assim, assiste ao cidadão o direito de ter acesso a tais informações à luz da Primeira Emenda da Constituição dos EUA.

A partir desses pressupostos, o cerne da pesquisa analisou a hipótese de bloqueio de cidadãos nos perfis pessoais de redes sociais ser uma prática compatível ou não com o direito humano de acesso à informação. Considerando que somente quando há efetivo acesso à informação é que um cidadão só pode contribuir de forma plena no debate público e tomar parte nas decisões políticas de sua comunidade ou do país, é intolerável a prática de bloqueio nas redes sociais, ainda que os perfis sejam privados, pois prevalece o acesso à informação e a publicidade. Ora, se há divulgação de informações, projetos e medidas oficiais nos perfis, inclusive antes de serem publicadas nos canais oficiais, é nítido o interesse público presente em tais postagens e, por conseguinte, o direito humano de acesso à informação se faz valer.

A democracia não é mais a mesma de meio século atrás e as inovações proporcionadas na comunicação pela *internet* não podem ser desconsideradas. A influência da utilização dos *bots* na eleição de Donald Trump em 2016 e no *Brexit*, além do debate do *impeachment* da presidenta Dilma Rousseff, por exemplo, são sinais de alerta para que as instituições e a sociedade discutam a sério a utilização das redes sociais e *fake news* e seus efeitos no processo político, sob pena de corrosão do próprio regime democrático.

O futuro da democracia perpassa, dentre outros fatores, por garantir de forma efetiva e plena o acesso livre de cidadãos às informações de interesse público,

possibilitando o exercício responsável do controle social, inclusive quando tais informações constam de perfis pessoas de autoridades públicas.

REFERÊNCIAS

AHON, Erick Iriarte. **Sentencia caso Iriarte vs Cateriano**. Funcionarios no pudieran bloquear ciudadanos en twitter mientras dura su cargo. 22 set. 2016 Disponível em: <http://iriartelaw.com/IriarteCateriano22092016>. Acesso em: 25 set. 2019.

ARTIGO 19. **The Public's Right to Know: Principles on Freedom of Information Legislation**. Londres: ARTIGO 19, 1999. Disponível em: <https://www.article19.org/data/files/pdfs/standards/righttoknow.pdf>. Acesso em: 06 set. 2019.

BENTO, Leonardo Valles. Direito de acesso à informação sobre violações de direitos humanos. *In: XXIII Congresso Nacional do CONPEDI, 23, João Pessoa. Anais [...]*. 1. ed. Florianópolis (SC): CONPEDI, 2014, v. 1. p. 110-131. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=04940fadf3702cbd>. Acesso em: 06 set. 2019.

BITES. **100 dias do governo Bolsonaro**. Disponível em: https://bites.com.br/wp-content/uploads/2019/04/ANALISE_BITES_100DIAS_BOLSONARO.pdf. Acesso em: 25 set. 2019.

CASTELLANOS, Rodolfo M. Gómez; MARÍN, Manuel Ortiz; MONTIEL, Luis Enrique Concepción. Tecnologías de la comunicación y política 2.0. **Espacios Públicos**, v. 14, n. 30, 2011, p. 72-84. Disponível em: <http://www.redalyc.org/pdf/676/67618934006.pdf>. Acesso em: 03 set. 2019.

DELACOURT, Susan. Is it a politician's right to block people on Twitter? **The Star**, 18 out. 2018. Disponível em: <https://www.thestar.com/politics/political-opinion/2018/10/18/is-it-a-politicians-right-to-block-people-on-twitter.html>. Acesso em: 20 set. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. The United States District Court for the Southern District of New York. **Case 1:17-cv-05205-NRB**. Autores: Knight First Amendment Institute; Rebecca Buckwalter; Philip Cohen; Holly Figueroa; Eugene Gu; Brandon Neely; Joseph Papp; Nicholas Pappas. Réus: Donald J. Trump; Hope Hicks; Sarah Huckabee Sanders; Daniel Scavino. 23 de maio de 2018. Disponível em: <https://docs.justia.com/cases/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2017cv05205/477261/72>. Acesso em: 20 set. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constitution of the United States**. 2019a?. Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm. Acesso em: 20 set. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals For the Second Circuit. **Appeal nº 18-1691-cv**. Apelantes: Donald J. Trump; Daniel Scavino. Apelados: Knight First Amendment Institute; Rebecca Buckwalter; Philip Cohen; Holly Figueroa; Eugene Gu; Brandon Neely; Joseph Papp; Nicholas Pappas. Relator: Circuit Judge Barrington D. Parker, 09 de julho de 2019b. Disponível em: http://www.ca2.uscourts.gov/decisions/isysquery/cf57d4bb-3a56-4108-8424-1e92287db29e/2/doc/18-1691_opn.pdf#xml=http://www.ca2.uscourts.gov/decisions/isysquery/cf57d4bb-3a56-4108-8424-1e92287db29e/2/hilite/. Acesso em: 20 set. 2019.

GUZZI, Drica. **Web e Participação: a democracia no século XXI**. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2010.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MARANHÃO. **Ação popular nº 1009398-77.2019.4.01.3700**. 6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Maranhão. Autor: Thiago Gomes Viana Réu: Jair Messias Bolsonaro. 06 de agosto de 2019.

MENDEL, Toby. **Liberdade de informação: um estudo de direito comparado**. 2. ed. Brasília: UNESCO, 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)**. Disponível em: http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf. Acesso em: 03 set. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (2003)**. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf. Acesso em: 03 set. 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. 1969. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm. Acesso em: 10 set. 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Declaração Interamericana de Princípios de Liberdade de Expressão**. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. 2000. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s.Convencao.Libertade.de.Expressao.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

PERU. Corte de Lima. **Expediente nº 14190-2015-0-1801-JR-CI-01**. Autor: Jose Wilfredo Arrieta Caro. Réus: Municipalidad Metropolitana de Lima; Blanca Isabel Sanchez Villamil.

Juiz: David Suarez Burgos, 09 de outubro de 2017. Disponível em:

http://justiciaytransparencia.pe/sentencias/des_buscador_pj.php?ULTIMA_SECCION=&SECCION_ID=&ELEMENT_ID=1800&BUSQUEDA=bloqueados&ETIQUETAS= Acesso em: 10 set. 2019.

RUEDIGER, Marco Aurelio. Os robôs nas redes sociais. *In*: FGV/DAPP [local. 2017].

Disponível em: <http://dapp.fgv.br/artigo-os-robos-nas-redes-sociais/>. Acesso em: 15 set. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; Molinaro, Carlos Alberto. Direito à informação e direito de acesso à informação como direitos fundamentais na Constituição brasileira. **Revista da AGU**, Brasília, DF, ano XIII, n. 42, p. 09-38, out./dez. 2014. Disponível em:

http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11403/2/Direito_a_768_Informac_807_a_771_o_e_Direito_de_Acesso_a_768_Informac_807_a_771_o_como_Direitos_Fundamentais_na.pdf. Acesso em: 10 set. 2019.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, ano 91, v. 798, abr. 2002, p. 23-50. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

TUSHNET, Mark V. New Institutional Mechanisms for Making Constitutional Law.

Harvard Public Law Working Paper, n. 15-08, abr. 2015. Disponível em:

<https://ssrn.com/abstract=2589178>. Acesso em: 15 set. 2019.

TWITTER. **Central de ajuda**. Como bloquear contas do Twitter. 2019a?. Disponível em:

<https://help.twitter.com/pt/using-twitter/blocking-and-unblocking-accounts>. Acesso em: 15 set. 2019.

TWITTER. **Central de ajuda**. Como silenciar contas do Twitter. 2019b?. Disponível em:

<https://help.twitter.com/pt/using-twitter/twitter-mute>. Acesso em: 15 set. 2019.

COMENTÁRIOS À NOVA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (LEI 13.709/2018): BASE LEGAL PARA O TRATAMENTO DE DADOS

Silvia Regina Ali Zeitoun Revi¹

RESUMO: O presente resumo visa a analisar as alterações trazidas pela Lei Geral de Proteção de Dados, ressaltando o princípio da transparência e os princípios fundamentais da intimidade e da privacidade, garantidos constitucionalmente, bem como as bases legais do tratamento de dados comuns e sensíveis.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

COMMENTS ON THE NEW GENERAL DATA PROTECTION LAW (LAW 13.709/ 2018): LEGAL BASIS FOR DATA PROCESSING

ABSTRACT: This summary aims to analyze the changes brought by the General Data Protection Act emphasizing the principle of transparency and the fundamental principles of privacy, constitutionally guaranteed, as well as the legal basis for the processing of common and sensitive data.

KEYWORDS: General Personal Data Protection Act

SUMÁRIO:

1. Introdução. 2. Princípio da Boa fé. 3. Princípio da Transparência. 4. Princípio da Finalidade. 5. Consentimento. 6. Princípio da Adequação. 7. Tratamento de dados pessoais e o direito ao respeito aos direitos fundamentais. 8. Formas de regulamentação e controle do tratamento de dados pessoais pelo poder público. 9. Conclusão. 10. Referências bibliográficas.

¹ MESTRANDA EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO - UNINOVE. E-mail: silvia_revi@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, nº 13.853/19, assim como a Constituição Federal, o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil, a Lei do Cadastro Positivo e o Marco Civil da Internet, visam a tutelar direitos relacionados aos dados pessoais, ou seja, as informações relacionadas à pessoa natural identificada ou identificável, à luz dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade, bem como o do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Em razão da vigência do Regulamento Geral de Proteção de Dados na Europa (2016/679), a partir de 25.05.2018 surge a necessidade de soluções jurídicas e operacionais para que as empresas se adequem à legislação, em especial para modelos de negócios fundados em dados com sede no exterior e que também atuam no mercado brasileiro. Nesse cenário, surge a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, nº 13.853/19, que entrará em vigor em 16.02.2020.

Os dados pessoais na sociedade globalizada e informatizada possuem grande valor econômico, pois por meio do manejo de tais dados é possível gerar renda, potencializar negócios e lucros ou até mesmo comprometer a concorrência. Por exemplo, um hospital que possui de forma legítima informações confidenciais acerca de seus pacientes não está legitimado a transmitir tais informações a uma indústria farmacêutica para fins comerciais. O repasse de informações não autorizadas, nessas circunstâncias, poderia comprometer a livre concorrência, justificando assim a tutela dos dados pessoais pelo Poder Público, com vistas à proteção do princípio fundamental da intimidade, garantido constitucionalmente, nos termos do art. 5º, X, da Constituição Federal. Diante desse exemplo e de muitas outras situações, a LGPD surge para regular a matéria de coleta e tratamento de dados de maneira inovadora no ordenamento jurídico.

2. PRINCÍPIO DA BOA FÉ

O Princípio da boa fé está previsto no caput do art. 6º da LGPD e deve nortear todo o comportamento daqueles que coletam e tratam, de qualquer maneira, os dados pessoais. Para tanto a lei trouxe hipóteses autorizadoras para a coleta e tratamento de dados, dentre os quais podemos destacar os seguintes: i) minimização dos dados – os princípios norteadores da LGPD autorizam que sejam coletados tão somente os dados essenciais para a finalidade do serviço ou produto a ser prestado, o que também é aplicável às autoridades mesmo que, nestes casos, seja dispensado o consentimento ao tratamento, nos termos do art. 7º. Tal comportamento deve ser adotado desde a concepção do serviço ou produto a ser ofertado, incidindo no caso o que se conhece pela expressão por *Privacy by Design*, já que inexistindo a necessidade da coleta da informação tal conduta poderá ser

considerada abusiva pelo controlador ou operador; e ii) privacidade por padrão conhecida também pela expressão americana *Privacy by Default*, que está relacionada ao princípio da informação que prevê que o consentimento deve ser inequívoco, pois a regra é a privacidade. O titular dos dados deve ser informado a ter conhecimento, de forma idônea e inequívoca, acerca da existência da coleta e tratamento de dados, abrangendo a sua informação e transmissão.

3. PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA

O princípio da transparência está elencado no inciso IV, do rol art. 6º da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais que também prevê outros nove princípios regentes, além do princípio da Boa Fé, que se encontra em destaque em seu caput e que possui importância vertical, funcionando como vetor de interpretação para toda a lei.

A par dos direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, previstos como direito do titular dos dados pessoais (Art. 17), temos o princípio da transparência que prevê a garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial. O princípio da transparência com relação ao modo de tratamento de dados e dos agentes envolvidos no manejo dos dados, previsto pela lei, segue a diretriz traçada pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados n.º 2016/679, que substituiu a Diretiva Europeia 46/95/CE, e que prevê que como diretriz o princípio da transparência. Assim, a Lei Geral de Proteção de dados garante aos titulares ampla transparência acerca do conteúdo das informações bem como sobre o acesso e a forma de tratamento dos dados de seus respectivos titulares.

Para efetivação do direito de transparência o artigo 18, § 1º, prevê o direito de petição do titular dos dados pessoais contra o controlador perante a autoridade nacional, facultando-se se opor a tratamento realizado com fundamento em uma das hipóteses de dispensa de consentimento, em caso de descumprimento ao disposto na lei.

Todo titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição: I - confirmação da existência de tratamento; II - acesso aos dados; III - correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados; IV - anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei; V - portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa, de acordo com a regulamentação da autoridade nacional, observados os segredos comercial e industrial; VI - eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular, exceto nas hipóteses previstas no art. 16 desta Lei; VII -

informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados; VIII - informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e sobre as consequências da negativa; IX - revogação do consentimento, nos termos do § 5º do art. 8º da mencionada lei.

4. PRINCÍPIO DA FINALIDADE

O princípio da finalidade ganhou relevância na LGPD, pois a coleta e o tratamento de dados pessoais devem observar a finalidade para qual o titular dos dados consentiu para o seu uso. O desvio da finalidade que se desvincula do consentimento previamente dado pelo titular não legitima o uso dos dados, segundo o que prevê o art. 6º, I, da Lei 13.709/2018 e enseja a responsabilidade pelo controlador ou operador, já que configura ato ilícito, nos termos do art. 42.

5. CONSENTIMENTO

O consentimento para a coleta e a autorização para o tratamento dos dados deve ser livre de vícios, conforme prevê o art. 8º, § 3º da LGPD. A lei exige que a manifestação do titular dos dados seja inequívoca, já que o caput do art. 8º prevê que o consentimento deve ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação da vontade do titular. Além disso, a lei foi expressa em prever que caso o consentimento seja fornecido por escrito, esse deverá constar de cláusula destacada das demais, refletindo as finalidades determinadas, sendo que as autorizações genéricas para o tratamento de dados pessoais serão consideradas nulas.

O consentimento deve se manifestar por meio de uma vontade informada, ou seja, o controlador ou operador dos dados deve esclarecer, tornando as informações compreensíveis ao destinatário, sobretudo aos hipossuficientes técnicos, que desconhecem a metodologia empregada aos dados após o seu fornecimento.

O art. 8º, § 2º da LGPD prevê que cabe ao controlador o ônus da prova de que o consentimento foi obtido em conformidade com os princípios e regras elencadas pela lei.

O consentimento é livre e revogável a qualquer momento pelo titular dos dados, mediante manifestação expressa do titular por procedimento gratuito e facilitado. A revogação do consentimento é intrínseca à autodeterminação do titular dos dados, que pode a qualquer momento voltar atrás e revogar a autorização para que outrem utilize seus dados pessoais.

Destaca-se que o titular dos dados tem direito de obter do controlador, a qualquer momento, mediante requisição, informações acerca das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou o uso compartilhado de dados, nos termos do art. 18, VII.

6. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO

A LGPD deixou claro que além do princípio da finalidade o controlador ou o operador dos dados deve respeitar o princípio da finalidade, previsto no art. 6º, II, da LGPD, que dispõe que deve existir compatibilidade entre o tratamento dos dados com as finalidades informadas pelo titular, de acordo com o contexto do tratamento. O intuito do legislador no princípio da adequação foi preservar a correlação entre a vontade do titular dos dados quando da sua disponibilização e a utilização dos dados pelo controlador ou operador. A adequação deve estar em consonância com o consentimento dado pelo titular para o tratamento dos dados ou outras finalidades legais previstas e admitidas que devem ser a ele informadas de forma expressa.

7. TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS E O DIREITO AO RESPEITO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais trouxe definições e especificou finalidades que tutelam os dados a fim de garantir a efetivação de princípios fundamentais, constitucionalmente previstos, que em diversas situações clamam sopesamento como é o caso do direito à intimidade (art. 5º, X, CF); o direito à livre informação (art. 5º, XIV); o princípio da publicidade no âmbito da administração pública (art. 37, caput, CF); o princípio da livre iniciativa, livre concorrência e da defesa do consumidor (art. 170, CF), segurança jurídica, entre outros.

Antes da publicação da Lei 13.709/2018, o ordenamento jurídico brasileiro já previa a tutela de dados pessoais por meio do Código de Defesa do Consumidor, do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14) e respectivo Decreto nº 8.771/2016, da Lei do Cadastro Positivo (Lei nº 12.414/11) e da Lei de Acesso a Informação (Lei nº 12.527/2011). No entanto, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais inovou o sistema jurídico ao trazer o conceito de dado pessoal expansionista, alargado, em seu artigo 5º, I, ao definir dado pessoal como sendo a informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável, abrangendo toda informação que se possa identificar o indivíduo, transcendendo dados como de RG ou de CPF, tendo em vista que incluem qualquer tipo de dado pessoal da pessoa. Já o inciso II do art. 5º preconiza como dado pessoal sensível aquele que tem um regime jurídico mais protetivo relacionado à origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político,

dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.

Mencionada lei também inovou ao definir o tratamento de dados no art. 5º, X, trazendo 20 exemplos, como sendo toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem à coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração.

Assim, a Lei Geral de Proteção de Dados procura harmonizar o fomento ao desenvolvimento tecnológico e econômico com a proteção aos direitos humanos, com o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

8. FORMAS DE REGULAMENTAÇÃO E CONTROLE DO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS PELO PODER PÚBLICO

O titular de dados pode livremente dispor de seus dados em consonância com seus interesses. A autodeterminação informativa é a característica da LGPD, garantindo ao titular dos dados a oposição ao tratamento de dados, como também a de interagir e se imiscuir no tratamento de dados efetuado pelo controlador ou por terceiros por aquele indicado. A tutela trazida pela Lei Geral de Proteção de dados é ampla. Não há distinção entre dados levando em consideração à vida privada ou a vida pública do indivíduo ou se as informações foram captadas no âmbito público ou privado. O que se considera é a finalidade da utilização e a publicização dos dados pessoais. Salvo exceções previstas de forma expressa, a lei veda a utilização dos dados pessoais para fins diversos daquele que motivou o dado a ser publicamente acessível, afrontando às legítimas expectativas do seu titular.

Anteriormente à LGPD, prevalecia o tratamento livre do uso dos dados pessoais desde que não houvesse violação à lei. No entanto, após a LGPD a lógica se inverteu, já que agora somente é possível a coleta, o tratamento e a utilização dos dados pessoais dentro das hipóteses legais, denominadas bases legais ou jurídicas, levando-se em conta a finalidade de sua utilização em consonância com os motivos que autorizaram a publicização dos dados pelo seu titular.

O art. 7º da LGPD traz 10 hipóteses para legitimar o tratamento dos dados pessoais comuns. Por outro lado, para o tratamento de dados sensíveis (art. 5º, II) a lei previu 8 bases legais, nos termos art. 11 da LGPD. Caso o tratamento dos dados pelo Controlador não estiver enquadrado em uma das bases legais, a utilização dos dados será considerada

irregular e o Controlador poderá ser punido no âmbito administrativo, conforme prevê o art. 52 da LGPD ou processado judicialmente.

A LGPD reservou um capítulo inteiro sobre o tratamento de dados pessoais pelo Poder Público, dando-lhe um regime jurídico especial para o tratamento dos dados. O art. 23 da LGPD faz referência ao art. 1º da Lei de Acesso a Informação - Lei 12.527/2011 - para estabelecer que as suas normas se aplicam à administração direta (Poderes Executivos, Legislativos e Judiciário), Tribunais de Contas, Ministério Público e Defensoria Pública), e à Administração Indireta, compreendendo as Autarquias, Fundações Públicas, Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista em regime de monopólio e os Consórcios Públicos (art. 6, I, da Lei 11.107/2005).

O § 4º do artigo 23 estabelece que os serviços notariais e de registro exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público, terão o mesmo tratamento dispensado às pessoas jurídicas de direito público, de modo que os dados utilizados pelas serventias extrajudiciais deverão observar o novo regramento da Lei Geral de Proteção de Dados. As informações coletadas pelas serventias devem ser compartilhadas pela administração pública, tendo em vista que o § 5º do art. 23 determina que os órgãos notariais devem fornecer acesso aos dados por meio eletrônico para a administração pública, tendo em vista a finalidade pública.

Para que o tratamento dos dados pessoais as pessoas jurídicas de direito público devem instituir autoridade que lhe seja diretamente subordinada para, no âmbito do respectivo órgão ou entidade, exercer as atribuições conferidas pela LGPD.

A LGPD prevê um requisito mínimo para o tratamento de dados, que somente poderá ser realizado se observados os princípios, previstos no art. 6º e uma das 10 bases legais, previstas no art. 7º da referida lei para os dados comuns ou uma das 8 bases legais para o tratamento de dados sensíveis, nos termos do art. 11. Os róis que trazem as bases legais de tratamento dos dados é taxativo e entre as mencionadas hipóteses não há hierarquia ou subordinação.

A LGPD conferiu tratamento de destaque ao Poder Público no Capítulo IV, prevendo que as pessoas jurídicas de direito público devem manipular os dados pessoais apenas para atender a sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as suas competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público. Ou seja, fora das hipóteses legais o Poder Público não pode tratar os dados colhidos dos usuários do serviço público aviltando ou adulterando a razão que motivou o fornecimento dos dados pelo seu titular, frustrando a expectativa deste quanto ao destino e utilização dos dados pessoais.

O inciso III, do art. 7º da LGPD prevê a base legal que autoriza o Poder Público a tratar os dados e compartilhar o seu uso quando necessários à execução de políticas

públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres.

Da análise dos artigos 26 e 33, VII da LGPD, verifica-se que a utilização dos dados pessoais pelo Poder Público está fundada em dois pilares, quais sejam, o atendimento das finalidades específicas de execução de políticas públicas bem como a atribuição legal do Poder Público.

Para o tratamento de dados sensíveis pelo Poder Público exige-se o consentimento qualificado, que deve ser livre, informado e inequívoco, conforme prevê o art. 5º, XII, mas também específico e destacado para as finalidades específicas, em consonância do art. 11, I, da LGPD.

É possível a utilização dos dados pessoais sensíveis sem o consentimento do titular, nos termos do art. 11, II, nas hipóteses em que for indispensável para o tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em lei ou regulamentos. Nessa hipótese, o § 2º exige que o Poder Público dê publicidade à referida dispensa de consentimento, nos termos do inciso I, do caput do art. 23 da LGPD.

A base legal referente ao legítimo interesse (art. 7º, IX) também se aplica ao Poder Público e se traduz no interesse público primário, que fundamenta a existência da administração e deve ser perseguido pelo poder público.

9. CONCLUSÃO

Uma das razões que faz com que o indivíduo reconheça o poderio estatal e permita a restrição parcial de sua liberdade para viver em sociedade é a proteção dos direitos fundamentais previstos na Carta Maior que o Estado promete garantir.

Atualmente, com a evolução da tecnologia, os dados pessoais consistem em verdadeira extensão da personalidade humana, razão pela qual devem ser resguardados pelo Estado, que detém poder e competência para tanto.

Com a evolução da engenharia tecnológica de dados, o direito à privacidade necessitou ser protegido de acordo com os novos ataques que vem sofrendo. A atualização legislativa surge para regular a forma de coleta, tratamento e proteção de dados pessoais a fim de garantir a observância dos princípios da liberdade, privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

O grande desafio para os intérpretes da nova lei é o exercício de ponderação entre princípios fundamentais, tendo em vista que a pretexto de se garantir o princípio da privacidade ou a defesa do consumidor não se pode suprimir, por exemplo, os princípios

da ordem econômica, como a livre iniciativa e a livre concorrência, atravancando o desenvolvimento do país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais. A função e os limites do consentimento.** São Paulo: Forense, 2019, p. 51 e ss.
2. DONEDA, Danilo. **Direito à proteção dos dados pessoais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
3. DONEDA, Danilo. **O direito fundamental à proteção de dados pessoais.** In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (Coords.) *Direito digital.* Direito Privado e internet. 2. Ed. Indaiatuba: Foco, 2019.
4. MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. **Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados.** *Revista de Direito do Consumidor*, v. 120. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2018, p. 469-483.

DESAFIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL SOBRE A LEI DE PROTEÇÃO DE DADOS

Richard Bassan¹; Lidiana Costa de Sousa Trovão²

RESUMO: A pesquisa desenvolvida aborda os desafios da administração pública municipal no manejo dos dados pessoais e na responsabilidade de manter sua integridade, obedecendo conceitos éticos e legais à luz dos ditames da Lei de Proteção de Dados Pessoais vigente no Brasil e espectros de legislações alienígenas. A necessidade de discussão do tema reivindica abordagem necessária para o ajuste de alguns pontos ainda não totalmente alinhados no seio da administração pública municipal. A problemática, portanto, se assenta nos desafios enfrentados para que os dados pessoais necessários para a alimentação de sistemas e cadastros sejam tratados de forma adequada, e não venham a ferir a intimidade e os direitos de personalidade de seus titulares. O objetivo do trabalho, portanto, é demonstrar que é possível cumprir a LGPD no âmbito da administração pública municipal, mediante a adoção de mecanismos de aprimoramento de práticas tecnológicas e de ordem pessoal daqueles que manipulam os dados. Para a consecução dessa pesquisa foi utilizado método dedutivo, baseado em pesquisa bibliográfica apoiada em doutrina e legislação nacional e estrangeira.

Palavras-chave: Administração Pública Municipal. Lei Geral de Proteção de Dados. Proteção de dados. Compliance. Integridade.

CHALLENGES OF THE PUBLIC ADMINISTRATION ON DATA PROTECTION LAW

ABSTRACT: The research developed addresses the challenges of the municipal public administration in the management of personal data and the responsibility to maintain its integrity, obeying ethical and legal concepts in light of the dictates of the Personal Data Protection Act in force in Brazil and spectra of alien laws. The need for discussion of the theme claims the necessary approach to adjust some points not yet fully aligned within the municipal public administration. The problem, therefore, rests on the challenges faced so that the personal data necessary for the feeding of systems and registers are properly

¹Procurador do Município de Taboão da Serra, advogado em São Paulo, mestrando em direito pela UNIMAR - Universidade de Marília/SP. Pós-graduado em finanças, investimentos e banking pela PUC do Rio Grande do Sul- PUCRS, pós-graduado em direito ambiental pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado - ESPGE e pós-graduado em direito privado pela Universidade para o desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal - UNIDERP.

²Mestre em Direito pela UNIMAR. Especialista em Direito Civil e Processual Civil. Bacharel em Direito pela UFMA. Licenciada em História pela UEMA. Advogada. Professora de Direito Público.

processed, and will not harm the privacy and personality rights of their holders. The objective of the paper, therefore, is to demonstrate that it is possible to comply with the LGPD within the municipal public administration, by adopting mechanisms to improve the technological and personal practices of those who manipulate the data. To accomplish this research, a deductive method was used, based on bibliographic research supported by national and foreign doctrine and legislation.

Keywords: Municipal Public Administration. General Data Protection Act. Data protection. Compliance Integrity.

INTRODUÇÃO

A administração pública municipal desempenha dentre outras atribuições a importante tarefa de proteção dos dados pessoais de que tem posse para realização de suas atividades, e pelas quais deve ter controle e manipulação responsáveis. À vista da grande quantidade de dados postos a disposição, inseridos nos sistemas e cadastros, a malversação e utilização indevida dessas informações se torna cada dia mais imperiosa, a fim de que sejam cumpridos preceitos éticos e legais à luz da Lei Geral de Proteção de Dados e o inevitável espectro de legislações estrangeiras.

Os Municípios, como grandes controladores de dados pessoais, vem sendo comumente cobrados a darem tratamento adequado a essas informações e principalmente evitar que eles sejam utilizados de maneira incauta. Nesse contexto é importante mencionar a previsão expressa no art. 7º, III da LGPD, onde se indica que a administração pública poderá realizar o tratamento e compartilhamento dos dados pessoais, desde que necessários à algumas das atividades por ela desempenhadas.

O recorte aportado neste trabalho perfilha o entendimento de que essa manipulação não é vista como ilimitada e utilizada de forma desmedida. Na pesquisa aqui disposta, por meio do método dedutivo, pesquisa bibliográfica e legislação nacional e estrangeira, apontar-se-ão possíveis formas de limitar a atuação da administração pública municipal, sem prejuízo de alcançar os objetivos públicos por ela perseguidos, trazendo harmonia para o cenário.

Não obstante, a capacitação humana e a utilização de tecnologias mais avançadas, com hábeis e eficazes sistemas de segurança de sistemas e cadastros não se mostra mais como apenas uma opção, mas prescinde de implementação para que seja possível cumprir os ditames éticos e legais decorrentes dos diversos regramentos nacionais e estrangeiros em relação à manipulação de dados pessoais.

No decorrer do trabalho serão ainda indicados pontos positivos no tocante ao cumprimento de pontos específicos dos programas de *compliance* aplicados à administração pública, e que podem significar ferramentas poderosas para manter a

integridade de todo o sistema de dados manipulados pela administração pública, citando exemplo de boas práticas já ocorridas no âmbito do setor público.

1. OS MUNICÍPIOS COMO OS GRANDES CONTROLADORES DE DADOS PESSOAIS

A LGPD é um regramento que se aplica a todo território nacional. A administração pública municipal, como uma das grandes controladoras dos dados pessoais, está sujeita às normas ali encartadas, podendo criar regramentos que atendam às suas necessidades locais para o cotejo das implicações que porventura tenham que lhe dar. Na seara das competências públicas, Carvalho e Cabral (2019, p. 56) contemplam que “a transparência e a publicidade dos atos do governo são importantes instrumentos das democracias modernas, fundadas na participação e, portanto, no acesso à informação para que essa participação ativa aconteça.”.

A era digital chegou para todos sem distinção, alçados por práticas sociais contemporâneas que sofreram alterações em face de conexões e interações em contexto digital. Rezende et al (2019, p. 04) observa que “considera-se como um grande marco na evolução social a inserção da tecnologia e o boom informacional que proporcionaram novos métodos de ‘reunião’ social.”. Não por menos, “a LGPD regulamenta o tratamento de dados e informações pessoais, inclusive em meios digitais, por entes públicos e privados. A lei é inspirada na regulamentação já utilizada na Europa [...]” (BRASIL, AGÊNCIA SENADO, 2019). Contudo, no Brasil, há uma diferença importante, pois “[...] as empresas públicas também estão sujeitas à lei. Empresas que não se adequarem às exigências poderão pagar multa de até R\$ 50 milhões, entre outras sanções.” (BRASIL, AGÊNCIA SENADO, 2019).

Doneda (2011, p. 91) explica que “a possibilidade de controle unificado das diversas atividades da pessoa, nas múltiplas situações de vida, permitem o conhecimento de sua conduta pública e privada, até nos mínimos detalhes.”. A partir daí é que se perfilha a ingerência pública na vida das pessoas, pois geralmente, a população se relaciona com o Estado através do usufruto de serviços públicos por ele ofertados, que prescindem da coleta de informações fornecidas por seus usuários. (CARVALHO; CABRAL, 2019, p. 56).

Essa realidade, de acordo com Carvalho e Cabral (2019, p. 56), faz com que o Estado se enquadre, de acordo com “[...] aos aparatos oficiais a condição de grandes produtores e coletores de dados e informações, que dizem respeito aos cadastros de programas governamentais, e às informações prestadas pelos indivíduos para os mais diversos fins.”. Essa coleta de informações diversas, por diferentes órgãos para as mais diversas finalidades impõe ao poder público o manejo desse objeto de disputa, entre órgãos

públicos e de desejo do mercado, e por esta razão necessitam tanto de proteção. Interessante notar, o que assevera Araújo (2019, p. 49):

Essa 'era virtual' abalizada pelas redes sociais e pela difusão do acesso à internet, especialmente por meio de smartphones, exige do Poder Público à criação de leis que visem regular as novas formas de sociabilidades oriundas da sociedade virtual ou cibersociedade, como é o caso do Marco Civil da Internet, e da novel Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

A implicação dessa digitalização decorreu da facilidade com que se investe sobre a vida privada das pessoas, adentrando sua intimidade por meio do compartilhamento de dados pessoais, que pode ter origem de vazamentos ilegais feitos por meio da administração pública municipal. Para coibir esta e outras práticas semelhantes, foi promulgada a Lei 13.709/18, que contemplou expressamente as hipóteses em que a administração pública figura como destinatárias, trazendo como específicas as menções dos incisos II e III do art. 7º e art. 23.

Entretanto, Sá Júnior (2018, p. 34) observa:

O art. 7º, III é um tremendo guarda-chuva e deixar um amplo espectro de atuação para a administração pública, ao prever que o tratamento de dados pessoais poderá ser realizado "para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas".

A atividade controladora que exerce os municípios incita a uma previsão mais aproximada da população. Pela redação dos citados incisos, é possível identificar que para o tratamento e compartilhamento de dados pela administração pública, a administração municipal deverá dispor de estrutura necessária e delimitar a atuação de seus servidores no tocante a essa atividade.

O fornecimento dos dados pessoais implica uma conduta antecedente por parte de quem os fornece, o consentimento. Nessa esteira, decorre da interpretação do art. 6º, I da LGPD que "o consentimento está vinculado à finalidade da coleta de dados previamente informada ao titular, inadmitindo-se, além de autorizações genéricas, informações de conteúdo enganoso, abusivo ou dúbio." (ARAÚJO, 2019, p. 52). Além do consentimento, a lei geral também trata da anonimização e pseudanonimização, respectivamente previstos nos art. 5º, II e art. 19, § 4º.

A convergência da relação bilateral se completa com as obrigações que devem ser assumidas pelo poder público, denominados pela LGPD como agentes de tratamento. A LGPD também definiu os agentes de tratamento de dados, controlador e operador. Além dessas figuras, a lei também previu a figura do encarregado que, apesar de não ter sido incluído como agentes de tratamento, detém relevante responsabilidade nessas relações. Os municípios especificamente são detentores de diversas dessas obrigações, e

acumulam boa parte dessas informações ar respeito dos munícipes e daqueles que com ele se relacionam no âmbito fiscal.

Essas informações revelam situações que provocam conflitos entre a proteção, o controle, a obrigatoriedade e a deliberalidade de compartilhá-los. Assim, a manipulação de dados pessoais no âmbito municipal (que envolve todas as atividades citadas) ocorre de diversas formas, e neste tópico serão apontados alguns deles a título ilustrativo. Ora se exige que haja um sigilo, ora há a obrigatoriedade de fornecimento desses dados pessoais sensíveis. O compartilhamento responsável dessas informações, consoante adverte Sylvestre (2013, p. 235), pauta-se na “necessidade da proteção de outros bens diversos, também revestidos de envergadura constitucional, pode justificar restrições aos direitos fundamentais”.

Acerca do assunto, delineiam Carvalho e Cabral (2019, p. 55):

Tem-se, assim, que a legislação em vigor garante como regra a transparência, mas delimita de forma muito clara os casos de sigilo e proteção dos dados, de forma a respeitar os direitos de intimidade e privacidade garantidos pela Constituição Federal de 1988. A harmonização desses princípios não é, no entanto, de fácil delimitação. E diversos dilemas se apresentam na prática.

Diversos desafios dessa ordem, portanto, são enfrentados pela administração pública municipal, uma vez que os princípios apontados dizem respeito às prerrogativas dos órgãos de controle de requisitarem informações aos órgãos públicos para fins de instrução de suas auditorias e investigações. (CARVALHO; CABRAL, 2019, p. 55). Não obstante a previsão legal da transferência do dever de sigilo, em determinadas situações essas prerrogativas têm que ser relativizadas para a proteção de um bem maior.

Uma delas se pauta na controvérsia envolvendo possíveis compartilhamentos de dados pessoais pelos municípios com empresas privadas, a exemplo da exigência em relação àquelas que prestam Serviço de Transporte Individual Privado, pois se trata de uma realidade em vários municípios brasileiros. A respeito da situação apontada, destaca Sá Júnior (2018, p. 37):

Sob o pretexto dos dados estarem sendo colhidos para a regulação de políticas públicas de mobilidade urbana, é possível notar que a exigência de dados básicos referentes à cada viagem intermediada (origem e destino, tempo e distância, mapa do trajeto, preço pago, identificação do condutor e avaliação do serviço pelo passageiro) é comum entre a maioria das normas que regulamentam a atividade.

Comungando do mesmo entendimento, alguns municípios, consoante assevera Sá Júnior (2018, p. 37) “[...] requerem dados dos aplicativos de transporte que, a princípio, não são de sua natureza comercial e/ou exigem uma infraestrutura de rede desnecessária para o mero funcionamento do aplicativo.”. Existe um desvirtuamento acentuado em

relação ao tratamento de dados sensíveis nessa hipótese, porém, se analisado sob um fator de interesse público, pode se amoldar aos ditames do art. 7º, II e III da LGPD.

O município de São Paulo enfrenta um desgaste judicial a respeito do compartilhamento de dados referentes aos principais *players* do mercado [Uber do Brasil, 99 Tecnologia e Associação Brasileira de Online to Offline (ABO2O)], onde se discute, consoante aduz Sá Júnior (2018, p. 37):

[...] a exigência do compartilhamento de dados com o ente público, envolvendo, nesse ponto, (i) a constitucionalidade dos diplomas regulamentadores; (ii) a proibição do serviço em decorrência da não apresentação das informações requisitadas; e (iii) a suspensão de eventuais penalidades.

Existem várias situações em que a administração pública municipal se põe neste universo de análise acerca do alcance das informações de que detém. Dessa forma, no cotejo dessas informações, “quando a Administração Pública atua no campo da privacidade e dos dados pessoais, a operação de tratamento é, sem sombra de dúvida, um ato administrativo e como tal, detém como pressuposto de validade a sua finalidade.” (ARAÚJO, 2019, p. 58).

Diante do aspecto regulatório que determina as atividades no âmbito da administração pública, Sá Júnior (2018, p. 40) aponta que “para que o cumprimento dessas disposições ocorra da maneira adequada, vai depender das sanções. O Judiciário precisa estar preparado e entender as complexidades que esse tema envolve.”. O cumprimento dos incisos II e III do art. 7º da LGPD, embora sejam dotados de genericidade e amplitude, reclamam controle e fiscalização, inclusive internamente, no seio da administração pública municipal. Investimentos em tecnologia, inovação e treinamento de pessoal, assim como o auxílio de programas de integridade institucional a exemplo do *compliance*.

Essas possibilidades serão adiante tratadas, sem detrimento do o nobre papel do Poder Judiciário na discussão e resolução das contendas que forem levadas a seu conhecimento. As situações precisam ser vistas sob um olhar mais técnico, mais profissional, a fim de que essas atividades sejam conduzidas de forma adequada pela administração pública municipal e poder público em geral.

2. NECESSIDADE DE INVESTIMENTOS EM TECNOLOGIA E CAPACITAÇÃO DE PESSOAL

O tráfego de informações configurado no compartilhamento de dados pessoais se tornou mais acentuado quando houve a expansão do acesso das pessoas a essas informações, viabilizado pela rede mundial de computadores. Sempre houve o fornecimento desses dados tanto no âmbito privado quanto nas relações com entes

públicos, mas o compartilhamento se tornou nocivo quando as pessoas tiveram amplo acesso a esses dados.

Doneda (2011, p. 92) explica:

A utilização sempre mais ampla de dados pessoais para as mais variadas atividades – identificação, classificação, autorização e tantas outras – torna tais dados elementos essenciais para que a pessoa possa se mover com autonomia e liberdade nos corredores do que hoje costumamos denominar de Sociedade da Informação. Os dados pessoais chegam a fazer às vezes da própria pessoa em uma série de circunstâncias nas quais a sua presença física seria outrora indispensável.

Os processos de capacitação e automação dos sistemas, assim como o intercâmbio de informação entre eles devem seguir diretrizes a fim de orientá-los quanto às diretrizes estabelecidas pela Lei n.º 13.709/2018. A utilização dessas informações de forma efetiva e cômsona à estratégia do gestor público, “são desafios constantes da gestão efetiva dos municípios a estruturação e disponibilização de informações confiáveis, oportunas e personalizadas para apoiar as decisões da administração pública municipal [...]” (LEITE; REZENDE, 2010, p. 459). Essas estratégias são importantes para elaborar e controlar o planejamento estratégico municipal alinhado aos anseios dos cidadãos, uma vez que o objetivo da LGPD é que essa relação de troca de informações seja harmônica.

Isso porque o município também fornece essas informações a sociedade, por meio da disponibilização de dados pessoais, consoante ventilado no tópico anterior. A exemplo, Amorim e Stadler (2019, p. 252) apontam que:

A adoção do Governo Eletrônico (e-GOV) refere-se à utilização de ferramentas tecnológicas com vista à modernização dos serviços e da gestão pública, por meio do aumento da participação popular no processo democrático. Nesse sentido, as TICs contribuem (auxiliam no atendimento) para atender às necessidades da sociedade como: ampliar a cidadania, aumentar a transparência na gestão e incrementar a participação popular como agente fiscalizador do poder público.

Todo esse aparato de tratamento de dados pessoais prescinde de uma lógica governamental e estrutura tecnológica e de pessoal para ser utilizada, alimentada e mantida. Entretanto, no seio da administração pública municipal, essa evolução não foi proporcional à vivenciada no mundo digital. A esperada digitalização, assim como a capacitação das pessoas para entender as diretrizes e operar os sistemas, não seguiu a mesma consonância das responsabilidades exigidas pela LGPD.

Com o advento da lei em questão, a corrida pela adequação administrativa e operacional, apesar do espreque acordado na *vacatio legis* cordialmente ofertada pelo legislador ordinário, em sede de especulação acerca da estrutura dos municípios, o prazo é considerado exíguo. Battilana e Kim (2019, p. 21) comentam que “This is the reason why mapping is essential for companies to comply with the law: They must understand what

they do with the data and then adjust practices as needed”. Observam ainda que até agosto de 2020, quando será plenamente exigida, “[...] consent remains as the central key of the Brazilian data protection legislation, but one must keep in mind that different business sectors have specific rules that may enable, oblige, or forbid personal data processing.” (BATTILANA; KIM, 2019, p. 21).

Existe no procedimento licitatório a obrigatoriedade de contratação orientada pelo princípio da isonomia entre os participantes, que pode ser mitigado para atender às necessidades do contratante e privilegiar empresas nacionais. Essa mitigação decorre do art. 3.º da Lei 8.248/1991, mencionado no §1º do art. 3.º da Lei 8.666/1993, que estipula normas de prioridade em contratações públicas de bens e serviços de informática e automação.

Alexandrino e Paulo (2017, p. 696) explicam que “para o exercício dessa preferência prevista no art. 3.º da Lei 8.248/1991 devem ser levadas em conta condições equivalentes de prazo de entrega, suporte de serviços, qualidade, padronização, compatibilidade e especificação de desempenho e preço.”.

Desse modo, no que tange à contratações destinadas à implantação, à manutenção e ao aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia de informação e comunicação, considerados estratégicos em ato do Poder Executivo federal (pelo princípio do paralelismo, aqui também leia-se executivo municipal), ensinam Alexandrino e Paulo (2017, p. 697) acerca do sistema de preferência:

[...] a licitação poderá ser restrita a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e produzidos de acordo com o processo produtivo básico previsto na legislação pertinente (Lei 8.666/1993, art. 3.º, § 12). Simplificadamente, o termo processo produtivo básico designa um conjunto mínimo de operações que devem ser efetuadas no Brasil, relacionadas a determinado bem ou serviço, a fim de que ele possa gozar ou ensejar a fruição de variados benefícios previstos em leis e outros atos normativos.

Apesar disso, de um modo geral as licitações demoram, pois exigem um procedimento mais solene com etapas rígidas que precisam ser realizadas. Existe um formalismo para que seja realizada, como explicam Alexandrino e Paulo (2017, p. 692) “o procedimento administrativo da licitação é sempre um procedimento formal, especialmente em razão de preceder contratações que implicarão dispêndio de recursos públicos.”. Há se entender que, por ser um procedimento dotado de transparência, necessita que seja realizado tal como se menciona nas legislações de regência, a fim de que não sejam evitadas de vícios de formalidade ou de materialidade.

Nessa esteira, a implicação das determinantes do processo licitatório demanda a publicização dos atos, cuja fidelidade se deve ao princípio da publicidade. É necessário

que “[...] os motivos determinantes das decisões proferidas em qualquer etapa do procedimento sejam declarados. Decisões em que fossem omitidos os motivos impossibilitariam o efetivo controle do procedimento pelos participantes e pelos cidadãos em geral.”. (ALEXANDRINO; PAULO, 2017, p. 692).

Para que seja possível iniciar a estruturação que caiba minimamente as exigências da lei, é preciso que os órgãos de controle de dados, responsáveis pela sua salvaguarda, tratamento e proteção realizem licitações para aquisição de equipamentos e softwares para armazenamento seguro dessas informações. Não obstante, o processo licitatório em si já é um procedimento demorado, que enseja, além de total proibidade, a escolha da modalidade que melhor se adequa e atende aos preceitos da administração pública.

Seguindo a lógica das aquisições, para operacionalizar o processo, exige que os servidores públicos municipais sejam capacitadas, por meio de cursos específicos para utilização do software. É bem verdade que essas são etapas que facilmente podem transpor o período de espera que a lei está gozando para entrada em vigor, e a partir daí tornar-se exigível em todo o país. Até lá, todos estarão obrigados a cumpri-la, tornando-se um desafio da administração, que enfrenta muitas dificuldades para estruturar-se, principalmente de ordem financeira.

Essa capacitação tem que alcançar a sensibilidade dos servidores para identificar as situações em que devem agir, e em que medida as suas ações podem importar em responsabilidades para o município, já que agem em nome do referido ente público. Interessante o apontamento de Battilana e Kim (2019, p. 21):

Data subjects shall have clear, accurate, and easily accessible information about who is processing their personal data. Therefore, if the controller that obtained the consent from a data subject intends to communicate or share personal data with other controllers, it must obtain a specific consent from the data subject for this purpose as well. One of the most important steps for compliance with the LGPD is mapping the data flows and processing activities.

Dessa forma, é possível compreender que os servidores públicos municipais que venham a ser os manipuladores desses dados devem compreender a importância da atividade, tanto no sentido público quanto no privado. Para Battilana e Kim (2019, p. 22), mesmo que os controladores de dados forneçam todo o material necessário para fornecer um consentimento legal, “[...] it is difficult to ensure that data subjects did access, analyze, acknowledge, and understand it before consenting. Therefore, controllers must demonstrate that they put forth their best efforts to increase data subjects’ control and improve the quality of their consent.”.

As entidades públicas necessitam promover com urgência essas adequações. Algumas iniciativas têm sido realizadas pelo Brasil, nos setores público e privado, com o

auxílio de boas práticas de integridade no contexto do *compliance*, que podem ter benefícios tanto preventivos quanto reativos. Referido assunto será tratado doravante, no próximo tópico desse trabalho.

3. PROGRAMA DE COMPLIANCE NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA O CONTROLE DA INTEGRIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS

Uma saída para auxiliar a administração pública municipal no cumprimento das implicações éticas e legais decorrentes da LGPD é a adoção de um programa de integridade, tendo em vista que as boas práticas de conduta tem se mostrado eficazes para o cotejo de informações no meio público e privado. Neto et al (2017, p. 188) explicam que com a massificação do acesso aos computadores nos últimos anos, “[...] o custo da tecnologia de armazenamento e processamento diminuiu drasticamente, o que tornou economicamente viável o maior armazenamento de dados por empresas e governos.”. Entendem os referidos autores que, “além disso, com a atual expansão do big data, é cada vez mais vantajoso guardar o máximo de informações possíveis; afinal, sempre podem ser descobertos novos significados a partir de um conjunto de dados aparentemente irrelevante.” (NETO et al, 2017, p. 188).

O mapeamento de fluxos de dados e atividades de processamento é um dos primeiros passos a serem dados para visualizar o cenário a ser adaptado para cumprir os requisitos éticos e legais decorrentes da LGPD. Assim, de acordo com Battilana e Kim (2019, p. 21):

Once companies identify the personal data collected, how the processing is carried out, and for which purposes the data is processed, it will be possible to assess whether the intended data treatment can be framed into one of the possible lawful bases for processing. This is the reason why mapping is essential for companies to comply with the law: They must understand what they do with the data and then adjust practices as needed.

A ferramenta do *compliance* como programa de integridade servirá para nortear os diferentes setores que compõem a administração pública municipal e auxiliá-los na adequação às novas diretrizes para tratamento de dados pessoais, tendo em vista que praticamente toda corporação faz uso dos dados pessoais dos munícipes. Diante dos desafios enfrentados, de acordo com Oliveira et al (2019, p. 181), estima-se que a adequação, de fato, não será tarefa fácil, “[...] porém a falta dela poderá importar em prejuízos incomensuráveis. Ponderando-se que o *compliance* tem objetivos tanto preventivos, quanto reativos¹⁶, tais danos podem ser consideravelmente reduzidos.”.

A partir do levantamento desses dados e da necessidade de implementação de novos softwares ou capacitações mais específicas, de forma a atender as atividades correntes e programáticas do município, essas projeções poderão ser feitas com fito preventivo, evitando a manipulação ou tratamento indevido de dados, que possam ecoar em possíveis ilegalidades. Oliveira et al (2019, p. 181) descreve o processo em três etapas:

A primeira, correspondente à formulação, ou seja, análise e valoração de riscos, definição de medidas de prevenção e a criação de uma estrutura de compliance. A segunda, implementação, ou seja, comunicação e detalhamento do programa, consistente em medidas organizacionais para criação de processos de compliance. A terceira, por fim, abrangendo a consolidação e aperfeiçoamento, estabelecendo um processo para apuração de violações, critério de sanções e avaliação continuada e aperfeiçoamento do programa.

O Estado necessita fortemente de todo o contexto que envolve a e-democracia, ou democracia eletrônica. Essa retórica se intensificou “com a regulamentação do Marco Civil da Internet, o desenvolvimento de novas tecnologias e ferramentas digitais se tornaram mecanismos de engajamento democrático e participação política.” (ZAGANELLI; MIRANDA, 2017, p. 639). Sustentam ainda as autoras que “[...] a utilização da internet como condão de controle social é analisada do ponto de vista institucional, pois é o Estado que proporciona os meios para a consecução da participação, da fiscalização e do engajamento.” (ZAGANELLI; MIRANDA, 2017, p. 639).

A implementação de um programa de integridade como o *compliance público* agrega além de importantes ferramentas de gestão e aprimoramento das boas práticas administrativas para o cumprimento da LGPD a intenção de impedir que haja a malversação desses dados, dando ênfase a outros dois importantes regramentos, a Lei Anticorrupção nº 12.846/1339 e a Lei n. 13.303/16, que trata do estatuto jurídico das empresas públicas e das sociedades de economia mista.

Pela Lei anticorrupção, o corolário da integridade das ações governamentais fica por conta da responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública. Isso acarreta a necessidade de que os municípios também tenham cuidados com suas relações com empresas no âmbito privado, e, desse modo, possam proteger o patrimônio público, a exemplo de processos licitatórios ímprobos. Veja-se que há uma relação engendradora de ações interligadas pelo compartilhamento desses dados pessoais, que envolvem uma série de implicações que podem desestruturar o serviço público. Nesse sentido, Zaganelli e Miranda (2017, p. 642) apontam:

Na Lei Anticorrupção, embora não seja possível encontrar, expressamente, a terminologia Compliance, nota-se que há um incentivo para a criação de “mecanismos e procedimentos internos de integridade e auditoria”. Além disso, a

referida lei estimula a prática da denúncia frente a irregularidades em prol da ética no âmbito da pessoa jurídica. Para isso, de modo a compilar os procedimentos diante das situações que norteiam o cotidiano de uma empresa, a Lei Anticorrupção determina ser indispensável a elaboração de um código de conduta.

Entretanto, é necessário que haja uma mínima estrutura para conceber um programa de *compliance público*, pois, para mantê-lo efetivamente, “as instituições ainda devem observar outras questões práticas, a exemplo da elaboração de um adequado Termo de Uso e de Políticas de Privacidade.” (OLIVEIRA et al, 2018, p. 193).

Por esta razão, diante da possibilidade de implementação de um programa de integridade, a capacitação dos controladores se faz necessária também para operacionalizar as ações determinadas no programa de *compliance*, que envolverá toda a corporação. Assim, “[...] é fundamental que o encarregado tenha conhecimento, e possa acompanhar e se envolver com todos os fluxos de processos realizados dentro da empresa controladora, bem como auxiliar diretamente no desenvolvimento de produtos e serviços [...]”. (OLIVEIRA et al, 2018, p. 195).

Assim, a fim de que a administração pública municipal possa vencer esse paradigma e impeça que práticas abusivas e de desvirtuamento dos ditames da LGPD sejam praticadas, diversas modificações em sua estrutura formal e comportamental devem ser realizadas. Ao passo em que aguarda o decurso do prazo decorrente da *vacatio legis*, cumpra-lhe o desafio de promover as apontadas modificações, sem prejuízo das que vierem a surgir, dada a dinamicidade das relações que regem as atividades públicas em geral.

CONCLUSÃO

A pesquisa desenvolvida serviu para que algumas premissas colocadas no início do trabalho fossem confirmadas, e para que outras fossem rechaçadas. Porém existe entre elas um interessante ponto de convergência, que é a manutenção da discussão a respeito e a premência de adequação das atividades da administração pública municipal para atender os objetivos da LGPD.

Práticas antigas ainda desenvolvidas nos municípios dificultam essa adequação, pois prescindem do desenvolvimento de estratégias que demandam o emprego de tecnologia e o treinamento humano. Além disso, a mentalidade de toda a população precisa ser trabalhada, a fim de que as elas entendam que os dados pessoais entregues à determinado órgão pode ter implicações perversas quando utilizados de forma inadequada.

Para isso existem ferramentas de integridade corporativa que auxiliam na implementação de boas práticas de gestão e que têm se mostrado eficazes em diversos

ramos de atividades, tanto públicas quanto privadas. Assim se mostrou o compliance, conjunto de estratégias que visam expressar maior confiabilidade entre a administração pública e os municípios, como foi o caso analisado neste trabalho.

As boas práticas trazidas pela figura do *compliance público* ensejam um aglomerado de proposições que podem auxiliar sobremaneira a administração pública municipal a transpor os desafios colocados pela LGPD. É preciso que se entenda que essas boas práticas não são exatamente uma inovação, mas que, por ocasião do advento de diversas leis, a configuração dessas práticas tornou-se obrigatória. Os tempos mudaram e a evolução da era digital tende a se acentuar.

As atividades públicas estão diretamente relacionadas à vida cotidiana dos municípios e precisa ser vista com mais sensibilidade. Recursos de ordem pública e o manejo das atividades que envolvem a probidade da sua atuação tendem ser mais controladas em virtude da facilidade com que a malversação de informações pode ser feita.

Nas esteira das conclusões aqui postas, é preciso consignar ainda que essa dualidade entre transparência e proteção de dados pode encontrar um ponto comum a partir do momento em que essas práticas sejam completamente dotadas de boa-fé, ou seja, que sejam íntegras do início ao final. O que foi visto é que todos os envolvidos no processo de coleta e tratamento de dados precisam estar comprometidos com o sistema.

O repúdio às más condutas já estavam devidamente delineadas nos princípios gerais que regem a administração pública, o que se viu agora com a LGPD foi apenas o direcionamento delas para um contexto digital. Espera-se que com o decurso do prazo de *vacatio legis* os municípios possam ter percorrido pelo menos parte do caminho em direção a uma adequação que busque exatamente esse equilíbrio tão almejado pelo legislador infraconstitucional.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional descomplicado**. São Paulo: Método, 2017.

AMORIM, Fabiana Borelli; STADLER, Adriano. O acesso à informação na gestão pública: dificuldades enfrentadas pelo poder executivo municipal de Londrina (PR). **Revista de Gestão e Secretariado**. São Paulo, SP, v. 10, n. 2, mai/ago, 2019, p. 246-268. Disponível em: <<https://revistagesec.org.br/secretariado/article/view/873/pdf>>. Acesso em: 15 out. 2019.

ARAÚJO, Douglas da Silva. **Smart cities, segurança pública e proteção de dados: uma análise do uso de dados pessoais pelo poder público**. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do

Norte, como requisito para a obtenção do título de mestre em Direito. Natal: UFRN, 2019. Disponível em:

<https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/27660/1/Smartcitiesseguranca_Araujo_2019.pdf>. Acesso em: 13 out. 2019.

BATTILANA, Carla do Couto Hellu; KIM, Shin Jae. **Personal data processing in Brazil: a new scenario to come.** *Revista Compliance & Ethics Professional*. Disponível em: <<https://assets.corporatecompliance.org/Portals/1/PDF/ComplianceEthicsQuiz/CEU-articles/2019/cep-2019-06-CEU-battilana-kim.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. AGÊNCIA DO SENADO. Senado Notícias. **País deve se preparar para Lei de Proteção de Dados Pessoais**, aponta debate. Da Comunicação Interna. 08/08/2019. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/08/08/pais-deve-se-preparar-para-lei-de-protecao-de-dados-pessoais-aponta-debate>>. Acesso em: 15 out. 2019.

CARVALHO, Mariana Martins de; CABRAL, Rodolfo de Carvalho. Dilemas entre transparência e proteção de dados: as requisições dos órgãos de controle e o sigilo estatístico. *Revista Esferas*. Brasília, v. 14, n. 01, p. 54-67, jan./jun. 2019 Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/esf/article/view/10389/6391>>. Acesso em: 14 out. 2019.

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Revista Espaço Jurídico Journal of Law*. Joaçaba, v. 1, n. 2, p. 91-108, jul/dez. 2011. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/1315/658>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

LEITE, Leonardo de Oliveira; REZENDE, Denis Alcides. Modelo de gestão municipal baseado na utilização estratégica de recursos da tecnologia da informação para a gestão governamental: formatação do modelo e avaliação em um município. *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro, v. 44, n. 02, p. 459-93, mar/abr. 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v44n2/12.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2019.

NETO, Elias Jacob de Menezes; MORAIS, Jose Luis Bolzan de; BEZERRA, Tiago José de Souza Lima. O projeto de lei de proteção de dados pessoais (PL 5276/2016) no mundo do big data: o fenômeno da *dataveillance* em relação à utilização de metadados e seu impacto nos direitos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 7, n. 3, p. 184-198, set./dez. 2017. Disponível em: <<https://www.arqcom.uniceub.br/RBPP/article/view/4921/3639>>. Acesso em: 15 out. 2019.

OLIVEIRA, Ana Paula de et al. A lei geral de proteção de dados brasileira na prática empresarial. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*. Curitiba, v. 4, n. 01, p. 172-200, maio/maio 2019. Disponível em: <<http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2019/05/revista-esa-9.pdf#page=172>>. Acesso em: 15 out. 2019.

REZENDE, Laura Vilela Rodrigues et al. **Dados abertos em cidades inteligentes: uma análise da fronteira entre acesso e privacidade**. 2019. E-lis. E-prints library & information Science. Disponível em: <<http://eprints.rclis.org/38639/>>. Acesso em: 13 out. 2019.

SÁ JÚNIOR, Sérgio Ricardo Correia de. **A regulação jurídica da proteção de dados pessoais no Brasil**. Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Propriedade Intelectual da PUC-Rio para obtenção do título de Especialista em Direito. Rio de Janeiro: PUC/RJ, 2018. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/37295/37295.PDF>>. Acesso em: 12 out. 2019.

SYLVESTRE, Fábio Zech. O direito fundamental à privacidade em face da administração pública: uma análise da teoria geral dos direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (org.), CAÚLA, Bleine Queiroz; PAULA, Bruna Souza e CARMO, Valter Moura do (coord.). **Direitos Fundamentais: Uma perspectiva de futuro**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 213-238.

ZAGANELLI, Juliana Costa; MIRANDA, Wallace Vieira de. Marco civil da internet e política pública de transparência: uma análise da e-democracia e do compliance público. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 7, n. 3, p. 633-646, set./dez. 2017. Disponível em: <<https://www.arqcom.uniceub.br/RBPP/article/view/4921/3639>>. Acesso em: 15 out. 2019.

DIREITO À PRIVACIDADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: A QUESTÃO DO BIG DATA E DO *PROFILING*

André Carvalho Ribeiro¹

RESUMO: O Direito à Privacidade tem voltado às rodas de discussão envolvendo o direito, mas, desta vez, os debates vão muito além de discutir a possível subdivisão da privacidade em vida privada, intimidade, enfim. Isso, pois a tecnologia tem avançando de maneira tão acelerada, que tecnologias e metodologias como Inteligência Artificial e Big Data, têm permitido que companhias capturem e tratem uma imensa quantidade de dados de usuários, e em velocidade tão rápida, que as técnicas de Analytics e Business Intelligence permitem um *profiling* preciso de cada usuário na rede mundial de computadores. Ocorre, contudo, que tais dados, por vezes, trazem informações absolutamente privadas dos usuários – que, não raras vezes – desconhecem a dinâmica de captação e uso de seus dados. O presente artigo aponta como o Big Data mudou o modo como a tecnologia se faz presente no dia-a-dia dos usuários da *web*, e como o direito poderá – e se possui condições – reagir ao fenômeno de desnudamento da privacidade dos usuários.

Palavras-chave: Privacidade; Big Data; Inteligência Artificial; *Profiling*; Bancos de Dados.

RIGHT TO PRIVACY IN THE INFORMATION SOCIETY: THE BIG DATA AND PROFILING ISSUES

ABSTRACT: The Right to Privacy has returned to the law discussion groups, but this time the debates go far beyond discussing the possible subdivision of privacy in private life and intimacy. It happens because technology has been advancing so fast that technologies and methodologies like Artificial Intelligence and Big Data have allowed companies to capture and treat a huge amount of user data, and at such speed, that Analytics and Business Intelligence techniques enables accurate profiling of each user on the world wide web. It happens, however, that such data sometimes brings completely private information from users - who, not infrequently - are unaware of the dynamics of capturing and using their data. This paper points out how Big Data has changed the way technology is present in the daily lives of web users, and how the law can - and if it has conditions - react to the phenomenon of denuding users' privacy.

Keywords: Privacy; Big Data; Artificial Intelligence; Profiling; Database

¹ Mestrando em Direito da Sociedade da Informação, no Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Auxiliar Docente do Dr. Paulo de Tarso Barbosa Duarte, na PUC-Campinas. Advogado. E-mail: contato@andreribeiro.adv.br

INTRODUÇÃO

Não é novidade que a sociedade tem experimentado um fenômeno ainda não totalmente compreendido – *e que talvez não o seja, pela maioria do globo, tão cedo* –, qual seja, o desenvolvimento tecnológico acelerado. Isto, pois no tocante ao avanço da comunicação, as novidades trazidas para o mundo desde a metade do século XX são incontáveis e têm se desenvolvido em uma velocidade tão rápida que os próprios usuários de sobreditas ferramentas tecnológicas vêm enfrentando dificuldades em seu uso, e, principalmente, sua compreensão.

Vive-se hoje na Sociedade da Informação, sendo possível estabelecer que a rede mundial de computadores, doravante apenas *internet*, foi o maior avanço dos últimos séculos. Isto, pois é através da *internet* – *aqui, incluída a computação em nuvem, talvez um dos grandes avanços da internet no século XXI*² – que as demais tecnologias têm se desenvolvido em ritmo jamais observado pelo ser humano. Ou são desenvolvidas novas formas de acesso à rede, como *internet* móvel em aparelhos de telefone celular; ou são novas tecnologias que são desenvolvidas com base na *internet*; ou, ainda, minimamente a comunicação para a produção de determinada tecnologia se utiliza da *internet*³.

As próprias relações sociais têm sofrido alterações significativas, de modo que hoje é possível a comunicação em tempo real com pessoas localizadas fisicamente em lados opostos do globo terrestre. E tal comunicação não está restrita à voz ou a texto. É possível se comunicar, via *internet*, por vídeo, de tal forma que as distâncias físicas já não refletem na distância social. Assim, não é forçoso reconhecer que a *internet* traz inúmeros benefícios para a sociedade como um todo. Novas formas de contratação, de estudo, de aprendizado beneficiam a população global, possibilitando, inclusive, a redução da desigualdade social em alguns casos, sendo possível, a cada dia mais, proteger a dignidade da pessoa humana – *um dos ideários, ou diretrizes, da Sociedade da Informação (informação verbal)*.⁴

Todavia, é importante notar que, ao mesmo tempo em que a *internet* promove tais avanços, ela também permite que a vida das pessoas seja cada dia mais desnudada. Isto é, a *internet* possibilitou que determinados sujeitos – ou companhias e seus algoritmos –

² Desde já, vale dizer que computação em nuvem se tornou sinônimo de armazenamento de dados em servidor remoto. Todavia, o conceito é infinitamente maior, e o foco de trabalho se dará no processamento de dados em nuvem.

³ Vive-se, hoje, a quarta revolução industrial. A fase das indústrias 4.0, em que inteligência artificial, *internet* das coisas e *cloud computing* são realidades cotidianas. Sobre o tema: MAGALHÃES, Regina; VENDRAMINI, Annelise. **Os Impactos da Quarta Revolução Industrial**. GV-Executivo, vol. 17, n. 1, jan.-fev. 2018.

⁴ Exposição do professor Dr. Roberto Senise Lisboa na disciplina Globalização e Constitucionalização das Relações Privadas, FMU, em 19 mar. 2019.

conheçam quase que integralmente uma pessoa, sem que com ela se tenha trocado uma palavra sequer.

Isto, quando exercido de maneira voluntária pelo titular dessas informações, num primeiro olhar, não é de relevante interesse para o direito⁵ – *a despeito de ter-se percebido que nem todos têm consciência dos perigosos reflexos da auto exposição na internet*. Ocorre, contudo, que toda informação colocada na rede é dividida em dados. Estes, por sua vez, se coletados massivamente e cruzados com eficiência, são capazes de gerar novas informações, que cruzadas com demais informações, geram um poço de conhecimento sobre cada indivíduo atuante na sociedade da informação. Fato é que, hoje, sujeitos ou corporações, além de máquinas, conhecem quase que integralmente uma pessoa, sem que com ela se tenha trocado uma palavra sequer. Em verdade, há quem diga que o *Google*, por exemplo, sabe mais de nós do que nós mesmos – ou pelo menos sabe o suficiente para nos assustar⁶⁷. Porém, viu-se que, em verdade, os dados dos usuários da internet – *não apenas aqueles classificados por “dados pessoais”* – passaram a ser um dos bens mais valiosos deste século, na sociedade da informação⁸. A “sociedade em rede”⁹ alterou, por completo, o comportamento socioeconômico de todo o globo. Mudou-se não apenas o modo de comunicação entre particulares, mas modelos de negócios, extração de riqueza, políticas públicas e humanitárias.

Nesse sentido, em larga escala e por certo tempo, a coleta e tratamento de dados dos usuários passou a ser a regra do jogo econômico, culminando com uma supervalorização dos dados, bem jurídico que, hoje, permite a terceiros conhecer informações extremamente pessoais de indivíduos, evidenciando uma possível violação à privacidade. Há notícias dando conta de que nossos telefones captam nossos dados até mesmo enquanto estamos dormindo. Vive-se o mundo do Big Data¹⁰. Dados, hoje, estão disponíveis para os agentes

⁵ Num primeiro momento, portanto, pareceu que a internet apenas ampliou aquilo que ocorria no mundo físico, longe do ciberespaço, não cabendo qualquer crítica no tocante à ferramenta, mas sim ao usuário que, inadvertidamente, atuou de modo não diligente.

⁶ Sputnik News. **Google sabe tudo sobre você, mesmo hora de ir à cama. Tem dúvidas?**. Disponível em https://br.sputniknews.com/ciencia_tecnologia/2018033110875091-google-espionagem-dados-pessoais-buscar/. Acesso em: 27 abr. 2019.

⁷ O autor do artigo, por exemplo, utilizando-se da ferramenta de *takeout* do Google, descobriu que a companhia possuía, em 29 de abril de 2019, 148,18 GB de dados sobre si armazenados. O serviço está disponível em <http://takeout.google.com>.

⁸ THE ECONOMIST. The world's most valuable resource is no longer oil, but data. **The Economist**, [S. l.], 6 maio 2017. Disponível em: <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>. Acesso em: 5 abr. 2019.

⁹ CASTELLS, M. A. **Sociedade em rede: do conhecimento à política**. In: CASTELLS, M.; CARDOSO, G. (Org.). *A sociedade em rede: do conhecimento a acção política*. Lisboa: Imprensa Nacional: Casa da Moeda, 2006. p. 17-30.

¹⁰ MASS, Bruno. **Cinco exemplos práticos que provam que já vivemos no mundo do Big Data**. Disponível em: <https://computerworld.com.br/2016/09/26/cinco-exemplos-praticos-que-provam-que-ja-vivemos-no-mundo-do-big-data/>. Acesso em: 22 abr. 2019.

econômicos em quantidade massiva, o que suscita a dúvida: até que ponto o sujeito de direito tem consciência de que sua história de vida está à venda – *por um bom preço* – em bits e bytes? Seria isto uma violação ao direito à privacidade? E aqui, sim, parece-nos que ao direito muito importa observar o avanço tecnológico e consequência de seu uso pela indústria 4.0. Com tais questionamentos é que se percebeu haver ponto de conflito entre a liberdade proporcionada pela internet – *também uma das diretrizes da Sociedade da Informação* – e o direito à privacidade, tão defendido pelo nosso ordenamento jurídico, positivado com Direito Fundamental.

Assim, entendeu-se pela necessidade de regulação do ambiente cibernético, a fim de que se estabelecessem normas práticas de bom uso da internet no Brasil – *aqui, importa dizer, cabendo a todos aqueles que da rede se utilizam, sendo usuários, provedores, ou o Poder Público*. Daí, surgiu o Marco Civil da Internet, sob a lei 12.965/2014, que regulou, ainda de modo incompleto, uma série de questões básicas envolvendo a internet no Brasil. Muito se especulou sobre os efeitos indesejados da lei, principalmente para os usuários. Boatos dos mais diversos surgiram, desde os mais singelos – *que envolviam questões técnicas de navegação* –, até aqueles que diziam ser uma nova forma de censura pelo Governo Federal. A realidade é que muito se falou quando da promulgação e, depois, a norma foi sendo efetiva e, na prática, os medos dos usuários não se tornaram realidade. Entretanto, abriu-se um debate sobre a consequência do Marco Civil em relação à privacidade na rede.

Mais adiante, em agosto de 2018, após aprovação pelo Congresso Nacional, o então Presidente da República, Michel Temer, sancionou a Lei nº 13.709/2018, Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) – *que permanece em “vacatio legis” na maioria de suas disposições* – mas, supostamente, preenche algumas lacunas deixadas pelo Marco Civil da Internet e visa determinar como os dados dos cidadãos podem ser coletados e tratados pelos fornecedores, provedores, dentre outros agentes da *internet*. Entretanto, ao autor exsurge um sentimento profundo de preocupação com os rumos que as normas de proteção de dados estão nos levando. É que, em verdade, numa primeira análise, já é possível suspeitar que algumas disposições podem estar em descompasso com o avanço tecnológico atual. Nesse sentido, a impressão que se tem, é de que há duas possibilidades: a primeira, é de que tais normas não possuirão efetividade no mundo real, mormente por conta do aceleradíssimo desenvolvimento tecnológico em descompasso com o lento processo legislativo; a segunda, é de que as normas preocupam-se sobremaneira com os dados pessoais – aqueles que identificam ou podem identificar um sujeito –, mas deixam de cuidar do uso e tratamento de dados muito mais significativos no tocante à privacidade, intimidade e segredo de seu titular.

E é neste sentido que este trabalho caminhará, debruçando-se nas tecnologias e metodologias de coleta, uso e tratamento de dados – principalmente no conceito de Big

Data – para, então, verificar se é possível falar-se em privacidade como se entendia singelos anos atrás. Acredita-se que somente olhando para a realidade da tecnologia é que se pode compreender até que ponto a privacidade do usuário está sendo, de fato, respeitada e, principalmente, se o próprio conceito de direito à privacidade ainda pode ser mantido e sustentado como o era até o início dos anos 2000. Isto, pois como se verá, o direito à privacidade, além de complexo, é garantia fundamental a todo cidadão brasileiro. Sendo de suma importância notar se as leis supracitadas violam a Carta Magna ou, ao contrário, preservam a privacidade do usuário – e em que nível isso ocorre. Afinal, sabe-se que o Poder Público – principalmente o judiciário – não detém conhecimento técnico bastante para a compreensão dos códigos complexos daqueles que coletam, tratam e utilizam os dados pessoais dos usuários da rede. Nesse sentido, verificar-se-á se os próprios desenvolvedores de Inteligência Artificial, por exemplo, possuem conhecimento das consequências e do modo que suas programações vão funcionar¹¹. Dessarte, ainda subsiste o direito à privacidade, e em que termos?

DESENVOLVIMENTO

Para o desenvolvimento do presente trabalho – e com fins didáticos – a exposição de dividirá tal qual é realizada uma análise de dados complexa em Business Intelligence (BI), ou noutras palavras: aquilo que se entende por Business Analytics¹², ou tomada de decisões baseada em dados. Ou seja, a problemática do “Direito À Privacidade na Sociedade da Informação: A Questão do Big Data e do Profiling” será abordada de maneira descritiva; diagnóstica; preditiva e prescritiva, a fim de unir teoria e prática da análise de dados, aqui defendido como elemento basilar da Sociedade da Informação.

DESCRIÇÃO

Neste primeiro momento, a preocupação é analisar descritivamente – sem grandes juízos de valor – o que aconteceu no mundo do Direito, mormente no concernente ao Direito à Privacidade, tendo em vista o aceleradíssimo desenvolvimento tecnológico, quanto à captação, tratamento e uso de dados pessoais, que gerou o conceito de Big Data. Este conceito último, por sua vez, modificou, por completo, a maneira de lidar com dados

¹¹ HERNANDES, Raphael. **Presidente da Microsoft alerta para consequências da tecnologia**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/tec/2019/02/precisamos-pensar-nas-consequencias-das-tecnologias-diz-ceo-da-microsoft.shtml>. Acesso em: 18 fev. 2019.

¹² BANERJEE, Arindam; BANDYOPADHYAY, Tathagata; ACHARYA, Prachi. Data analytics: Hyped up aspirations or true potential?. **Vikalpa**, v. 38, n. 4, p. 1-11. Out. 2018. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0256090920130401>. Acesso em: 27 abr. 2019.

e transferiu quase que totalmente a tarefa de extração, transformação e carga (ETL) de dados para máquinas e algoritmos superdesenvolvidos, culminando com uma incrível evolução da Inteligência Artificial.

DIREITO À PRIVACIDADE – CONCEITO PARADIGMA

Nesse sentido, de rigor expor que o Direito à Privacidade é um dos Direitos da Personalidade, e, portanto, tem imenso valor e carga, em si, a essência de cada ser humano. A personalidade, em si, é a individualização de cada ser humano, que nos permite diferenciar um indivíduo de todas as outras pessoas como sujeito de direitos. Mais além, Direitos da Personalidade, para os jusnaturalistas, são aqueles que pertencem às pessoas, simplesmente pelo fato de serem seres humanos, existindo independentemente de a Lei positiva os estabelecer ou não. Isto, pois o direito não está adjeto à Lei, mas aos conceitos normativos oriundos da própria sociedade – que, ressalte-se, podem, mas não necessitam, ser positivados.

Em suma, os direitos da personalidade são, na acepção de Maria Helena Diniz, “absolutos, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis e inexpropriáveis”¹³, além de terem um caráter extrapatrimonial – razão pela qual sua violação é suscetível de causar danos na esfera moral do sujeito de direito. Dentro do rol dos Direitos da Personalidade, encontra-se o tão falado Direito à Privacidade, que a despeito de muito discutido e observado, é de complexa conceituação, haja vista os longos debates sobre o que, efetivamente, é privacidade e o que é intimidade.

Barros (2009, p.34)¹⁴, por exemplo, entende que os vocábulos são considerados sinônimos, podendo-se utilizar um ou outro – a despeito da preferência pelo “direito à intimidade”. Diniz (2011, p. 150), por sua vez, defende que:

a privacidade não se confunde com a intimidade, mas esta pode incluir-se naquela. (...) apesar de a privacidade voltar-se a aspectos externos da existência humana (...) e a intimidade dizer respeito a aspectos internos do viver da pessoa, como segredo pessoal, relacionamento amoroso, situação de pudor etc.¹⁵

Já Novelino (2010, p. 409)¹⁶ disciplina que privacidade é gênero, do qual são espécies vida privada; intimidade; honra; e a imagem das pessoas, e, neste sentido, está a

¹³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v. 1: Teoria geral do direito civil. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 135.

¹⁴ BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2009.

¹⁵ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 150.

¹⁶ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Método, 2010. p. 409.

intimidade inserida, por completo, dentro do escopo de privacidade. Moraes (2004, p. 208)¹⁷ entende que a intimidade relaciona-se às relações subjetivas, ou seja, aquelas de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade; já a vida privada se relaciona com os demais aspectos da vida humana, como objetivos, relações comerciais, de estudo, enfim, as relações humanas.

A realidade é que conceitos, de um modo geral, a despeito de serem feitos para definir com precisão, tendem a se misturar. Todavia, para este estudo, socorrendo-nos da teoria dos círculos concêntricos do Direito Alemão¹⁸, dividiremos a privacidade (lato sensu) em **privacidade (stricto sensu)** – ou vida privada, –, **intimidade** – que compreende as informações mais íntimas de um ser humano, em que um rol seletivo de demais pessoas – aqueles em que há uma relação pessoal mais profunda –, e **segredo** – que trata daquilo que é mais sigiloso para cada ser humano, em que apenas um ou outro indivíduo, além do próprio, é capaz de conhecer.

DADOS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Dados, sucintamente, são fatos ou observações documentadas, que tendem a se tornar informação e - com a devida análise e organização - conhecimento¹⁹. Os dados, em verdade, servem para classificar objetos, pessoas, ações, enfim, tudo que existe no universo²⁰. Dados, portanto, possuem valor – como matéria prima – e, juridicamente, são, indubitavelmente, bens. Qualquer sujeito, em posse de dados, é capaz de extrair informações e desenvolver conhecimento pautado em realidades fáticas, descritas nestes dados. Entretanto, o que diferencia os dados de grande parte dos demais bens disponíveis em todo o universo é seu caráter *non-rivalrous*²¹ e não consumível²². Isto é, a utilização dos dados por um sujeito não impede a utilização destes mesmos dados por outro sujeito, tampouco diminui o valor financeiro destes.

Assim, fica evidente a importância dos dados em sociedade capitalista, e em constante desenvolvimento, mormente quando é em posse de grande quantidade de

¹⁷ MORAES, Alexandre De. **Direito constitucional**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 208.

¹⁸ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O Direito de Estar Só: tutela penal da intimidade**. 3 ed. São Paulo. Siciliano Jurídico. 2004. p. 34.

¹⁹ **O que são dados?**. Disponível em: <https://www.ime.unicamp.br/~hildete/dados.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2019.

²⁰ **O que são dados?**. Disponível em: <https://escoladedados.org/tutoriais/o-que-sao-dados/>. Acesso em: 29 abr. 2019.

²¹ KERBER, Wolfgang. **A New (Intellectual) Property Right for Non-Personal Data? An Economic Analysis** (October 24, 2016). *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil (GRUR Int)*, 11/2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2858171>. Acesso em: 28 abr. 2019.

²² JONES, Charles I. TONETTI, Christopher. **Nonrivalry and the Economics of Data**. Disponível em: http://christophertonetti.com/files/papers/JonesTonetti_DataNonrivalry.pdf. Acesso em 28 abr. 2019.

dados que se torna possível realizar o sobredito Business Analytics. Na prática, a análise de dados e tomada de decisões é o processo mental que o ser humano realiza a cada minuto em seu Córtex Pré-Frontal²³, em que faz-se a “identificação de aspectos comuns ou diferentes em várias situações quotidianas e a actuação de acordo com a informação disponível” (SERUCA, 2013. p. 25)²⁴.

Na Sociedade da Informação, contudo, tal processamento deixou de ser uma questão biológica e interna do ser humano, passando a ser o método padrão de desenvolvimento e tomada de decisões – com base em descrição; diagnóstico; predição; e prescrição – aplicável nas relações sociais, comerciais e, é claro, em *Business Intelligence*.

DO BIG DATA

Partindo, assim, da premissa de que dados geram riqueza, são *non-rivalrous* e não se esgotam, resta evidente que o maciço investimento na era da informação seria em coleta, tratamento e uso deste dados, a fim de que diversas situações fáticas fossem analisadas, sob prismas distintos, possibilitando diversas conclusões, predições e prescrições, que, vale a insistência, geram valor e riqueza. Daí iniciou-se a era do *Big Data*, que, em verdade, é um conceito de sobredita coleta, tratamento e uso de grande quantidade de dados, advindos das fontes mais diversas possíveis e modelos de captação dos mais variados, permitindo que um volume de dados astronômico seja coletado a cada minuto em todo o globo terrestre.

Ou seja, o desenvolvimento da Sociedade da Informação está intrinsecamente ligado ao desenvolvimento e difusão de Big Data, que, para alguns, é – em termos de valor e importância econômica – o novo petróleo, ante sua importância no desenvolvimento de todo o planeta.

DOS CINCO VS

Entre os conhecedores e teóricos de Big Data, diz-se que *Big Data* é caracterizada por três ou cinco Vs: Volume; Variedade; Velocidade (os três)²⁵; Veracidade e Valor (os

²³ HELDER. **Tomada de Decisão: O Cérebro e o Computador**. Disponível em: <https://culturaanalitica.com.br/tomada-de-decisao/>. Acesso em: 30 abr. 2019.

²⁴ SERUCA, Tânia Catarina Mira. **Córtex pré-frontal, funções executivas e comportamento criminal**. Portugal, PT: ISPA, 2013. Tese (Doutorado em psicologia), Instituto Universitário Ciências Psicológicas, Sociais e da Vida de Portugal, 2013.

²⁵ LEAL, Ana, **Aspetos Jurídicos da Análise de Dados na Internet (Big Data Analytics)**. **Fintech: Desafios da Tecnologia Financeira**. Almedina, 2017, p.79

cinco)²⁶, que serão rapidamente expostos a seguir. Primeiro, como já abordado *en passant*, o volume de dados coletados na era do Big Data é algo tido por inimaginável poucos anos atrás. A Sociedade da Informação trouxe à realidade dos sujeitos a *internet das coisas*, que, sucintamente, é a ampliação das conexões entre os mais variados objetos de uso dos seres humanos com a rede mundial de computadores, através de sensores, cálculos, coleta e uso de dados de seus titulares. Telefones, computadores, televisores, geladeiras, veículos, *smart homes*, enfim, são todos exemplos de objetos que fazem parte da IoT (internet das coisas).

Estando todos estes objetos conectados à rede, os dados por eles captados são, sem dúvida, armazenados – ainda que, num primeiro momento, não se saiba exatamente para qual o fim que se destinam – e evidenciam o crescimento exponencial na quantidade de dados captados na sociedade global, no **volume**.

Com grande volume e inúmeras fontes de captação de dados, é fácil notar que os dados coletados são muito **variados**. Tal fato também se dá pois para um bom *profiling*²⁷²⁸ - técnica que mudou o modelo de negócio de grandes corporações e, principalmente, o funcionamento da World Wide Web – é fundamental a coleta de dados das mais variadas fontes e sobre os mais diversos prismas da vida de cada indivíduo.

O terceiro “V” trata-se da **velocidade**, elemento que se tornou fundamental no mundo de *Data Analytics* por conta das aceleradas mudanças da sociedade – e dos comportamentos humanos. O mundo que se vive hoje já é consideravelmente diferente daquele de alguns dias atrás – e a depender das circunstâncias, as mudanças podem ser significativas em questão de minutos²⁹. Os outros dois “Vs” são consequência dos três primeiros. Se tenho coleta e análise de dados em altíssimo volume, velocidade e variedade, é certo que tais dados tendem a corresponder exatamente ao que ocorre no mundo, possuindo **veracidade**. Por consectário lógico tem-se muito **valor** nestes dados, completando os 5 Vs do *Big Data*.

²⁶ CANARY, Vivian Passos. **A tomada de decisão no contexto do big data: Estudo de caso único**. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Escola de Administração Trabalho de Conclusão de Curso. Porto Alegre, 2013

²⁷ *Profiling* é o nome que se dá para a técnica de caracterização de um indivíduo realizada de forma automática baseado nos seus comportamentos pretéritos.

PASSOS, Bruno Ricardo dos Santos. **O direito à privacidade e a proteção aos dados pessoais na sociedade da informação: uma abordagem acerca de um novo direito fundamental**. Dissertação (Mestrado – Direito). Salvador: UFBA, 2017.

²⁹ A título de exemplo, tome-se a queda da barragem em Brumadinho-MG, em 25 de janeiro de 2019. As ações da VALE – responsável pela barragem – despencaram 25% nos Estados Unidos no mesmo dia. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,acoes-da-vale-nos-estados-unidos-despencam-apos-rompimento-de-barragem,70002694485>. Acesso em: 30 abr. 2019.

DOS SEVEROS INVESTIMENTOS EM BANCOS DE DADOS

Não é difícil, portanto, concluir que as recentes mudanças no *modus operandi* da análise de dados demandaram investimentos altíssimos em tecnologia de ponta de armazenamento. Entretanto, para que o Big Data fosse realidade, foi essencial a mudança na própria metodologia de armazenamento de dados.

Isso, pois alguns anos atrás os dados eram armazenados em um *Data Warehouse*, uma espécie de depósito de dados, em que estes encontravam-se relativamente organizados, pois, após a coleta, passavam por um processo de extração, transformação e carga (ETL) – ou extração; transformação e limpeza; e carga. Dados, portanto, deveriam encontrar-se estruturados³⁰ e processados **antes** de serem armazenados no repositório *Data Warehouse* (fig. 1). Entretanto, para que se tenha volume, variedade e velocidade, o processo de ETL precisou ser deslocado para um momento posterior, haja vista que o processamento dos dados, a partir de então, só será feito **após** a compreensão de quais dados armazenados serão importantes para determinada análise.



Figura 1

Em suma, os *Data Lakes* armazenam dados em sua forma crua – *raw*, em inglês –, sejam eles textos, fotos, vídeos, áudio, dentre outros não organizados em tabelas. Dessarte, para a subsistência do Big Data, diz-se que se passou do *Data Warehouse* para o *Data Lake* (fig. 2)³¹ – demandando investimentos altíssimos em infraestrutura e capacidade de armazenamento, haja vista que os dados não estruturados e crus são significativamente maiores dos que os dados já estruturados, singelamente escritos em tabelas. Também, a capacidade de processamento teve de ser ampliada, haja vista que o conceito de *late-binding* – ou associação tardia – se mostra fundamental em tempos de Big Data e, portanto, de bancos de dados não relacionais, como os *Data Lakes*, pois somente a partir dos interesses de quem irá analisar e cruzar os dados é que far-se-á a associação de

³⁰ Dados estruturados são dados organizados, escritos e, via de regra, em formato de tabela. Para tanto, o processo de ETL seria fundamental, a fim de transformar dados não estruturados – como 90% dos dados atualmente – em dados estruturados. - http://web.unipar.br/~seinpar/2015/_include/artigos/Pedro_Henrique_Tessarolo.pdf

³¹ MATOS, David. **Do Data Warehouse para o Data Lake**. Disponível em: <http://www.cienciaedados.com/do-data-warehouse-para-o-data-lake/>. Acesso em: 27 abr. 2019.

determinados dados entre si – que ainda estão em formato cru, ocupando largos espaços no banco. Diz-se que em *late-binding* tudo é decidido ao tempo da *query* – ou da execução³².



Figura 2

Nesse sentido, companhias da área da tecnologia passaram a explorar o mercado, ofertando serviços de computação em nuvem, principalmente no tocante ao armazenamento de dados, alterando o modelo de negócio das gigantes da tecnologia³³. Isso se mostra relevante, na medida em que a implantação de Big Data transformou, consideravelmente, modelos de negócio de grandes companhias como Amazon, Oracle e Google – e como se viu, em Big Data, o importante é coletar a maior quantidade de dados possível, sem que se atenha à finalidade e sem que haja, efetivamente, um prazo de validade dos dados.

DA NECESSIDADE DE EVOLUÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Com tudo isso, restou claro que o ser humano já não mais poderia ser responsável pela ETL – pois humanamente impossível a “leitura” de dados não estruturados e sua transformação em dados estruturados ou prontos para análise –, tampouco com todo o processo de *Analytics*, pois seriam necessários inúmeros (e complexos) cálculos que o cérebro humano demoraria tempo considerável na tarefa, enquanto um algoritmo moldado apenas para tal serviço, o faria em pouquíssimo tempo. Assim, necessário se fez investir consideravelmente em Inteligência Artificial, construindo máquinas velozes, com custo cada vez mais baixo, específicas para o processamento de algoritmos e capacidade de predição com acurácia altíssima³⁴.

³² TAURION, Cezar. **Entendendo o conceito de Data Lake**. LinkedIn. Disponível em:

<https://www.linkedin.com/pulse/entendendo-o-conceito-de-data-cezar-aurion/>. Acesso em: 08 jun. 2019.

³³ Grande exemplo do que se trata é o caso da Amazon, que, inicialmente, era uma companhia de distribuição e vendas de livros, mas atualmente se consolida com o fornecimento de *Cloud Computing*, com seu serviço AWS. No link a seguir é possível ver guia pronto para implantação de Data Lake na plataforma em questão: <https://aws.amazon.com/pt/quickstart/architecture/data-lake-foundation-with-zeppelin-and-rds/>.

³⁴ Hoje, é possível dizer, algumas máquinas possuem precisão de mais de 90% em análise de contratos, ultrapassando, com folga, a capacidade do cérebro humano em acurácia, mas também em velocidade. Sobre o tema, ver estudo da LawGeex, comparando o desempenho de experientes advogados com inteligência artificial: <https://www.lawgeex.com/resources/AlvsLawyer/>.

Dessarte, a Inteligência Artificial – que não é um conceito novo, existindo como tecnologia desde 1956, quando, em Dartmouth, foi colocado em prática, ainda que de maneira rudimentar³⁵ – ganhou desdobramentos modernos e, em alguns casos, certa autonomia em seu agir. É que trata a Inteligência Artificial de um campo em que se encontram o *Machine Learning* (aprendizado de máquina) e, principalmente o *Deep Learning* (aprendizado profundo). Este último é o grande diferencial das arquiteturas de sistemas modernas. Neste método de aprendizado, a capacidade da máquina é tão grande, que a tarefa dos desenvolvedores – ou arquitetos de sistemas – após o desenvolvimento do algoritmo inicial – é, singelamente, inserir os *inputs* de dados e aguardar o processamento, verificando apenas as conclusões da máquina – que passa a desenvolver seu algoritmo de maneira autônoma e, em alguns casos, até mesmo desconhecida de seu criador – através das Redes Neurais.

Por óbvio, é possível averiguar como a máquina se comportou e chegou a determinados raciocínios, mas isso demanda custo altíssimo, além de ser necessário que o algoritmo pare de aprender e se autodesenvolver, sob pena de ao compreender o raciocínio da máquina, tal funcionamento já não seja o padrão por ela adotado. Trata-se aqui de uma questão meramente temporal.

DIAGNÓSTICO

Assim, compreendidos não apenas os conceitos de *Big Data*, Inteligência Artificial e *profiling*, mas seu funcionamento, conclui-se sem muito esforço que a Sociedade da Informação vive e se sustenta com base em algoritmos que possuem informação e conhecimento (haja vista seu aprendizado quase autônomo) completo de quem cada ser humano é. Acontece, contudo, que os sujeitos de Direito, em sua maioria, ainda não compreenderam como tal tecnologia funciona e alimentam diuturnamente as bases de dados de terceiros com preciosas informações. Os agentes econômicos, então, de posse desses dados – através de um complexo *profiling* – passam a ditar e fornecer conteúdo específico para cada sujeito na *internet*. Trata-se de constatação que não demanda muita pesquisa. Duas pessoas – por mais parecidas que sejam – podem buscar os mesmos termos em sites como YouTube, Google e Netflix e terão, provavelmente, resultados diversos.

Nesse sentido, parece razoável sustentar que até o poder de escolha – ou a liberdade de escolha – encontra-se cerceado pelos algoritmos. O conteúdo oferecido na

³⁵ BUCHANAN, Bruce G. A (very) brief history of artificial intelligence. AI Magazine, 26(4), p.53. 2005 Disponível em: <https://www.aaai.org/ojs/index.php/aimagazine/article/download/1848/1746>. Acesso em 25 abr. 2019.

internet é diferente para cada usuário, para cada máquina. Vive-se, hoje, a *algorracia*³⁶. Ora, se sequer possuímos pleno poder de escolha, é possível dizer que possuímos privacidade (stricto sensu)?

PREDIÇÃO

Importa, contudo, dizer que a algorracia outrora apresentada não é tida, necessariamente, como algo cruel e ruim. Vale dizer, o direito à privacidade é, por vezes, deixado de lado pelo próprio usuário que se expõe mais e mais a cada dia na *web*, pois parece-lhe interessante ver conteúdo especialmente preparado para si. Não a toa Google e Netflix – que têm no *profiling* e na algorracia seu modelo de negócio – são gigantes companhias que sequer existiam décadas atrás. Não se pode, contudo, ignorar que há muito desconhecimento sobre os dados coletados e a maneira como são tratados e utilizados. Entretanto, corre-se o risco iminente de um direcionamento cada vez mais profundo do que cada ser humano vai comprar, estudar, pensar, votar, enfim, como cada sujeito de direito irá viver.

Ou seja, a cada dia somos moldados mais e mais conforme os interesses de quem opera e sustenta a Sociedade da Informação – vide os casos de Brexit e a eleição de Donald Trump nos Estados Unidos da América, com forte influência da análise de dados e fornecimento de conteúdo³⁷. Há, em determinados momentos, certa homogeneização dos usuários de internet; há, em verdade, uma manipulação do mais íntimo do nosso querer. Veja-se que até a intimidade pode estar sendo afetada, haja vista que, hoje, é possível que grandes companhias saibam tanto ou mais sobre mim do que eu mesmo. É muito mais fácil para um ser humano esquecer – ou falhar em análises – do que uma máquina, que “nunca se esquece”³⁸. Nesse sentido, a chance de caminharmos para uma sociedade de controle por quem possui o comando dos algoritmos é iminente.

PRESCRIÇÃO (CONSIDERAÇÕES FINAIS)

Dessarte, parece-me haver duas saídas para a crise do Direito à Privacidade na Sociedade da Informação. A primeira, embora possa parecer mais trágica, me parece mais

36 John Danaher. **The Threat of Algorracia: Reality, Resistance and Accommodation**. Disponível em: <https://philpapers.org/archive/DANTTO-13.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2019.

37 HERN, Alex. **Cambridge Analytica: how did it turn clicks into votes?**. The Guardian. Disponível em: <https://www.theguardian.com/news/2018/may/06/cambridge-analytica-how-turn-clicks-into-votes-christopher-wylie>. Acesso em: 06 jun. 2019.

38 VILLARONGA, Eduard Fosch; KIESEBERG, Peter; LI, Tiffany. Humans forget, machines remember: artificial intelligence and the Right to Be Forgotten. **Computer Law & Security Review**, London, v. 34, n. 2, p. 304-313, abr. 2018.

adequada ao desenvolvimento socioeconômico – e talvez mais realista –, seria de repensar o Direito à Privacidade como um direito absoluto, haja vista que por diversas vezes é o próprio usuário quem abre mão de sua privacidade, e expõe sua vida (não mais) privada.

A segunda, que parece ser o caminho percorrido por Europa e Brasil, é de criar normas de controle sobre a coleta, tratamento e uso de dados – principalmente em ambiente digital. De fato, num primeiro olhar, parece prudente a preservação de um direito, mediante a simples regulação do uso de dados por empresas e governos. Entretanto, a legislação tal qual como promulgada no Brasil e em vigor na Europa (RGPD ou GDPR) parece simplificar o problema. Primeiro, por regular apenas coleta, tratamento e uso de dados pessoais – deixando de lado grande parte dos dados que compõem o *profiling*, consignando que, para as grandes corporações que trabalham com *profiling*, é irrelevante a identificação do titular de dados. Aqui, em verdade, é que talvez encontremos a grande brecha deixada pela norma brasileira. A interpretação do artigo 12, § 2º³⁹, da lei disciplina que os dados que se prestem a formar o perfil comportamental dos indivíduos só serão considerados dados pessoais caso a pessoa seja identificada. Insistimos que os dados pessoais são, muitas das vezes, irrelevantes para quem lida com dados de usuários. A brecha em questão permite, por exemplo, que determinada companhia saiba que um sujeito casado possui relações extraconjugais apenas coletando dados de geolocalização de seu telefone celular.

É que não sendo um dado pessoal, determinada companhia pode montar o perfil comportamental de um sujeito X e de seu possível cônjuge, sujeito Y, com base na geolocalização (residem no mesmo local, frequentemente saem juntos, enfim) e outros dados – não pessoais, que permitem concluir que X e Y são casados. Os dados de geolocalização, contudo, permitem que essa mesma companhia saiba que o sujeito X está se encontrando com um sujeito Z num motel, em horários que o sujeito Y – casado com sujeito X – está no local de trabalho. A partir de tal comportamento, é dedutível que o sujeito X esteja mantendo uma relação extraconjugal, sem que dados pessoais – conforme descrito pela legislação recém promulgada – sejam utilizados. Veja-se que o sigilo e o segredo do sujeito X – e, portanto, a esfera mais íntima de sua privacidade – foram violados por uma pessoa que ele sequer conhece, por algoritmos de *Business Intelligence*. E isso, com a devida vênia a quem pensa diferente, é muito mais significativo do que a coleta de um número de CPF por uma drogaria, a fim de montar o perfil comportamental de seu cliente.

³⁹ § 2º Poderão ser igualmente considerados como dados pessoais, para os fins desta Lei, aqueles utilizados para formação do perfil comportamental de determinada pessoa natural, se identificada.

Em segundo, as recentes normas parecem ignorar, por vezes, que grande parte da coleta de dados não é realizada por um ser humano, bem como, principalmente, que o tratamento e uso dos dados pessoais têm sido feitos por máquinas extremamente complexas e desenvolvidas – com desenvolvimento quase autônomo, sendo impossível que se tenha verdadeira transparência para com o titular de dados, pois sequer quem desenvolveu o algoritmo inicial é capaz de entender, com facilidade, o caminho percorrido e cálculos realizados via algoritmos com metodologia de *Deep Learning*. Algoritmos são opacos⁴⁰, e é impossível que se tenha transparência e que o consentimento do titular de dados seja efetivamente informado. Ou acredita-se que informar ao usuário que “seus dados serão tratados por inteligência artificial, com metodologia Deep Learning” é suficiente? Não me parece que essa informação realmente supere uma deficiência antiga dos antigos termos de uso e privacidade. O temor, aqui, é de que, na prática, nada mude, e que o usuário continue dando seu “consentimento” sem prestar atenção no que está autorizando, simplesmente, porque, na prática, ele não está realmente sendo informado.

Ademais, as normas em questão quando parecem dar uma saída para o uso de dados pessoais – como o incentivo a técnicas de anonimização de dados –, também o limitam e tornam a tarefa impossível, numa sociedade em que a autoexposição é a regra – e o cruzamento de dados, supostamente, anonimizados se torna fácil, principalmente por técnicas de *linkage* – culminando com a conceituação de que os dados tidos por anonimizados, ante a facilidade de sua reversão, também são dados pessoais, embora, efetivamente, não identifiquem seu titular⁴¹. E, neste ponto, duas são as hipóteses: a primeira, é que os dados revertidos por *linkage* não são dados pessoais – e, portanto, a privacidade continuará sendo violada para fins de *profiling*; a segunda, é que todo e qualquer conjunto de dados anonimizados serão considerados dados pessoais, tornando quase impossível a existência de dados que não sejam pessoais, travando, por completo, o desenvolvimento tecnológico até aqui construído. Sem exageros, poderia ser o fim da era do Big Data.

Sinteticamente, e na prática, corre-se o risco de, abusando da severidade das normas de proteção, tê-las de todo ineficaz, ou inefetivas – quase em sua totalidade, pois incompatível com o mundo real. Ademais, se plenamente eficientes, serão insuficientes para a proteção da privacidade dos usuários na rede.

⁴⁰ DANAHER, J. **Algorithmic decision-making and the problem of opacity**. Disponível em: <https://www.scl.org/articles/3713-algorithmic-decision-making-and-the-problem-of-opacity>. Acesso em: 02 jun. 2019.

⁴¹ Art. 12. Os dados anonimizados não serão considerados dados pessoais para os fins desta Lei, salvo quando o processo de anonimização ao qual foram submetidos for revertido, utilizando exclusivamente meios próprios, ou quando, com esforços razoáveis, puder ser revertido.

REFERÊNCIAS

ARTESE, Gustavo. *Marco Civil da Internet: Análise Jurídica sob uma Perspectiva Empresarial*. 1 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015. 403 p.

AWS Amazon. **Base de Data lake na AWS**. Página inicial. Disponível em: <https://aws.amazon.com/pt/quickstart/architecture/data-lake-foundation-with-zeppelin-and-rds/>. Acesso em 05 jun. 2019.

BANERJEE, A., Bandyopadhyay, T., & Acharya, P. (2013). Data analytics: Hyped up aspirations or true potential. *Vikalpa*, 38(4), 1-11. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0256090920130401>.

BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2009.

BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BRKAN, Maja, **Do algorithms rule the world? Algorithmic decision-making and data protection in the framework of the GDPR and beyond**, *International Journal of Law and Information Technology*, eay017, <https://doi.org/10.1093/ijlit/eay017>. Acesso em: 01 mai. 2019.

BUCHANAN, Bruce G. **A (very) brief history of artificial intelligence**. *AI Magazine*, 26(4), p.53. 2005 Disponível em: <https://www.aaai.org/ojs/index.php/aimagazine/article/download/1848/1746>. Acesso em 25 abr. 2019.

DE MAURO, Andrea; GRECO, Marco; GRIMALDI, Michele. **A Formal definition of Big Data based on its essential Features**. *Library Review*. 65: 122–135. doi:10.1108/LR-06-2015-0061, 2016.

CANARY, Vivian Passos. **A tomada de decisão no contexto do big data: Estudo de caso único**. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Escola de Administração Trabalho de Conclusão de Curso. Porto Alegre, 2013

CASTELLS, Manuel. *A galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003

CASTELLS, M. A. **Sociedade em rede: do conhecimento à política**. In: CASTELLS, M.; CARDOSO, G. (Org.). *A sociedade em rede: do conhecimento a ação política*. Lisboa: Imprensa Nacional: Casa da Moeda, 2006. p. 17-30.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O Direito de Estar Só: tutela penal da intimidade**. 3 ed. São Paulo. Siciliano Jurídico. 2004.

- DANAHER, John. **Algorithmic decision-making and the problem of opacity**. Disponível em: <https://www.scl.org/articles/3713-algorithmic-decision-making-and-the-problem-of-opacity>. Acesso em: 02 jun. 2019.
- DANAHER, John. **The Threat of Algocracy: Reality, Resistance and Accommodation**. Disponível em: <https://philpapers.org/archive/DANTTO-13.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2019.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 1: Teoria geral do direito civil**. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- DOWNLOAD AI VS. LAWYERS: THE ULTIMATE SHOWDOWN. **LawGeex**. Disponível em: <https://www.lawgeex.com/resources/AIvsLawyer/>. Acesso em 04 jun. 2019.
- GENDEREN, Robert van den Hoven van. Privacy and Data Protection in the Age of Pervasive Technologies in AI and Robotics. **European Data Protection Law Review**. n. 3. P. 338-352. 2017.
- HELDER. **Tomada de Decisão: O Cérebro e o Computador**. Disponível em: <https://culturaanalitica.com.br/tomada-de-decisao/>. Acesso em: 30 abr. 2019.
- HERN, Alex. **Cambridge Analytica: how did it turn clicks into votes?**. The Guardian. Disponível em: <https://www.theguardian.com/news/2018/may/06/cambridge-analytica-how-turn-clicks-into-votes-christopher-wylie>. Acesso em: 06 jun. 2019.
- HERNANDES, Raphael. **Presidente da Microsoft alerta para consequências da tecnologia**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/tec/2019/02/precisamos-pensar-nas-consequencias-das-tecnologias-diz-ceo-da-microsoft.shtml>. Acesso em: 18 fev. 2019.
- JONES, Charles I. TONETTI, Christopher. **Nonrivalry and the Economics of Data**. Disponível em: http://christophertonetti.com/files/papers/JonesTonetti_DataNonrivalry.pdf.
- KERBER,, Wolfgang. **A New (Intellectual) Property Right for Non-Personal Data? An Economic Analysis** (October 24, 2016). *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil (GRUR Int)*, 11/2016, 989-999. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2858171>
- LEAL, Ana. **“Aspetos Jurídicos da Análise de Dados na Internet (Big Data Analytics) in Fintech: Desafios da Tecnologia Financeira**, Almedina, 2017.
- MAGALHÃES, Regina; VENDRAMINI, Annelise. **Os Impactos da Quarta Revolução Industrial**. *GV-Executivo*, vol. 17, n. 1, jan.-fev. 2018.

MASS, Bruno. **Cinco exemplos práticos que provam que já vivemos no mundo do Big Data**. Disponível em: <https://computerworld.com.br/2016/09/26/cinco-exemplos-praticos-que-provam-que-ja-vivemos-no-mundo-do-big-data/>. Acesso em: 22 abr. 2019.

MATOS, David. **Do Data Warehouse para o Data Lake**. Disponível em: <http://www.cienciaedados.com/do-data-warehouse-para-o-data-lake/>.

MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Zavaglia P. **Direito, inovação e tecnologia**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 366 p.

MORAES, Alexandre De. **Direito constitucional**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2004. 863 p.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Método, 2010.

OLIVEIRA, Deborah. **Data Warehouse e Data Lake: conheça 4 principais diferenças**. Disponível em: <https://itforum365.com.br/data-warehouse-e-data-lake-conheca-4-principais-diferencas/>. Acesso em: 22 abr. 2019.

O que são dados?. Disponível em: <https://www.ime.unicamp.br/~hildete/dados.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2019.

O que são dados?. Disponível em: <https://escoladedados.org/tutoriais/o-que-sao-dados/>. Acesso em: 29 abr. 2019.

PASSOS, Bruno Ricardo dos Santos. **O direito à privacidade e a proteção aos dados pessoais na sociedade da informação: uma abordagem acerca de um novo direito fundamental**. Dissertação (Mestrado – Direito). Salvador: UFBA, 2017.

PIATETSKY, Gregory. **Will GDPR Make Machine Learning Illegal?**. KD Nuggets. Disponível em: <https://www.kdnuggets.com/2018/03/gdpr-machine-learning-illegal.html>. Acesso em: 22 abr. 2019.

SERUCA, Tânia Catarina Mira. **Córtex pré-frontal, funções executivas e comportamento criminal**. Portugal, PT: ISPA, 2013. Tese (Doutorado em psicologia), Instituto Universitário Ciências Psicológicas, Sociais e da Vida de Portugal, 2013.

SHEINER, Bruce. **WHY 'ANONYMOUS' DATA SOMETIMES ISN'T**. Disponível em: <https://www.wired.com/2007/12/why-anonymous-data-sometimes-isnt/>. Acesso em: 22 abr. 2019.

SILVA, De Plácido E. **Vocabulário Jurídico**. 31 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 1528 p.

SOARES, Pedro Silveira Campos. **Anonimização na Lei Geral de Proteção de Dados requer posição da ANPD**. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-10/pedro-soares-anonimizacao-lei-geral-protECAo-dados>. Acesso em: 22 abr. 2019.

SPOTORNO, Karla; ALEMI, Flávia; JUNIOR, Altamiro Silva. **Ações da Vale nos Estado Unidos despencam após rompimento de barragem.** O Estado de São Paulo. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,acoes-da-vale-nos-estados-unidos-despencam-apos-rompimento-de-barragem,70002694485>. Acesso em: 30 abr. 2019.

SPUTNIK NEWS. **Google sabe tudo sobre você, mesmo hora de ir à cama. Tem dúvidas?.** Disponível em: https://br.sputniknews.com/ciencia_tecnologia/2018033110875091-google-espionagem-dados-pessoais-buscar/. Acesso em: 27 abr. 2019.

TAURION, Cezar. **Entendendo o conceito de Data Lake.** LinkedIn. Disponível em: <https://www.linkedin.com/pulse/entendendo-o-conceito-de-data-cezar-aurion/>. Acesso em: 08 jun. 2019.

TESSAROLO, Pedro Henrique; MAGALHÃES, Willian Barbosa. **A era do Big Data no conteúdo digital: os dados estruturados e não estruturados.** Universidade Paranaense (Unipar). 2015.

THE ECONOMIST. The world's most valuable resource is no longer oil, but data. **The Economist**, [S. l.], 6 maio 2017. Disponível em: <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>. Acesso em: 5 abr. 2019.

TIKKINEN-PIRI, Christina; ROHUNEN, Anna; MARKKULA, Jouni. EU General Data Protection Regulation: Changes and implications for personal data collecting companies. **Computer Law & Security Review**. v. 34, p. 134-153 2017, February 2018.

VILLARONGA, Eduard Fosch; KIESEBERG, Peter; LI, Tiffany. Humans forget, machines remember: artificial intelligence and the Right to Be Forgotten. **Computer Law & Security Review**, London, v. 34, n. 2, p. 304-313, abr. 2018.

WEBSTER, Frank. **Theories of information society**. 3. ed. Londres: Routledge, 2006.

DIREITO AO ESQUECIMENTO, DIGNIDADE HUMANA E FAKE NEWS

Leonardo Figueira Gonçalves¹ ; Nathália Lima Passarin Rosa²

Resumo: Esse artigo aponta dois temas abrangentes na atualidade, Direito esquecimento e Fake News, conectados a Dignidade humana, com foco na Constituição Federal. Com essa base de conceito jurídico, associado nesses dois temas, esse artigo vai relacionar o conceito, e mostrar que essas causas estão mais presentes na sociedade do que imaginamos, os temas estão com uma pauta muito grande com a internet e tecnologia, e para preservar-se estão associados a Dignidade humana, um Direito fundamental posto para garantir o deleite dos cidadãos.

Palavras-chaves: 1. Direito ao esquecimento. 2.Dignidade Humana. 3.Cidadãos. 4.Causando. 5.Fake News.

RIGHT TO OBLIVION, HUMAN DIGNITY AND FAKE NEWS

Summary: This article points out two broad themes, Right to Oblivion and Fake News, connected to Human Dignity, focusing on the Brazilian Federal Constitution. With this basis of legal concept, associated in these two themes, this article will relate the concept, and show that these causes are more present in society than we think, the themes have a very large related with the internet and technology, and to preserve These are associated with human dignity, a fundamental right to guarantee the delight of citizens.

Keyword: 1. Right to oblivion.2.Human dignity. 3.Citizens. 4.Causing. 5.Fake News.

¹ Graduando Direito FMU-SP . São Paulo - SP,Brasil. E-mail: leofigueira1221@gmail.com

² Graduando Direito FMU-SP. São Paulo - SP,Brasil. E-mail: nathalia1fmu@gmail.com

INTRODUÇÃO

O Direito ao esquecimento se baseia em não permitir que um fato, mesmo que seja verídico, seja exposto ao público, causando-lhe danos a dignidade, honra e outros valores sociais. A dignidade humana é um princípio fundamental, para garantir que tenha seus direitos respeitados pelo Estado, garantido o bem-estar do cidadão. E a Fake News é uma propagação que fere os direitos humanos, causando não só mentiras, como também distorções e até mesmo a desinformação, como intuito de gerar conflitos e danos, inclusive crimes especialmente contra a honra.

1. DIGNIDADE HUMANA E SEUS ASPECTOS

De acordo com a Constituição Federal de 1988 que tem em seu art.1º inciso III.

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

III - A dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana, e seus efeitos surgiram para que a pessoa tenha sua segurança e estabilidade protegida pelo Estado, assegurando o bem-estar do cidadão, ou seja, é o direito que já nasce com o homem, independente da classe social que o mesmo pertence. Sobre a dificuldade em apegar-se um conceito do princípio da dignidade humana, que se encontra constante composição, desenvolvimento e aperfeiçoamento, ensina Antônio Junqueira de Azevedo (2002).

“É preciso, pois, aprofundar o conceito de dignidade da pessoa humana. A pessoa é um bem, e a dignidade, o seu valor. O direito do século XXI não se contenta com os conceitos axiológicos formais, que podem ser usados retoricamente para qualquer tese. Mal o século XX se livrou do vazio do ‘bando dos quatro’ - os quatro conceitos jurídicos indeterminados: função social, ordem pública, boa-fé, interesse público- preenchendo-os pela lei, doutrina e jurisprudência, com alguma diretriz material, surge agora no século XXI, problema idêntico com a expressão ‘dignidade da pessoa humana’.

O direito da dignidade humana permite que todos possam assegurar-se dos mesmos direitos, tendo uma vida digna e no mínimo saudável, com os direitos, deveres e valores morais tornando-se um requisito essencial dos direitos fundamentais, transformando-se em uma obrigação do Estado, e limitando-se em sempre acatar os interesses públicos, para um contento dos cidadãos. ‘Os valores constitucionais, como diretivas gerais que são, constituem o contexto axiológico fundamentador da interpretação do ordenamento jurídico e desse entendimento não se afasta o papel jurídico-

constitucional atribuído a dignidade da pessoa humana, ainda que tal previsão possa ser apenas implícita ou indireta.’

2. A VOLTA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

O Direito ao esquecimento não é uma criação recente, foi criado em 1983, no Tribunal de última instância de Paris, e já é reconhecido em muitos países desde então. E no Brasil já possui assento constitucional e legal, tendo em vista que é um efeito do direito à vida privada, intimidade, honra e a imagem da pessoa. O direito ao esquecimento é um tema muito abrangente na sociedade de hoje, que tudo está relacionado a internet e redes sociais, e vem ganhando cada vez mais força com os avanços tecnológicos, é possível eternizar uma notícia, e com poucos cliques ser disponibilizada facilmente na atualidade, portanto o mundo virtual foi fruto desse avanço, o direito de ser esquecido é imprescindível diante da sociedade da informação, qualquer cidadão que tenha se envolvido em algum acontecimento público pode reivindicar o direito do esquecimento, para que o ocorrido seja inacessível se for ferir a sua sensibilidade, tendo em vista que o direito ao esquecimento deve beneficiar o cidadão. O direito ao esquecimento já vem sendo discutido no Brasil por causa dos seus impactos, e está contemplado no Enunciado 531, da VL Jornada do Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CFJ), em março de 2013. A questão defendida é que ninguém é obrigado a conviver para sempre com erros pretéritos. Enunciado 531: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.” A justificativa do enunciado 531: “Os danos provocados pelas nova tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegurar a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mas especificamente o modo e a finalidade com que são lembradas.” E também foi reconhecido pelo Supremo Tribunal da Justiça (STJ).

I. Acórdão

Relator: **Ministro Dias Toffoli. Recorrente: Nelson Curi e outros.** Recorridos: Globo Comunicação e Participações S/A. Data: 11/12/2014. O processo fala sobre a história de Aínda Curi, uma jovem que foi violentada e morta no ano de 1958 por três homens. No ano de 2004 o programa de TV “Linha Direta Justiça” reconstruiu a história e a mostrou em uma reportagem. Devido a isso, os irmãos da vítima, alegando danos morais, demandaram a “Globo Comunicação e Participações S/A”, perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro A ação indenizatória interposta foi denegada pelo Tribunal

porque os fatos expostos no programa eram de conhecimentos públicos e atuais. O processo foi altamente divulgado pelos jornais sendo discutido nos últimos anos. Depois disso, o recorrer foi ao STJ, mas a 4.º turma também negou provimento ao recurso especial interposto. Como se trata de um caso que gera um debate acerca da harmonização dos princípios constitucionais da liberdade de expressão, direito à informação da pessoa humana, inviolabilidade da vida privada, a honra e a intimidade. O resumo foi revisto pelo Supremo Tribunal Federal, que o dia 11 de dezembro de 2014, por maioria, reconheceu a existência da repercussão geral. O caso ainda não teve decisão final. Um dos casos mais conhecidos do Brasil foi o da atriz **Xuxa Meneghel**, que se sentiu prejudicada com os resultados de buscas de um filme que fez, e devido a ferir sua honra e sua vida pessoal, entrou com uma ação contra o Google, que não teve sucesso, pois não identificou especificamente o site de busca que estava relacionado com o seu nome, não obstante, a defesa de Xuxa recorreu ao conceito do direito ao esquecimento e ressaltou que o Google já foi condenado a censurar buscas em países da União Europeia, que também o Superior Tribunal de Justiça já fixou jurisprudência no sentido de pedir a URL dos endereços que hospedam o conteúdo supostamente ofensivo.

3. COMO AS FAKES NEWS SE TORNAM VIRALIS?

Atualmente, a internet conta com inúmeras plataformas que tornam a criação de sites e blogs incrivelmente mais fáceis. Essas ferramentas tornam a publicação de notícias na internet bem mais acessível para as empresas, profissionais e público em geral. Mas, o problema está na forma que essas publicações são compartilhadas.

Os jornalistas tem prazos muito curtos para publicarem uma notícia, por conta disso eles procuram matérias nas redes sociais, quando encontram um conteúdo que está sendo compartilhado por milhares de pessoas, publicado por outros jornais. Da mesma forma republicam a matéria nos seus sites ou bloco; gerando um efeito manada explicado pelo psicólogo social **Solomon Asch**.

O problema está justamente nessa ação, já que as publicações são compartilhadas pelos editores sem passar por nenhuma análise prévia do conteúdo, podendo levar a propagação de Fakes News. É necessário tempo para verificar os fatos e quanto mais tempo perderem menos trafico ganharam consequentemente não ganharão dinheiro com publicidade.

Aparentemente, as pessoas fazem isso pois dois motivos: porque querem ganhar dinheiro e para conseguirem isso terão que ir atrás de polemicas principalmente aquelas que despertam o sentimento de raiva e temor e o segundo é a crença de achar que se

grandes veículos informações publicaram a matéria que necessariamente estariam mais informadas do que o próprio.

3.2 O que leva as pessoas a acreditarem em Fake News?

Em 16 de setembro de 1982, um grupo de cristão libanês invadiu uma área que estava ocupada por forças militares israelenses em Beirute que acabou matando centenas de palestinos, xiitas e libaneses no "**massacre de Sabra e Chalita**". A situação do ataque foi bastante confusa e cada grupo culpou outros grupos diferentes pelo ataque. Os israelenses culpando exclusivamente os libaneses e o palestino acusando os israelenses de terem ajudado ou no mínimo sido coniventes com o que aconteceu.

Três pesquisadores **Robert P. Lee Ross e Mark R. Lepper**; Aproveitaram dessa situação complexa para ver como os estudantes iriam reagir na cobertura feita pela imprensa, eles entrevistaram e classificaram mais de 240 alunos de Stanford em três grupos, aqueles pró-Israel, pró-Palestina e os que não sabiam do assunto se tornarão os neutros. Em seguida passaram a eles vídeos com as notícias que os jornais estavam dando sobre o massacre.

Para o **grupo neutro** as notícias foram imparciais e isentas, mas para o **grupo pró-Israel** as mesmas notícias culpavam demais o país ou mostrava um papel muito maior que el realmente teve para eles os repórteres e editores que realizavam as matérias tinham um alinhamento **pró-árabe**. Enquanto que o grupo **pró-palestina**, as mesmas notícias não culpavam Israel suficiente ou diminuía o papel que o país teve ao mesmo tempo culpavam os editores e jornalistas alegando que eles teriam um alinhamento **pró- Israel**. a mesma cobertura feita pela imprensa foi vista como neutra com perspectiva para atacar e a tendência para favorecer Israel, ou seja, o viés estava muito mais na opinião de quem viu do que no conteúdo.

O fenômeno ganhou o nome de "**efeito da mídia hostil**" quando grupos que já tem uma opinião formada podem interpretar a mesma notícia de diferentes formas. Foi observado em todo o tipo de assunto polarizado de política, economia, esportes e o melhor videogame. Por conta disso o mesmo jornal ou uma mesma noticia podem ser vistos por grupos opostos como favorecendo o outro isso quando a noticia é isenta, mas normalmente nós fazemos questão de ouvir uma opinião que já concordamos como que nós achamos.

3.3 O problema das fontes aparentemente legítima

No ano de 1967 **Timothy C. Brock e Joe L. Balloun** realizarão um experimento em que eles deram gravações para os seus alunos ouvirem e avaliarem a habilidade do apresentador. Da mesma forma disseram que as gravações tinham sido feitas com

gravador muito ruim e tinha um chiado que os alunos poderiam corrigir apertando um botão de limpar o áudio entre as gravações, estavam duas apresentações com chiado pré-gravado, uma reforçando que o cigarro causa câncer e outra contestando essa ligação.

Brock e Balloun observou que os **voluntários não fumantes** apertavam mais o botão para ouvir melhor a gravação reforçando que o cigarro causa câncer. No entanto os **voluntários fumantes** optarão por ouvir bem a apresentação contestando que o cigarro causa câncer. Afinal procuramos conteúdo que favorece a nossa opinião e achamos o que não favorece entediante; quem passa esse conteúdo nem precisa ser qualificado. Na década de 70 um grupo da University of Southern California contratou um ator para se passar por um palestrante chamado Myron Fox, O trabalho dele era enrolar as pessoas em uma apresentação completamente inventada sobre a **teoria dos jogos aplicada na educação do médico**. Apenas usando o entusiasmo e bom humor, o Dr..Fox convenceu a maioria da plateia incluindo estudantes e especialistas.

Foram testadas diferentes versões da apresentação com seu conteúdo, a palestra bem animada foi a preferida, mas entre o conteúdo ruim e animado ou um expert que fala mal mesmo em apresentações técnicas as pessoas preferem o conteúdo ruim, mas empolgado. um fato que ficou conhecido como **efeito Doutor Fox**.

4. AS PESSOAS SÓ ACREDITAM NO QUE QUEREM

Como o **Farhad Manjoo** conta no livro **TRUE ENOUGH**. se as pessoas vão buscar notícias que favorecem a própria opinião e já tratam a mídia como hostil o mais fácil é assumir um papel característico e aproveitar o engajamento especialmente em temas mais complexos que não tem uma resposta clara se já tem quem questione fatos científicos óbvios como evolução e o valor das vacinas. Em questões subjetivas como quanto o governo devia gastar com políticas de assistência fica mais fácil de dar um lado só da história e conquistar uma audiência engajada favorável.

Jornais, revistas, sites e até mesmo canais do Youtube conseguem mais engajamento quando favorecem uma ideia que já estava formada. por isso lucra mais para as redes como Facebook circular essas ideias e manterem a sua atenção lá dentro da rede social, ou seja, compartilhar o conteúdo que mais polariza e chega em pessoas com opiniões mais extremas mesmo que esse conteúdo seja falso.

Antigamente, quem tinha uma ideia extrema na maioria das vezes só encontrava ideias contrária. Atualmente, é fácil fazer parte de um grupo com os mesmos ideais ou piores como a noção que o Holocausto não aconteceu de que o nazismo foi positivo. O problema é que o Negacionismo e Fake News podem ter consequências bem sérias além da margem para o passado se repetir.

Peter Duesberg foi um pesquisador de bastante renome em câncer até publicar o seu artigo na revista *Câncer Research* intitulado "Retroviruses as carcinogens and pathogens: Expectations and Reality". A ideia defendida era que a aids não é causada pelo Hiv mas sim pelo uso de drogas, ideia perigosa que foi comprada pelo presidente da África do sul Thabo Mbeki entre 1999 e 2008, em que suspendeu a distribuição de medicamentos contra Hiv incluindo medicamentos que previnem a transmissão do vírus de gestantes soropositivas para os bebês. O que além de debilitar a saúde de quem já estava infectado ainda facilitou os surgimentos de muitos novos casos de Hiv e aids.

Diferentes estudos estimaram que essa política foi responsável pela morte de mais de 330 mil sul africanos.

5. CONCLUSÃO

O assunto Fake News tem ganhando uma proporção enorme de casos nesses últimos anos, e o tema vem gerando cada vez mais um impacto na modernidade, a distorção e o caos que a desinformação pode fornecer ao crédulo, infringi uma lei constitucional, ferindo muitas das vezes a honra e a dignidade de um cidadão.

Todo mundo está sujeito a receber Fake News, existem maneiras de identificá-las:

Quando surgir uma notícia que questiona uma algo que é óbvio como a terra é plana.

Se o autor tem qualificação para falar do assunto(médico)

A notícia cita fontes?

O mais importante é o que essa pessoa irá ganhar tratando desse assunto?

REFERENCIAS

<http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/download/2182/1413/>

http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfCooperacao_pt_br/anexo/Trabalhocorrigido100.pdf

<https://jus.com.br/artigos/73637/direitos-da-personalidade-direito-ao-esquecimento>

<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/319988819/o-que-consiste-o-direito-ao-esquecimento#targetText=O%20direito%20ao%20esquecimento%20%C3%A9,causando%20Dlhe%20sofrimento%20ou%20transtornos.>

Vallone, Robert P., Lee Ross, and Mark R. Lepper. "The hostile media phenomenon: biased perception and perceptions of media bias in coverage of the Beirut massacre." *Journal of personality and social psychology* 49, no. 3 (1985): 577.

Perloff, Richard M. "A three-decade retrospective on the hostile media effect." *Mass Communication and Society* 18, no. 6 (2015): 701-729.

Brock, Timothy C., and Joe L. Balloun. "Behavioral receptivity to dissonant information." *Journal of personality and social psychology* 6, no. 4p1 (1967): 413.

Chigwedere, Pride, George R. Seage III, Sofia Gruskin, Tun-Hou Lee, and Max Essex. "Estimating the lost benefits of antiretroviral drug use in South Africa." *JAIDS Journal of Acquired Immune Deficiency Syndromes* 49, no. 4 (2008): 410-415.

Nattrass, Nicoli. "AIDS and the scientific governance of medicine in post-apartheid South Africa." *African affairs* 107, no. 427 (2008): 157-176.

<https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1509/jmr.10.0353>

https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1207/s15327957pspr0304_5

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, REGULAÇÃO NO BRASIL E O PROJETO DE LEI 5051/2019

Bruna Lietz*

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar o projeto de lei 5051/2019 que visa estabelecer princípios para o uso da inteligência artificial (IA) no Brasil através de uma análise da ordem constitucional e de conceitos inerentes a ciência da computação. Deste modo questiona-se a necessidade do referido projeto e seu conteúdo material, especialmente considerando que será, caso aprovado, uma restrição de cujo jurídico e não uma recomendação ética como verificada em outros documentos. O questionamento leva a conclusão de que muitas das limitações previstas tem assento constitucional, correspondendo a princípios e direitos fundamentais, sendo ainda a restrições jurídicas ao uso e o desenvolvimento da IA. Ademais, a análise permite concluir que os dispositivos que estabelecem restrições a inteligência artificial necessitam de ponderação junto aos conceitos relacionados a ciência da computação sob pena de impor restrições legais, ainda que de forma indireta, a um valor constitucional que é o desenvolvimento científico e tecnológico.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Inteligência Artificial; 2. Direitos Fundamentais; 3. Regulamentação; 4. Aprendizado da máquina; 5. Algoritmos.

ARTIFICIAL INTELLIGENCE, REGULATION IN BRAZIL AND BILL 5051/2019

ABSTRACT: This paper aims to analyze the bill 5051/2019 that aims to establish principles for the use of artificial intelligence in Brazil through an analysis of the constitutional order of precepts inherent in computer science. Thus, the necessity of the referred bill and its material content is questioned, especially considering that it will be, if approved, a restriction of whose legal and not an ethical recommendation as verified in other documents. The question leads to the conclusion that many of the foreseen limitations have a constitutional seat, corresponding to fundamental principles and rights and corresponding to legal restrictions on use and development. Moreover, the analysis concludes that devices that establish restrictions on artificial intelligence need to be analyzed with concepts related to computer science, under penalty of imposing legal

* Mestranda em Direito na área de concentração Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito do Estado pela UFRGS. Especialista em Direito Público com ênfase em Direito Constitucional pela Uniasselvi. Advogada. Currículo lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/7133022323811404>. E-mail: bruna.lietz@edu.pucrs.br.

restrictions, albeit indirectly, on a constitutional value that is scientific and technological development.

KEYWORDS: 1. Artificial intelligence; 2. Fundamental Rights; 3. Regulation; 4. Machine Learning; 5. Algorithms.

INTRODUÇÃO

A computação tem apresentado um crescimento exponencial, sendo interligada a este fator a evolução da inteligência artificial e seu crescente uso em diversas áreas e nos mais diversos lugares, que vão desde os centros de pesquisa mais desenvolvidos a processos que estão presentes na vida de grande parte dos indivíduos.

A regulamentação da inteligência artificial em aspectos éticos e jurídicos tem sido objeto de debate em diversos Países, tendo o Brasil adotado os critérios éticos elaborados pela OCDE que estabelece valores pelos quais a IA deve desenvolver. Ainda, recentemente foi proposto o projeto de lei 5051/2019 que visa regular esta tecnologia em uma perspectiva jurídica.

Deste modo, o presente trabalho questiona a necessidade do projeto legislativo quanto ao seu mérito frente as disposições contidas na Constituição Federal, bem como se a forma como expostas as restrições coadunam-se com conceitos da ciência da computação, permitindo um desenvolvimento científico e tecnológico.

Em uma perspectiva inicial tem-se que muitos dos valores e direitos expressos como limitadores do uso e desenvolvimento da inteligência artificial já estão expressos na Constituição Federal constituindo restrições jurídicas, assim como uma regulação infralegal tem o potencial de constituir uma limitação a esta.

O trabalho, nesta perspectiva, tem como objetivo geral analisar o projeto de lei 5051/2019 em uma perspectiva constitucional, sendo objetivos específicos estabelecer algumas premissas quanto a regulação da inteligência artificial, identificar os valores constitucionais inerentes ao projeto e realizar o cotejo entre dispositivos e conceitos da ciência da computação.

Para tanto, inicialmente irá se abordar uma análise da inteligência artificial e do projeto legislativo estabelecendo as distinções entre regulação ética e jurídica para posteriormente trazer valores jurídicos da proposição que também tem caráter constitucional e ético. Em momento posterior irá se abordar algumas questões específicas das disposições projetadas, especificamente as questões da transparência, confiabilidade, possibilidade de supervisão humana e auditoria dos sistemas.

A presente pesquisa tem como método de abordagem o indutivo, de procedimento o estruturalista e funcionalista e no interpretativo o sistemático, eis que o direito é

compreendido de forma ordenada e hierarquizada, onde os direitos fundamentais apresentam-se como valores superiores. Ademais, a pesquisa tem natureza de trabalho científico original e teórico, cujo objetivo é explicativo e os dados para a realização do trabalho serão obtidos através de pesquisa documental, sendo as os objetos utilizados a bibliográfica.

Assim, diante das premissas metodológicas acima referidas, faz-se a análise do tema, buscando fazer uma análise entre direitos fundamentais, inteligência artificial, regulamentação e o desenvolvimento científico e tecnológico.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A REGULAÇÃO PROPOSTA PELA LEI 5051/2019

Inteligência artificial, ética e direito

O aumento do volume de dados², associado ao desenvolvimento dos softwares³ é trazida por muitos autores como fatores elementares para o desenvolvimento da inteligência artificial, seja ela aquela que já utilizamos diariamente ou da que está sendo desenvolvidas em laboratórios em forma de protótipos e que remodelaram o mundo (Bostrom, 2018, posição 374).

A inteligência artificial (IA) refere-se à capacidade da máquina de aprender ou compreender as coisas ou de lidar com situações novas ou difíceis (Barfield, 2018, p. 31). Este aprendizado ou compreensão se dá no contexto de sistemas lógicos-matemáticos, sendo de domínio da ciência da computação.

Diante do aumento de seu uso passou-se a suscitar a necessidade de verificar a conformidade da técnica aos interesses da sociedade e dos seus membros (Mulholland, 2019, p. 08), destacando-se dois sistemas regulatórios: o ético e o jurídico.

O sistema ético, como observa Mulholland (2019, p. 08), “cria guias deontológicos que serão constituídos como a razão *prima face* e o fundamento para o desenvolvimento da IA” sendo imposta assim uma *soft regulation*, eis que a governança da inteligência artificial será baseada em princípios que são guias de recomendações. Na atualidade há

² Foi elabora por Turner (2014) uma estimativa de que em 2020 o universo digital chegará a 404 zettabytes, ou seja, 44 trilhões de gigabytes.

³ Para obter um gráfico logarítmico do crescimento exponencial do poder da computação nos últimos 110 anos consultar Pistono (2017, p. 42). Observa este, ademais, que há uma tendência deste crescimento continuar no futuro, entendendo que tal poderá atingir limites físicos que imporão sua diminuição ou então se atingirá a singularidade tecnológica.

vários guias de recomendações éticas como os elaborados pela União Europeia (EU) (2018a, 2018b) e pela OCDE⁴ (2019).

O sistema jurídico cria restrições, por isto considerado como *hard regulation*, uma vez que impõe padrões de coerção para a aplicação da IA (Mulholland, 2019, p. 08). Como observam Novais e Freitas (2018, p. 29) inexistente uma abordagem normativa holística a nível da União Europeia, sendo a questão da inteligência artificial descortinadas apenas pequenos afloramentos normativos em textos legais dispersos.

No Brasil há o reconhecimento de diversos direitos fundamentais que são trazidos nas orientações éticas da União Europeia como guias éticos para o desenvolvimento da IA, mas no ordenamento jurídico pátrio configuram também como princípios jurídicos.

Neste contexto, os direitos fundamentais adotados pela ordem jurídica brasileira já constituem preceitos éticos e jurídicos ao desenvolvimento e o uso da inteligência artificial. Não obstante a ideia de uma limitação já posta pela Constituição, tramita no processo legislativo brasileiro projeto de lei 5051/19⁵ que pautado nos preceitos constitucionais, definir uma regulação infraconstitucional mínima que traga as garantias necessárias para essa transição estabelecendo princípios básicos do uso da Inteligência Artificial.

O projeto de lei 5051/2019: princípios e diretrizes

O projeto de lei 5051/2019 teve seu trâmite legislativo iniciado no Senado Federal sendo lido em setembro deste ano. O projeto traz uma redação inicial estabelecendo princípios

para o uso da Inteligência Artificial no Brasil (artigo 1º), bem como define diretrizes para a atuação do Estado (artigo 5º).

Além disto, o projeto, embora esteja dentro da ideia de regulação jurídica (restritiva) traz finalidades para o qual a IA deve ser desenvolvida, assim expondo seu artigo 2º “tecnologia desenvolvida para servir as pessoas com a finalidade de melhorar o bem-estar humano em geral”.

No que se refere aos princípios, a lei traz que o uso e desenvolvimento da IA deve observar os valores que, em grande maioria correspondem a direitos fundamentais adotados pela ordem jurídica, quais sejam: o respeito à dignidade humana (art. 1, III, CF – fundamento Estado brasileiro), à liberdade (art. 5º, caput), à democracia (art. 1, caput, CF), à igualdade (art. 5º, caput), o respeito aos direitos humanos (art. 4, II, CF), à pluralidade

⁴ Conforme informação da Reuters (2019) os princípios da OCDE são apoiados pelos 36 membros da Organização para Cooperação Econômica, além de Argentina, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Peru e Romênia.

⁵ A tramitação do projeto legislativo está disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/138790>.

(preâmbulo, art. 206, III) e à diversidade (art. 215, §3, V, CF, 216, §1, I), a garantia da proteção da privacidade (art. 5, X, CF) e dos dados pessoais (art. 5, X e XII CF).

Ademais, o texto do projeto traz (artigo 3º) que um dos objetivos de se disciplinar a Inteligência Artificial no Brasil é a promoção e a harmonização da valorização do trabalho humano e do desenvolvimento econômico, valores estes já previstos na ordem jurídica brasileira nos artigos 7, XXVII e 170, caput e VIII, respectivamente.

As sociedades, ainda que não adotem estruturas jurídicas com fins de promover ou inibir as inovações, tem preceitos como os direitos fundamentais de primeira dimensão estão sendo alterados como observa Sarlet (2010, p.50) ao expor que tais revitalizados e até mesmo ganhando em importância e atualidade em face das novas formas de agressão a valores tradicionais dentre os quais insere-se questões relativas a tecnologias e avanços científicos.

Assim, diante do uso da inteligência artificial estes direitos fundamentais estão sofrendo alterações, entretanto continuam a constituir limites jurídicos e restrições ao desenvolvimento de tecnologias que lhes violem.

As diretrizes (artigo 5º) são expostas no projeto como uma linha segundo a qual se traça um plano dos entes estatais no desenvolvimento da Inteligência Artificial no Brasil, ou seja, são projetos de normas que irradiaram efeitos sobre os entes públicos.

Assim, define-se que a aplicação da IA no Poder Público deve buscar a qualidade e a eficiência dos serviços oferecidos à população⁶, bem como deve este efetivas os valores constitucionais diante do novo contexto através:

- I – a promoção da educação para o desenvolvimento mental, emocional e econômico harmônico com a Inteligência Artificial;
- II – a criação de políticas específicas para proteção e para qualificação dos trabalhadores;
- III – a garantia da adoção gradual da Inteligência Artificial;
- IV – a ação proativa na regulação das aplicações da Inteligência Artificial;

Tais disposições previstas no projeto legislativo correspondem a valores impostos constitucionalmente, não podendo definir uma inovação ao texto constitucional, seja quanto aos princípios adotados as diretrizes expostas. Entretanto, há alguns pontos do projeto legislativo que trazem uma nova perspectiva a ordem jurídica podendo serem destacados dos demais e que serão tratados no próximo capítulo.

⁶ O uso da inteligência artificial no Poder Público é apontado por autores como fator para a qualidade de eficiência dos serviços públicos fornecidos a população. Um exemplo, baseado em evidência, é seu emprego em execuções fiscais como demonstra Fábio Porto (2019). Ainda, a IA é trazida por Ederson Porto (2018) como meio para a eficiência na fiscalização da gestão pública.

Transparência, confiabilidade, possibilidade de supervisão humana e auditoria dos sistemas

O projeto legislativo em análise expõe em seu artigo 2º, incisos IV e V que a inteligência artificial deverá ter como fundamento a transparência, a confiabilidade e a possibilidade de auditoria dos sistemas. Estas exigências podem ser relacionadas a valores constitucionais como a ideia de juiz natural, a fundamentação das decisões, entre outros.

A definição de regras como estas deve levar em consideração são somente aspectos jurídicos, mas primordialmente deve ter em consideração os conceitos e métodos empregados pela ciência da computação, identificando em que corresponde a IA nas suas diversas formas para posteriormente absorver isto e moldar em uma linguagem jurídica que faça sentido para aqueles que irão lhe executar.

Deste modo, ao se regular a IA deve se ter em consideração as atuais capacidades desta, pois impondo a ordem jurídica algo que não possa ser observado pelos cientistas da computação (impossibilidade real) haverá o impedimento do desenvolvimento tecnológico, que também é um valor constitucional.

O projeto de lei 5051/2019 ao exigir que a inteligência artificial seja dotada de transparência, a confiabilidade e a possibilidade de auditoria dos sistemas, além de se submeter a supervisão humana de forma tão genérica pode levar a uma insegurança que iniba o desenvolvimento, seja em razão destes conceitos, tal como postos, não serem definidos, seja por não definir em que ponto dos sistemas deve haver sua aplicação.

A inteligência artificial como a capacidade da máquina aprender ou compreender as coisas ou de lidar com situações novas ou difíceis possui muitas especificidades, sendo elementar sua observância em uma regulação.

Como expõe Gutierrez (2019, 85) há diferentes sistemas dentro do campo da IA compreendendo de algoritmos que fazem cruzamentos de dados e encontram padrões – *analytics* – até sistemas que aprendem sozinhos – *machine learning*⁷. Em ambos um questionamento surge, qual seja, as questões relacionadas aos dados utilizados, eis que tais são elementares para tais sistemas.

A suficiência dos dados e sua confiabilidade irão refletir na confiabilidade da própria IA (Silva, 2019, p. 42), especialmente em modelos de aprendizagem automática onde a máquina é submetida a um treinamento com um conjunto de dados suficientes

⁷ No âmbito do direito tributário os entes estatais fazem uso da inteligência artificial, tanto em sua função de análise de dados, quanto de aprendizado da máquina. Neste sentido são os programas utilizados pela União Federal através de Procuradoria da Fazenda Nacional e da Receita Federal do Brasil, denominados, respectivamente como PGFN Analytics (PGFN, 2019) e o SISAM – Sistema Integrado de Seleção Aduaneira por Aprendizado da Máquina (Receita Federal, 2019).

para que ele aprenda para depois ser utilizado. Assim, ao se colocar uma restrição a sistemas de IA pela confiabilidade deve se ter em consideração que tais sofrem influxos de outros elementos, pois caso contrário a proteção que se busca realizar será ineficiente.

Ainda dentro da ideia de *machine learning* diversas as formas de aprendizado (Gutierrez, 2019, 86) podendo tais serem supervisionados por serem humanos, hipótese em que os critérios de correlação iniciais são parametrizados por humanos, e não supervisionados, onde se dispensa a calibragem inicial e o sistema criam padrões de correlação próprios alheios ao raciocínio humano.

Ao se definir a possibilidade de somente haver sistemas supervisionados, sem definir o que entende-se pelo conceito de supervisionado, pode-se proibir o que tais sistemas apresentam de positivo, dentre os quais pode inserir-se a analisar um ambiente dinâmico e dele extrair correlações e padrões por si só, padrões não identificáveis por humanos. Ademais, o mesmo pode ocorrer no aprendizado contínuo - *Lifelong Learning Algorithm (LLA)* ou *Lifelong Machine Learning (LMC)* – que pode ser realizado por algoritmo de aprendizado incremental, por um retreinamento manual ou então por um retreinamento automático.

A transparência dos algoritmos, por sua vez, demanda uma reflexão, pois a pura exposição algorítmica, ou seja, a disponibilidade do código-fonte ou auditorias irrefletidas podem gerar uma ilusão de clareza como aponta Peixoto e Silva (2019, p.73). Nem todos os modelos de IA permitem verificar com as decisões foram tomadas.

Há modelos matematicamente bem simples e de fácil compreensão de como as suas saídas são geradas, entretanto, como observa Silva (2019, 46-48) “os melhores modelos, do ponto de vista da assertividade, possuem estruturas numéricas muito complexas, o que dificulta a compreensão de como as respostas são geradas em sua saída”.

Assim, modelos com alta interpretabilidade (árvores de decisão, algoritmos de regressão e regras de classificações) apresenta baixa acurácia ao passo que os algoritmos de baixa interpretabilidade (Redes neurais artificiais, *ensemble methods* e *support vector machine*) detém uma alta acurácia.

Deste modo, as disposições do projeto legislativo a priori restringiriam à inteligência artificial quanto ausente transparência, confiabilidade, possibilidade de supervisão humana e possibilidade de auditoria merecem ser estudadas diante das peculiaridades dos sistemas, estabelecendo limites claros e específicos, não somente para que haja uma proibição sem levar em consideração as especificidades, mas para que a decisão quanto aos limites de uso e os riscos aceitáveis seja tomada de forma reflexiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise realizada no presente trabalho demonstra que a inteligência artificial tem sido aplicada em diversos aspectos na atualidade, alterando institutos e fatos que embasam as normas jurídicas. Alguns valores éticos já foram traçados com vista a estabelecer fundamentos para o desenvolvimento desta tecnologia, sendo que muitos destes, os atos, também são jurídicos tornando a necessidade de seu estudo.

A exame do projeto legislativo 5151/2019 confirma a hipótese aventada no sentido grande parte da regulação pretendida já está expressa na Constituição por constituírem valores e direitos fundamentais incorporados a nossa ordem jurídica. Ademais, as demais exigências pretendidas encontram fundamento em valores constitucionais, entretanto na forma como posta tem o potencial de violar a inovação e o desenvolvimento científico, que também são valores consagrados pelo texto constitucional.

A análise da proposição legislativa, em conjunto com as normas constitucionais e considerando dados à inteligência artificial pela ciência da computação, permite concluir que hoje já existem limitações ao seu uso e desenvolvimento, notadamente pelos direitos fundamentais. Ademais, uma regulamentação infraconstitucional que não observe a cientificidade própria da computação tem o potencial de impedir o desenvolvimento desta tecnologia, inclusive nos pontos que são positivos.

O debate em torno dos riscos aceitáveis tem de ter assento material na ordem constitucional e deve ser atribuída a uma ampla discussão social. Ademais, não se deve desconsiderar o caráter global desta tecnologia que demanda soluções a ser formuladas através do diálogo entre diversos Países, seja para o aprendizado com experiências estrangeiras ou para a formação de uma regulação internacional da mesma.

REFERÊNCIAS

BARFIELD, Woodrow. Towards a law of artificial intelligence. *In*: BARFIELD, Woodrow; PAGALLO, Ugo (Editores). **Research Handbook on the law of artificial intelligence**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2018. (*E-book*)

BOSTROM, Nick. **Superinteligência**. Barueri: Darkside Editora, 2018. (*E-book*)

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 27 jul. 2019.

BRASIL. **Inteligência Artificial e Regulação de algoritmos – Diálogos União Europeia – Brasil**. Disponível em: <https://www.mctic.gov.br/mctic/export/sites/institucional/inovacao/paginas/politicasDigit>

ais/assuntosCiberneticos/Inteligencia-Artificial-e-Regulacao-de-Algoritmos.pdf. Acesso em 27 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 - Lei Geral de Proteção de Dados.**

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em 27 jul. 2019.

GUTIERREZ, Andriei. É possível confiar em um sistema de inteligência artificial? Práticas em torno da melhoria da sua confiança, segurança e evidência de accountability. *In*: MULHOLLAND, Caitlin. FRAZÃO, Ana. (Coord.). **Inteligência Artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

TURNER, Vernon. **The Digital Universe of Opportunities: Rich Data and the Increasing Value of the Internet of Things - Executive Summary**. Disponível em:

<https://www.emc.com/leadership/digital-universe/2014iview/executive-summary.htm>. Acesso em 18 set. 2019.

MULHOLLAND, Caitlin. FRAZÃO, Ana. (Coord.). **Inteligência Artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NOVAIS, Paulo. FREITAS, Pedro Miguel. **Inteligência Artificial e Regulação de algoritmos**. Disponível em:

<https://www.mctic.gov.br/mctic/export/sites/institucional/inovacao/paginas/politicasDigitais/assuntosCiberneticos/Inteligencia-Artificial-e-Regulacao-de-Algoritmos.pdf>. Acesso em 27 jul. 2019.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÓMICO.

Recommendation of the Council on Artificial Intelligence. Disponível em:

<https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>. Acesso em 17 out. 2019.

PGFN. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – **PGFN em números, edição 2019**.

Disponível em: http://www.pgfn.fazenda.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/pgfn-em-numeros-2014/pgfn_em_numeros_2019.pdf. Acesso em 16 set. 2019.

PISTONO, Federico. **Os robôs são roubar seu trabalho, mas tudo bem: como sobreviver ao colapso econômico e ser feliz**. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2017.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. **Inteligência artificial e direito**. Curitiba: Alteridade editora, 2019.

PORTO, Éderson Garin. A busca pela eficiência na fiscalização da gestão pública: a utilização de inteligência artificial para aperfeiçoamento do controle das finanças públicas. *In*: **Revista de Direito da Empresa e dos Negócios**. V. 1, n.2, 2017, p. 4-31.

PORTO, Fábio Ribeiro. O impacto da utilização da inteligência artificial no executivo fiscal. Estudo de caso do tribunal de justiça do Rio de Janeiro. *In: Direito em Movimento*, Rio de Janeiro, v. 17 - n. 1, p. 142-199, 1^o sem. 2019.

RECEITA FEDERAL. **Sistema de Seleção Aduaneira por Aprendizado de Máquina**. Disponível em: www.brasildigital.gov.br > *lumis* > *portal* > *file* > *fileDownload*. Acesso em 16 set. 2019.

REUTERS. **OECD members, including U.S., back guiding principles to make AI safer**. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-oecd-technology/oecd-members-including-u-s-back-guiding-principles-to-make-ai-safer-idUSKCN1SS1V5>. Acesso em 17 out. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SENADO FEDERAL. **Tramitação legislativa - Projeto de Lei nº 5051 de 2019**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/138790>. Acesso em 17 out. 2019.

SILVA, Nilton Correa. Inteligência artificial. *In: MULHOLLAND, Caitlin. FRAZÃO, Ana. (Coord.). Inteligência Artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **TJMG utiliza inteligência artificial em julgamento virtual**. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/tjmg-utiliza-inteligencia-artificial-em-julgamento-virtual.htm#.XapH3-hKg2w>. Acesso em 18 out. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. **Orientações éticas para uma IA de confiança**. Disponível em: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>. Acesso em 27 jul. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. **Carta ética da União Europeia para o Uso da Inteligência Artificial em Sistemas Judiciais e seu ambiente**. Disponível em: <https://rm.coe.int/carta-etica-traduzida-para-portugues-revista/168093b7e0>. Acesso em 17 out. 2019.

INVERSÃO DO DOMÍNIO PRIVADO SOBRE PÚBLICO *VERSUS* COMUNIDADE DIGITAL

Douglas Belanda¹

RESUMO: Ao refletirmos sobre o ser humano, resta latente (desde a Grécia antiga), que a vida em sociedade (público) é favorável e interessante ao extremo, ante facilitar a rotina pessoal, dentro dos demais afazeres (privado). Fato que, viver para o coletivo já era abordado desde Aristóteles, ocasião em que o ser humano deveria viver para a “pólis”. Ocorre que, com o advento da tecnologia e sociedade globalizada, iniciamos a visualização de movimentos distintos, ou seja, muitos entes privados rechaçando o domínio público, até mesmo, relativizando alguns direitos humanos e demais contornos sociais. Com isso, a reflexão ora abordada se dá no enfoque de, com advento da sociedade da informação e tecnologia apurada, poderemos sofrer alternância de domínio privado e público ou o bem coletivo sempre irá triunfar? Abordaremos com ênfase.

Palavras Chave: Civil; Constitucional; Digital; Teoria do Direito; Política

PRIVATE DOMAIN INVERSION OVER PUBLIC *VERSUS* DIGITAL COMMUNITY

ABSTRACT: When we reflect on the human being, it is latent (since ancient Greece) that life in society (public) is favorable and interesting in the extreme, before facilitating the personal routine, within the other tasks (private). As a matter of fact, living for the collective was approached since Aristotle, when the human being should live for the “polis”. It happens that with the advent of technology and globalized society, we began to visualize distinct movements, that is, many private entities rejecting the public domain, even relativizing some human rights and other social contours. With this, the reflection now approached takes place in the approach that, with the advent of the information society and refined technology, we may suffer alternation of private and public domain or will the collective good always triumph? We will approach with emphasis.

Key Words: Civil; Constitutional; Digital; Theory of Law; Politics

¹ Consultor Jurídico em São Paulo/SP. Vice-Presidente da Comissão de Departamento Jurídico da OAB/SP, Seccional de Pinheiros/SP. Atuou como Membro Efetivo da Comissão de Instituições Financeiras e Comissão de Direito do Consumidor da OAB/SP. Graduado em Direito pela FMU/SP, com especialização em Direito Aeronáutico e Responsabilidade Civil pela Universidade Federal do ABC, bem como, Contratos e Operações Bancárias pela FGV/SP. Pós-graduado em Direito Constitucional pela FMU/SP, com MBA em Administração de Empresas pela mesma Universidade. cursou na qualidade de ouvinte o Mestrado em Direito Civil da PUC/SP e, ainda, foi aluno especial do Mestrado em Processo Civil da USP. Atualmente, é Mestrando em Direito da Sociedade da Informação pela FMU/SP. E-mail: belanda@uol.com.br

INTRODUÇÃO

O ato de estar vivo, por si só, exige do ser humano uma série de atribuições, fato incontroverso. Note que, é preciso respirar, se alimentar, descansar, pensar, sobreviver e cumprir demais pontos, durante toda a vida. Ninguém nega que a vida é uma dádiva e, ainda, que viver em sociedade e democracia é o melhor cenário possível, entretanto, requer habilidades políticas e dedicações ao coletivo.

Tal pensamento do coletivo não é novo, sendo notado desde a Grécia antiga, ocasião em que o direito natural iniciou o processo de reflexão e modelagem, com avanços que permeiam passagens por Roma, já computando sua queda no Século V (em 476 d.C.), ante invasões dos povos germânicos - atuais para época, incluindo organizações distintas com costumes próprios, isto é, cada reino era peculiar na sua organização política e monetária. Fato que, a evolução jamais parou ao longo do tempo, culminando com a atual pós modernidade, que vivemos.

Em constatação apurada sobre preservação do coletivo ante critérios individuais, trazemos reflexão de Aristóteles (desde os primórdios sociais), que relata:²

Vemos que toda cidade é uma espécie de comunidade, e toda comunidade se forma com vistas a algum bem, pois todas as ações de todos os homens são praticadas com vistas ao que lhes parece um bem; se todas as comunidades visam a algum bem, é evidente que a mais importante de todas elas e que inclui todas as outras tem mais que todas este objetivo e visa ao mais importante de todos os bens; ela se chama cidade e é a comunidade política. (ARISTÓTELES, Política. L. I, cap. I, 125 a, p.12).

[...]

A comunidade constituída a partir de vários povoados é a cidade definitiva, após atingir ao ponto máximo de uma auto-suficiência praticamente completa; assim, ao mesmo tempo que já tem condições para assegurar a vida de seus membros, ela passa a existir também para lhes proporcionar uma vida melhor. Toda a cidade, portanto, existe naturalmente, da mesma forma que as primeiras comunidades; aquela é o estágio final destas, pois a natureza de uma coisa é o seu estágio final (...) Estas considerações deixam claro que a cidade é uma criação natural, e que o homem é por natureza um animal social, e um homem que por natureza, e não por mero acidente, não fizesse parte de cidade alguma, seria desprezível ou estaria acima da humanidade (...), e se poderia compará-lo a uma peça isolada do jogo de gamão (ARISTÓTELES, Política, L. I, cap. I, 1253 a, p.15).

Assim, podemos entender (dependendo do contexto), que um homem sem sociedade não existe, ou seja, o privado somente pode ter vida se servir ao público, fato

² ARISTÓTELES. Política. Trad. Mário da Gama Kury, Brasília: UnB, 1989, 317p.

discutível na sociedade robotizada e tecnológica que vivemos, onde muitas vezes é possível ter interligações diversas, sem criar raízes.

Não avalio plausível viver sem estarmos servindo ao coletivo, entretanto, não raro podemos notar discrepâncias ante descontentamento social com o viés público, muitas vezes focando no privado. Resta claro que o ser humano sempre evoluiu em conjunto ao grande respeito aos entes públicos (preservando respectiva culturas), ou seja, sempre dependente da mão estatal, que foi e continua sendo muito forte (garantias individuais e demais cernes). Dentre outros pontos, é fácil notar diversas evoluções durante a vida em sociedade, principalmente na seara de direitos humanos.

É correto dizer que poderíamos tratar do direito, história e viés de interferência do Estado em várias obras, entretanto e já focando na modernidade, a qual nos envolve com a revolução tecnológica e diária (com maior interface dos entes privados), se faz necessário pensar no rumo do direito e política ante sociedade da informação, incluindo controlar diversos temperamentos intelectuais, travas sociais, econômicas e demais contornos que, não raro, geram entraves diversos entre os seres humanos, sociedade, política e Estado. Tal qual a vida humana exige paciência e política para resolução de conflitos, é certo que dicotomia do público e privado (cada vez mais salutar) também aplica e requer doses de elasticidade, justamente para evitar embates desproporcionais, dado que em muitos casos e na atualidade, o cerne privado tem muita força e, com frequência, exerce poder ou influência sobre o ente público, reconstruindo o que conhecemos no feito de hierarquia social, que segundo Max Weber³:

Somente nações de senhores são chamadas a meter as mãos nos raios das rodas da marcha do mundo. Se nações que não possuem esta qualidade o tentam fazer, então não só se rebelará o seguro instinto de outras nações como aquelas soçobrarão intimamente no seu empreendimento.

Ora, se pensarmos em entidades privadas como sujeito de direitos e deveres e, que possuem atividades individuais que moldam a sociedade, por qual razão não poderíamos abalzar a imposição de contexto privado sobre determinada sociedade, isto é, ação do indivíduo se sobrepondo ao interesse coletivo? Ainda e de certo modo, poderia ser perigoso referida relação ou inversão de “poder” e “ditames”? Pensar em tal questão de modo isolado não se faz relevante, entretanto e quando avaliamos a mesma questão no contexto da sociedade digital (em que tudo possui grande impacto e relevância, dado a agilidade de notícias e demais), é certo que o contexto se altera, por vezes diminuindo a importância da entidade estatal.

³ WEBER, Max. **Political Writings**. Cambridge University Press, p. 269, 2000.

Consoante obra de Zygmund Bauman e Gustavo Dessal⁴, temos que:

En otras palabras, hay un precio a pagar por haberse emancipado de la existencia bestial: por haber obtenido esa seguridad confortable e reconfortante que solo el poder coercitivo de la sociedad puede brindar. No hay almuerzo gratis, como lo expresa la sabiduría popular inglesa: para conseguir algo hay que perder otra cosa. La vida civilizada (más en general: el tipo de vida que hace posible la comunión humana) es una transacción. Em el relato ya octogenário de Freud, lo que los individuos humanos ceden em la transacción es una cantidad nada pequeña de satisfacciones que sus instintos los exhortarían a buscar, y que ellos buscarían sin nada se lo prohibiera o impidiera por la fuerza.

A cambio ganan una medida considerable de seguridad: contra los males y los peligros que provienen de la naturaleza, del próprio cuerpo y de otros seres humanos. Los tipos de cambio y de los términos de la transacción nunca son completamente satisfactorios; de ahí que ninguna transacción pueda considerarse una solución definitiva al dilema de equilibrar la seguridad com libertad.

Ora, no contexto da abordagem acima e midiatização dos conteúdos sociais (público e privado), podemos relatar que existe um preço a se pagar pelo mundo digital que, talvez, seja diminuir a privacidade dos atos, entretanto, aumentando o volume de transações e capilaridade das questões pessoais, enfraquecendo o Estado, tal qual conhecemos. Assim, viver em sociedade é transacionar e, certamente que o ato de transacionar em ambiente global na atualidade enfraquece por vezes a atuação do Estado (até mesmo, por ausência de controle, vide transação em plataforma de rede social), ocasião em que fatalmente poderemos avaliar referida queda ante força das grandes corporações e dos indivíduos.

Outrossim, o ato de queda do poder estatal pode refletir consideravelmente nos direitos humanos? Essa preocupação é latente e, por vezes, no remete a problemas passados, que nos fecham ao novo (conhecimento em geral). Mas, em que pese tal ponto, as diversas vertentes sobre existência de real direitos humanos também nos chama a atenção. No sentido de globalização e direitos humanos, versa a ótica de Lindgren Alves⁵:

Considerações pessoais à parte, o que significa discutir direitos humanos como um "tema global"? Significa, no plano das ideias, a adesão a um campo comum de valores que — independentemente de quaisquer variáveis, individuais ou coletivas, decorrentes de sexo, raça, etnia, nacionalidade, religião, nível de instrução, julgamento moral, opção política e classe social — *definem a humanidade, a dignidade de todo ser humano*. Tais valores transcendem, hoje, o quadro histórico do anticolonialismo e do antirracismo (embora os incorporem, é evidente), além dos

⁴ BAUMAN, Zygmund; DESSAL, Gustavo. **El Retorno del Péndulo: sobre psicoanálisis y el futuro del mundo líquido**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2014. p. 30 – 31.

⁵ Lindgren Alves, J.A. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo, Fundação Alexandre Gusmão / Perspectiva, 1995.

direitos e das liberdades já consagradas no liberalismo clássico, para abranger o direito à paz, ao desenvolvimento, à cultura, à postulação de uma nova ordem política e econômica mais solidária

[...]

No plano da atuação concreta pelas vias diplomáticas, considerar direitos humanos como tema global significa enfatizar a criação e o funcionamento efetivo de mecanismos internacionais de controle ostensivo, para garantir a proteção interna dos direitos humanos, mesmo *rompendo a competência reservada de soberanias*. Mais ainda, como lembra Celso Lafer, o reconhecimento dos direitos humanos como tema global significa a convergência e a complementaridade entre ética e política, tornando a legitimidade dos governos, no plano mundial, condicionada à vigência de mecanismos e garantias daqueles direitos fundamentais. Em outras palavras, entender direitos humanos como tema global é também entendê-los como *ingredientes indispensáveis à governabilidade do sistema mundial* — pois a associação positiva entre direitos humanos e democracia é condição para o desenvolvimento e para a paz.

Importante salientar a gravidade de tais pontos, até mesmo, quando refletimos sobre a real universalização ou não de direitos humanos. Seria tal direito alvo privado (uno ou para pequenos grupos) ou realmente coletivo? Perceba, falar sobre tal dicotomia é literalmente difícil.

Em outra linha de exemplo, podemos abordar o tema eleições (que também alteram tal mecanismo), principalmente quando visualizamos eleições possivelmente sendo decididas via intermédio da tecnologia e capital privado, moldando o interesse público e, talvez, doutrinando a sociedade. Em tal condão (somente suspeita e, ainda em apuração), temos que a multinacional “Facebook”, em conjunto a companhia “Cambridge Analytica”, respondem judicialmente a órgãos reguladores americanos, por “poderio econômico” (de dados, inclusive), que talvez tenha modificado resultado da eleição presencial no referido país (EUA) - 2016. Dentre outros veículos de imprensa, o embate do risco privado sobre o público é trazido em matéria do Jornal Washington Post⁶, que cita:

Nine months after a whistleblower revealed Facebook had allowed outsiders to improperly access personal information about millions of its users, the social media giant faced its first major rebuke from regulators in the United States -- a lawsuit filed by the attorney general of the District of Columbia.

The lawsuit from Karl Racine on Wednesday targeted Facebook mainly for its entanglement with Cambridge Analytica, a political consultancy that harvested names, “likes” and other data from the social site without users’ permission. The incident, which affected more than 87 million users beginning in 2014, came to light this March, sparking investigations around the world.

⁶ ROMM, Tony; FUNG, Brian; DAVIS, Aaron C; TIMBERG, Craig. **It’s about time: Facebook faces first lawsuit from US.** Washington Post. Datado de 19.12.2018. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com>.

Teria o capital privado superado o público no Século XXI, com advento da tecnologia? Em pensamento direto (cunho social), podemos comparar as reflexões de Max Weber quanto vertente do público e privado e construção social, cito capitalismo inclusive, já na ótica de Florestan Fernandes⁷, o qual relata:

A definição de classe, adotada por Weber, é demasiado ampla. No entanto, sua caracterização formal da 'situação de classe' representa um verdadeiro marco na história da Sociologia. A ênfase posta na significação da existência do mercado e da posição ocupada no mercado, em termos de valorização socioeconômica de bens e trabalho, para a definição da situação de classe, confere a seu modelo de análise e de explicação uma utilidade ímpar no estudo sociológico das sociedades de classes subdesenvolvidas. Além disso, entre todos os sociólogos clássicos, Weber é o que oferece a explicação mais límpida e simples da ordem social inerente ao capitalismo e à estratificação em classes, como uma ordem de 'possuidores e não possuidores', fundada em interesse inequivocamente econômicos. Promovendo-se o que ele próprio pretendia como dupla adequação (de sentido e causal), seus conceitos e teorias podem lançar enorme luz sobre alguns aspectos centrais da organização da sociedade de classes subdesenvolvida.

A definição supra abordada, já no contexto da hierarquia de classes, pode por analogia trazer o entendimento do que presenciamos hoje na sociedade digital, ou seja, momento em que empresas privadas podem alterar a hierarquia do público que, enfraquecido, precisará e muito do privado para governar. Basta pensarmos, cito exemplo, em eventual abandono de duas ou três multinacionais da cidade de São Paulo/SP, as quais empregam milhares de empregados. Certo que, o poder público não entraria em falência (no primeiro momento), mas como se daria se essa atitude fosse orquestrada e em massa? Perceba, a relevância do capital privado possui enorme impacto, merecendo sim uma análise detalhada quanto inversão de papéis, pela tecnologia apurada, que demonstra tal potencialidade. Nas palavras de Juarez Brandão⁸, temos:

"Nessa caracterização (da fábrica paulistana), a forma e os efeitos da administração industrial são vistos como decorrentes, em boa medida, da natureza da estrutura da autoridade. Comparou-se, assim, a fim de obter-se uma compreensão sociológica da empresa como estrutura social, a sua organização e administração com o modelo weberiano de burocracia. Nesta, para Max Weber, as tarefas a serem executadas dividem-se pelos 'cargos', cada qual com a sua 'esfera de competência' claramente delimitada. Os cargos acham-se dispostos numa estrutura hierárquica. Fundamental na burocracia, nesta concepção, é a organização característica da autoridade, com a correspondente distinção entre cargo e pessoa. A autoridade é do cargo, não da pessoa de seu ocupante, e é sempre uma autoridade circunscrita às atribuições desse cargo. Tudo é regido em tal organização por um sistema,

⁷ FERNANDES, Florestan. **Sociedade de classes e subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro, Zahar Editores, pg. 40, 1968.

⁸ LOPES, Juarez Rubens Brandão. **Sociedade industrial no Brasil**. 2 ed. São Paulo, Difusão Européia do Livro, pg. 100, 1971.

deliberadamente estabelecido, de normas abstratas, gerais e impessoais, donde o caráter impessoal e a previsibilidade dos seus processos de administração. Este tipo-ideal de burocracia serviu-nos de instrumento de estudo. Foi pela comparação com o mesmo, comparação que fica apenas implícita, que nos guiamos na análise, adiante exposta, da organização e administração de uma empresa industrial"

Assim, podemos atualizar o conceito de sociedade, capital e estrutura social já com advento da vida no regime da tecnologia (novamente refletindo sobre o público e privado), embaraçando os conceitos de direito e demais entes, no cerne da influência das transnacionais no domínio do poder público, relatando os conhecimentos de Habermas⁹:

Desse modo a autonomia privada e a autonomia pública se pressupõem reciprocamente. A conexão interna de democracia e estado de direito consiste assim que, de um lado, os cidadãos somente podem fazer uso adequado de uma autonomia pública se eles são suficientemente independentes com base numa autonomia privada assegurada em igual medida; que eles também só podem gozar de autonomia privada na mesma medida se eles como cidadãos fazem um uso adequado de sua autonomia política. Por isso direitos fundamentais liberais e políticos são indivisíveis. A imagem de núcleo e casca é errática – como se houvesse um âmbito nuclear de direitos elementares de liberdade que pudessem pretender primazia diante dos direitos de comunicação e participação. Para o tipo ocidental de legitimação, a cooriginariedade dos direitos de liberdade e cidadania é essencial.

A partir do momento que o capital privado não depende de normas públicas para ter vida, será o mesmo um organismo autônomo? Até que ponto uma arbitragem com transação efetivada, poderia afastar uma norma de direito estatizada para, se o caso, abraçar a vontade privada, independente da análise fria do texto de lei? Esses temas realmente nos incitam em diversos pensamentos e discussões, rememorando que o equilíbrio é a válvula central para o bem-estar social.

A preocupação é no viés do privado (corporações ou indivíduos), tomarem proporções gigantescas e influenciarem os Estados na vertente pública (até mesmo, Judiciário), momento em que devemos criar mecanismos de fazer valer o interesse público *versus* capital privado, fazendo valer autonomia do povo, mas flexibilizando sim regras para melhor adaptação da economia nos dias atuais, com sociedade dinâmica e totalmente globalizada. A mudança existente na sociedade da informação, economia e política *versus* tecnologia é sempre bem abordada e tratada por Manuel Castells, que conceitua a sociedade em rede como nova estrutura social, cito¹⁰:

⁹ HABERMAS, Jürgen. **Die postnationale konstellation**, suhrkamp. Frankfurt am Main, 1998.

¹⁰ CASTELLS, Manuel. **Information Technology, Globalization and Social Development**. UNRISD Discussion Paper nº 114, September of 1999. Pg. 04.

For the first time in history, the entire planet is capitalist. Even the few remaining command economies are surviving or developing through their linkages to global, capitalist markets. Yet this is a brand of capitalism that is at the same time very old and fundamentally new. It is old because it appeals to relentless competition in the pursuit of profit, and because individual satisfaction (deferred or immediate) is its driving engine. But it is fundamentally new because it is tooled by new information and communication technologies that are at the root of new productivity sources, new organizational forms, and the construction of a global economy.

In the following paper, presented at the UNRISD conference on Information Technologies and Social Development (Geneva, June 1998), Manuel Castells examines the profile of this new world, centred around multinational corporations, global financial markets and a highly concentrated system of technological research and development. He stresses the extreme flexibility of the system, which allows it to link up everything that is valuable according to dominant values and interests, while disconnecting everything that is not valuable, or becomes devalued. This simultaneous capacity to include and exclude people, territories and activities is based upon a capacity to network.

Como ficará o conceito universal de direitos humanos na sociedade da informação? A dicotomia do público e privado irá alterar sobremaneira tais entendimentos? Essas perguntas carecem de reflexões dos juristas da pós modernidade. Em outras palavras, esse ponto supra nos chama atenção, principalmente quando pensamos em países subdesenvolvidos ou culturas enfraquecidas em que, o capital público necessariamente está rendido aos interesses do cerne privado. Até que ponto, para atender interesses de corporações, o ambiente público se moldará as vontades do privado, seja produzindo leis que moldem adequações e demais. Ante exposto, Bauman¹¹ nos fornece leitura sobre o tema de modo mais assertivo, ao relatar que:

A liberdade de movimento adquirida pelos detentores do capital passa a implicar uma desconexão do poder face a obrigações, seja com os empregados, com os jovens e fracos, com as gerações futuras e com a perpetuação da comunidade, na medida da superação de territorialidade e da localidade – que contém amarras das quais o poder econômico passa a se desvincular; assim, a responsabilidade pelas consequências deixa de ser contabilizada na aferição da eficácia do investimento; colocam-se em risco, dessarte, conquistas de épocas anteriores.

Perceba que, falamos sobre diversos momentos em que o viés público pode ser abatido pelo privado, desde os primórdios da sociedade e, ainda, elencando casos práticos de economia e tecnologia (em si). Agora, pode ocorrer o oposto?

¹¹ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: As Conseqüências Humanas (Globalization: The Human Consequences**. New York: Columbia University Press. 2015.

Em contraponto do relatado acima e abarcando pontos fortes do ente Estatal (em área distinta e sobre relativização dos direitos), se faz importante elencar entendimento do Supremo Tribunal Federal – STF, que considerou recentemente constitucional – Agosto de 2018, por 7 votos a 4, a terceirização de atividades-fim das empresas, liberando a adoção dessa medida pelas companhias).¹²¹³

O Supremo Tribunal Federal (STF) que é lícita a terceirização em todas as etapas do processo produtivo, seja meio ou fim. Ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 324 e o Recurso Extraordinário (RE) 958252, com repercussão geral reconhecida, sete ministros votaram a favor da terceirização de atividade-fim e quatro contra.

A tese de repercussão geral aprovada no RE foi a seguinte: “É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”.

A decisão supra reflete a autonomia do Estado (público) ou, ainda, entendimento consolidado do ente privado, buscando interesses próprios? É latente a pressão embutida do capital privado no ente público que, futuramente e com advento da tecnologia, poderá ocasionar ruptura da liberalidade do Estado em propor normas, ante interesses privados, nosso receio.

Em segundo prisma (distinto), avaliamos no Poder Judiciário a abrangência da discussão do tema público e privado, inclusive no tópico de biografias autorizadas e não autorizadas que, de certo modo, relativiza a liberdade de expressão – mas, mantendo o cerne da importância do público, prevista no bojo da Constituição Federal. Em tal sentido¹⁴:

Pessoas de notoriedade, como é o caso do apelante (músico de renome e prestígio internacional), da mesma forma que não podem opor-se à difusão da própria imagem, igualmente não podem opor-se à divulgação dos acontecimentos de sua vida.

Nesse sentido, o magistério de Adriano de Cupis: “O interesse público sobreleva, nesses casos, o interesse privado; o povo, assim como tem interesse em conhecer a imagem dos homens célebres, também aspira conhecer o curso e os passos de sua vida, as suas ações e as suas conquistas; e, de facto, só através de tal conhecimento pode formar-se um juízo sobre o seu valor. Mesmo nestes casos, por outro lado, as exigências do público detêm-se perante a esfera íntima, e, além disso, as mesmas

¹² MACHADO, Adriano. **Por 7 votos a 4, STF libera a terceirização irrestrita para a atividade fim**. Datado de 30.08.2018. Disponível em: <https://exame.abril.com.br>.

¹³ VIEIRA, Paulo Joarês; CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **O que afinal o STF decidiu sobre a terceirização?** Datado de 17.09.2018. Disponível em: <https://www.jota.info>.

¹⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO/SP. Acórdão em Apelação nº 0181186-30.2012.8.26.0100. Relator: Dr. Moreira Viegas. Datado de: 27.08.2014. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Processos>.

exigências são satisfeitas pelo modo menos prejudicial para o interesse individual. Será, portanto, lícita a biografia, mas ilícita a narrativa romanceada ou dramatizada, que não é necessária para a exposição dos factos pessoais” (Os Direitos de Personalidade, tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro, Livraria Moraes, Lisboa, 1961, p. 146). Não fosse isso o bastante, cumpre-se aceitar a influência e prevalência da Carta Constitucional, sobre toda e qualquer outra norma vigente no país, inclusive os aqui debatidos artigos 20 e 21 do Código Civil.

Nesse particular, oportunas as observações feitas por Anderson Schreiber: "Embora o art. 20 exija, em regra, a autorização da pessoa para a divulgação da sua imagem, da sua voz e de seus escritos, o próprio dispositivo reconhece que há exceções, às quais os tribunais acrescentam outras tantas, especialmente no exercício das liberdades constitucionais de informação e de expressão artística ou intelectual. Em outras palavras: basta interpretar o art. 20 à luz da Constituição para perceber que a ausência de autorização não impede juridicamente a edição de biografias, do mesmo modo que não impede a circulação de jornais. A melhor jurisprudência já caminha nesse sentido, limitando-se a impedir a circulação naquelas hipóteses em que verificada efetiva violação à privacidade, à imagem ou à honra do biografado" (Direitos da Personalidade, Atlas, 2011, p. 142) ...".

O ponto de atenção, doravante, é cravar até que ponto o embate do público e privado será alvo na revolução tecnológica (criando limites para atos prejudiciais a democracia e liberdade), em que grandes empresas possuem capital e força para embutir interesses privados em contexto público. Será que, nosso Poder Judiciário e Estado (sentido lato) conseguirão, ao longo do tempo, manter a liberdade e autonomia do público ante privado? Será um grande desafio que, possivelmente será vencido por discussões, positivos debates e bom senso de todos os entes que, novamente, precisam conviver em sociedade com harmonia e paz, focando o direito da sociedade da informação na manutenção de tais feitos.

CONCLUSÃO

De início, urge salientar que o condão da presente obra não é eliminar as discussões sobre a temática de público e privado, que gera intensos debates. O foco é conceituar a evolução da sociedade em conjunto ao direito, lembrando a necessidade da forte atuação estatal no âmbito privado, regulamentando normas e demais aspectos que, ocasionam a segurança jurídica nos mais variados aspectos do cerne social.

Na mesma toada, é necessário defender Estado e respectivo ordenamento consistente, mas que permita evolução, tanto no aspecto público, mas, principalmente, fornecendo liberdade vigiada a esfera privada, para que seja possível alcançar um bem comum, focando no advento da forte tecnologia e criação individual. Ademais, será que o modelo de controle estatal que presenciamos hoje, valerá para o futuro e sociedade

voltada a economia internacional, com aquisição de produtos e serviços em nível global e, muitas vezes, sem conhecimento direto do governo?

Como frear o avanço da capital sobre organismos estatais pré-constituídos, no ambiente digital? Aliás, será que doravante criar travas é o caminho correto a ser perseguido ou, o contexto nos fará pensar em sociedade globalizada, até mesmo, com direito globalizado em acompanhamento aos demais anseios sociais e de economia? A tecnologia é fantástica e nos facilita a vida em todos aspectos, entretanto, como se portará a respectiva sociedade, já com os impactos diários e possibilidades que visualizamos, é algo ainda incerto. Por isso, carece de muito debate acadêmico tal temática, jamais eliminando qualquer vertente de pensamento, mas ao contrário, focando em majorar as facilidades da tecnologia, preservando sempre o capital e interesse privado, todavia, ressaltando a importância da preservação do coletivo, como já pregava Aristóteles. Por fim, penso que, é importante sim flexibilizar contextos de vontades particulares (dado respeito ao ser humano, em sua essência), mas criar mecanismos para que o controle governamental persista no que for positivo, dado necessidade da sociedade em se sentir resguardada por ente mais forte e, capaz de ditar e impor regras, ante ordenamento jurídico pré-estabelecido, com normas reguladoras fortes e, que resultam em bom controle social e segurança jurídica.

BIBLIOGRAFIA

ARISTÓTELES. *Política*. Trad. Mário da Gama Kury, Brasília: UnB, 1989, 317p.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: As Conseqüências Humanas (Globalization: The Human Consequences)**. New York: Columbia University Press.

BAUMAN, Zygmund; DESSAL, Gustavo. **El Retorno del Péndulo: sobre psicoanálisis y el futuro del mundo líquido**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2014. p. 30 – 31.

CASTELLS, Manuel. **Information Technology, Globalization and Social Development**. UNRISD Discussion Paper nº 114, September of 1999. Pg. 04.

FERNANDES, Florestan. **Sociedade de classes e subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro, Zahar Editores, pg. 40, 1968.

HABERMAS. Jürgen. **Die postnationale konstellation, suhrkamp**, Frankfurt am Main, 1998.

LOPES, Juarez Rubens Brandão. **Sociedade industrial no Brasil**. 2 ed. São Paulo, Difusão Européia do Livro, pg. 100, 1971.

Lindgren Alves, J.A. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo, Fundação Alexandre Gusmão / Perspectiva, 1995.

MACHADO, Adriano. **Por 7 votos a 4, STF libera a terceirização irrestrita para a atividade fim**. Datado de 30.08.2018. Disponível em: <https://exame.abril.com.br>.

ROMM, Tony; FUNG, Brian; DAVIS, Aaron C; TIMBERG, Craig. **It's about time: Facebook faces first lawsuit from US**. Washington Post. Datado de 19.12.2018. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO/SP. Acórdão em Apelação nº 0181186-30.2012.8.26.0100. Relator: Dr. Moreira Viegas. Datado de: 27.08.2014. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Processos>.

VIEIRA, Paulo Joarês; CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **O que afinal o STF decidiu sobre a terceirização?** Datado de 17.09.2018. Disponível em: <https://www.jota.info>.

WEBER, M. **Ensaio de sociologia**. Organização e introdução de H. H. Gerth e C. W. Mills. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974.

WEBER, Max. **Political Writings**. Cambridge University Press, p. 269, 2000.

LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS: BREVES APONTAMENTOS SOBRE A VIOLAÇÃO DE DADOS

Daiane Moura de Aguiar¹; Gabriel Poltronieri Brusasco²

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo entender em até qual medida a Lei Geral de Proteção de Dados auxiliará na efetiva proteção dos dados pessoais no cenário nacional, ao entender que as transformações tecnológicas são observadas diariamente, verificando ainda qual é a nova realidade trazida pelos algoritmos e pelo *Big Data*, por entender que são essenciais para a habilitação de novas formas sociais e culturais vez que, apenas com esse entendimento que a sociedade se torna capaz de apreciar a forma que esses dois fenômenos da tecnologia são empregados, bem como desenvolver um senso de quais são, ou devem ser, as limitações, aplicações e possibilidades para estes. Neste sentido, apenas com o conhecimento da sociedade sobre o tema que será possível o estabelecimento de parâmetros de programação, coleta e tratamento de dados pessoais que se consideram como aceitáveis para Lei Geral de Proteção de Dados.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Digital; LGPD; Violação de Dados.

GENERAL DATA PROTECTION LAW: BRIEF NOTES ABOUT DATA BREACH

ABSTRACT: This paper aims to understand the extent to which the General Data Protection Law will assist in the effective protection of personal data in the national scenario. Understanding that technological transformations are observed daily, evaluating what is the new reality provoked by the algorithms and Big Data, appreciating that they are essential for enabling new social and cultural forms, once that only by understanding it that the society will be able to appreciate the way these two phenomena of technology are employed, as well as develop a perception of what are, or should be, the limitations, applications and possibilities for these. In this sense, only with this specific knowledge on the subject that will be possible the establishment of parameters of programming, collection and processing of personal data that are considered acceptable to the General Data Protection Law.

KEYWORDS: Digital Law; LGPD; Data Breach.

¹ Professora da Universidade Anhembi Morumbi. Doutora e Mestre em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. E-mail: daianemouradeaguiar@gmail.com

² Graduando em Direito pela Universidade Anhembi Morumbi. Membro do Centro Acadêmico CADILG. gabrielpoltronieri.gp@gmail.com.

INTRODUÇÃO

O presente estudo analisa quais são as motivações relevantes para a criação de uma lei nacional afim de regulamentar o tratamento de dados oriundo da rede mundial de computadores para tanto o estudo é recortado a partir de dois marcos legais, quais sejam: Marco Civil da Internet (MCI) e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Para tanto é questionado em que medida a LGPD vem a contribuir na proteção de dados dos usuários da internet em solo doméstico.

Para responder a tal problemática o artigo dividiu sua análise em duas partes. Na primeira será analisado quais foram os acontecimentos históricos que geraram a necessidade de criar legislações – em sentido amplo – motivadas pelo grande sucesso do uso da internet ao decorrer dos anos, e com a possibilidade quase que ilimitada para prestação de serviços online. Destaca-se que não ter a resposta legislativa gera riscos aos direitos e garantias fundamentais. Já na segunda parte avalia-se de maneira mais íntima o que a LGPD, o MCI e a GPDR trazem em seus textos para entender, de fato, quais são as *guidelines* apontadas, bem como as diretrizes por elas trazidas.

Justifica-se o presente trabalho pela inerente necessidade de retomar o controle de informações pessoais, mas que estavam sendo usurpadas por grandes corporações para que obtivessem os mais difusos intuitos de estudo e aplicação de tais dados. Tão logo, vê-se que o uso exacerbado e não aprovado direta e expressamente por cada um dos usuários, mesmo não necessariamente violando códigos de âmbito civil e/ou penal – pelo fato de ainda não terem sido positivados de tais maneiras – tem grandes chances de violar tratados de direitos fundamentais, como dito anteriormente.

1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA PROTEÇÃO DE DADOS

Quando se fala da Lei Geral de Proteção de Dados, é necessário inicialmente entender quais foram as mudanças que ocorreram no mundo para assim compreender fundamentadamente qual a sua função na sociedade de hoje, especialmente no Brasil em se tratando da LGPD, ou na Europa pelo Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados.³

Neste sentido, e sabendo que não é novidade que as formas de comunicação estão evoluindo com uma velocidade exponencialmente maior no ultimo século, os meios que

³ SOARES, Ana Thereza Nogueira. **Epistemologia, métodos e teorias da comunicação na era do Big Data: panorama crítico da pesquisa em mídias sociais**. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-35752018000100005&lang=pt>. Acesso em: 01 de Abril de 2019.

geram essa possibilidade de comunicação rápida passam a ter fundamental valor para estudos, uma vez que alteram a sociedade como um todo.⁴

Esse novo meio que permite essa comunicação cada vez mais rápida é, em sua base a internet, e depois as plataformas que são usadas para a geração de informação. Por meio dessas ferramentas que trabalham em conjunto, as pessoas que fazem o seu uso são tanto consumidoras quanto produtoras de conteúdo – entendendo que, ao fazerem qualquer tipo de busca, estão deixando um rastro de suas pesquisas para os provedores que escolheram usar, e ao deixar rastros de diversas naturezas, permitem aos provedores entender quais são os interesses pessoais de cada um, bem como traçar perfis individualizados e bem estruturados de todos que fazem o uso de seus serviços.⁵

Com efeito, essa alteração do comportamento humano em relação à comunicação, permitida pelas novas tecnologias⁶, especialmente nas últimas duas décadas, também alteraram a forma com que empresas como a Google Inc. podem fazer dinheiro. Desta forma, pôde-se observar que o conhecimento e dados pessoais dos utilizadores de plataformas on-line passaram a ser uma fonte de renda possível e viável, uma vez que os responsáveis pelas plataformas já teriam acesso aos dados dos seus utilizadores.⁷ Isso foi possível pela falta de regras para a regulamentação vinculada ao uso da internet, tanto para provedores quanto consumidores, e em âmbito nacional e internacional.⁸

Neste sentido, surgiram duas denominações para empresas que trabalham com dados, os “Data Controllers” e os “Data Processors”, respectivamente em português: Controladores de Dados, e Processadores de Dados. A distinção entre essas duas categorias se faz ao entender que os denominados Controladores são efetivamente os “donos” dos dados, por serem estes que fizeram a coleta dos dados, passando assim a serem detentores destes, e podendo determinar a finalidade que os dados por eles coletados terão. Enquanto os processadores, terão acesso aos dados já coletados e

⁴ Ibid.

⁵ MARQUES, Lidiany Kelly da Silva; VIDIGAL, Frederico. *Prosumers e redes sociais como fontes de informação mercadológica: uma análise sob a perspectiva da inteligência competitiva em empresas brasileiras*. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-37862018000100001&lang=pt>. Acesso em: 12 de Março de 2019.

⁶ MARQUES, L. K. S. *O uso das redes sociais como fontes de inteligência competitiva: um estudo multicase*. 2015. 107 f. Dissertação (Mestrado em Administração) – Universidade Fumec, Belo Horizonte, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010337862018000100001&lang=pt#B30>. Acesso em 20 de Março de 2019.

⁷ ZUBOFF, Shoshana. *If the digital future is to be our home, then it is we who must make it so. Against the Surveillance Capitalism of “Big Data”*, 2014. Disponível em: <<https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/the-digital-debate/shoshan-zuboff-on-big-data-as-surveillance-capitalism-13152525.html>>. Acesso em: 11 de março de 2019.

⁸ ZUBOFF, Shoshana. *Rendering reality and cash cows*. 2017. Disponível em: <<https://sciencenode.org/feature/shoshana-zuboff,-part-two-rendering-reality.php>>. Acesso em: 02 de Abril de 2019.

trabalharão em cima do material que lhes foram disponibilizados. Mas há a possibilidade de se encontrar empresas que sejam tanto Controladores, quanto Processadores.⁹

Fato é que, parte do sucesso de empresas que controlam e estudam os dados é a ignorância das pessoas que fazem o uso de diversos meios digitais (incluindo equipamentos), sem lerem os termos de privacidade que cada site, aplicativo ou equipamento. Inclusive porque estes termos são escritos de forma demasiadamente – e, quem sabe, propositalmente – longa, de forma a fazer com que os usuários aceitem os termos sem ao menos lerem o que estão aceitando. Por mais que as pessoas possam ter a perspectiva de que estão sendo “estudadas” ao darem a sua permissão, não há uma noção e delimitação real de até onde esse estudo irá, até que ponto ele será considerado como ético.¹⁰

Logo, todas as pessoas são alvos para a coleta de dados, e muitas vezes, sem que nem ao menos saibam, ou percebam que são observadas e rastreadas em tempo integral, tanto no mundo real quanto no mundo virtual (e cada vez com mais precisão com o desenvolvimento de mais tecnologias), e essas práticas de rastreamento e mapeamento só são possíveis dada a sua “maquiagem” com a qual são apresentadas ao público. Dito isso, a coleta de dados, mesmo que legalmente aceita pelos usuários, não passa de um eufemismo para invasão de privacidade e roubo de informações; uma vez que mal se sabe quais dados estão sendo coletados, e quais serão os fins dados para tais informações.¹¹

Para a apreciação e definição do que são dados, deve-se verificar o que cada legislação diz, uma vez que possuem diferenças entre cada uma delas. De acordo com a GDPR, no seu artigo 4^o:

Dados pessoais, informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável; sendo a pessoa considerada como identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, **em especial** por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrônica ou um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, econômica, cultural ou social dessa pessoa singular.

⁹ EUROPEAN COMMISSION. *What is a data controller or a data processor?* Disponível em:

<https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/rules-business-and-organisations/obligations/controller-processor/what-data-controller-or-data-processor_en>. Acesso em: 26 de Fevereiro de 2019.

¹⁰ ZUBOFF, Shoshana. *If the digital future is to be our home, then it is we who must make it so. Against the Surveillance Capitalism of “Big Data”*, 2014. Disponível em: <<https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/the-digital-debate/shoshan-zuboff-on-big-data-as-surveillance-capitalism-13152525-p3.html>>. Acesso em 12 de Março.

¹¹ ZUBOFF, Shoshana. *If the digital future is to be our home, then it is we who must make it so. Against the Surveillance Capitalism of “Big Data”*, 2014. Disponível em: <<https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/the-digital-debate/shoshan-zuboff-on-big-data-as-surveillance-capitalism-13152525-p3.html>>. Acesso em 12 de Março.

REGULAMENTOS (51): Merecem proteção específica os dados pessoais que sejam, pela sua natureza, especialmente sensíveis do ponto de vista dos direitos e liberdades fundamentais, dado que o contexto do tratamento desses dados poderá implicar riscos significativos para os direitos e liberdades fundamentais.¹² (Grifo nosso)

A LGPD, sintetiza no seu art. 5º o que serão considerados dados, ainda subdividindo-os por classificações, como dados pessoais sensíveis e dados anonimizados. Desta forma entende-se que Dado Pessoal é a “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”¹³, enquanto os dados sensíveis serão aqueles que, de certa forma, conseguem colocar as pessoas em grupos específicos – e comumente geram algum tipo de preconceito –, tomando como exemplos: raça opinião política e convicção religiosa. Já os dados anonimizados são aqueles que por meio da tecnologia, mesmo com os dados intactos, não serão meio suficiente para a identificação do indivíduo que teve os dados colhidos e tratados¹⁴.

Desta maneira, pode-se identificar que para a União Europeia todos os dados foram elencados de modo que as especificações encontram-se dispersas no decorrer do corpo da lei, enquanto no Brasil o legislador teve o cuidado de reunir essas informações, e dar maior abrangência para facilitar o entendimento de quais seriam os dados tutelados pela lei. Vale ainda lembrar que ao falar em dados pessoais, entende-se que estes são referentes às pessoas naturais; desta forma os dados das pessoas jurídicas não são protegidos por estas leis.

1.1 O Que É Considerado Como Tratamento De Dados

Assim como para a apreciação do que são dados, a compreensão do que é considerado como “tratamento” deve ser avaliado da mesma forma, assim sendo, verificando diretamente o que cada legislação diz, no caso a LGPD, traz em seu art. 5º inciso X:

Tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento,

¹² JORNAL OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA. 2016. Disponível em: <<https://protecao-dados.pt/wp-content/uploads/2017/07/Regulamento-Geral-Proteção-Dados.pdf>>. Acesso em 02 de Abril de 2019.

¹³ BRASIL. LEI Nº 13.709, DE 14 DE AGOSTO DE 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em 03 de Abril de 2019.

¹⁴ Ibid.

eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração;¹⁵

A LGPD ainda traz dez princípios que regem o tratamento de dados pessoais, são eles:

1- Finalidade, que entende que os dados serão tratados para fins legítimos, específicos e informados; 2- Adequação, que entende que os dados usados devem ser compatíveis com a finalidade; 3- Necessidade, os dados que serão utilizados para cada finalidade serão os estritamente necessários para a obtenção do resultado desejado; 4- Livre Acesso, que entende o acesso ao tratamento e à integralidade dos dados; 5- Qualidade dos dados, os dados devem ser objetivos e atuais; 6- Transparência, os titulares dos dados devem saber como os seus dados estão sendo utilizados; 7- Segurança, é necessário que quem for tratar os dados, se protejam e protejam os dados de todas as formas que puderem; 8- Prevenção, as empresas devem adotar medidas que previnam danos aos usuários; 9- Não discriminação, os dados não poderão ser usados para fins ilícitos ou abusivos; 10- Responsabilização e prestação de contas, quem for tratar os dados, deve demonstrar respeito às normas da LGPD, bem como aos princípios acima mencionados.¹⁶

A GDPR entende o tratamento de dados de uma forma bastante similar à que foi prevista pelo legislador brasileiro, a se ver:

«Tratamento», uma operação ou um conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais ou sobre conjuntos de dados pessoais, por meios automatizados ou não automatizados, tais como a recolha, o registo, a organização, a estruturação, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a divulgação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de disponibilização, a comparação ou interconexão, a limitação, o apagamento ou a destruição;¹⁷

Assim como a LGPD, a GDPR traz seis princípios para o tratamento de dados, que de forma simplificada são: 1- O objeto do tratamento deve ser lícito; 2- Recolhido para finalidades determinadas; 3- Serem adequados às finalidades; 4- Exatos e atualizados; 5- Armazenados de forma adequada; 6- Tratados de forma que a segurança dos dados seja garantida.¹⁸

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ OPICE BLUM. **Infográfico 04: os 10 princípios para o tratamento de dados pessoais**. 2018. Disponível em: <<http://portaldaprivacidade.com.br/2018/07/19/infografico-04-os-10-principios-para-o-tratamento-de-dados-pessoais/>>. Acesso em: 13 de Abril de 2019.

¹⁷ JORNAL OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA. 2016. Disponível em: <<https://protecao-dados.pt/wp-content/uploads/2017/07/Regulamento-Geral-Proteção-Dados.pdf>>. Acesso em 02 de Abril de 2019.

¹⁸ Ibid.

Desta forma, é possível visualizar que para as duas legislações abordadas, o tratamento de dados é na realidade muito abrangente, o que significa que estas legislações se aplicam para as mais diversas situações e, por conseguinte, devem ser respeitadas todas as pessoas jurídicas, vez que estas recebem e enviam, em bases diárias, um número grande de dados que são considerados como pessoais, seja pelo recebimento de currículos ou ao enviarem informações para a assinatura de um contrato.

Assim sendo, o termo “tratamento de dados” ganha um novo significado quando realmente entendido no seu significado legal, ou seja, não são apenas as empresas que trabalham com dados como o seu “produto de venda” ou “matéria prima” que devem se preocupar com as possíveis responsabilizações que a eles podem ser aplicadas. Mas isto, não exclui para fins de estudo e compreensão, que sejam essas empresas - que comercializam os dados - as mais comumente abordadas, pelo simples fato de serem elas quem dão uma proporção e significação maior para a própria criação e manutenção de leis como a LGPD e a GDPR.

1.2 A Coleta e o Valor Dos Dados

Como abordado anteriormente, sabe-se que os dados para a sociedade são de extrema importância e valor, sendo inclusive comparados como o “novo petróleo”¹⁹, uma vez que os detentores destes terão o conhecimento necessário para manobrar a sociedade como acharem melhor, visto que hoje em dia é possível dizer que o controle que empresas como o Google ou o Facebook, exercem sobre a sociedade é maior do que o próprio poder estatal,²⁰ (vide o caso do *Cambridge Analytica*). Neste sentido, o próprio valor monetário dos dados passam a ser subjetivos – mas nem por isso, passam a ser inexpressivos –, a depender da finalidade para qual serão utilizados. O mercado dos dados já se encontra na casa dos trilhões de dólares, conforme apontado por um documento elaborado pela Cisco.²¹

Entende-se, portanto, que essas manobras são inicialmente mercadológicas, uma vez que, *a priori*, esses dados são utilizados para distribuir informações e propagandas de novos produtos para o público alvo. Desta forma, é possível se verificar que há uma nova

¹⁹ ISMAIL, Nick. *Show me the data: how organizations can make best use of their most precious asset*. 2019. Disponível em: <<https://www.information-age.com/data-organisations-best-use-asset-123480271/>>. Acesso em 08 de Março de 2019.

²⁰ ZUBOFF, Shoshana. *The secrets of surveillance capitalism*. 2016. Disponível em: <<https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/the-digital-debate/shoshana-zuboff-secrets-of-surveillance-capitalism-14103616.html>>. Acesso em: 10 de Abril de 2019.

²¹ ZUBOFF, Shoshana. *Big Other: surveillance capitalism prospects of an information civilization*. 2015. Disponível em: <<https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=849102126069108127087028084083005113010088090031071033011098089124117001101124017113029120024106118022113088093093089005071096029026091036074094028091031118096040013083126016090003021079127118111003108072126098007114122110020103121030086079108073&EXT=pdf>>. Acesso em 04 de Abril de 2019.

forma de mercado que, conseqüentemente altera o capitalismo “tradicional”, para o que pode ser chamado como “*surveillance capitalism*”, ou em tradução livre, capitalismo de vigilância.²²

Como abordado por Shoshana Zuboff, para explicar essa nova forma de capitalismo, as pessoas passam a ser a matéria prima, ou seja, apenas os meios para que ele seja atingido, o que é trazido por ela pela seguinte afirmativa: “*the logic of this new capitalism is that we are raw material resources. We are not the ‘ends’ of the process but rather the ‘means’ of the revenue process*”.²³ Neste sentido, os mercados acabam usando as informações retiradas das pessoas para verificarem quais as novas necessidades destas, e assim lucrarem mais, uma vez que criam mecanismos para tirar o máximo de vantagem dos dados que possuem.²⁴ Vale ressaltar que as pessoas que são alvos da coleta de dados podem ser consideradas como: “*Prosumers*, em inglês, é a união da palavra *producer* (produtor) e *consumer* (consumidor)”.²⁵

Nesta linha de pensamento, para empresas como o Google, que vendem esses dados e essas análises, o que importa é a quantidade de dados que é colhida e a quantidade de pessoas que fornecem tais dados, uma vez que é esta quantidade que eleva o valor de mercado. Em outras palavras, eles são indiferentes ao que os usuários fazem ou falam, desde que o façam de alguma forma que possa ser capturado, e convertido em dados.²⁶

Entretanto, há a possibilidade de se retirar mais valor dos dados, de acordo com o seu conteúdo e pela busca de empresas por tais conteúdos. Todavia, deve-se lembrar que, se fazer essa extração com maior valorização dos dados, se torna cada vez mais difícil, devido ao aumento de regulamentações que versam sobre “dados pessoais”.²⁷

Vale lembrar que apesar de as empresas como Google e Facebook serem comumente utilizadas como exemplo de “*data controllers/processors*”, a aquisição e

²² ZUBOFF, Shoshana. *Rendering reality and cash cows*. 2017. Disponível em: <<https://sciencenode.org/feature/shoshana-zuboff,-part-two-rendering-reality.php>>. Acesso em: 10 de Abril de 2019.

²³ Ibid.

²⁴ ISMAIL, Nick. *Show me the data: how organizations can make best use of their most precious asset*. 2019. Disponível em: <<https://www.information-age.com/data-organisations-best-use-asset-123480271/>>. Acesso em 08 de Março de 2019.

²⁵ MARQUES, Lidiany Kelly da Silva; VIDIGAL, Frederico. *Prosumers e redes sociais como fontes de informação mercadológica: uma análise sob a perspectiva da inteligência competitiva em empresas brasileiras*. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-37862018000100001&lang=pt>. Acesso em: 12 de Março de 2019.

²⁶ ZUBOFF, Shoshana. *Big Other: surveillance capitalism prospects of an information civilization*. 2015. Disponível em: <<https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=849102126069108127087028084083005113010088090031071033011098089124117001101124017113029120024106118022113088093093089005071096029026091036074094028091031118096040013083126016090003021079127118111003108072126098007114122110020103121030086079108073&EXT=pdf>>. Acesso em 04 de Abril de 2019.

²⁷ ISMAIL, Nick. *Extracting value from data: how to do it and the obstacles to overcome*. 2019. Disponível em: <<https://www.information-age.com/extracting-value-from-data-123480490/>>. Acesso em: 07 de Março de 2019.

tratamento de dados não são uma tarefa exclusiva deles; entretanto, como estes têm um acesso mais “simplificado” aos dados, tornam-se exemplos mais acessíveis à compreensão.

Em se tratando de redes sociais, parte do processo para obtenção da inteligência competitiva, que é derivada do uso dos dados, pode ser relacionada a fatores que também vão além da coleta e tratamento de dados, uma vez que por intermédio delas as empresas conseguem criar um relacionamento mais próximo dos seus clientes, e consequentemente extrair dados direta e voluntariamente e, assim, classificar os dados de forma mais clara e funcional.²⁸

Todas essas formas supramencionadas envolvem diretamente a pessoa que está de certa forma fornecendo os dados “diretamente”, uma vez que esses dados são colhidos dos aparelhos eletrônicos conectados/conectáveis à internet. Assim sendo, os dados que são gerados podem ser mais facilmente compreendidos e “visualizados” pelos *prosumers*. Entretanto, há a possibilidade de fornecerem os dados de uma maneira menos perceptível, como apontado a seguir:

Exemplo disto é o MIA, uma Solução de Inteligência Artificial e Análise Cognitiva, desenvolvido pela empresa IT CORE (www.itcore.com.br). Tal solução consegue detectar pontos da face do aluno, por meio de inteligência artificial, para verificar se ele está presente na sala de aula, além do seu nível de engajamento e emoção em referido ambiente.

O MIA não só pode auxiliar as Instituições de Ensino a controlar a frequência dos alunos nas aulas, mas também a desenvolver planos de aulas efetivos, com base na análise do engajamento e comportamento do aluno. Também pode auxiliar o educador no combate a práticas de *bullying*, tendo em vista que, por meio do MIA, é possível detectar sentimentos como tristeza ou medo.”²⁹

Fato este que reforça a seguinte citação:

Os dados que são obtidos de transações econômicas, por meio de computadores têm uma dimensão significativa do “*Big data*”. Existem também outras fontes, incluindo fluxos que surgem de uma variedade de mediações via computador em sistemas de instituições e trans-institucionais. Dentre eles, pode-se incluir uma segunda fonte que se espera que cresça exponencialmente: dados de bilhões de

²⁸ MARQUES, Lidiany Kelly da Silva; VIDIGAL, Frederico. **Prosumers e redes sociais como fontes de informação mercadológica: uma análise sob a perspectiva da inteligência competitiva em empresas brasileiras**. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-37862018000100001&lang=pt>. Acesso em: 12 de Março de 2019.

²⁹ MENDONÇA, Helena C. F. Coelho; RODRIGUES, Paula. **A internet das coisas e Inteligência Artificial – Uma nova realidade para crianças e adolescentes em apenas um clique**. Disponível em: <<https://nethics.wixsite.com/nethicsedu/internetdascoisas>>. Acesso em: 10 de Abril de 2019.

sensores incorporados em uma vasta gama de objetos, corpos e lugares. (Tradução Nossa)³⁰

Com efeito, é possível verificar que os dados que são mais valiosos para as empresas são os de consumidores, e dentro dessa categoria, as suas especificações, uma vez que as novas proporções de valor podem ser dadas devido a novas experiências para os consumidores, e desta forma, quem oferecer as melhores experiências, se destacará dentre os outros fornecedores do mesmo produto.³¹ Observando ainda que as fontes de dados são diversas, como apresentados pelo MIA, e por *Smart Watches* por exemplo, bem como essas fontes ainda conseguem fornecer informações como a saúde do usuário e seus hábitos, gerando ainda mais possibilidades para o uso dos dados, elevando assim a complexidade do seu estudo.³²

2 O MARCO CIVIL DA INTERNET (MCI) – OS FUNDAMENTOS BASELARES DA LGPD E AS RESPONSABILIZAÇÕES

O Marco Civil da Internet tem grande relevância para o entendimento da LGPD, uma vez que é considerado como o primeiro avanço – em termos de regulamentação – sobre o tema, e foi derivado da necessidade apresentada pela sociedade de ter amparo legal para este universo *on-line* e que ficou pouco mais de 20 anos sem respaldo. O MCI estabeleceu princípios e garantias para o convívio e o uso da internet, reforçando assim as ideias de alguns direitos fundamentais elencados pela Constituição Federal, tais como a liberdade de expressão, e a privacidade.³³

O MCI trouxe pilares para o uso da internet, no sentido amplo, e estabelece regras sobre responsabilidade das plataformas. Pode-se tomar como exemplo de sua atuação a não imputabilidade da rede, ou seja, não era a internet quem deveria ser responsabilizada, mas sim o ponta a ponta. Em outras palavras, as pessoas que fazem os uploads ou

³⁰ZUBOFF, Shoshana. *Big Other: surveillance capitalism prospects of an information civilization*. 2015. Disponível em: <<https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=849102126069108127087028084083005113010088090031071033011098089124117001101124017113029120024106118022113088093093089005071096029026091036074094028091031118096040013083126016090003021079127118111003108072126098007114122110020103121030086079108073&EXT=pdf>>. Acesso em 04 de Abril de 2019.

³¹ ISMAIL, Nick. *Extracting value from data: how to do it and the obstacles to overcome*. 2019. Disponível em: <<https://www.information-age.com/extracting-value-from-data-123480490/>>. Acesso em: 02 de Abril de 2019.

³² ZUBOFF, Shoshana. *Big Other: surveillance capitalism prospects of an information civilization*. 2015. Disponível em: <<https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=849102126069108127087028084083005113010088090031071033011098089124117001101124017113029120024106118022113088093093089005071096029026091036074094028091031118096040013083126016090003021079127118111003108072126098007114122110020103121030086079108073&EXT=pdf>>. Acesso em 04 de Abril de 2019.

³³ SOUZA, Luíza Ribeiro de Menezes. **Proteção de dados pessoais: estudo comparado do regulamento 2016/679 do parlamento europeu e conselho e o Projeto de lei brasileiro n. 5.276/2016**. 2018. Disponível em: <<https://portal.idp.emnuvens.com.br/cadernovirtual/article/view/3153/1484>>. Acesso em 13 de Abril de 2019.

downloads de conteúdos que devem ser responsabilizadas, uma vez que é uma ação individual e desta forma, devem ser estas as responsáveis por suas próprias atitudes. Mesmo já trazendo em seu corpo alguma ideia sobre a proteção de dados, deixa que regras específicas sejam trazidas por lei posterior e mais específica.

A referida lei entende que para se fazer o uso de dados de algum usuário, o provedor deverá ter a anuência deste, bem como deve informá-lo sobre os fins para quais os dados colhidos serão utilizados, tratando os usuários e os provedores como se estivessem firmando contratos.³⁴

Contudo, a lei permitia interpretações muito amplas, além de não resolver efetivamente diversos problemas que ocorrem no mundo *on-line*, uma vez que a redação da lei por tratar do assunto como sendo uma relação contratual, ainda trazia forte influência do Código de Defesa do Consumidor. Sendo assim, havendo a possibilidade de litígios, a lei não fornecia segurança jurídica suficiente para a parte afetada, além de entender que para diversas relações ainda seria necessário que fosse criada lei que a complementasse, incitando a criação da LGPD.³⁵

2.1 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS QUE DÃO EMBASAMENTO À LGPD

A lei nº 13.709, de 14 de Agosto de 2018, que ficou conhecida como a Lei Geral de Proteção de Dados, traz em seu art. 1º os fundamentos constitucionais que foram usados para o seu desenvolvimento. São eles a liberdade, a privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade. E no seu art. 2º traz isso mais detalhadamente em seus incisos, a ver:

I – O respeito à privacidade; II – A autodeterminação informativa; III – A liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; IV – A inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; V – O desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; VI – A livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor e; VII – Os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.³⁶

Dos princípios constitucionais trazidos pela lei, alguns merecem especial atenção frente à outros, como por exemplo o respeito à privacidade, inviolabilidade da honra e da imagem, e os direitos humanos, que serão brevemente revisitados.

³⁴ Ibid.

³⁵ GARRIDO PINHEIRO, Patricia Peck. **Nova lei brasileira de proteção de dados pessoais (LGPD) e o impacto nas instituições públicas e privadas**. Revista dos Tribunais. Vol. 1000. Ano 108. p. 309-323. São Paulo: Ed. RT, Fevereiro 2019.

³⁶ BRASIL. **LEI Nº 13.709, DE 14 DE AGOSTO DE 2018**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em 03 de Abril de 2019.

Mas ao falar sobre princípios constitucionais aplicáveis ao tratamento de dados, é necessário entender a relação entre a internet com os valores humanos, como bem trata Georges Abboud: “A internet na constituição de seu espaço – por assim dizer – não assume para si a defesas previa de qualquer grupo de valores ou de direitos básico específico. Tudo depende da capacidade de seus programadores que impõem sua vontade, como se Deus fossem, aos programados [...]”³⁷

Neste sentido, como ele mesmo aborda, a internet não deve ser tratada ou entendida como um espaço amoral, mas como um espaço onde a moral está instalada por uma pessoa (programador), enquanto as outras pessoas (usuários) deverão se adaptar ao que lhes é oferecido, e desta forma qual será a melhor maneira para se relacionarem. E para que o direito absorva todas essas características fluidas da internet, é necessário que seja desenvolvido de forma que se ajuste a esta flexibilidade.³⁸

Dito isto, pode-se entender que a LGPD não é apenas uma lei que traz os direitos fundamentais como justificativas para a sua própria existência, mas que a LGPD existe para que tais direitos fundamentais sejam protegidos.³⁹ Fato esse que, como explicado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, pode ser justificado pela classificação normativa do direito, que entende que existem regras e princípios, permitindo a distinção qualitativas entre eles, e ainda a atribuição de normatividade aos princípios. E que são os princípios a “porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico”.⁴⁰

Em se tratando do princípio da privacidade, que é abordado tanto no texto da LGPD quanto no inciso X do art. 5º da Constituição Federal, – sendo que na Constituição a privacidade é abordada de maneira não explícita, uma vez que trata a privacidade pela intimidade, vida privada, honra e imagem – é necessário entender que é a doutrina quem trata desses direitos como fazendo parte da privacidade, entretanto pela forma que foram elencados no texto constitucional, se tornam inconfundíveis.⁴¹

Fato é que essa visão doutrinária é derivada do direito norte-americano, que se utiliza do direito à privacidade, de forma mais explícita e que serve como uma base para

³⁷ ABBLOUD, Georges. **Verdades inconvenientes sobre direito e ciberespaço: uma pequena introdução ao mundo digital**. Revista dos Tribunais. Vol. 1000. Ano 108. P.291-299. São Paulo: Ed. RT, Fevereiro de 2019.

³⁸ Ibid.

³⁹ GARRIDO PINHEIRO, Patricia Peck. **Nova lei brasileira de proteção de dados pessoais (LGPD) e o impacto nas instituições públicas e privadas**. Revista dos Tribunais. Vol. 1000. Ano 108. p. 309-323. São Paulo: Ed. RT, Fevereiro 2019.

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos Fundamentais e a construção do novo modelo** – 5. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

⁴¹ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional** – 11. Ed. rev. E atual – São Paulo: Saraiva, 2013.

os demais direitos que a ele podem ser incluídos, o que para fins de estudo acaba se tornando mais eficiente, por tratar da privacidade em *Lato Sensu*.⁴²

Desta forma, entende-se que o direito à privacidade e direito à intimidade são termos que não devem ser tratados como sinônimos, mesmo estando ligados entre si; para se fazer essa diferenciação René Ariel Dotti entende que a intimidade é “A esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais”.⁴³ Com efeito, o que o direito da intimidade representa, é a camada mais delicada da vida pessoal do indivíduo, e dessa forma, independentemente de quem tenha acesso às informações sobre a vida íntima de outrem, deverá cuidar com extrema cautela para que essas informações não sejam expostas, uma vez que elas só podem ser expostas pelo titular.⁴⁴

Ainda nesta seara constitucional é necessário ressaltar o fundamento da vida privada, que está intrinsecamente ligado à intimidade, honra e imagem dos indivíduos. A vida privada representa o que cada indivíduo é, ou em outras palavras, representa o verdadeiro “eu” de cada um, uma vez que é a soma de ações da pessoa, seja em local público ou privado. E por conseguinte, a pessoa tem o direito de ser quem quiser ser, sem o cerceamento estatal ou de pessoas ao seu redor. O uso de tecnologias que possam violar a vida privada da pessoa deve ter limitações, pois o uso de tais tecnologias, ao se basear em direitos como a informação, devem ser pesados em contrabalanço a todos os direitos individuais que são afetados “em nome da informação para a sociedade”, ainda entendendo que a sociedade não deveria intervir ou até mesmo se interessar pela vida individual de outrem, e que o direito a vida privada não deve ser minado ou desconsiderado na sociedade da tecnologia. Esse estudo da proporcionalidade de direitos fundamentais foi visitado pelo Tribunal Constitucional Espanhol.⁴⁵

Vistos estes dois preceitos fundamentais acima expostos, o entendimento da fundamentação da LGPD em relação à imagem e à honra fica mais claro e preciso, uma vez que ao se respeitar os acima tratados, tanto a honra quanto a imagem, estarão, em tese, protegidas também, a se ver a honra é entendida como parte da constituição do objeto de um direito, independente da própria personalidade. O que pode ser transcrito como a imagem pessoal que é passada por cada indivíduo para a sociedade, imagem esta que é figurativa, mas é a representação ou eternização dos comportamentos individuais perante

⁴² Ibid.

⁴³ DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

⁴⁴ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional** – 11. Ed. rev. E atual – São Paulo: Saraiva, 2013.

⁴⁵ Ibid.

a sociedade. E em sequência, a própria proteção da imagem em sentido literal e corpóreo da pessoa, seja em representação total ou parcial.⁴⁶

Com os conceitos supracitados bem entendidos, é possível e fácil a verificação de que tais princípios que tendem a ser protegidos pela lei, acabam entrando em consonância com os direitos humanos que são alvo de proteção em diversos tratados internacionais, e que possuem peso constitucional.⁴⁷ Pode-se tomar como exemplo o Pacto de San José da Costa Rica, o qual o Brasil ratificou em 1992, e que trata de temas como a integridade psíquica e moral; liberdade e segurança pessoais; honra e reconhecimento da dignidade, dentre outros.⁴⁸ Ainda nesse sentido, respeita também a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual o Brasil assinou em 1948.⁴⁹

Por fim, ao se observar atentamente o inciso 5º da LGPD, que trata sobre o desenvolvimento econômico e a inovação, é possível identificar que o legislador entende e prevê que o tratamento de dados é uma parte essencial para a formação do futuro. Contudo, ao elencar outros princípios constitucionais junto a este, acaba se fazendo um estudo da proporcionalidade dos princípios, ao entender que o princípio do desenvolvimento econômico e tecnológico não poderá servir de subterfúgio para o uso incorreto dos dados, por uma possível violação da proteção dos mesmos, dada a relação evolução *vs.* expansão dos direitos humanos.⁵⁰

2.2 A Quem Se Dirige A LGPD

Como abordado anteriormente, a LGPD se trata de uma lei com o intuito de proteger direitos fundamentais inerentes ao homem e, desta forma, o Art. 3º da referida lei, entende que a lei deverá ser aplicada a qualquer operação de tratamento de dados. Desta forma, é possível o entendimento de que a LGPD tem aplicabilidade *erga omnes*, no que tange às pessoas que farão o uso dos dados, e por conseguinte, toda pessoa natural poderá se valer desta para que tenha a proteção dos seus direitos.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional** - 33º ed. Ver. E Atual. Até a EC nº 95, de 15 de Dezembro de 2016. São Paulo: Atlas, 2017.

⁴⁸ OAS – **Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)**, 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 17 de Abril de 2019.

⁴⁹ FRANÇA, **Declaração dos Homens e do Cidadão, 1789**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declaração-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em 17 de Abril de 2019.

⁵⁰ GARRIDO PINHEIRO, Patrícia Peck. **Nova lei brasileira de proteção de dados pessoais (LGPD) e o impacto nas instituições públicas e privadas**. Revista dos Tribunais. Vol. 1000. Ano 108. p. 309-323. São Paulo: Ed. RT, Fevereiro 2019.

Em outras palavras, qualquer pessoa natural, que tiver os seus dados violados, poderá reclamar junto ao judiciário, para que a pessoa (jurídica ou natural) que deu origem à violação de dados seja responsabilizada. Ainda nesse sentido:

a LGPD de dados terá aplicação transversal, multissetorial, a todos os setores da economia, tanto no âmbito público quanto privado, online e off-line. Com poucas exceções, toda e qualquer prática que se valer do uso de dados pessoais estará sujeita à lei.⁵¹

2.3 Da Responsabilidade Civil Prevista Na LGPD

A lei traz na Seção III quais são as responsabilidades e os ressarcimentos de danos em caso da violação da proteção de dados. E traz, ainda, do art. 52 ao 54 as sanções administrativas, que serão reguladas pela ANPD (Agência Nacional de Proteção de Dados). Dentre as possibilidades encontram-se a aplicação de advertências ou de multas (por infração cometida), podendo chegar a 2% do faturamento bruto da empresa, em relação ao último ano de exercício das atividades, e com limitação a R\$50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais). A ANPD poderá ainda, a depender do grau de gravidade do dano causado, proibir total ou parcialmente as atividades da empresa no tocante aos dados.⁵²

No que tange diretamente à responsabilidade civil, o art. 44 da referida lei prevê que qualquer tratamento de dados será considerado como irregular quando não fornecer a segurança que é esperada pelo titular dos dados, ou quando violar as previsões legais trazidas por ela. Ainda devendo ser observados quais foram as precauções tomadas pelo agente no tempo de sua realização; observando que o agente poderá ser qualquer um dos envolvidos,⁵³ como apontado abaixo:

os diferentes agentes envolvidos no tratamento de dados – o controlador e o operador – podem ser solidariamente responsabilizados por incidentes de segurança da informação e/ou o uso indevido e não autorizado dos dados, ou pela não conformidade com a lei. Todavia, a responsabilidade do operador, àquele que pratica o tratamento de dados em nome e a mando do controlador, pode ser limitada às suas obrigações contratuais e de segurança da informação, caso não viole as regras lhe impostas pela LGPD. Importante, portanto, definir se uma

⁵¹ MONTEIRO, Renato Leite. **Lei Geral de proteção de dados do Brasil: análise contextual detalhada**. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/agenda-da-privacidade-e-da-protECAo-de-dados/lgpd-analise-detalhada-14072018>>. Acesso em 22 de Abril de 2019.

⁵² Ibid.

⁵³ CORRÊA, Leonardo. **É importante não perder o foco da segurança jurídica no âmbito da LGPD**. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mar-03/leonardo-correa-seguranca-juridica-ambito-lgpd>>. Acesso em 23 de Abril de 2019.

empresa deve ser encarada como um controlador ou um operador, ou ambos, para definir os limites da sua responsabilidade.⁵⁴

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dada a presente pesquisa é possível verificar, desde logo, que o maior auxílio trazido pela LGPD são os mecanismos que estavam ausentes no ordenamento jurídico brasileiro para que empresas que fazem o tratamento de dados sejam responsabilizáveis pelos seus atos, bem como devolve ao cidadão as condições para que controlem o como as suas vidas são expostas, seja para fim de estudos mercadológicos – que é, no geral, o seu maior uso.

Desta forma, a LGPD trata mais do que o próprio uso adequado dos dados, pois devolve ao homem direitos que são fundamentais, mas que há muito haviam sido esquecidos, uma vez que empresas de grande porte e que têm atuação direta na Internet não respeitavam, por não haver uma regulamentação que fosse específica para que essas garantias fundamentais fossem respeitadas. Fato esse que não é uma exclusividade do Brasil.

Com efeito, é possível verificar e entender a LGPD como um mecanismo de proteção de direitos e garantias fundamentais, bem como entender que o produto dos direitos digitais é muito mais a ação da ideia de constitucionalismo global, ou seja, a ação de entidades civis altamente especializadas, que conseguem chegar a resultados de estudos que se tornam afirmativas em âmbito global. Com esse entendimento é possível se dizer que a LGPD é uma lei positiva para a sociedade brasileira, e torna o Brasil um dos 100 países que já positivaram a relação entre empresas e o uso dos dados.

Entretanto, não se pode negar que, mesmo com a tentativa legislativa em positivar uma lei nacional para atender as novas demandas trazidas pela sociedade, bem como para manter uma relação econômica saudável com a União Europeia, a LGPD trata de maneira indistinta as pessoas às quais se direciona, dito de outro modo, pode-se dizer que a lei auxiliará no julgamento de lides que versem sobre o vazamento e/ou tratamento de dados.

Mas não se deve tomar que a mera existência de uma lei como a LGPD será a solução de todos os problemas causados pelo uso da internet, e conseqüentemente de dados, vez que empresas de todos os tamanhos responderão de maneira indistinta quando

⁵⁴ MONTEIRO, Renato Leite. **Lei Geral de proteção de dados do Brasil: análise contextual detalhada**. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/agenda-da-privacidade-e-da-protECAo-de-dados/lgpd-analise-detalhada-14072018>>. Acesso em 22 de Abril de 2019.

violarem as previsões legais, e por não existir distinções, pode-se dizer que as sanções previstas violariam o princípio da proporcionalidade.

Não obstante ainda, mesmo com a previsão territorial trazida pela lei, deve-se recordar que a mera posituação de uma lei nacional, não traz todas as condições necessárias e reais para que as pessoas que forem responder pela violação na proteção de dados sejam penalizadas, vez que, a real preocupação da lei – em seu ventre – são empresas que, por usarem dados de maneira indistinta coloquem direitos fundamentais do homem em risco, porém, para que tais direitos sejam violados, e em uma sociedade em rede, não é impossível se verificar que tais empresas nem mesmo estejam instaladas em território nacional. Ponto esse que impediria a aplicação das responsabilidades aplicáveis ao caso, entendendo que o respeito à territorialidade entre países é um dos fundamentos básicos na tríade da própria existência dos Estados.

Dito isso, mais do que uma lei nacional – mesmo que houvessem em todos os países do mundo leis da mesma natureza – ainda seria necessário o respeito da territorialidade, que apenas seria afastado, de maneira direta, uma convenção internacional que fosse ratificada por cada um desses países com interesses na proteção de dados.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Verdades inconvenientes sobre direito e ciberespaço: uma pequena introdução ao mundo digital**. Revista dos Tribunais. Vol. 1000. Ano 108. P.291-299. São Paulo: Ed. RT, Fevereiro de 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos Fundamentais e a construção do novo modelo** – 5. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **LEI Nº 13.709, DE 14 DE AGOSTO DE 2018**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em 03 de Abril de 2019.

CORRÊA, Leonardo. **É importante não perder o foco da segurança jurídica no âmbito da LGPD**. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mar-03/leonardo-correa-seguranca-juridica-ambito-lgpd>>. Acesso em 23 de Abril de 2019.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

EUROPEAN COMMISSION. **What is a data controller or a data processor?** Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/rules-business-and-organisations/obligations/controller-processor/what-data-controller-or-data-processor_en>. Acesso em: 26 de Fevereiro de 2019.

FRANÇA. **Declaração dos Homens e do Cidadão, 1789**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declaração-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em 17 de Abril de 2019.

GARRIDO PINHEIRO, Patricia Peck. **Nova lei brasileira de proteção de dados pessoais (LGPD) e o impacto nas instituições públicas e privadas**. Revista dos Tribunais. Vol. 1000. Ano 108. p. 309-323. São Paulo: Ed. RT, Fevereiro 2019.

ISMAIL, Nick. **Extracting value from data: how to do it and the obstacles to overcome**. 2019. Disponível em: <<https://www.information-age.com/extracting-value-from-data-123480490/>>. Acesso em: 07 de Março de 2019.

ISMAIL, Nick. **Show me the data: how organizations can make best use of their most precious asset**. 2019. Disponível em: <<https://www.information-age.com/data-organisations-best-use-asset-123480271/>>. Acesso em 08 de Março de 2019.

JORNAL OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA. 2016. Disponível em: <<https://protecao-dados.pt/wp-content/uploads/2017/07/Regulamento-Geral-Proteção-Dados.pdf>>. Acesso em 02 de Abril de 2019.

MARQUES, L. K. S. **O uso das redes sociais como fontes de inteligência competitiva: um estudo multicaseos**. 2015. 107 f. Dissertação (Mestrado em Administração) – Universidade Fumec, Belo Horizonte, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010337862018000100001&lang=pt#B30>. Acesso em 20 de Março de 2019.

MARQUES, Lidiany Kelly da Silva; VIDIGAL, Frederico. **Prosumers e redes sociais como fontes de informação mercadológica: uma análise sob a perspectiva da inteligência competitiva em empresas brasileiras**. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-37862018000100001&lang=pt>. Acesso em: 12 de Março de 2019.

MENDONÇA, Helena C. F. Coelho; RODRIGUES, Paula. **A internet das coisas e Inteligência Artificial – Uma nova realidade para crianças e adolescentes em apenas um clique**. Disponível em: <<https://nethics.wixsite.com/nethicsedu/internetdascoisas>>. Acesso em: 10 de Abril de 2019.

MONTEIRO, Renato Leite. **Lei Geral de proteção de dados do Brasil: análise contextual detalhada**. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/agenda-da-privacidade-e-da-protecao-de-dados/lgpd-analise-detalhada-14072018>>. Acesso em 22 de Abril de 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional** - 33^o ed. Ver. E Atual. Até a EC n^o 95, de 15 de Dezembro de 2016. São Paulo: Atlas, 2017.

OAS – **Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), 1969**. Disponível em:

<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 17 de Abril de 2019.

OPICE BLUM. **Infográfico 04: os 10 princípios para o tratamento de dados pessoais**.

2018. Disponível em: <<http://portaldaprivacidade.com.br/2018/07/19/infografico-04-os-10-principios-para-o-tratamento-de-dados-pessoais/>>. Acesso em: 13 de Abril de 2019.

SOARES, Ana Thereza Nogueira. **Epistemologia, métodos e teorias da comunicação na era do Big Data: panorama crítico da pesquisa em mídias sociais**. 2018. Disponível em:

<http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-35752018000100005&lang=pt>. Acesso em: 01 de Abril de 2019.

SOUZA, Luíza Ribeiro de Menezes. **Proteção de dados pessoais: estudo comparado do regulamento 2016/679 do parlamento europeu e conselho e o Projeto de lei brasileiro n. 5.276/2016**. 2018. Disponível em:

<<https://portal.idp.emnuvens.com.br/cadernovirtual/article/view/3153/1484>>. Acesso em 13 de Abril de 2019.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional** – 11. Ed. rev. E atual – São Paulo: Saraiva, 2013.

ZUBOFF, Shoshana. **Big Other: surveillance capitalism prospects of an information civilization**. 2015. Disponível em:

<<https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=849102126069108127087028084083005113010088090031071033011098089124117001101124017113029120024106118022113088093093089005071096029026091036074094028091031118096040013083126016090003021079127118111003108072126098007114122110020103121030086079108073&EXT=pdf>>. Acesso em 04 de Abril de 2019.

ZUBOFF, Shoshana. **If the digital future is to be our home, then it is we who must make it so. Against the Surveillance Capitalism of “Big Data”**, 2014. Disponível em: <

<https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/the-digital-debate/shoshan-zuboff-on-big-data-as-surveillance-capitalism-13152525.html>>. Acesso em: 11 de março de 2019.

ZUBOFF, Shoshana. **Rendering reality and cash cows**. 2017. Disponível em: <

<https://sciencenode.org/feature/shoshana-zuboff,-part-two-rendering-reality.php>>. Acesso em: 02 de Abril de 2019.

ZUBOFF, Shoshana. **The secrets of surveillance capitalism**. 2016. Disponível em: <<https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/the-digital-debate/shoshana-zuboff-secrets-of-surveillance-capitalism-14103616.html>>. Acesso em: 10 de Abril de 2019.

O DIREITO DE CONTROLE E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA SAÚDE SUPLEMENTAR

José Luiz Toro da Silva¹; Rafael Dias da Cunha²

RESUMO: O tratamento de dados pessoais relacionados a saúde constitui uma atividade de alto risco uma vez que, a posse acerca dessas informações possibilita o controle unificado das atividades de seu titular, permitindo o conhecimento de sua conduta como agente inserido no meio, bem como, do seu *intimus*. São analisados os dispositivos jurídicos que englobam o tratamento de dados pessoais relacionados à saúde, explorando as definições de direito interno e a relação entre os interesses econômicos do setor privado de saúde suplementar e o direito fundamental de proteção de dados dos beneficiários. A principal conclusão é que devido às peculiaridades existentes no que concerne aos dados pessoais de saúde e, tendo em consideração os conflitos principiológicos entre os direitos dos agentes envolvidos, há que se realizar uma análise das diversas normas setoriais quando do tratamento desses dados, sob risco de violação à norma constitucional, lembrando que a atividade de saúde é considerada de relevância pública e está sujeita a regulamentação, fiscalização e controle do Estado.

Palavras-chave: 1. Dados pessoais. 2. Saúde suplementar. 3. Direitos fundamentais. 4. Privacidade.

THE RIGHT TO CONTROL AND PROTECT PERSONAL DATA IN HEALTHCARE.

ABSTRACT: The treatment of health-related personal data is a high-risk activity since possession of this information enables the unified control of the activities of its holder, allowing the knowledge of their conduct as an agent inserted in the environment, as well as their *Intimus*. The legal provisions that encompass the processing of health-related personal data are explored, exploring the definitions of domestic law and the relationship between the economic interests of the private supplementary health sector and the fundamental right of data protection of beneficiaries. The main conclusion is that due to the peculiarities regarding personal health data and, taking into account the principled

¹ Pós-graduado pela Universidade de São Paulo, Universidade Mackenzie e Fundação Getúlio Vargas/Ohio University. MBA Internacional - Direito da Economia e da Empresa. Mestre e Doutor em Direito. Professor convidado da Universidade de Coimbra; Link do Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7887974180447262>; E-mail: toro.alp@terra.com.br

² Bacharelado em Direito pela FMU. Membro pesquisador do grupo BIÓS-CNPQ da PUC-SP e Instituto Direito e inteligência Artificial da UFMG. Extensão em direito das Agências Reguladoras pela FGV e cursa extensão em Controle e proteção de dados – PUC/SP; Link do Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1554176457334074>; E-mail: rafadiascunha98@gmail.com

conflicts between the rights of the agents involved, an analysis of the various sectoral norms should be performed when processing these data, at risk. violating the constitutional norm, noting that the health activity is considered of public relevance and is subject to regulation, supervision and state control.

KEYWORDS: 1. *Personal data*. 2. *Healthcare*. 3. *Fundamental Rights*. 4. *Privacy*.

INTRODUÇÃO

Diante de um cenário de revolução tecnológica, as informações, que conforme DONEDA³, constituem uma fase inicial de depuração do conteúdo dos dados, passaram a ter extrema importância de uma forma geral, pois justamente em torno das informações, que a temática da privacidade passou a orbitar, em especial o que concerne a dados pessoais.⁴ No mundo atual, elas são mais preciosas que o petróleo ou outros ativos de expressivos valor.

Tradicionalmente, o conceito de privacidade passou por inúmeras evoluções durante a história, sendo que, muito embora o termo privacidade não seja algo novo, ao longo de tempo houveram constantes transformações acerca da sua significação, de modo que a concepção de privacidade passou a ser reconhecida nos moldes de hoje somente no fim do século XIX quando, a partir do famoso artigo de Brandeis e Warren, *The right to privacy*⁵ construiu-se a visão moderna de privacidade como um direito fundamental do ser humano.

Fato é que, atualmente as informações possuem capacidade para influenciar significativamente todos setores da vida social⁶, pois qualquer conteúdo encontra-se ao alcance de um *click*, cruzamos fronteiras, contatamos pessoas, conhecemos novas culturas e, a cada dia mais, a informação torna-se mecanismo fundamental para o convívio em um mundo globalizado. Vivemos em uma sociedade da informação.⁷

³ DONEDA, Danilo. *A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental*. Revista Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 12, n.2, p. 91-108, jul/dez.2011.

⁴ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁵ WARREN, Samuel e BRANDEIS, Louis, *the right to privacy*, Harvard Law Review 193, 1890.

⁶ Acerca do tema ver: Entrevista Estadão. Entrevista: 'É possível eleger deputados quase 100% pelas redes', disponível em: <https://infograficos.estadao.com.br/focas/politico-em-construcao/materia/entrevista-e-possivel-eleger-deputados-quase-100-pelas-redes-diz-marqueteiro> Acesso em: 07 de set. 2019.

⁷ Acerca do tema, MENDES leciona que as autodescrições da sociedade contemporânea podem apresentar algumas variações entre si, mas quase todas buscam enfatizar a função da informação no mundo atual: sociedade da informação ou sociedade do conhecimento, economia da informação ou sociedade em rede. Essa diversidade de expressões já é suficiente para constatar o papel fundamental que o fenômeno da informação desempenha na sociedade contemporânea e em todos os seus sub-sistemas. Torna-se, assim, essencial para o Direito reconhecer o papel constitutivo da informação na nossa sociedade e buscar compreender as formas de lidar com esse fenômeno e os seus efeitos. Op. Cit. p. 19.

Todos os dias sem que nem percebamos, tratamos dados. Comumente, fornecemos informações relacionadas a vida cotidiana, trocamos mensagens, fotos, telefones, endereços, gostos, compartilhamos de opiniões e sentimentos e para cada ato da vida se tornou necessária a troca de alguma informação.

Nesse diapasão, é que se passou a pensar acerca do que é compartilhado e com quem se compartilha, ainda, se questiona o real interesse de quem recebe essas informações e a essencialidade de tê-las para satisfação de suas necessidades.

A LGPD E OS DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS RELATIVOS À SAÚDE.

Conforme conceitua FRAZÃO⁸ a Lei Geral de Proteção de Dados brasileira deve ser compreendida como uma norma que possui por objetivos principais proteger os dados pessoais e de reforçar a autonomia informativa e a dignidade dos titulares dos dados, bem como a própria democracia.

Em sua obra *Ensayos Jurídicos, Derecho al olvido La protección de datos personales como limite a las libertades informativas*, MONSÁLVEZ⁹, elucida que

los medios de prensa digital no solo generan contenido noticioso todos los días y a cada instante, sino que también carecen de los límites del papel en cuanto a la cantidad y variedad de los mismos y formatos que pueden ofrecer; además, tampoco se destruyen con el tiempo pues, las noticias de hoy y las que algún día lo fueron en principio permanecen en el ciberespacio para siempre, en eterna exposición.¹⁰

Fato é que, considerando o grau de exposição e o impacto no íntimo do titular, o tratamento de dados pessoais gera uma preocupação extremamente expressiva. Vale dizer, que tal preocupação torna-se ainda mais acentuada quando pensamos em dados pessoais sensíveis que, em linhas gerais, são dados pessoais que possam trazer algum tipo de discriminação quando do seu tratamento¹¹.

Pensando nos dados pessoais sensíveis, no que concerne à saúde do indivíduo, é possível qualificá-los em dados pessoais relativos à saúde, dados pessoais genéticos e dados pessoais biométricos.

⁸ Op. Cit. p. 49

⁹ Op. Cit. p. 2

¹⁰ Tradução livre: a mídia digital não apenas gera conteúdo de notícias todos os dias e todos os momentos, mas também não possui os limites do artigo em termos de quantidade e variedade dos mesmos e formatos que eles podem oferecer; Além disso, eles também não são destruídos ao longo do tempo, porque as notícias de hoje e as que antes eram, em princípio, permanecem no espaço eletrônico para sempre, em eterna exposição.

¹¹ Op. Cit. p. 91

Os dados pessoais referentes à saúde são relacionados a saúde física ou mental de uma pessoa, incluindo aqueles relativos à prestação de serviços médicos, que revelem informações sobre seu estado de saúde¹², temos ainda, os dados pessoais genéticos que, em linhas gerais, são ligados às características genéticas, hereditárias ou adquiridas de uma pessoa que tragam informações únicas sobre sua fisiologia ou saúde que resulte de uma análise de uma amostra biológica proveniente da respectiva pessoa¹³. Por fim, os dados pessoais biométricos são resultantes de um tratamento técnico específico relativo às características físicas, fisiológicas ou comportamentais de uma pessoa que permitam ou confirmem a identificação única da pessoa.¹⁴

Neste grupo de dados pessoais sensíveis relacionados a saúde, estão incluídos os dados pessoais de titularidade dos beneficiários de planos privados de assistência à saúde.

Considerando que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais é uma Lei essencialmente principiológica, é de fundamental relevância entender os limites e ponderações que deverão ser observados quando da realização de tratamento de dados pessoais relacionados a saúde dos planos de saúde que, como dito, possuem diversas peculiaridades.

O inviolável está para o direito tal como o sagrado está para as religiões¹⁵

Com o advento da Lei Geral de Proteção de Dados, surge um novo marco para o tratamento¹⁶ de informações na sociedade brasileira, sem prejuízo de diversas outras leis e normas que tratam a respeito do tratamento de dados, porém, inspirada pela legislação europeia, se objetiva uma mudança do *mindset*, ou seja, a mudança de comportamento da sociedade com referência ao tratamento dos dados pessoais, com ênfase não somente no direito da privacidade, mas principalmente na autodeterminação informativa do titular dos dados.

¹² Art. 4º (15) do GDPR.

¹³ Art. 4º (13) da GDPR.

¹⁴ Art. 4º (14) da GDPR.

¹⁵ Pedese *vênia* para intitular este tópico com a brilhante colocação realizada pelo MM. Ex-ministro do Superior Tribunal Federal Dr. Ministro Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto durante a abertura do XXIII Congresso Ibero-americano de Direito e Informática, realizado em outubro de 2019.

¹⁶ MENDES explica que utiliza-se a expressão “tratamento de dados pessoais” para designar as operações técnicas que podem ser efetuadas sobre os dados pessoais, de modo informatizado ou não, com a finalidade de se refinar a informação, tornando-a mais valiosa ou útil. São formas de tratamento definidas pela Diretiva Europeia 95/46/CE a coleta, o registro, a organização, a conservação, a adaptação ou a alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a comunicação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de colocação à disposição, com comparação ou interconexão, bem com o bloqueio, o apagamento ou a destruição.

É inegável que a Lei n. 13.709, de 2019, que possui um caráter generalista¹⁷ e se aplica a praticamente todos os setores da economia, busca o fortalecimento de uma série de princípios já presentes no ordenamento jurídico pátrio, dentre eles a privacidade, a liberdade de expressão, de informação, de opinião e de comunicação, a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem além do desenvolvimento econômico e tecnológico. Por esse motivo, esses princípios constantes na novel legislação devem ser aplicados concomitantemente com diversas outras leis e normas, principalmente porque o segmento da saúde é um segmento extremamente regulado.

Vislumbra-se que, atualmente, as trocas de informações se tornaram cada vez mais rápidas e com isso, se torna cada vez mais complexa a definição do que é a privacidade e quais os limites para as informações que circulam, principalmente em meios eletrônicos.

Diante disso se fez necessária a adaptação da norma à realidade social de modo a dar um novo enfoque aos princípios que norteiam o direito à proteção da privacidade e intimidade das pessoas, cabendo neste ponto, realizar-se a diferenciação entre os conceitos de privacidade e de intimidade.

José Afonso da Silva, em sua obra Curso de Direito Constitucional positivo, explica que apesar do termo privacidade ser quase sempre considerado como sinônimo de intimidade e que aquele seria mais utilizado no direito anglo-americano, enquanto este seria mais utilizado nos países de tradição romano-germânica, admite que é plausível a existência de distinção entre os termos, considerando que a Constituição dispôs sobre ambos separadamente.

O autor propõe o uso da expressão direito à privacidade, num sentido genérico e amplo, de modo a abarcar todas essas manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade que o texto constitucional em exame consagrou.

Como leciona MENDES¹⁸ a privacidade, antes compreendida, prioritariamente, como o direito negativo de ser deixado em paz (*right to be let alone*), passa a significar também o controle dos dados pessoais pelo próprio indivíduo, que decide quando, como e onde os seus dados pessoais devem circular.

¹⁷ Acerca do tema, MENDES leciona que a importância do modelo de lei geral reside no fato de que ela constrói uma arquitetura regulatória que busca consolidar o tema da proteção de dados pessoais como um setor de políticas públicas, composto por instrumentos estatutários, sancionatórios, bem como por um órgão administrativo, responsável pela implementação e aplicação da legislação. A experiência das últimas décadas dos órgãos administrativos de proteção de dados pessoais demonstrou que a existência desses órgãos é essencial para a implementação da legislação e da cultura da privacidade no país, conforme afirmam Bennett e Raab: “A existência de autoridades supervisoras robustas tem sido considerada como condição *sine qua non* para a adequada proteção à privacidade, pois as leis não são autoimplementáveis e a cultura da privacidade não pode se estabelecer sem uma autoridade que a patrocine”.

¹⁸ Op. Cit. p. 36.

Ainda, citando René Ariel Dotti, SILVA¹⁹ define intimidade como a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais. Nesse mesmo sentido, Renato Afonso Gonçalves ensina que a intimidade, por sua vez, deriva do latim *intimus*, expressando o núcleo da privacidade, o espaço mais recôndito da vida humana.

Nesse aspecto, vale dizer que ambos os conceitos abrangem direitos fundamentais que, como bem pondera Nery Jr., citando Robert Alexy²⁰ são institutos indispensáveis a democracia, ou seja, são normas fundantes do Estado Democrático e sua violação descaracteriza o próprio regime democrático.

Feita a diferenciação entre os conceitos, denota-se que o ordenamento jurídico brasileiro, traz a esses princípios o maior nível de proteção, qual seja, o da inviolabilidade. Não à toa, o capítulo da Constituição Federal intitulado *dos direitos e garantias fundamentais*, prevê que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e imagem das pessoas²¹ e, ainda, que é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas²², este último comportando exceção à determinação judicial autorizativa.

Acerca da proteção de dados pela Constituição Federal, NERY Jr.²³, dispõe que a inviolabilidade da correspondência e dos dados é absoluta, de modo que, nem por ordem judicial poderia ser quebrada, já que a parte final do artigo 5º, XII, só autoriza a quebra judicial do sigilo de comunicações telefônicas, de tal forma que, segundo o Autor, as demais inviolabilidades – incluindo-se a de dados – não podem ser quebradas nem por ordem judicial.

O que nos leva a crer que, em razão de constituir um direito individual fundamental assim definido pelo Poder Constituinte Originário, o direito previsto no Artigo 5º, XII, se qualifica como uma cláusula pétrea²⁴ e, portanto, não pode ser objeto de emendas pelo poder constituinte derivado.

Dessa forma, bem pontua NERY Jr. que, a norma comentada não permite ao legislador infraconstitucional, por exemplo, vir a autorizar a quebra do sigilo bancário

¹⁹ Op. Cit.

²⁰ NERY JUNIOR, Nelson. Constituição Federal comentada e legislação constitucional/ Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. – 3. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012. p. 217.

²¹ Art. 5º. X, CF.

²² Art. 5º. XII, CF.

²³ Op. Cit. p. 221.

²⁴ Art. 60, §4º, IV, CF.

pelo próprio Estado, pois isso vai de encontro ao princípio do Estado Democrático de Direito, garantido pela Constituição Federal.²⁵

Diante da evolução de debates acerca da matéria, é possível se questionar a existência de legislações vigentes no ordenamento jurídico eminentemente inconstitucionais, tais como a Lei Complementar nº. 105, de 2001, que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e estabelece as possibilidades de quebra da inviolabilidade destes dados.

Conclui-se, portanto, que no ordenamento jurídico brasileiro, existem diversos dispositivos infraconstitucionais, tais como a Lei do Habeas Data, o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Acesso à Informação, Lei do Cadastro Positivo e o Marco Civil da Internet, possuem condão de tutelar a privacidade do indivíduo.

E, ainda, no que tange a norma Constitucional, através de uma análise teleológica, é possível extrair de seu texto de diversos dispositivos esparsos, tais como se vê nos incisos X e XII do art. 5º, a presença da proteção da privacidade de proteção de dados pessoais do indivíduo.

De modo que há, pelo prisma Constitucional o amparo a proteção de dados em caráter *lato sensu*, na medida que, o texto em análise prevê sua inviolabilidade. Contudo, vale dizer que muito embora já existam dispositivos voltados a tal proteção no ordenamento jurídico, diante das novas realidades, predominantemente informacionais e tecnológicas, nunca foi tão necessária uma legislação específica ao tema de proteção de dados pessoais.

Por fim, há que se realizar uma reflexão acerca da estrutura social brasileira para que o princípio de proteção de dados pessoais passe a fazer parte da cultura e, só então, se estabeleçam os reais limites para as relações constituídas através da informação.

DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS E O DIÁLOGO DAS FONTES NA SAÚDE SUPLEMENTAR.

É claro que a novel legislação enaltece a proteção que deve ser assegurada aos dados pessoais, com ênfase maior aqueles considerados sensíveis, trazendo uma concentração e uma reflexão maior sobre o direito de seu titular, porém, diversas leis e normas esparsas já estabelecem a obrigatoriedade das operadoras de planos de saúde tratarem dados que são de coleta e divulgação obrigatórias.

²⁵ Op. Cit. p.221.

O setor da saúde de uma maneira geral, incluída a saúde suplementar, é considerado de relevância pública pelo próprio legislador constitucional, podendo o Estado, portanto, nos termos da lei, regular, controlar e fiscalizar suas atividades. Trata-se de uma das atividades mais reguladas que se tem notícia.

Denota-se, por consequência, que lei geral de proteção de dados deve “dialogar” com diversas outras leis e normas, devendo as operadoras de planos privados de assistência à saúde suplementar encontrar o devido fundamento normativo para o mencionado tratamento, lembrando que a inobservância destas outras normas também resultará sérias penalidades para tais empresas e entidades.

Quanto aos dados pessoais sensíveis, a Lei n.13.709, de 2018, estabelece hipóteses de tratamento²⁶, que possuem caráter alternativo, não sendo exigível a presença cumulativa dos requisitos legais para o exercício regular do tratamento de dados.

No âmbito da Saúde Suplementar, se observa que, devido a própria natureza da prestação dos serviços, seria impossível o funcionamento dos estabelecimentos de saúde sem o tratamento de dados pessoais.

A título de exemplo, podemos citar, como tratamento de dados pessoais na área da Saúde Suplementar, todos os atos voltados a autorização de procedimentos, auditorias, declarações de saúde, análise de diagnósticos e resultados, pagamento de honorários médicos e até a troca de dados entre a Agência Reguladora e a Operadora.

É necessário se ter em mente que dados pessoais referentes à saúde, juntamente com as informações acerca da origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política e à vida sexual, dados genéticos ou biométricos – quando vinculados a uma pessoa natural se enquadram na categoria denominada de dados pessoais sensíveis²⁷.

Ainda, Márcio Cots²⁸ ensina que não é possível realizar o tratamento de dados pessoais sensíveis com base no legítimo interesse ou na proteção do crédito. Sendo assim, é necessário que as operadoras de planos privados de assistência à saúde busquem, entre as hipóteses presentes na LGPD, aquelas que possibilitam o regular tratamento de dados pessoais em sua atividade.

²⁶ Arts. 7 e 11 da LGPD, para dados pessoais e dados pessoais sensíveis, respectivamente.

²⁷ Lei nº. 13.709, de 2018 - Art. 5º. Para os fins desta Lei, considera-se:

II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;

²⁸ COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. Lei Geral de Proteção de Dados Comentada. Brasil: Revista dos Tribunais, 2018.

A partir da citada análise das operadoras de planos privados de assistência à saúde irão constatar que quase todas as hipóteses de tratamento de dados que realizam têm fundamento, justamente, no artigo 11, II, “a” da Lei nº. 13.709/2018²⁹, onde temos a previsão de tratamento de dados pessoais para o cumprimento de uma obrigação legal ou regulatória pelo Controlador, neste caso, a Operadora.

Nesta situação se enquadram muitos dos tratamentos de dados pessoais de beneficiários realizados pelas Operadoras, uma vez que são estipuladas diversas normas reguladoras pela Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS que para o seu cumprimento, exigem o tratamento de dados.

Importante lembrar que a nova legislação não exclui a obrigação das citadas empresas ou entidades em se atentar e cumprir com as Resoluções já existentes da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS acerca da proteção de informações do beneficiário.

Vale dizer que, a LGPD busca a flexibilização do tratamento de dados de saúde entre os agentes de mercado, desde que para adequada prestação dos serviços de saúde suplementar.³⁰

Ainda estabelece a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, que é vedado às operadoras de planos privados de assistência à saúde o tratamento de dados de saúde para a prática de seleção de riscos na contratação de qualquer modalidade, assim como na contratação e exclusão de beneficiários.³¹ O que, inclusive, já é tido como prática vetada no art. 14 da Lei n. 9.656, de 1998, e na Súmula 27, de 2015, editada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, conforme se extrai da Súmula n. 27, de 2015³², editada pelo mencionado órgão regulador.

O Artigo 11, II, “e”, da referida Lei³³, também legitima o tratamento de dados pessoais em situações onde está em risco a integridade física do titular ou de terceiros. Tal premissa vai ao encontro das garantias fundamentais previstas na Constituição Federal.

²⁹ Lei nº. 13.709, de 2018 - Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:

II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para:

a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;

³⁰ Art. 11, §4º, da Lei nº 13.709, de 2018.

³¹ Art. 11, §5º, da Lei nº 13.709, de 2018.

³² Disponível em:

<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=PDFAtualizado&format=raw&id=Mjk5NA==> Acesso em 12/08/2019.

³³ Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses: II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para: e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;

Ainda, é possível o tratamento de dados pessoais visando o exercício regular de direitos.³⁴ Temos essa hipótese de tratamentos de dados pessoais como uma das mais importantes.

O tratamento fundamentado nessa categoria, abrange contratos, processos judiciais, administrativos e arbitrais, porém, diferente do que se faz entender em primeiro momento, o exercício regular de direitos não acolhe todos os atos de tratamento realizados pelas Operadoras de Planos de Saúde.

Isso porque, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais define entre os princípios a serem observados, a boa-fé, a finalidade, a adequação, a necessidade, a segurança, a não-discriminação, a responsabilização e a prestação de contas na realização do tratamento.³⁵

Significa dizer que, a cada vez que for realizado o tratamento de dados pessoais do beneficiário fundamentado no exercício regular de direito da operadora de planos de saúde, deverá ser realizada a ponderação acerca dos princípios presentes na norma e os impactos do ato realizado nos direitos do Titular dos dados.

Neste ponto, propõe-se uma reflexão acerca da abrangência e peculiaridade específicas referentes aos dados pessoais de saúde, sendo possível sua subdivisão em dados pessoais relativos à saúde, dados pessoais genéticos e dados pessoais biométricos.

A primeira categoria, qual seja, a de dados de saúde são relacionados a saúde física ou mental de uma pessoa, são aqueles oriundos da prestação de serviços médicos, possuem a capacidade de revelar uma gama diversa de informações, podendo abranger como por exemplo dados técnicos objetivos tais como doenças cardíacas e ainda, quando feito o tratamento desses dados, é possível constatar informações como a qualidade da alimentação do indivíduo, sua geolocalização - em caso de problemas respiratórios decorrentes de fatores ambientais, por exemplo - e ainda, patologias psicológicas como ansiedade e depressão.

Temos ainda, os dados pessoais sensíveis de saúde que se enquadram na categoria de dados genéticos que, são aqueles ligados às características hereditárias ou adquiridas de uma pessoa que tragam informações únicas sobre sua fisiologia ou saúde que resulte de uma análise de uma amostra biológica proveniente da respectiva pessoa³⁶.

³⁴ Lei n. 13.709, de 2018 - Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:

II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para:

d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);

³⁵ Vide artigo 6º da Lei n.º 13.709, de 2018

³⁶ Art. 4º (13) da GDPR.

Nessa categoria se enquadram também, as amostras coletadas para realização de um respectivo exame, tais como amostras de sangue e de tecido, por exemplo, de modo que, é possível que os dados pessoais sensíveis de saúde genéticos não sejam compostos necessariamente por documentos físicos ou eletrônicos, mas também, se constituam de formas outras.

Por fim, os dados pessoais biométricos são resultantes de um tratamento técnico específico relativo às características físicas, fisiológicas ou comportamentais de uma pessoa que permitam ou conformem a identificação única da pessoa,³⁷ denota-se que tais dados pessoais estão presentes em diversas relações públicas e privadas, como por exemplo, a colheita de digital para expedição do título de eleitor junto à Administração Pública, ou para cadastro junto a cancela de um prédio empresarial.

É possível, desse modo, constatar que os dados pessoais relativos à saúde possuem uma capacidade de influenciar, através das informações dele decorrentes, diversos aspectos da vida de seu titular, motivo pelo qual, a LGPD traz em seu texto uma série de medidas específicas que corregulam, juntamente às normas já existentes, o tratamento desses dados.

No que tange as hipóteses relativas à prestação de serviços de saúde, de assistência farmacêutica e de assistência à saúde, incluídos os serviços auxiliares de diagnose e terapia, há a possibilidade de tratamento dos dados pessoais do titular, desde que, sopesados os interesses e direitos dos agentes envolvidos na relação.³⁸

A norma concede ainda, especificamente para comunicação de dados pessoais sensíveis referentes aos titulares no caso de portabilidade, autorização para o tratamento dos dados pessoais, tendo como requisito prévio a solicitação do titular dos dados.³⁹

Há, na norma, uma vedação para o compartilhamento de dados de saúde para obter vantagens econômicas, todavia, tal vedação não se aplica as hipóteses de transações financeiras e administrativas resultantes do uso e da prestação de serviços de saúde.⁴⁰

Por derradeiro, trazemos à colação diversas normas da Agência Nacional de Saúde Suplementar, todas anteriores ao advento da LGPD, que estabelecem situações de coleta, armazenamento, controle e/ou divulgação de dados, bem como que estabelecem o dever de segurança das informações, a saber:

³⁷ Art. 4º (14) da GDPR.

³⁸ Vide artigo 11, §4º da Lei nº. 13.709, de 2019.

³⁹ Vide artigo 11, §4º, I da Lei nº. 13.709, de 2019.

⁴⁰ Vide artigo 11, §4º, II da Lei nº. 13.709, de 2019.

A Resolução Normativa - RN N° 117, de 30 de novembro de 2005 que dispõe sobre a identificação de clientes, manutenção de registros e prevê relação de operações e situações que podem configurar indícios de ocorrência dos crimes previstos na Lei n° 9.613, de 3 de março de 1998, e dá outras providências.

A Resolução Normativa - RN N° 295, DE 9 DE MAIO DE 2012 que estabelece normas para a geração, transmissão e controle de dados cadastrais de beneficiários do Sistema de Informações de Beneficiários da Agência Nacional de Saúde Suplementar - SIB/ANS; dispõe sobre o formato XML (*Extensible Markup Language*) como padrão para a troca de informações entre as operadoras e o SIB/ANS; revoga a Resolução Normativa - RN n° 250, de 25 de março de 2011 e dá outras providências.

A Resolução Normativa - RN N° 298, DE 13 DE JUNHO DE 2012 Dispõe sobre mecanismos de transparência ativa e passiva no âmbito da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, institui o Serviço de Informação ao Cidadão - SIC da ANS, classifica em graus de sigilo informações em poder da ANS e dispõe sobre o seu tratamento; e dá outras providências.

A Resolução Normativa - RN N° 305, DE 9 DE OUTUBRO DE 2012 Esta Resolução estabelece o Padrão obrigatório para Troca de Informações na Saúde Suplementar - Padrão TISS dos dados de atenção à saúde dos beneficiários de Plano Privado de Assistência à Saúde; revoga a Resolução Normativa - RN n° 153, de 28 de maio de 2007 e os artigos 6° e 9° da RN n° 190, de 30 de abril de 2009.

A Resolução Normativa – RN N° 358, DE 27 DE NOVEMBRO DE 2014 - Dispõe sobre os procedimentos administrativos físico e híbrido de ressarcimento ao SUS, previsto no art. 32 da Lei n° 9.656, de 3 de junho de 1998, e estabelece normas sobre o repasse dos valores recolhidos a título de ressarcimento ao SUS.

A Resolução Normativa - RN N° 389, DE 26 DE NOVEMBRO DE 2015 - Dispõe sobre a transparência das informações no âmbito da saúde suplementar, estabelece a obrigatoriedade da disponibilização do conteúdo mínimo obrigatório de informações referentes aos planos privados de saúde no Brasil, revoga a Resolução Normativa n° 360 de 3 de dezembro de 2014, e o parágrafo único do art. 5º, da RN n° 190 de 30 de abril de 2009, e dá outras providências.

A Resolução Normativa - RN N° 395, DE 14 DE JANEIRO DE 2016 - Dispõe sobre as regras a serem observadas pelas Operadoras de Planos Privados de Assistência à Saúde nas solicitações de procedimentos e/ou serviços de cobertura assistencial apresentados pelos beneficiários, em qualquer modalidade de contratação.

De tal sorte que, as citadas Resoluções são exemplos não exaustivos que demonstram como, na prática, o setor da saúde suplementar encontra um ambiente

extremamente regulado no que concerne aos dados pessoais de seus beneficiários, sendo, portanto, necessário que as Operadoras de Planos de Saúde revejam seus procedimentos internos de gestão e privacidade, identificando os pontos frágeis para que se adequem a nova norma.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No ordenamento jurídico brasileiro, existem diversos normativos constitucionais e infraconstitucionais, que possuem condão de tutelar a privacidade do indivíduo, e ainda, sob o prisma Constitucional, através de uma análise teleológica, é possível observar a presença da proteção da privacidade e proteção de dados pessoais como uma garantia fundamental.

Contudo, vale a ressalva de que o amparo a proteção de dados presente no texto maior possui caráter *lato sensu*, na medida que, o texto em questão prevê sua inviolabilidade, de modo que, muito embora exista tal previsão, diante das novas realidades inerentes à sociedade da informação, é extremamente importante a existência de uma legislação específica ao tema de proteção de dados pessoais.

Há a necessidade de se realizar uma reflexão acerca dos impactos culturais da Lei Geral de Proteção de Dados na sociedade brasileira, e nesse ponto, tem-se por cultura conceitos de caráter *lato sensu* que servem de base estruturante para os subsistemas da sociedade, dentre eles temos a moral, ética, costumes e as demais práticas típicas de determina localidade.

Dessa forma, não se confunde cultura com civilização na medida que aquela é a base estruturante que permite a constituição desta e que serve como parâmetro para a formação de diversos outros elementos da sociedade. só então, se estabeleçam os reais limites para as relações constituídas através da informação.

Sendo que, após realizada tal reflexão, será possível compreender em qual momento estamos no que concerne a maturidade de proteção de dados e quais os próximos caminhos a serem traçados no que se refere a evolução dos princípios da proteção e dados e autodeterminação informativa, estes, inerentes à dignidade da pessoa humana.

Ainda, é possível observar que os dados pessoais de saúde possuem características unas, sendo tão abrangentes e específicos que receberam em diversos pontos da norma uma atenção especial legislativa, que buscou trazer equilíbrio entre os interesses e direitos dos agentes que compõem as dinâmicas onde há o tratamento desses dados.

Nesse aspecto, não se pode afirmar que alguns dos princípios ou obrigações previstas na LGPD são consideradas novidades para as operadoras de planos privados de

assistência à saúde, ou seja, leis especiais ou as próprias normas do órgão regulador já estabeleçam tais exigências.

Porém, elas deverão rever os seus processos de gestão da operação, identificando o fundamento legal ou regulatório para o mencionado tratamento de dados, aplicando e harmonizando os princípios da LGPD com as suas outras obrigações.

Possivelmente, no futuro teremos normas conjuntas da ANS com a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, a fim de facilitar o mencionado processo de harmonização e a aplicação da teoria do diálogo das fontes, resultando em maior segurança jurídica para todas as partes envolvidas nesse importante segmento da vida privada.

REFERÊNCIAS

BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 08 set. 2019.

COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. Lei Geral de Proteção de Dados Comentada. Brasil: Revista dos Tribunais, 2018.

BRASIL, República Federativa do, Lei 13.708 de 14 de agosto de 2018;

DONEDA, Danilo. A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2010.

_____. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Disponível em <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29536-29552-1-PB.pdf>>. Acesso em 19 jul. 2018.

_____; MENDES, Laura Schertel. Marco Jurídico para Cidadania Digital: uma análise do Projeto de Lei 5.276/2016. São Paulo, Revista de Direito Civil Contemporâneo, v. 9, out. - dez. 2016.

DUQUE, Jony. LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: SUA APLICAÇÃO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO E A QUESTÃO DO COMPARTILHAMENTO DE DADOS, Monografia apresentada à Escola Paulista da Magistratura, como exigência parcial para aprovação no Curso de PósGraduação 'Lato Sensu', 2018.

FRAZÃO, Ana. TEPEDINO, Gustavo. OLIVA, Milena Donato. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro. 1^a Ed. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2019.

GRANVILLE, Kevin. Facebook and Cambridge Analytica: What You Need to Know as Fallout Widens. The New York Times, Nova York, 19 mar. 2018. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2018/03/19/technology/facebookcambridge-analytica-explained.html>>. Acesso em 14 jul. 2018.

GRINGS, Maria Gabriela. Privacidade e interesse público no Brasil e na Inglaterra. Revista de Processo Comparado, 4:129-157, jul. – dez. 2016.

MALDONADO, Viviane Nóbrega, BLUM, Renato Opice. LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2019. P. 91

MENDES, Laura Schertel. A vulnerabilidade do consumidor quanto ao tratamento de dados pessoais. Revista de Direito do Consumidor, vol. 102, p. 19-43, nov. a dez. 2015.

_____. O diálogo entre o Marco Civil da Internet e o Código de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor, vol. 106, São Paulo, jul. – ago. 2016.

_____. Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Transparência e privacidade: violação e proteção da informação pessoal na sociedade de consumo. 2008. Dissertação (Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2008.

MONSÁLVEZ, Carlos Reusser. Ensayos Jurídicos, Derecho al olvido La protección de datos personales como limite a las libertades informativas. Ediciones DER. 2018.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Constituição Federal comentada e legislação constitucional. – 3. Ed. – São Paulo. Revista dos Tribunais. 2012.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 37^a ed. São Paulo. Malheiros, 2013.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento 2016/679. Publicado no Official Journal of the European Union em 4 de maio. 2016. Disponível em <https://eurlex.europa.eu/legal-content/EB/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT> Acesso em 26 mar. 2019.

WARREN e BRANDEIS, The Right to Privacy, in: Harvard Law Review, Vol IV, Dezembro, 15, 1890.

OS TRIBUNAIS DE CONTAS E A POLÍTICA DE CONTROLE INTERNO SOB O ENFOQUE DA GOVERNANÇA, INTEGRIDADE, RISCOS E COMPLIANCE – GIRC: A IMPLEMENTAÇÃO DA AGENDA 2030 E O ENFRENTAMENTO DOS DESAFIOS DA CONTEMPORANEIDADE NO COMBATE À CORRUPÇÃO E NA PROMOÇÃO DA JUSTIÇA

Edalgina Braulia de Carvalho Furtado de Mendonça*

RESUMO: O presente artigo propõe uma (in) reflexão acerca da ressignificação dos Tribunais de Contas e seu papel de multiplicador no âmbito de sua competência constitucional e nas dimensões do controle externo, controle interno e fomento do controle social na implementação da Agenda 2030 para o enfrentamento dos desafios da contemporaneidade e em especial o combate à corrupção. Para atingir esses objetivos o método utilizado centrou-se na revisão bibliográfica em livros, artigos de periódico, e informações em meio eletrônico. Assim, foi possível constatar, que necessário se faz a implementação de uma política de controle interno sob o enfoque da governança, integridade, gestão de riscos e *compliance* – GIRC em homenagem ao direito fundamental do cidadão a um governo honesto, eficiente, célere e eficaz para a construção do Estado Democrático de Direito com o fortalecimento das instituições à luz da Constituição da República e em prol da efetivação da Agenda 2030.

Palavras-chave: Tribunal de Contas. Governança. *Compliance*. Combate à corrupção, Agenda 2030.

ACCOUNTING COURTS AND INTERNAL CONTROL POLICY UNDER THE FOCUS ON GOVERNANCE, INTEGRITY, RISK AND COMPLIANCE - IMPLEMENTING THE 2030 AGENDA AND ADDRESSING THE CHALLENGES OF THE CONTEMPORARY WORLD IN COMBATING CORRUPTION AND PROMOTING JUSTICE

ABSTRACT: This article reflects about the meaning of resignification of the Courts of Accounts and the possibility applying it within the scope of its constitutional competence and dimensions of the external control, inner control and the fostering of social control in

* Doutora e Mestre em Direito Público pela PUC Minas; Analista de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais; Professora de Direito Financeiro da Pós-graduação da Escola de Contas e Capacitação Pedro Aleixo do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Professora universitária. Advogada,

the implementation of the 2030 Agenda for coping. contemporary challenges and especially the combat against corruption. To achieve these objectives, the method used was centered on bibliographic review of books, journal articles, and electronic information. Thus, it was found that the need for the implementation of an internal control policy under the focus of governance, integrity, risk management and *compliance* - GIRC in honor of the fundamental right of the citizen to an honest, efficient and effective government for the construction of the Democratic Rule of Law with the strengthening of institutions in the light of the Constitution and for the realization of the Agenda 2030.

Keywords: Court of Auditors. Governance. *Compliance*. Fight against corruption. 2030.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende provocar uma reflexão acerca da necessidade de revisitar as competências constitucionais do Tribunal de Contas, órgão responsável pelo controle externo efetuando a fiscalização financeira, orçamentária, patrimonial, econômica e contábil de pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas que manuseiem, guardem, administrem, gerenciem dinheiros e ou patrimônio público.

O trabalho objetiva demonstrar a necessidade de implementação pelos Tribunais de Contas de uma Política de Controle Interno sob o enfoque da Governança, Integridade, Gestão de Riscos e *Compliance* – GIRC com vistas ao combate à corrupção no âmbito da Administração Pública.

Os desafios da contemporaneidade requer cada vez mais a harmonização de ações para o fortalecimento do controle interno com o engajamento da Alta Administração e a utilização de instrumentos de governança, implementação de uma cultura de planejamento, gestão de riscos, *compliance*, fomento à ética e a implementação de programa de integridade, utilização de inteligência artificial, mineração de dados, fazendo-se um giro paradigmático em homenagem ao direito fundamental do cidadão a um governo honesto, eficiente e eficaz para a construção do Estado Democrático de Direito com o fortalecimento das instituições à luz da Constituição da República, dos Tratados Internacionais que o Brasil é signatário e em prol da efetivação da Agenda 2030.

Nessa esteira de pensamento, é imperioso destacar que a Administração Pública e os Tribunais de Contas da União, Estados e dos Municípios, no Brasil e no Mundo passam por um momento histórico marcado por corrupção de toda ordem, falta de planejamento e concretização de políticas públicas de promoção da dignidade da pessoa humana.

Nesse cenário mundial caótico, a Organização das Nações Unidas (ONU), propugna por uma Ação para mudar o mundo, mediante a implementação dos 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) e das 169 metas que fomentam ações de incentivo e proliferação da cultura da Paz mediante a promulgação da Agenda 2030, que

dentre os objetivos, destaca-se o 16^o ODS, *Paz, Justiça e Instituições Eficazes* que com a disseminação de valores da paz, do diálogo e da cooperação internacional fundamentados na Carta das Nações Unidas pretende alcançar a concretização desses valores supremos.

O tema do combate à corrupção e do fortalecimento do controle interno com a utilização de mecanismos e instrumentos de governança, gestão de riscos e *compliance* vem recebendo atenção especial nos debates em nível internacional e nacional há algum tempo, por constituir um desafio na construção de uma sociedade socialmente justa e ambientalmente sustentável inclusive o aumento da qualidade das políticas públicas e o fomento do controle social.

Assim, feita essas breves considerações é relevante fazer uma digressão sobre política de controle interno sob o enfoque da Governança, Integridade, Riscos e *Compliance*.

A metodologia aplicada compreende a revisão bibliográfica em publicações legislativas, livros, artigos científicos e publicações em meio eletrônico. O eixo norteador deste trabalho sustenta-se no referencial teórico da Administração Estratégica e dos direitos fundamentais.

2 OS DESAFIOS DA CONTEMPORANEIDADE E A VONTADE CONSTITUCIONAL DE IMPLEMENTAÇÃO DE UMA POLÍTICA DE CONTROLE INTERNO SOB O ENFOQUE DA GOVERNANÇA, INTEGRIDADE, GESTÃO DE RISCOS E COMPLIANCE.

Historicamente em tensão, entre cidadãos e Estado, a pós-modernidade tem se reinventado, nas diversas formas e áreas do conhecimento, devido às mudanças sociais que se encontram e se processam no seio das estruturas sociais, bem como as diversas formas de corrupção que assolam e corrompem a sociedade trazendo um mal silencioso que perdura por gerações e se concretizam na terrível qualidade. das políticas públicas de saúde, educação, infraestrutura, segurança, mobilidade, dentre outras.

Hodiernamente, configuram-se enormes transformações econômicas, sociais, ambientais e tecnológicas, demonstrando mudanças radicais nas esferas do público e do privado, e das relações do controle interno, externo e social.

Neste movimento de rupturas, mudanças, alargamentos e inquietude, trazem a indispensável e necessária criação de instrumentos que possam resguardar o sistema democrático, ampliando sempre a governança e os espaços para tomada de decisão, espaços públicos de efetivação da cidadania, concretização do princípio da dignidade humana e fortalecimento do controle social através de relações dialógicas.

José Joaquim Gomes Canotilho reflete acerca dos desafios da pós-modernidade e da necessidade de se reinventar nas diversas formas e áreas do conhecimento, devido às mudanças sociais que se encontram e se processam no seio das estruturas sociais. A ideia de “constituição global sem Estado mundial” defendida por Canotilho (2006), coloca como “sujeitos constitucionais” internacionais as organizações internacionais, uniões internacionais de trabalhadores, organizações não governamentais, bem como o indivíduo como sujeito internacional titulares de direitos e deveres fundamentais e direitos humanos. A constituição mundial trata de um novo conceito de cidadania:

Em primeiro lugar, uma cidadania centrada também na pessoa humana e não apenas em liberdades econômicas (liberdade de circulação de pessoas, produtos, capitais). Em segundo lugar, uma cidadania que, ao pressupor a *accountability* (dever de cuidado com os poderes públicos e o dever de prestar contas) e a *responsiveness* (sintonia profunda da actuação dos poderes públicos com as aspirações dos cidadãos), retoma as dimensões da *cidadania activa e participativa* e não apenas da cidadania representativa. Em terceiro lugar, uma cidadania para além da “cidadania estatal”, pois a condução responsável e sustentável dos recursos aponta pra uma *cidadania cosmopolita*, apta a lidar com as novas constelações políticas pós-nacionais. Em quarto lugar, uma *cidadania grupal* que contempla os múltiplos individuais de cidadania (associações de ambiente, organizações não governamentais, comissões de avaliação, etc.) (CANOTILHO, 2006, p. 334).

A árdua tarefa de compreender a complexidade e diversidade da vida humana cada vez mais descartável, desumana, onde os indicadores apontam para o aumento da violência, miséria, desemprego, corrupção, poluição e degradação em todas as suas formas. O conceito de Sociedade líquida de Zygmunt Bauman e Maria Lúcia Garcia Pallares-Burke (2003) nos traz o desafio de lidar com uma sociedade de risco, dinâmica, fluida, tudo que é sólido se desmancha no ar. Assim, se faz necessário repensar o papel das instituições e do próprio cidadão na construção de uma justiça social e da construção de uma cultura de governança, integridade, gestão de riscos e *compliance*.

Peter Härberle (2002) ensina que:

Colocado no tempo, o processo de interpretação constitucional é infinito, o constitucionalista é apenas um mediador (*Zwischentriiger*). O resultado de sua interpretação esta submetido à reserva da consistência (*Vorbehalt der Bewahrung*), devendo ela, no caso singular, mostrar-se ou, ainda, submeter-se a mudanças mediante alternativas racionais, O processo de interpretação constitucional deve ser ampliado para além do processo constitucional concreto. O raio de interpretação normativa amplia-se graças aos “interpretes da Constituição da sociedade aberta”. Eles são os participantes fundamentais no processo de “trial and error”, de descoberta e de obtenção de direito.” A sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional. (HÄRBERLE, 2002, p. 12)

*Quanto a um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) (BRASIL, 1988), Konrad Hesse (1991) afirma que não depende apenas do conteúdo, mas também de sua *práxis*. É necessário de todos os partícipes da vida constitucional uma Vontade de Constituição:*

Essa vontade de Constituição origina-se de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa vontade tem consequência porque a vida do Estado. Tal como a vida humana, não está abandonada à ação surda de forças aparentemente inelutáveis. Ao contrário, todos nós estamos permanentemente convocados a dar conformação à vida do Estado, assumindo e resolvendo as tarefas por ele colocados. Não perceber esse aspecto de vida do Estado representaria um perigoso empobrecimento do Estado. (HESSE, 1991, p. 19-20)

José Joaquim Gomes Canotilho (2010) ao lecionar sobre a força normativa da CRFB/1988 registra que:

[...] outra conclusão não há senão a de que o próprio Estado, por meio de seus agentes, macula, diariamente, preceitos constitucionais tão caros à consecução de um Estado Democrático de Direito. O Poder Judiciário tem desempenhado importante papel na manutenção da força normativa da Constituição Federal. (CANOTILHO, 2010, p.51)

*Peter Härbele (1997) nos convida através de sua obra **A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição a participar desse círculo de atores de forma a ampliar essa "sociedade aberta de intérpretes da constituição", segundo a qual "o círculo de intérpretes da lei fundamental deve ser alargado para abarcar não apenas as autoridades públicas e as partes formais nos processos de controle de constitucionalidade, mas todos os cidadãos e grupos sociais que, de uma forma ou de outra, vivenciam a realidade constitucional" e tem, no nosso entender, a responsabilidade de construir uma Política de Controle Interno sob o enfoque da Governança, Integridade, Riscos e Compliance conforme ditames constitucionais.*

2.1 Política de Controle Interno sob o enfoque da Governança, Integridade, Riscos e Compliance

A Constituição da República conferiu ao Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União, o Controle Externo da gestão pública. A Constituição de Minas Gerais a propugna e garante o direito da sociedade mineira a um governo honesto e confere à Assembleia Legislativa e ao Tribunal de Contas do Estado a competência para a

fiscalização financeira, contábil, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração Pública, com vistas ao cumprimento de sua missão constitucional de assegurar uma gestão fiscal responsável à luz dos princípios da legalidade, legitimidade e economicidade.

Daí a importância da atuação dos Tribunais de Contas do Brasil, capitaneados pela Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (Atricon), imbuídos de missão republicana, quanto ao desafio da implementação de técnicas e metodologia para o enfrentamento e aprimoramento da administração pública.

Relevante destacar, em especial, a Diretriz n. 27 do Anexo Único da Resolução ATRICON n. 04/2014, elaborada à época da vigência de planos estratégicos pretéritos. Destaca-se a Resolução TCEMG n.07/2010 que regulamenta o Sistema de Controle Interno, a atuação da Unidade de Controle Interno – UCI – e o estabelecimento dos controles internos de gestão tais como procedimentos, diretrizes, protocolos, rotinas de sistemas informatizados, conferências e trâmites de documentos e informações, entre outros, operacionalizados de forma integrada pela direção e pelo corpo de servidores das organizações e na estrutura organizacional do Tribunal. Destaca-se também, a Resolução TCEMG n.08/2017 que dispõe sobre o Sistema de Planejamento e Gestão Estratégica na estrutura organizacional do Tribunal apresentando instâncias de Governança visando à modernização administrativa e à melhoria contínua da gestão e do desempenho institucional.

Destarte, o presente estudo contempla a carência no âmbito do Controle Externo de Projeto de Resolução elaborada à luz do Planejamento Estratégico do Tribunal e da ATRICON em vigor, e demais legislação atinente à matéria que se apresenta como uma amálgama, pois além do Sistema de Controle Interno, deve ser considerada a legislação acerca da Governança, Integridade, Gestão de Riscos e *Compliance*. Bem como a necessidade de implementação do Programa de Integridade conforme Convenção da OCDE e Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro - ENCCLA. Destaca-se ainda, a publicação da Lei da Anticorrupção, Lei n. 12.846/2013, o Decreto Federal n.3.678/00, Decreto Estadual 46.782/15, Decreto 9.203/2017, dentre outras normas em vigor e em tramitação no Congresso Nacional.

Em razão disso, apresentamos a presente pesquisa formulada a partir da necessidade de estabelecer e debater mediante o devido processo legislativo na Casa Legislativa, uma política de Controle Interno.

É de fundamental importância o engajamento da alta administração para a implementação da Política, sendo adequada à dinâmica do Sistema de Controle Interno, de matriz constitucional, com vistas a manter o equilíbrio das contas públicas e assegurar o efetivo e exemplar desempenho do controle da gestão em face aos desafios a serem enfrentados na contemporaneidade.

Para tal mister, foram realizadas com o auxílio da equipe da Controladoria Interna, estudos e pesquisas atinentes ao “Projeto de Fortalecimento do Controle Interno” e relativos à elaboração de uma minuta da “Política de Controles Internos sob o enfoque de Governança, Integridade, Riscos e Compliance – GIRC” no âmbito do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais – TCEMG, que dispõe sobre as diretrizes para o fortalecimento de um ambiente de integridade no Tribunal, por meio da construção e da implementação de instrumentos, processos e estruturas baseados em boas práticas de governança e de *compliance*, de controles internos da gestão e de gerenciamento de risco de fraude e corrupção.

Quanto ao acesso à justiça é interessante apontar o magistério de Mauro Capelletti e Bryant Garth (2002):

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir e não apenas proclamar os direitos de todos. O enfoque sobre o acesso – o modo pelo qual os direitos se tornam efetivos – também caracteriza crescentemente o estudo do moderno processo civil. (CAPELLETTI; GARTH, 2002, p. 12)

A política é o instrumento adequado e de extrema importância para o estabelecimento de uma cultura de aprimoramento do Sistema de Controles Internos e de empoderamento da relevante função constitucional do Tribunal que cada servidor, gestor, setor, departamento e unidade pode desempenhar no controle da gestão à vista do GIRC, tendo como fim último à excelência na prestação do serviço para o cidadão e a sociedade, primando pela ética, governança, integridade, transparência, eficiência e eficácia na prevenção e combate à corrupção.

2.2 Os anseios da Constituição Federal da República Federativa do Brasil

Com o advento da promulgação da CRFB/1988, inaugurou-se o Estado Democrático de Direito e já no preâmbulo da Carta Magna, o compromisso de na ordem interna e internacional fundada na harmonia social com vistas a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Nesse sentido, vale registrar decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na qual determina:

Devem ser postos em relevo os valores que norteiam a Constituição e que devem servir de orientação para a correta interpretação e aplicação das normas constitucionais e apreciação da subsunção, ou não, da Lei 8.899/1994 a elas. Vale, assim, uma palavra, ainda que brevíssima, ao Preâmbulo da Constituição, no qual se contém a explicitação dos valores que dominam a obra constitucional de 1988 [...]. Não apenas o Estado haverá de ser convocado para formular as políticas

públicas que podem conduzir ao bem-estar, à igualdade e à justiça, mas a sociedade haverá de se organizar segundo aqueles valores, a fim de que se firme como uma comunidade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]. E, referindo-se, expressamente, ao Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988, escolia José Afonso da Silva que ‘O Estado Democrático de Direito destina-se a assegurar o exercício de determinados valores supremos. ‘Assegurar’, tem, no contexto, função de garantia dogmático-constitucional; não, porém, de garantia dos valores abstratamente considerados, mas do seu ‘exercício’. Este signo desempenha, aí, função pragmática, porque, com o objetivo de ‘assegurar’, tem o efeito imediato de prescrever ao Estado uma ação em favor da efetiva realização dos ditos valores em direção (função diretiva) de destinatários das normas constitucionais que dão a esses valores conteúdo específico’ [...]. Na esteira destes valores supremos explicitados no Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 é que se afirma, nas normas constitucionais vigentes, o princípio jurídico da solidariedade. (BRASIL, ADI 2.649, 2008).

O preâmbulo da CRFB/1988 nos convida, a construir um Estado Democrático de Direito fundado na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias. Cabe destacar dentre os fundamentos da CRFB/1988 no Estado Democrático de Direito estabelecidos no artigo 1º, o princípio da dignidade humana, que deve garantir o “mínimo existencial” para garantir condições de existência digna, conforme entendimento do STF aduz:

A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. [...]. A noção de ‘mínimo existencial’, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). (BRASIL, ARE 639.337-AgR, 2011).

Não se pode olvidar de mencionar os objetivos fundamentais da CRFB/1988 inserindo sempre no permanente anseio de construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, e por derradeiro, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Contudo cabe a reflexão acerca do papel das Cortes de Contas na efetivação desses

direitos e objetivos, bem como na construção da justiça social e do próprio Estado Democrático de Direito.

Dentre os objetivos da CRFB/1988 estabelecidos no artigo 3º, cabe destacar o inciso, que trata de garantir o desenvolvimento nacional, assim, é imperioso sublinhar entendimento do STF acerca da matéria:

A questão do desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II) e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (CF, art. 225): O princípio do desenvolvimento sustentável como fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia. O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. (BRASIL, ADI 3.540-MC, 2006).

O nosso país é signatário de diversos Tratados, Convenções e Acordos Internacionais e o art. 4º da CRFB/1988, dispõe que o Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos princípios da independência nacional, prevalência dos direitos humanos, autodeterminação dos povos, não-intervenção, igualdade entre os Estados, defesa da paz, dentre outros, destaca-se o da solução pacífica dos conflitos.

Gostaria [...] de tecer algumas considerações sobre a Convenção da Haia e a sua aplicação pelo Poder Judiciário brasileiro. [...] A primeira observação a ser feita, portanto, é a de que estamos diante de um documento produzido no contexto de negociações multilaterais a que o País formalmente aderiu e ratificou. Tais documentos, em que se incluem os tratados, as convenções e os acordos, pressupõem o cumprimento de boa-fé pelos Estados signatários. É o que expressa o velho brocardo *Pacta sunt servanda*. A observância dessa prescrição é o que permite a coexistência e a cooperação entre nações soberanas cujos interesses nem sempre são coincidentes. Os tratados e outros acordos internacionais preveem em seu próprio texto a possibilidade de retirada de uma das partes contratantes se e quando não mais lhe convenha permanecer integrada no sistema de reciprocidades ali estabelecido. É o que se chama de denúncia do tratado, matéria que, em um de seus aspectos, o da necessidade de integração de vontades entre o chefe de Estado e o Congresso Nacional, está sob o exame do Tribunal. [...] Atualmente [...] a Convenção é compromisso internacional do Estado brasileiro em plena vigência e sua observância se impõe. Mas, apesar dos esforços em esclarecer conteúdo e alcance desse texto, ainda não se faz claro para a maioria dos aplicadores do Direito o que seja o cerne da Convenção. O compromisso assumido pelos Estados-membros, nesse tratado multilateral, foi o de estabelecer um regime internacional de cooperação, tanto administrativa, por meio de autoridades centrais como

judicial. A Convenção estabelece regra processual de fixação de competência internacional que em nada colide com as normas brasileiras a respeito, previstas na Lei de Introdução ao CC. Verificando-se que um menor foi retirado de sua residência habitual, sem consentimento de um dos genitores, os Estados-partes definiram que as questões relativas à guarda serão resolvidas pela jurisdição de residência habitual do menor, antes da subtração, ou seja, sua jurisdição natural juiz do país da residência habitual da criança foi o escolhido pelos Estados-membros da Convenção como o juiz natural para decidir as questões relativas à sua guarda. A Convenção também recomenda que a tramitação judicial de tais pedidos se faça com extrema rapidez e em caráter de urgência, de modo a causar o menor prejuízo possível ao bem estar da criança. O atraso ou a demora no cumprimento da Convenção por parte das autoridades administrativas e judiciais brasileiras tem causado uma repercussão negativa no âmbito dos compromissos assumidos pelo Estado brasileiro, em razão do princípio da reciprocidade, que informa o cumprimento dos tratados internacionais. [...]. É este o verdadeiro alcance das disposições da Convenção. (BRASIL, ADPF 172-MC-REF, 2009).

Quanto aos princípios constitucionais previstos no artigo 4º da, CRFB/1988 que regem as nossas relações internacionais, cabe destacar o princípio da dignidade da pessoa humana . Refletindo acerca da valorização do indivíduo e de seu direito fundamental a um governo honesto, cabe ressaltar que a agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU), no âmbito internacional em consonância com a nossa Carta Magna que estabelece como um dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável o direito a Instituições eficazes.

3 GOVERNO HONESTO

É relevante sublinhar o que dispõe o art. 73 da Constituição do Estado de Minas Gerais que preconiza: “A sociedade tem direito a governo honesto, obediente à lei e eficaz” (MINAS GRAIS, 1989). Conforme o mandamento constitucional o cidadão mineiro tem o direito fundamental a uma boa administração; portanto, cabe-nos otimizar o controle e possibilitar a eficiência na Administração Pública num combate veemente e sistemático à corrupção e ao desvio de verbas públicas proporcionando também, a pacificação dos conflitos mediante técnicas próprias.

A perspectiva aqui adotada fundamenta-se a partir dos marcos regulatórios para a solução pacífica dos conflitos, acrescentado de uma pesquisa junto à diversos órgãos da Administração Pública e Poderes com base nestes referenciais objetiva se propor uma análise dos reflexos dos mesmos na qualidade de vida dos jurisdicionados.

3.1 O Tribunal de Contas

Cabe registrar que, estão sendo celebrados Acordos de Cooperação Técnica realizados por órgãos da Administração Pública, Advocacia Geral da União, Ministério Público e o Poder Judiciário, instituições visando o Desenvolvimento de uma política de

democratização do acesso à justiça por meio da realização de cursos de Aperfeiçoamento em Técnicas de Mediação e Composição de Conflitos e Direitos Humanos e da proposição de políticas públicas voltadas para a modernização do sistema de Justiça, a ampliação do acesso à justiça e a promoção de uma cultura de paz.

4 TRIBUNAL DE CONTAS

Com o advento da promulgação da Carta Magna brasileira em 1988, o Tribunal de Contas Brasileiro teve o alargamento de sua competência podendo atuar de forma a propugnar pela resolução de conflitos afetos a sua competência prevista nos arts. 31, 70, 71, 73 e 75 da CRFB/1988, destaca-se que no controle externo exerce o papel auxiliar do Congresso Nacional, contudo, de maneira alguma exerce qualquer relação de subordinação ao Parlamento. A presente reflexão é acerca da possibilidade de os Tribunais de Contas poderem contribuir na gestão pública para fomentar a cultura da solução pacífica dos conflitos e efetivação dos direitos fundamentais.

Quanto ao TCU, instituição de controle e fiscalização, e seu papel de defensor dos direitos fundamentais, no que tange ao princípio da dignidade da pessoa humana, o STF, salienta:

Ato do TCU. [...]. Pensões civil e militar. Militar reformado sob a CF de 1967. Cumulatividade. [...]. A inércia da Corte de Contas, por sete anos, consolidou de forma positiva a expectativa da viúva, no tocante ao recebimento de verba de caráter alimentar. Este aspecto temporal diz intimamente com o princípio da segurança jurídica, projeção objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana e elemento conceitual do Estado de Direito. (BRASIL, MS 24.448, 2007).

É imperioso destacar a importância do art. 74 da CRFB/1988 com a coordenação dos controles externo, controle interno e o controle social que poderá constituir instrumentos para a gestão e otimização dos recursos públicos por meio da governança para otimizar a tomada de decisão, gestão de riscos e implementação de programa de integridade, *compliance* preservação, e proteção, bem como na prevenção e na solução de conflitos e efetivação de políticas públicas.

Faz-se importante uma análise ampla da atual situação e da possível contribuição dos Tribunais de Contas brasileiros, com centenas de milhares de processos sendo declarados prescritos por inoperância dos órgãos, uma vez ocorrido o prazo de cinco anos que possa ensejar a prescrição sem julgamento do mérito. Muitas vezes, o processo é arquivado, mas o problema não. Além de perdurar no tempo, trás desdobramentos que muitas vezes se pudesse com a implementação da Política de Controle Interno sob o enfoque do GIRC pela Alta Administração trazer instrumentos de governança, gestão de riscos, integridade e *compliance* para efetivamente um aprimoramento da Administração

com o enfrentamento da crise técnica, administrativa, política e judicial que se encontra na gestão de políticas públicas poderia ser resolvido trazendo um retorno para a sociedade que anseia por uma prestação de serviço eficaz.

Nossa intenção, neste trabalho, é demonstrar que, mediante o estabelecimento e a implementação de uma política de controle interno eficaz pelos Tribunais de Contas possibilitará a otimização do controle preventivo e o acompanhamento concomitante das políticas públicas, invertendo a lógica para uma gestão de riscos e a implementação de códigos de ética e de governança para subsidiar a tomada de decisão. É necessário repensar o Tribunal de Contas na contemporaneidade, o que exige do órgão postura de vanguarda, uma visão de futuro, gestão intergeracional e intrageracional, onde se deve proporcionar a melhoria do desempenho da gestão pública no que tange à gestão dos recursos, à aplicação de subvenções e renúncia de receitas. Quanto ao seu papel institucional, o TCU deve, ainda, analisar e realizar um prognóstico da administração pública municipal, estadual e ou federal, levando em consideração as políticas econômicas para um desenvolvimento sustentável e a implementação de uma governança para o combate à corrupção.

Quanto às diversas missões das Cortes de Contas, Carlos Wellington Leite de Almeida (2003) salienta:

As funções básicas do TCU podem ser reunidas em oito grandes grupos: fiscalizadora, consultiva, informativa, judicante, sancionadora, corretiva, normativa e de ouvidoria. A função fiscalizadora compreende a realização de auditorias e inspeções, e o acompanhamento de programas governamentais conduzidos por órgãos e entidades federais, além da fiscalização dos atos de admissão de pessoal e concessão de aposentadorias e pensões. A função consultiva é exercida mediante a elaboração de pareceres de caráter essencialmente técnico sobre as contas prestadas, além do exame, sempre em tese, de consultas formuladas por autoridades legitimadas, a respeito de dúvidas na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes às matérias da competência exclusiva do Tribunal. A função informativa é exercida quando da prestação de informações solicitadas pelo Congresso Nacional, pelas suas Casas ou comissões sobre resultados de inspeções e auditorias realizadas pelo TCU, além da representação ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos e o encaminhamento ao Congresso Nacional de relatório das atividades do Tribunal. A função judicante diz respeito ao julgamento das contas dos administradores públicos e dos que causarem dano ao Erário. A função sancionadora manifesta-se quando da aplicação aos responsáveis das sanções previstas na Lei Orgânica do Tribunal, quando da ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas. A função corretiva ocorre quando o Tribunal, ao constatar ilegalidade ou irregularidade em ato de gestão fixa prazo para o cumprimento da lei ou, na hipótese de contrato, solicita ao Congresso Nacional a sustação do ato. A função normativa é decorrente do poder regulamentar conferido ao Tribunal por sua Lei Orgânica, a qual faculta a expedição de instruções e atos normativos, de cumprimento obrigatório. A função

de ouvidoria, por fim, decorre da possibilidade de o Tribunal receber denúncias e representações relativas a irregularidades ou ilegalidades. (ALMEIDA, 2003, p. 47)

Com tantas atribuições e um número considerável de estoque processual, é interessante apontar a urgência de atuação do TCU na implementação da política de controle interno. A presente reflexão é acerca da possibilidade de os Tribunais de Contas poderem contribuir na gestão pública para fomentar a cultura do planejamento, gestão de riscos, integridade e implementação do *compliance* e efetivação dos direitos fundamentais.

Há que se refletir sobre as consequências de negligenciar a importância da gestão dos processos e da prescrição. Métodos de Gestão de Riscos com as três linhas de defesa poderão trazer benefícios com impactos sociais no processo de empoderamento das decisões dos entes da federação. Isto fica evidenciado nas experiências no âmbito da Controladoria Geral da União, Advocacia Geral da União e no Ministério Público, bem como no próprio Poder Executivo e na Administração Pública de uma maneira geral.

4.1 Os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, Agenda 2030 e as Cortes de Contas

As Nações Unidas no Brasil (ONUBR) dispõe sobre o Plano de ação 'para as pessoas, para o planeta e para a prosperidade: "Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável". Todos os países atuando em parceria colaborativa para o desafio global da erradicação da pobreza em todas as suas formas e dimensões e a implementação do desenvolvimento sustentável nas esferas social, ambiental e econômica. (NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL, 2017).

São 17 ODS e 169 metas desta Agenda universal que buscam concretizar os direitos humanos de todos e alcançar a igualdade de gênero e o empoderamento das mulheres e meninas, estimulando ações para os próximos 15 anos em áreas importantes para o planeta e toda a humanidade assegurando uma vida próspera e progresso econômico, social e tecnológico em harmonia com a natureza para implementação da paz. A promoção de sociedades pacíficas, justas e inclusivas devem mobilizar todos os meios necessários para implementação de uma Parceria Global para o Desenvolvimento Sustentável e transformação do mundo para melhor, esse é o mote da Agenda 2030. É interessante apontar que esse documento foi aprovado pela Cúpula do Desenvolvimento Sustentável realizado na sede da ONU em 2015.

O TCU elaborou em parceria com a Iniciativa para o Desenvolvimento da Intosai (IDI) o Guia de Auditoria que objetiva apresentar a metodologia para que as Entidades de Fiscalização Superiores (EFS) avaliem a preparação dos governos para a implementação dos ODS. No âmbito da Intosai as EFS deverão comunicar os resultados das auditorias operacionais em temas dos ODS. Esse *framework* poderá ser empregado como ferramenta

para dar ciência as Nações Unidas dos progressos e desafios agregando as boas práticas em nível regional e global.

A articulação dos ODS, Agenda 2030, as Cortes de Contas e a divulgação das melhores práticas poderá contribuir para concretização dos direitos fundamentais, em nome do sistema de Controle Interno, Externo e Social e ainda, da governança, gestão de riscos, integridade e *compliance* no acesso à justiça célere e eficaz construindo a pacificação da sociedade e das instituições no Estado Democrático de Direito.

5 CONCLUSÃO

Nesse contexto, o trabalho objetivou abordar a missão do Tribunal de Contas no combate à corrupção e na tutela da proteção do patrimônio público. Dentre os instrumentos utilizados, destaca-se o programa de integridade e seu arcabouço legislativo, que em face de alguns dos princípios básicos da CRFB/1988 encontra-se em consonância com a Agenda 2030. Ressalta-se também, o tratamento reservado e o papel das Cortes de Contas na efetivação de políticas públicas eficazes e na implementação da própria qualidade de vida e da paz dentro do Estado Democrático de Direito. Além disso, cabe destacar ainda, a importância da criação e instalação de políticas de controle interno sob o enfoque de GIRC na prevenção da corrupção no âmbito dos Tribunais de Contas para o fomento e propagação da cultura do planejamento e gestão de riscos, bem como estabelecimento de um Código de Ética, Integridade e *compliance* no controle externo que também poderá ser exercido pelos TCUs, dos Estados, bem como dos Municípios no Brasil e no mundo.

Assim, à luz da CRFB/1988, da legislação vigente e da Agenda 2030 se torna imperioso esse convite a reflexão acerca dessa visão holística, transversal e multidisciplinar que enfoca novos atores e possibilidade na esfera de atuação das Cortes de Contas. O Tribunal de Contas poderá exercer sua missão constitucional, inclusive como defensor dos direitos fundamentais, e em uma ação coordenada promover a cultura da implementação de uma política de controle interno que propugna pelo envolvimento da Alta Administração e traça mecanismos de governança, gestão de riscos, integridade e *compliance* disseminando métodos e a releitura de órgãos, instituições e da própria administração pública trazendo maior eficácia nas suas ações, oportunidade de efetivação e alinhamento com a Agenda 2030 e os ODS, em especial, o 16º na promoção da “Paz, Justiça e Instituições Eficazes” no âmbito municipal, estadual, federal e global.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carlos Wellington Leite de. Controle Externo e Técnicas de Mediação: a busca de soluções com foco no interesse público. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, out./dez. 2003.

BAUMAN, Zygmunt; PALLARES-BURKE, Maria Lúcia Garcia. A sociedade líquida. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 19 out. n.609, p.4-9, 2003. (Mais).

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Emendas Constitucionais. Brasília: Senado, 1988. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, (...). **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 03 dez. 2016.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 45 de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 (...). **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 dez. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm> Acesso em: 23 maio 2017.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 mar. 2015a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 27 abr. 2017.

BRASIL. Lei 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; (...). **Diário Oficial da União**, Brasília, 29 jun. 2015b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> Acesso em: 27 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 172-MC-REF, Rel. Min. Marco Aurélio, voto da Min. Ellen Gracie, julgamento em 10-6-2009, Plenário. **Diário de Justiça Eletrônico**, 21 ago.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.649, voto da Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 8-5-2008, Plenário. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 17out. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.540-MC. Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º-9-2005, Plenário. **Diário de Justiça**, Brasília, 3 fev. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 639.337-AgR, Rel. Min. Min. Celso de Mello. Segunda Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 5 set, 2011

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 24.448, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 27-9-2007, Plenário, **Diário de Justiça**, Brasília, 14 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet 3.388. Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 19-3-2009, Plenário. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 01 jul. 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade itinerários discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: editora Almedina, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: editora Saraiva, 2010.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

COELHO, Meire Lúcia Monteiro Mota; LÚCIO, Magda de Lima. A Advocacia Pública Federal nas metas do centenário: a mediação como instrumento de gestão. **Debates em Direito Público: revista de direito dos advogados da União**, Brasília, v. 9, n. 9, out. 2010, p. 11-24

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Emenda 02, de 8 de março de 2016**. Altera e acrescenta artigos e os Anexos I e III da Resolução 125, de 29 de novembro de 2010. Brasília/DF: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/d1f1dc59093024aba0e71c04c1fc4dbe.pdf>> Acesso em: 27 abr. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 125, de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília/DF: CNJ, 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resoluo-n125-29-11-2010-presidencia.pdf> Acesso em: 27 abr. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números**. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <http://painéis.cnj.jus.br/QuvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT> Acesso em: 27 abr. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2016: ano-base 2015**. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>> Acesso em: 24 ago. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Movimento pela conciliação**. Brasília/DF: CNJ, 2006. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/movimento-conciliacao-mediacao>> Acesso em: 27 abr. 2017.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Manual de negociação e mediação para membros do Ministério Público**. 2. ed. Brasília: CNMP, 2015a.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HÄRBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

MINAS GERAIS. Constituição (1989). Constituição do Estado de Minas Gerais. 12. ed. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2005.

NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL. Transformando nosso mundo: a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável. [S. l.]: Nações Unidas, 2017. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>> Acesso em: 27 abr. 2017.

PROTEÇÃO DOS DADOS DO PRONTUÁRIO ELETRÔNICO DO PACIENTE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Denise Souza Amorim¹; Irineu Francisco Barreto Junior²

Resumo: O Prontuário Eletrônico do Paciente é um importante instrumento no exercício da medicina, nele estão informações importantes para o processo de cuidar tais como a identificação, história da moléstia atual, hipótese e investigação diagnóstica, diagnóstico, exames, diagnóstico, evolução e descrição dos procedimentos realizados. Estas informações são classificadas pela Lei Geral de Proteção de Dados como dados sensíveis, e recebem proteção legal a partir da vigência deste dispositivo. As informações do prontuário são necessárias para planejamento terapêutico, e também para desenvolvimento científico das diversas áreas de saúde, gestão de processo, recursos humanos, financeiros e tecnológicos de uma instituição, estatísticas de instituições privadas e de órgão governamentais. Na sociedade em que a informação possui valor, esses dados necessitam de proteção legal para preservar direitos da personalidade dos indivíduos submetido a tratamento de saúde. O presente artigo apresenta uma reflexão de aspectos jurídicos como a propriedade e guarda dessas informações, o sigilo profissional e dos terceiros com acesso a esse documento, a anonimização e tratamento dos dados de saúde.

Palavras-Chaves: Sociedade da Informação, Documentos Médicos Eletrônicos, Prontuário Eletrônico do Paciente

DATA PROTECTION OF ELECTRONIC PATIENT RECORD IN THE INFORMATION SOCIETY

Abstract: The Electronic Patient Record is an important tool in the practice of medicine. It contains important information for the care process such as identification, history of the current disease, hypothesis and diagnostic investigation, diagnosis, tests, diagnosis, evolution and description of procedures performed. This information is classified by the General Data Protection Act as sensitive data, and is legally protected as of this device. The medical record information is required for therapeutic planning, as well as for scientific development of the various areas of health, process management, human,

¹ Mestranda pelo Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação – FMU-SP. Especialista em Fisioterapia Pneumofuncional pela Santa Casa de Misericórdia de SP. Advogada. (denisesouzaamorim@gmail.com)

² Pós Doutor em Sociologia pela USP. Doutor em Ciências Sociais pela PUC-SP. Docente do Programa de Mestrado em Direito na Sociedade da Informação e do Curso de Graduação em Direito da FMU-USP. Analista de Pesquisas da Fundação Seade (neubarreto@hotmail.com)

financial and technological resources of an institution, statistics from private institutions and government agencies. In the society where information has value, this data needs legal protection to preserve the personality rights of individuals undergoing health care. This article presents a reflection on legal aspects such as ownership and storage of this information, professional and third party confidentiality with access to this document, anonymization and treatment of health data.

Keywords: Information Society, Electronic Medical Documents, Electronic Patient Record.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo analisa a proteção dos dados pessoais frente às diretrizes dispostas na Lei n. 13.709/2018, Lei de Proteção Geral de Dados, no prontuário eletrônico do paciente que atualmente é amplamente utilizado na rede de saúde privada e implantado em velocidade menor na rede pública. A abordagem do tema envolve a ampla possibilidade de utilização dos dados sigilosos da saúde do indivíduo seja por profissionais da área da saúde, operadoras de saúde, seguradoras e até mesmo a mídia, de modo que as informações possuem um grande valor na Sociedade da Informação.

Para isso avança pelo estudo do fenômeno da utilização da Internet e compartilhamento de informações na sociedade da informação quando o exercício profissional lida com dados sigilosos, por meio da discussão dos limites éticos do compartilhamento das informações da saúde, da guarda e manejo desses dados e o impacto disso para o usuário final. Também abordará o comportamento profissional frente a regulamentação que protege os dados pessoais dentro do contexto da Sociedade da Informação.

Evidente que o crescimento abrupto do uso de tecnologias e coleta de dados (de natureza sensível) seria aplicado para o desenvolvimento da ciência e medicina. Esse avanço tecnológico moldou os processos na área médica para otimizar tempo, gerenciar recursos e garantir a troca e informações de maneira segura para o paciente. Esse fenômeno modificou a relação médico-paciente (diga-se, profissional de saúde - paciente) nos últimos anos.

Destarte que esse avanço tecnológico propicia que o médico remotamente tenha acesso a dados, exames realizados pelo paciente ajustando a conduta em tempo real. Entretanto o acesso ao prontuário tornou-se irrestritos pelos diversos e diferentes profissionais que circulam dentro do ambiente hospitalar (médicos, enfermeiros, fisioterapeutas, psicólogos, nutricionistas, fonoaudiólogos, auditores, administradores, biomédicos, dentre outros) sendo limitado apenas pelo acesso ao sistema, por um cadastro prévio.

Ressalte ainda que essas informações quando utilizadas inadequadamente pode resultar em danos tais como negativas de tratamento pelas operadoras de saúde pelo conhecimento prévio de doenças não previstas na cobertura, recusa na inserção em novo plano de saúde, demissão ou não contratação por uso excessivo do plano acarretando em aumento do custo para empresa, divulgação e exposição na mídia, participação em pesquisas sem autorização, dentre várias outras que serão exploradas na pesquisa.

É certo que o advento da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais terá grande impacto nesse segmento. Operadoras de saúde e grandes instituições de saúde se preparam para adaptar-se às novas disposições legais. Contudo o grande dilema gira na base, profissionais e usuários estão preparados, conscientes e aptos a aplicar os princípios norteadores do Direito Digital.

Sabe-se da importância da pesquisa científica na área da saúde, esse fato assegura o desenvolvimento da medicina, bem como o compartilhamento dinâmico das informações permitem ajustes mais rápidas na terapêutica otimizando os resultados alcançados diariamente. Nessa toada o presente artigo abordar superficialmente a anonimização dos dados assegurando o desenvolvimento seguro e ético da medicina. A pesquisa utilizou-se das seguintes técnicas: pesquisa bibliográfica, pesquisa documental jurídica, empírica e método dedutivo.

2 DO DIREITO DA PROTEÇÃO DE DADOS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

O advento da Internet e a possibilidade de transmitir informações quase que instantaneamente, em frações de segundos trazem novos contornos para a sociedade contemporânea. As questões de tempo e distância, na área da informação, têm sua amplitude reduzida, expandindo a concepção de direito à informação. Surge um espaço virtual (ciberespaço), ambiente social, formado pelo fluxo de informações e de mensagens transmitidas entre computadores, uma rede aberta onde qualquer pessoa pode ter acesso. Possui caráter interativo possibilitando ao usuário gerar dados, navegar e estabelecer relações na rede³.

Castells (2001, p.22) afirma que “substantivas mudanças tecnológicas concentradas nas tecnologias da informação que remodelaram a base material da sociedade, formatando novas formas de relação entre a economia, o Estado e a sociedade”. As relações adquirem

³ BOFF, Salete Oro; FORTES, Vinícius Borges. **A privacidade e a proteção dos dados pessoais no ciberespaço como um direito fundamental: perspectivas de construção de um marco regulatório para o Brasil**. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2177-70552014000100006&script=sci_arttext. Acesso em: 12 out.2019.p.2.

característica de liquidez, como retratada na obra de Bauman (2014). Nessa sociedade há um elevado fluxo de informações, que por sua vez adquiram valor de mercado, e nesse necessário como assegurar os direitos constitucionais da personalidade, especialmente da privacidade?

Barreto Junior e Venturi Junior (2019) asseveram que a privacidade historicamente esteve associada a uma liberdade negativa, contudo, não parece mais executável em tempos de economia alimentada pela coleta tratamento e geração de valor a partir de dados pessoais disseminados na rede (BARRETO JUNIOR, VENTURI JUNIOR, 2019). Fundamental a conceituação de dado de Stzer:

Dado é necessariamente uma entidade matemática e, desta forma, é puramente *sintático*. Isto significa que os dados podem ser totalmente descritos através de representações formais, estruturais. Sendo assim quantificados ou quantificáveis, eles podem ser armazenados em um computador e processados por ele⁴.

Bioni (2019, p.65) define os dados como “signos identificadores do cidadão” de modo que sua proteção passa a integrar uma nova categoria dos direitos da personalidade. Os dados de saúde pela LGPD ganharam maior proteção por serem classificados como dados sensíveis (art. 5)⁵. Sabbatini apontam aspectos específicos da referida lei para o segmento da saúde: 1) necessidade de consentimento do usuário para coleta, armazenamento e processamento das informações de saúde; 2) acesso a trilha de auditoria, podendo suspender o consentimento a qualquer momento; 3) anonimização dos dados afim de evitar a identificação do usuário; 4) criptografia; 5) políticas registrada de proteção das empresas que armazenam os dados⁶.

O texto da referida lei assegura maior controle dos indivíduos sobre suas informações pessoais, exigindo consentimento explícito para coleta e uso dos dados e obriga a oferta de opções para o usuário visualizar, corrigir e excluir esses dados subsidiando valores inerentes aos direitos fundamentais constitucionais.

As disposições da referida lei impactam na estruturação de uma instituição de saúde nas seguintes situações: a categorização de determinados dados como sensíveis ou não, o consentimento do titular para o uso dos dados e a imprevisibilidade legal das

⁴ SETZER, V. W. Dado, informação, conhecimento e competência. DataGramaZero -Revista de Ciência da Informação, Rio de Janeiro, n.0, dez. 1999. Disponível em:<https://www.ime.usp.br/~vwsetzer/dado-info.html>. Acesso: 07 out. 2019.

⁵ BRASIL. **Lei 13709/18 (Proteção De Dados Pessoais)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 19 de set. 2019

⁶ SABBATIBI, Renato Marcos Endrizzi. **Dados pessoais: como a LGPD afeta às informações de Saúde?** Convergência Digital, Edição de 31 ago. 2018. Disponível em: <http://convergenciadigital.uol.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=site&infoid=48866&sid=15>. Acesso em: 14 out. 2019.

exceções, a hospedagem dos dados quando realizado em servidores estrangeiros precisa que o país assegure proteção legal similar ao sistema brasileiro, a responsabilização da instituição em caso de vazamento da informação. Barreto Junior (2015, p.418) destaca que “com a crescente adesão ao uso da Internet, tem-se desenvolvido uma sensação ainda difusa, entre seus usuários, de que não existe qualquer possibilidade de sigilo, privacidade e intimidade on-line”.

O conceito de privacidade tornou-se diáfano e utópico na Sociedade da Informação. Traduzindo o pensamento de Rodotá sobre a privacidade como um direito mais difuso que no âmbito digital pode ser identificado como a garantia de *seguir a própria informação onde quer que ela esteja* e se opor a qualquer interferência. Dessa forma será garantido o direito, ao menos potencialmente, com o controle das informações, em que pese, se tratando de saúde devem pertencer exclusivamente ao paciente (ALMEIDA; ALMEIDA, 2018, p.168).

3 ASPECTOS JURÍDICOS DO PRONTUÁRIO ELETRÔNICO DO PACIENTE

A evolução tecnológica atingiu fortemente o segmento da saúde, com o surgimento da chamada saúde eletrônica, que segundo Lima permite gestão das informações objetivando segurança, confiabilidade nas tomadas de decisões clínicas, gestão e execução de políticas de saúde pública identificando pontos cruciais de bem-estar e qualidade de vida dos cidadãos⁷.

(...) tem-se ainda que esse novo modo de se promover o direito à saúde contribui para o próprio direito à informação em matéria de saúde aos cidadãos, permitindo que, pelo acesso de informações adequadas, se estimule uma melhor qualidade de vida com o incentivo de hábitos saudáveis, reduzindo, por via consequencial, os riscos de adoecimento⁸.

O compartilhamento de dados e informações de saúde propicia a junção do direito à saúde e do direito à informação permitindo o exercício pleno objetivando tão somente a qualidade de vida por meio da prevenção. Nesse segmento, em 2009, foi instituída a Política Nacional de Gestão e Tecnologias em Saúde cujo objetivo está descrito no artigo 3º:

⁷ LIMA, Manuela Ithamar. **Do Direito À Proteção De Dados Em Matéria De Saúde Na Sociedade De Informação**. Disponível em: <http://www.ojs.ufpi.br/index.php/raj/article/download/7416/4303> Manuela Ithamar Lima Acesso em 20 de jan. 2019.p.2.

⁸ *Ibid.*,p.12.

Art. 3º É objetivo geral da Política Nacional de Gestão de Tecnologias de Saúde maximizar os benefícios de saúde a serem obtidos com os recursos disponíveis, assegurando o acesso da população a tecnologias efetivas e seguras, em condições de equidade, visando:

I - orientar os processos de incorporação de tecnologias nos sistemas e serviços de saúde;

II - nortear a institucionalização dos processos de avaliação e de incorporação de tecnologias baseados na análise das consequências e dos custos para o sistema de saúde e para a população;

III - promover o uso do conhecimento técnico-científico atualizado no processo de gestão de tecnologias em saúde;

IV - sensibilizar os profissionais de saúde e a sociedade em geral para a importância das consequências econômicas e sociais do uso inapropriado de tecnologias nos sistemas e serviços de saúde; e

V - fortalecer o uso de critérios e processos de priorização da incorporação de tecnologias, considerando aspectos de efetividade, necessidade, segurança, eficiência e equidade.⁹

Dentre as informações produzidas nessa área, um documento específico requer atenção especial, o prontuário do paciente, haja vista que nele estão contidas uma infinidade de dados pessoais sigilosos e que a Lei Geral de Proteção de Dados classifica como sensíveis¹⁰. O prontuário consoante a Resolução nº 1638/2002 do Conselho Federal de Medicina, consiste:

Art. 1: No documento único constituído de um conjunto de informações, sinais e imagens registradas, geradas a partir de fatos, acontecimentos e situações sobre a saúde do paciente e a assistência a ele prestada, de caráter legal, sigiloso e científico, que possibilita a comunicação entre membros da equipe multiprofissional e a continuidade da assistência prestada ao indivíduo¹¹.

O prontuário do paciente surge por volta do século XVIII, compilando as experiências dos médicos e posteriormente esses relatos foram utilizados como norte para a conduta médica em casos semelhantes, as anotações de forma individual e focada no paciente são datadas a partir de 1904¹². Baraúna Junior aduz que “em termos práticos, o prontuário do paciente é documento que congrega, de forma individualizada pelos

⁹ BRASIL. **Política Nacional de Gestão e Tecnologia em Saúde**. Disponível em: http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nacional_gestao_tecnologias_saude.pdf. Acesso em: 19 de jan. 2019.

¹⁰ BRASIL. **Lei 13709/18 (Proteção De Dados Pessoais)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 19 de jan. 2019

¹¹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM n. 1.638/2002**. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1638_2002.htm. Acesso em: 14 de out.2019.

¹² MASSAD, Eduardo; MARIN, Heimar de Fatima; AZEVEDO NETO, Raymundo Soares (Org). **O Prontuário Eletônico do Paciente na Assistência, Informação e Conhecimento Médico**. São Paulo: UNIFESP, 2003, p. 37.

médicos que atendem o paciente ao longo da sua vida, toda as informações relativas ao seu estado de saúde” (BARAÚNA JUNIOR, 2019, p.47).

A evolução tecnológica permitiu que o prontuário evoluísse para a versão eletrônica otimizando a qualidade e consistência das informações nele inserida. Na Resolução CFM n. 1821/2007 foram dispostas as normas técnicas para digitalização, uso de sistema informatizados, guarda e manuseio do prontuário eletrônico¹³.

Dentre as benesses da utilização do prontuário eletrônico destacasse o compartilhamento automático entre profissionais e outras instituições que estão cuidando do paciente para continuidade do cuidado, levantamento de dados para pesquisa clínica, adesão a protocolos clínicos e assistenciais e fornecimento de informações para perfis epidemiológicos e estatísticos. Em contrapartida Almeida e Almeida reforçam a importância da investigação do uso de Prontuário Eletrônico, tendo em vista a possível violação a seus direitos de personalidade e o crescente uso dessas plataformas:

É importante visualizar que o programa que irá operar o PEP deve, preferencialmente, ser feito com um código aberto, sendo denominado de software livre de código aberto. (...) Sistema livre de qualquer de quaisquer amarras, garantindo ao menos liberdade de se usar o programa como quiser. (...) A utilização de software livre garante uma liberdade maior ao usuário, que pode conhecer o código fonte e, dessa forma estudar a vulnerabilidade do sistema (ALMEIDA, 2018.p.165).

Baraúna Junior destaca que o Prontuário Eletrônica deve ser dotado de sigilo assistencial, ético-legal e científico, agindo como um instrumento de comunicação multiprofissional e facilitando a continuidade da assistência ao paciente e em *ultima ratio*, ferramenta de conhecimento da aplicação de técnicas de medicina (BARAÚNA JUNIOR, 2019, p.53).

3.1 Conteúdo e Propriedade do Prontuário Eletrônico

Na Resolução do CFM n. 1.638/2002 estão as diretrizes dos itens obrigatórios no prontuário do paciente independente da confecção em suporte eletrônico ou papel, destacando a identificação completa do indivíduo, anamnese, exame físico, exames complementares, hipóteses diagnosticas, evolução diária, diagnostico definitivo, tratamento e procedimentos realizados¹⁴. As informações contidas no prontuário são caracterizadas

¹³ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM n° 1821/20017**. Disponível em:

http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=PesquisaLegislacao&dif=s&ficha=1&id=7575&tipo=RESOLU%C7%C3O&orgao=Conselho%20Federal%20de%20Medicina&numero=1821&situacao=VIGENTE&data=11-07-2007#anc_integra. Acesso em: 19 de jan. 2019.

¹⁴ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM n. 1.638/2002**. Disponível em:

http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1638_2002.htm. Acesso em: 14 de out.2019.

como dado pessoal de natureza sensível, de acordo com a Lei Geral de Proteção de Dados, cuja finalidade da coleta é científica para melhoria da saúde¹⁵.

O direito aos dados do prontuário é exclusivo do paciente e protegido pelo princípio do sigilo da relação profissional-paciente. França assevera que é de propriedade do paciente de forma permanente as informações que possam ser objeto da necessidade de ordem social ou de outro profissional que venha a tê-lo na sua relação, dentro da conveniência que a informação possa merecer. Ao médico e a instituição corresponde o direito de guarda (FRANCA, 2014, P.39).

3.2 Sigilo e utilização por terceiros

O sigilo é uma das principais características das profissões ligadas à saúde, especialmente da medicina. É um dos pilares encontrados no Juramento de Hipócrates que perdura ao longo dos anos e atualmente é um dos princípios dispostos no Capítulo I do Código de Ética Médica vigente¹⁶.

O dever de sigilo é considerado com frequência imprescindível ao tratamento médico, de outra parte não se pode deixar de observar que se trata de garantia de resguardo de uma parcela da intimidade do paciente, que, quando violado representa lesão a um direito personalíssimo. Nesse prisma, o sigilo médico reconhece ao paciente o domínio sobre as informações que o médico ou os sérvios de saúde tenham sobre ele. Isso porque os dados pessoais gozam de proteção na seara dos direitos da personalidade¹⁷.

Entretanto apesar das intensas discussões no que concerne ao sigilo e privacidade do paciente, na prática ainda há muitas dificuldades de sua aplicabilidade. Apesar de muito se discutir sobre confidencialidade, pouco se tem avançado com relação à privacidade do paciente dentro do hospital. O que se observa na prática é que nos ambientes de assistência à saúde, em especial no hospital, as transgressões são mais comuns do que as condutas direcionadas à preservação da privacidade dos pacientes¹⁸.

As implicações práticas da quebra do sigilo e tratamento inadequado das informações implicam em dano ao direito da personalidade e podem gerar negativa de

¹⁵ BRASIL. **Lei 13709/18 (Proteção De Dados Pessoais)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 19 de set. 2019

¹⁶ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM n. 2.217/2018. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 14 de out.2019.

¹⁷ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM n. 2.217/2018. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 14 de out.2019

¹⁸ PUPULIM, Jussara Simone Lenzi; SAWADA, Namie Okino. Percepção de Pacientes Sobre a Privacidade em Hospitais. **Revista Brasileira de Enfermagem**. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-71672012000400011. Acesso em: 21 jan. 2019.p.8

filiação a um plano de saúde, rompimento imotivado de contrato de trabalho, exposição em mídias sociais. Baraúna Junior assevera que outras pessoas, além do médico, possuem acesso as informações e documentos de saúde, por exemplo os profissionais administrativos ou da tecnologia da informação, e isso propiciaria a propagação imprevisível dos dados, demandando urgência em uma legislação que abrangente aplicado ao sistema de saúde de maneira global (BARAÚNA JUNIOR, 2019, p.53).

Destarte que as operadoras de seguro saúde e plano de saúde também possuem acesso as informações de saúde dos seus usuários e daqui decorre um conflito ainda não sanado pelo judiciário sobre a licitude dessa conduta, de forma que tais informações poderiam ser suficientes para fundamentar a exclusão de atendimento ofertado, especialmente as doenças preexistentes¹⁹.

4 CONCLUSÃO

A presente pesquisa demonstrou a vulnerabilidade dos dados diante do atual cenário. As tecnologias e utilização de meios eletrônicos avançam na medicina para facilitar a prática da medicina, contudo expõe os usuários a riscos de exposição de sua intimidade. A Lei de Proteção de Dados se propões abolir a vulnerabilidade, no entanto ainda não possível dimensionar sua aplicabilidade e eficiência.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Daniel Evangelista Vasconcelos; ALMEIDA, Juliana Evangelista de. **O Uso Da Tecnologia Em Ambiente Hospitalar: Proteção De Dados Pessoais E Vulnerabilidade**. In: SÁ, Maria de Fatima Freire de, NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SOUZA, Iara Antunes (coord.). *Direito e Medicina: Autonomia e Vulnerabilidade em Ambiente Hospitalar*. São Paulo: Editora Foco, 2018.

BARAÚNA JUNIOR, Haroldo. **Documentos Médicos Eletrônicos: uma abordagem sobre seus efeitos jurídicos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019.

BARBOSA, Marco Antonio. **Poder na Sociedade da Informação**. In: PAESANI, Liliana Minardi (coord.). *Direito na Sociedade da Informação*. São Paulo: Atlas, 2007

¹⁹ BARAÚNA JUNIOR, Haroldo. **Documentos Médicos Eletrônicos: uma abordagem sobre seus efeitos jurídicos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019.p.102

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. **Atualidade do Conceito Sociedade da Informação para a pesquisa jurídica.** In: PAESANI, Liliana Minardi (coord.). O Direito na Sociedade da Informação. São Paulo: Atlas, 2007.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Proteção da Privacidade e de Dados Pessoais na Internet: O Marco Civil da Rede Examinado com Fundamento nas Teorias de Zygmunt Bauman e Manuel Castells. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coordenadores). **Direito & Internet III – Tomo I: Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014).** São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2015.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco; VENTURI JUNIOR, Gustavo. Inteligência Artificial e seus efeitos na Sociedade da Informação. In: LISBOA, Roberto Senise (Org.). **O Direito na Sociedade da Informação.** V.4. Coimbra: Almeida, 2019.

BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância Líquida.** Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais - A Função e os Limites do Consentimento.** Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BOFF, Salete Oro; FORTES, Vinícius Borges. **A privacidade e a proteção dos dados pessoais no ciberespaço como um direito fundamental: perspectivas de construção de um marco regulatório para o Brasil.** Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2177-70552014000100006&script=sci_arttext. Acesso em: 12 out.2019.p.2.

BRASIL. **Lei 13709/18 (Proteção De Dados Pessoais).** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 19 de jan. 2019

BRASIL. **Política Nacional de Gestão e Tecnologia em Saúde.** Disponível em: http://bvsmis.saude.gov.br/bvsmis/publicacoes/politica_nacional_gestao_tecnologias_saude.pdf. Acesso em: 19 de jan. 2019.

CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação: economia, sociedade e cultura.** 5.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001, v.I, a sociedade em rede.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede.** Vol.1.8 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1821/2017.** Disponível em: http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=PesquisaLegislacao&dif=s&ficha=1&id=7575&tipo=RESOLU%C7%C3O&orgao=Conselho%20Federal%20de%20Medicina&numero=1821&situacao=VIGENTE&data=11-07-2007#anc_integra. Acesso em: 19 de jan. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM n. 1.638/2002**. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1638_2002.htm. Acesso em: 14 de out.2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM n. 2.217/2018**. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 14 de out.2019.

COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. **Instituições De Direito Medico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2010.

FRANCA, Genial Veloso de. **Direito Medico**. 12 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2014.

GORDILHO, RAPHAEL. **O Melhor Prontuário Eletrônico (PEP) é Gratuito**. Disponível em: <https://saudebusiness.com/noticias/o-melhor-prontuario-eletronico-ehr-e-gratuito/>. Acesso em:20 de jan. 2019.

LIMA, Manuela Ithamar. **Do Direito À Proteção De Dados Em Matéria De Saúde Na Sociedade De Informação**. Disponível em: <http://www.ojs.ufpi.br/index.php/raj/article/download/7416/4303> Manuela Ithamar Lima
Acesso em:20 de jan. 2019.

MASSAD, Eduardo; MARIN, Heimar de Fatima; AZEVEDO NETO, Raymundo Soares (Org). **O Prontuário Eletrônico do Paciente na Assistência, Informação e Conhecimento Médico**. São Paulo: UNIFESP, 2003.

PAESANI, Liliana Minardi. **O Direito da Sociedade da Informação III: a evolução do Direito Digital**. São Paulo: Atlas, 2013.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de Dados Pessoais Comentários à Lei N. 13.709/2018 LGPD**. São Paulo: Saraiva, 2018.

PUPULIM, Jussara Simone Lenzi; SAWADA, Namie Okino. Percepção de Pacientes Sobre a Privacidade em Hospitais. **Revista Brasileira de Enfermagem**. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-71672012000400011. Acesso em: 21 jan. 2019.

SABBATIBI, Renato Marcos Endrizzi. Dados pessoais: como a LGPD afeta às informações de Saúde? **Convergência Digital**, Edição de 31 ago. 2018. Disponível em: <http://convergenciadigital.uol.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=sit e&infoid=48866&sid=15>. Acesso em: 14 out. 2019.

SETZER, V. W. Dado, informação, conhecimento e competência. **DataGramZero -Revista de Ciência da Informação**, Rio de Janeiro, n.0, dez. 1999. Disponível em:<https://www.ime.usp.br/~vwsetzer/dado-info.html>. Acesso: 07 out. 2019.

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS CAUSADOS POR CARROS AUTÔNOMOS: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Pedro Ganselli da Silva¹

RESUMO: O presente artigo tem como finalidade analisar como se opera a responsabilidade civil pelos danos causados por carros autônomos dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Primeiramente, a análise tem enfoque nos carros autônomos em si, procurando entender os aspectos técnicos que os permeiam, estudando a definição do que seria um carro autônomo, como se opera o funcionamento desses veículos, mais especificamente como ocorre o processo de tomada de decisão do sistema autônomo, e quais são os dilemas éticos que surgem com a utilização do sistema autônomo. Posteriormente, procuramos entender como se opera a responsabilidade civil por danos causados por carros autônomos no ordenamento jurídico brasileiro, analisando como a presença de carros autônomos na ocorrência dos danos modifica as situações jurídicas existentes e como passa a figurar a responsabilidade civil nessas novas dinâmicas, entendendo se ela ocorre na modalidade objetiva ou subjetiva e quem serão os responsáveis.

PALAVRAS-CHAVE: Direito civil. Tecnologia. Veículos autônomos. Responsabilidade Civil.

CIVIL LIABILITY FOR THE DAMAGES CAUSED BY AUTONOMOUS VEHICLES: AN ANALYZE UNDER THE PERSPECTIVE OF THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

ABSTRACT: This paper seeks to analyze how the civil liability for damage caused by autonomous vehicles inside the Brazilian legal system operates. Initially, the analysis focus on the autonomous cars themselves, trying to find a better understanding of the technical aspects that surround them, studying the definition of what kind of car could be considered autonomous, how these vehicles function, more specifically how the autonomous system's decision making process works, and which are the ethical dilemmas that emerge with its use. After, we try to understand how the civil liability for damage caused by autonomous vehicles inside the Brazilian legal system operates, analyzing how the autonomous car's presence in an accident modifies the existing legal conditions and

¹ Aluno de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, estagiou no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, atualmente é estagiário da Defensoria Pública da União; <http://lattes.cnpq.br/9948691675938060>; pganselli@gmail.com.

how the civil liability is enforced in the light of these new dynamics, understanding whether it occurs on objective or subjective modality and who will be held responsible for it.

KEYWORDS: Civil law. Technology. Autonomous vehicles. Civil liability.

INTRODUÇÃO

Os carros autônomos ou carros sem motorista, como também são conhecidos, já se apresentam como uma realidade. Essa tecnologia que antes era vista apenas como um elemento da ficção científica ganhou corpo na última década e tem ganhado notoriedade e espaço dentro de nossa sociedade.

Todavia, como acontece com qualquer nova tecnologia que destoa significativamente dos padrões com os quais a sociedade está acostumada, surge a necessidade de entender como as novas relações que advém dessas mudanças serão reguladas pelo Direito.

Dessa forma, ante a ausência de legislação nacional para a regulamentação dos carros autônomos somada a cada vez mais próxima chegada desses veículos ao mercado acabamos por nos perguntar: quem serão os civilmente responsáveis pelos danos causados por carros autônomos dentro do ordenamento jurídico brasileiro?

Objetivando responder a esta pergunta, o presente artigo, através de pesquisa bibliográfica e qualitativa e utilizando método indutivo, o presente artigo realizará uma análise dos carros autônomos e da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro.

Primeiramente, procuramos entender o que poderia ser considerado um carro autônomo para os fins da imputação de responsabilidade, procurando encontrar quais são as características técnicas que um veículo deve ter para que seja considerado como autônomo.

Após, buscamos compreender como os veículos autônomos funcionam e como são tomadas as decisões por esses carros, principalmente as decisões em situações onde causar um dano seja inevitável. A partir desse entendimento passamos a estudar quais eram os dilemas éticos que advinham das escolhas tomadas por carros autônomos.

Superada a análise específica dos automóveis em si, passamos a realizar a análise da responsabilidade civil pelos danos causados por esses veículos, procurando entender se ela se daria na modalidade subjetiva ou objetiva, a quem deveria ser imputada e sob quais fundamentos e como se operará o sistema da responsabilidade civil pelos danos causados por carros autônomos.

1 CARROS AUTÔNOMOS

1.1 DEFINIÇÃO DE CARRO AUTÔNOMO

Definir o que são carros autônomos é de suma importância para que se possa identificar os civilmente responsáveis pelos danos por eles causados, uma vez ser necessário diferenciar um dano causado por um veículo comum e um causado por veículo autônomo.

Ante a ausência de regulamentação específica pela legislação brasileira acerca desses veículos, torna-se necessário observar outros ordenamentos jurídicos a definição aqui pretendida, a fim de compreender o que seriam considerados os carros autônomos que se pretende estudar.

Nesse sentido, nota-se que a *National Highway Traffic Safety Administration*, (Administração Nacional de Segurança Rodoviária), agência integrante do Poder Executivo dos Estados Unidos da América, apresenta quais são os níveis de automação que podem existir em um veículo, proporcionando análise de quais são as automações presentes em um veículo que podem o levar a definição de autônomo.²

A referida agência toma como base de suas normativas o relatório técnico produzido pela SAE International (Society of Automotive Engineers),³ que classifica e define termos relacionados a automação de veículos, analisando quais são as funcionalidades que podem estar presentes em um carro autônomo e como influenciam em seus níveis de automação.

Com base nas definições dessas funcionalidades, torna-se possível a identificação de 06 diferentes níveis de automação nos veículos, desde os mais básicos, onde basicamente não há automação e assistências fornecidas ao motorista, até os mais avançados, onde o sistema presente no veículo é capaz de promover todas as etapas necessárias para que o percurso objetivado possa ser cumprido.

O nível mais baixo de automação identificado pela SAE International é o nível 0, chamado de “*No driving automation*”. Nessa escala, todas as tarefas para a condução do veículo (controle dos pedais, da direção e observação das condições do ambiente) são de responsabilidade do condutor sem qualquer intervenção de sistemas de automação. Saliente-se que, ainda que o automóvel possua algum sistema automático que aumente a

² ADMINISTRATION, National Highway Traffic Safety. **Automated Vehicles for Safety**. Disponível em: <<https://www.nhtsa.gov/technology-innovation/automated-vehicles-safety>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

³ A SAE é uma associação mundial dedicada a produção de material técnico principalmente nos setores aeroespacial e automotivo, contando com a associação de diversos especialistas nessa área.

segurança do veículo, como *air-bags*, ou de auxílio do motorista, como câmeras de ré, por exemplo, ele será considerado como nível 0 de automação.

No nível 01 encontram-se os carros que possuem alguma assistência de direção, razão pela qual é denominado de “*Driver Assistance*”. Essa assistência estará presente através de um sistema automatizado que, quando acionado e dentro das limitações espaciais estabelecidas, controlará ou a tarefa de controle lateral (direção) ou a tarefa de controle longitudinal (aceleração) do carro, cabendo ao motorista a responsabilidade por todas as demais tarefas. Nesse patamar de automação, o sistema somente poderá tomar conta do controle lateral ou longitudinal, nunca os dois ao mesmo tempo. Estariam nessa categoria, por exemplo, carros com sistema de velocidade de cruzeiro ou com sistema que os mantém na faixa escolhida, entretanto, se o veículo possuir ambas as funcionalidades será considerado como de nível 02.

Nos três primeiros níveis identificados podemos observar pontos em que resguardam semelhança. Ocorre que, conforme avançamos nesses níveis de automação, verificamos a presença de elementos capazes de auxiliar o condutor nos processo de condução do veículo apenas, ou seja, as automações ocorrem exclusivamente nas funções controladas pelo volante e pedais do veículo.

Mais especificamente, o mencionado relatório técnico apresentado pela *SAE International* chama a atenção para o fato de que as questões relacionadas ao monitoramento do ambiente e ao monitoramento das funcionalidades autônomas permanecem com o condutor.⁴ Dessa forma, o motorista terá a função assumir o controle do carro caso haja alguma adversidade no caminho, pois o sistema apenas controla o veículo.

Da mesma forma que podemos agrupar os três primeiros níveis de automação e identificar as semelhanças que apresentam entre si, será possível identificar que os três níveis mais avançados de automação tem características muito próximas entre si, diferenciando-se pela presença (ou ausência) de uma funcionalidade.

A mais importante similaridade entre eles é que nesses níveis mais elevados de automação sempre haverá a presença de um sistema autônomo capaz de realizar toda a atividade de direção, assumindo o controle do veículo (lateral e longitudinal) e pelo monitoramento do ambiente. Além de ser responsável pelo monitoramento dos fatores que envolvem o melhor desempenho do veículo e do sistema autônomo.

⁴ SAE ON-ROAD AUTOMATED VEHICLE STANDARDS COMMITTEE (Estados Unidos da América). **Taxonomy and Definitions for Terms Related to Driving Automation Systems for On-Road Motor Vehicles**. 06. ed. [s.i]: Sae International, 2018. p. 06

O nível 03 de automação é considerado como aquele onde existe um sistema de automação responsável por toda a atividade de direção, entretanto, ainda que o usuário do veículo (a partir deste ponto não usaremos mais o termo motorista ou condutor) não tenha mais nenhuma responsabilidade relacionada à condução do automóvel, ele deve estar sempre apto a retomar a condução do veículo quando solicitado. Portanto, nesse patamar de automação o sistema autônomo executará todas as tarefas necessárias para a condução do carro com a peculiaridade de que, caso o sistema apresente alguma falha ou identifique uma situação para a qual não está preparado para responder, o usuário será acionado e deverá estar pronto para assumir a condição de motorista. Somado a esse aspecto diferenciador, os veículos pertencentes a esse nível somente poderão atuar em uma área delimitada, como estradas ou estacionamentos, por exemplo.

Avançando para o nível 04 podemos observar uma pequena, porém substancial, diferença nas funcionalidades apresentadas. Nesse patamar os veículos apresentam o mesmo sistema de automação visto anteriormente, inclusive no que tange às limitações espaciais mencionadas, entretanto, não há mais a responsabilidade do usuário em assumir o controle do veículo caso surja alguma adversidade, sendo de responsabilidade do próprio sistema a condução do carro para uma situação de risco mínimo.

Por fim, o mais elevado nível de automação identificado pela *SAE International* em seu relatório técnico é o nível 05, nomeado de “*Full Driving Automation*”, nesse patamar o sistema de automação é capaz de controlar o veículo em todas as esferas, como o faz o nível 04, entretanto, deixam de existir as limitações espaciais para que o sistema opere, podendo conduzir o veículo de forma ilimitada.

Importante salientar que a definição do que seria especificamente um carro autônomo ainda não é pacífica dentro da comunidade acadêmica ou até mesmo para a legislação dos diferentes Estados americanos, onde alguns consideram autônomos somente os veículos pertencentes ao nível 05 (cinco) de automação e outros consideram autônomos aqueles a partir do nível 03 (três).⁵

Para os fins pretendidos nesse artigo, consideraremos como carros autônomos os veículos pertencentes aos níveis 03 e seguintes, por possuírem sistema autônomo capaz de assumir para si todas as funções relacionadas a condução do veículo, ficando responsável pela tomada de decisões e execução das manobras.

⁵ SAE ON-ROAD AUTOMATED VEHICLE STANDARDS COMMITTEE (Estados Unidos da América). **Taxonomy and Definitions for Terms Related to Driving Automation Systems for On-Road Motor Vehicles**. 06. ed. [s.i]: Sae International, 2018. p. 29

1.2 FUNCIONAMENTO DOS CARROS AUTÔNOMOS

Mostra-se deveras importante a compreensão de como funcionam os veículos aqui analisados para que possamos esmiuçar a resposta apresentada ante as adversidades encontradas no tráfego e quais são as situações e condições dos danos causados pelos carros autônomos.

Como demonstrado, a definição de um veículo autônomo indica a presença de um sistema autônomo dotado de habilidade para conduzir o veículo de maneira adequada e monitorar todos os aspectos do ambiente para tomar as providências necessárias a completar a tarefa de direção.

Nesse contexto entendemos que a capacidade de perceber seus arredores e agir em suas conformidades é a etapa essencial para o funcionamento dos veículos autônomos.

Não nos ocuparemos no presente artigo quanto aos aspectos físicos do funcionamento desses automóveis (como é realizado o monitoramento do ambiente e como isso é revertido para a efetiva direção dos carros), entretanto, salientaremos dois aspectos apresentados por Klaus Ditmayer.

O primeiro deles é o fato de que para que haja um grau elevado de confiabilidade das previsões realizadas pelo sistema autônomo para conduzir o veículo só é possível realiza-las com cerca de 2 a 3 segundos de antecedência. Sendo essa inclusive a mesma capacidade do cérebro humano no exercício da direção.⁶

É certo que no cotidiano do trânsito, ainda mais quando falamos de acidentes, são necessárias respostas superiores a esse tempo para que uma manobra evasiva seja realizada, ou seja, não é fantasioso entender que haverá situações nas quais os carros autônomos não terão possibilidades além da colisão, restando a eles tentar escolher aquela que ocasionará menos dano.

Outra importante questão é que estudos demonstram que leva cerca de 5 a 10 segundos para que um passageiro na condição de motorista em alerta reestabeleça total controle do veículo.⁷

Dessa forma, mostra-se incompatível o período de previsão dos carros autônomos (2-3 segundos) com o tempo de resposta dos passageiros/motoristas, uma vez que o sistema não será capaz de prever situações onde o usuário será chamado a intervir com a antecedência necessária.

⁶ DIETMAYER, Klaus. Predicting of machine perception for automated driving. In: MAURER, Markus et al (Ed.). **Autonomous driving: technical, legal and social aspects**. Berlin: Springer Open, 2016. Cap. 20, p. 408.

⁷ DIETMAYER, Klaus. Predicting of machine perception for automated driving. In: MAURER, Markus et al (Ed.). **Autonomous driving: technical, legal and social aspects**. Berlin: Springer Open, 2016. Cap. 20, p. 408.

Esses aspectos salientados demonstram que, mesmo excluindo-se uma falha completa no sistema autônomo, haverá situações em que os veículos irão colidir com outros objetos.

Resta-nos compreender então, como é realizada essa escolha pelo veículo e quais são os fatores levados em consideração na hora da tomada de decisões.

Para tanto, é necessária a compreensão de alguns conceitos ligados ao que se denomina na ciência robótica de *machine learning*, bem como de como ocorre o planejamento e execução por seres humanos.

Pois bem, Walther Wachenfeld e Hermann Winner, ao discutirem o aprendizado de carros autônomos, citam Jeans Rasmussen, salientando que este teria identificado que a maneira como as pessoas agem em determinadas situações poderia ser definida por três áreas. Podendo estar de acordo com suas habilidades, com regras pré-estabelecidas ou com seu conhecimento/sabedoria.⁸

Dessa forma, pode-se dizer que as ações e a forma como são tomadas são baseadas nessas três áreas supracitadas.

As ações baseadas nas habilidades, e aqui o termo habilidades significa mais do que uma habilidade física em executar determinada ação, pressupõe uma atitude automática da pessoa em determinada situação. Nessa área se enquadram ações tomadas por impulso, baseadas em um conhecimento cotidiano daquela situação e que não demandam atividade cognitiva para que sejam executadas.

Isto é, aquela ação já foi executada tantas vezes e com tanta frequência que se torna intuitiva, não mais exigindo que haja um pensamento sobre qual a melhor atitude a se tomar, ou seja, não há uma racionalização.

São identificadas também as ações baseadas em regras preestabelecidas. Essas podem ter sido aprendidas de forma intencional ou através de outras situações vivenciadas.

Nessa forma de agir, ao se deparar com uma situação, a pessoa realiza atividade cognitiva e amolda as circunstâncias observadas a esses conhecimentos predeterminados. Aqui, a relação entre a informação possuída e a situação observada tem relação direta. Por exemplo, imaginemos que ao dirigir, tenha-se aprendido que ao identificar o sinal vermelho deve-se parar o veículo e aguardar, ao se deparar com essa exata situação o conhecimento é identificado e a ação é executada. Ou seja, há um planejamento e posterior execução.

⁸ WACHENFELD, Walther; WINNER, Hermann. Do autonomous vehicles learn?. In: MAURER, Markus et al (Ed.). **Autonomous driving**: technical, legal an social aspects. Berlin: Springer Open, 2016. Cap. 22, p. 452/453.

A última forma na qual as ações estão baseadas é o conhecimento/sabedoria. Nesse patamar, o planejamento das ações existe, ou seja, há atividade cognitiva para tanto, entretanto, baseia-se em um conhecimento não específico para aquela situação em si. Há um entendimento de que determinadas atitudes funcionam para situações similares e por isso podem funcionar para as circunstâncias encontradas.

Isso estabelecido identifica-se que o processo de aprendizagem, coma obtenção de cada vez mais informações passa por todos os processos descritos anteriormente. Inicialmente os seres humanos tem apenas alguns conhecimentos e acaba vivenciando situações nas quais eles não se amoldam perfeitamente, quanto mais experiências são experimentadas, mais dados poderão ser utilizados posteriormente, sendo possível amolda-los as situações vivenciadas. Por fim, aquele conhecimento está tão consolidado que as ações são tomadas sem que se precise planejar e pensar sobre elas.

Da mesma forma como se dá o aprendizado humano, ocorre o aprendizado dos sistemas, o chamado *machine learning*.

Walther Wachenfeld e Hermann Winner definem *machine learning* como um algoritmo criado por um ser humano que guiará o *software* para que tome as decisões.⁹

Esse algoritmo, assim como os seres humanos, vai aprendendo ao longo de suas experiências e aprimorando suas capacidades e percepções, tornando-se cada vez mais preparado para lidar com todas os possíveis problemas que a direção de um veículo pode apresentar.

Ocorre que, quando se trata de carros autônomos e de sistemas de aprendizado de máquinas em geral, há uma série de regras estabelecidas previamente pelos desenvolvedores, que são necessárias para o correto desempenho da função para a qual essas máquinas são criadas.

Quando se trata de veículos autônomos, por exemplo, é natural que toda a legislação de trânsito seja previamente informada ao algoritmo para que ele saiba como se comportar mediante as circunstâncias, não ultrapassando as velocidades permitidas e não estacionando em locais proibidos, por exemplo.

Todavia, ao passo em que essas informações necessárias para o correto funcionamento dos veículos podem ser colocadas a disposição do sistema como não somente um auxílio, mas como algo que define o que pode e deve ser feito, é possível que os desenvolvedores apresentem aos veículos algumas regras que devem ser seguidas, mas que não estão propriamente relacionadas com a direção do veículo.

⁹ WACHENFELD, Walther; WINNER, Hermann. Do autonomous vehicles learn?. In: MAURER, Markus et al (Ed.). **Autonomous driving**: technical, legal an social aspects. Berlin: Springer Open, 2016. Cap. 22, p. 452.

É o que ocorre, por exemplo, quando implementamos junto aos carros autônomos algumas diretrizes que serão guias básicos de comportamento no caso de acidentes inevitáveis.

Essas informações, portanto, serão capazes de dizer para o veículo o que ele deve ou não deve fazer e quem suportará os danos daqueles acidentes.

1.3 DILEMAS ÉTICOS.

Como salientado por Patrick Lin, as decisões tomadas por carros autônomos, por vezes, não são simplesmente baseadas em questões mecânicas e técnicas, sendo necessário que a ética humana, usada na tomada de decisões, seja também implementada e faça parte do sistema, para que possa ser utilizada em algumas situações.¹⁰

Para ilustrar a necessidade da ética nos carros autônomos, o autor propõe a seguinte situação. Seu carro autônomo está andando e se depara com o esse cenário, uma senhora de 80 anos e uma criança estão no caminho do veículo, a velocidade e condições da pista não permitem que ele possa frear, além disso, a colisão em qualquer das pessoas levará a uma morte certa. O carro pode tomar uma das três decisões, converter a direita e causar a morte da senhora; converter a esquerda e causar a morte da criança; ou não realizar ação alguma e acabar por causar a morte de ambas.¹¹

A situação ilustrada é muito semelhante ao “*Trolley Problem*” ou “Dilema do Trem” proposto pela filósofa Phillipa Foot em 1967, questão bastante discutida nos cursos de direito.

Ocorre que, assim como a maioria dos dilemas éticos, não há uma resposta certa a ser dada nessas situações, uma vez que todas as alternativas podem ser devidamente fundamentadas e farão sentido dentro da ética de cada um.

Alguns terão uma visão mais utilitarista da questão, escolhendo a morte de uma das pessoas, outros entenderão que o mais correto é não fazer nenhum movimento, não tendo participação direta na morte de um ou de outro.

O fato é que, não há uma resposta certa a ser dada e qualquer das escolhas pode ser defendida, ocorre que, algumas são mais socialmente aceitas do que outras.

¹⁰ LIN, Patrick. Why ethics matters for autonomous cars. In: MAURER, Markus et al (Ed.). **Autonomous driving: technical, legal an social aspects**. Berlin: Springer Open, 2016. Cap. 04, p. 69/85.

¹¹ A forma como o autor expõe a problemática é ligeiramente diferente da exposta nesse trabalho, entretanto, optou-se por adaptá-la para a melhor compreensão e em razão da tradução realizada da língua inglesa para o português. Saliente-se que todas as condições e a essência do dilema foram mantidas, adaptando-se somente a forma de apresentá-lo.

O autor apresenta vários dilemas éticos ao longo de seu artigo, entretanto, nos interessa mais a conclusão por ele apresentada, de que o ideal seria alinhar as expectativas com a sociedade.

Dentro desse contexto, pesquisadores do *Massachusetts Institute of Technology* realizaram um experimento denominado “*The Moral Machine experimente*”.¹²

Nesse experimento, que foi disponibilizado na internet para que todos pudessem realizá-lo, as pessoas eram colocadas diversas vezes para efetuar uma escolha envolvendo uma colisão de um carro autônomo, podendo decidir entre dois cenários possíveis.

Nesses cenários havia idosos, crianças, criminosos, pessoas que estavam ou não respeitando as leis do trânsito (uso da faixa de pedestres ou de capacetes, por exemplo) dentre diversas outras variáveis.

Com essas informações é possível compreender quais seriam os cenários socialmente mais aceitos e a partir dessa construção alimentar o algoritmo responsável pela tomada de decisões do veículo com informações do que fazer em cada caso, baseado em uma série de fatores.

Dessa conclusão podem ser estabelecidas duas grandes questões muito pertinentes ao presente trabalho.

A primeira delas é no sentido de que, ainda que a sociedade, através de pesquisas realizadas nos moldes descritos, estabeleça as questões éticas que podem ser adotadas em cada caso e quem serão as vítimas dos acidentes em determinadas situações, legitime a decisão tomada por um veículo autônomo e ainda que o algoritmo leve em conta diversas outras informações, como por exemplo, a chance de sobrevivência de cada indivíduo em cada um dos cenários, é flagrante a percepção de que a escolha tomada por uma pessoa que está dirigindo um veículo e que leva a ocorrência de um dano, é tomada, na maioria das vezes, em uma situação de pânico onde é obrigada a agir e o faz por instinto, enquanto que a escolha tomada pelo veículo autônomo será sempre pensada, calculada e executada, tendo um valor sensivelmente diferente.¹³

Dessa forma, é necessário pensar nas implicações jurídicas de uma situação onde um carro autônomo causa um dano, uma vez que os fatores subjetivos de um acidente encontram-se modificados. A outra questão que deve ser observada é que, as escolhas realizadas pelos carros autônomos são, como salientado anteriormente, baseadas em

¹² AWAD, Edmond et al. The Moral Machine experiment. *Nature*, [s.l.], v. 563, n. 7729, p.59-64, 24 out. 2018. Springer Nature. <http://dx.doi.org/10.1038/s41586-018-0637-6>.

¹³ LIN, Patrick. Why ethics matters for autonomous cars. In: MAURER, Markus et al (Ed.). *Autonomous driving: technical, legal an social aspects*. Berlin: Springer Open, 2016. Cap. 04, p. 78.

informações previamente estabelecidas pelos desenvolvedores dos carros autônomos, quem sejam, as empresas que comercializam esse produto.

Por sua vez, por motivos relacionados ao mercado e a venda dos veículos autônomos, é de grande interesse dessas empresas que eventual dano causado por esses carros ocorra de uma forma que gere o menor dano a sua imagem e o menor choque social possível, uma vez que a aceitação de um produto é trivial para a sua comercialização.

Sendo assim, como as empresas de tecnologia terão sob seu controle a tomada de decisão dos carros autônomos e os motivos para que eles sejam tomados de uma maneira específica é natural concluir que haverá uma influência concreta dos fabricantes dos carros autônomos nos acidentes em que estão envolvidos.

É necessário então se atentar ao fato de que, o algoritmo construído para a tomada de decisão dos automóveis estará influenciado por um fator social, que seria a legitimação da sociedade ao demonstrar quais as situações que considera mais aceitáveis, entretanto, por trás disso há um fator econômico muito forte escondido atrás dessa legitimação, uma vez que as empresas podem usar dela para construir um cenário economicamente favorável.

2 A RESPONSABILIDADE PELOS DANOS CAUSADOS POR CARROS AUTÔNOMOS NO BRASIL

Como devidamente observado por Lucas do Monte Silva, antes de falarmos da responsabilidade civil por danos ocasionados por carros autônomos, é necessário observar como a nossa legislação de trânsito lidaria com os carros autônomos.¹⁴

Fato é que, o art. 28 do Código de Trânsito Brasileiro estabelece que “o condutor deverá, a todo momento, ter domínio de seu veículo, dirigindo-o com atenção e cuidados indispensáveis à segurança do trânsito”.

Dessa forma, seria impossível o tráfego de veículos autônomos em seu potencial máximo em solo nacional, uma vez que dar completo controle do carro a um sistema autônomo significaria violar a norma estabelecida.

Portanto, saliente-se que seria necessária uma modificação da lei de trânsito para a devida circulação de veículos autônomos. Ou pelo menos que houvesse uma nova interpretação do que se entende por condutor.¹⁵

¹⁴ SILVA, Lucas do Monte. A responsabilidade civil por acidentes de carros autônomos: uma análise sob a ótica das smart cities. *Revista do Tribunal Federal da Primeira Região*, Brasília, v. 29, p.45-52, Jul./Ago. 2017, p. 49.

Assim como fez Lucas do Monte Silva, partiremos da premissa de que essas modificações serão realizadas e os veículos autônomos possam circular normalmente nas vias brasileiras.

Superadas essas considerações, passaremos a discorrer acerca de como se daria a responsabilidade civil dos veículos autônomos dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Como vimos nos itens anteriores, o funcionamento dos carros autônomos, por atuarem independentemente de ação humana, podendo realizar todas as tarefas relacionadas a direção de maneira autônoma, traz mudanças drásticas nas dinâmicas relacionadas a acidentes automobilísticos.

Isso porque, a figura do condutor desaparece da esfera do acidente, ainda que tenha alguém dentro do carro essa pessoa, enquanto ligado o sistema autônomo, não seria capaz de realizar quaisquer ações para mudar a sequência de fatos que se desencadeará, sendo o resultado um produto das condições do ambiente e das escolhas realizadas pelo carro autônomo.

Dada à proporção das mudanças ocorridas nas dinâmicas de acidentes automotivos é trivial que possamos entender como essas novas relações impactarão na responsabilidade civil pelos danos ocasionados nessas situações.

Quando fala de responsabilidade civil automobilística, Carlos Roberto Gonçalves bem observa que com o decorrer do tempo, a responsabilidade vem se deslocando da esfera da responsabilidade subjetiva, pautada na ideia de culpa, para a responsabilidade objetiva, pautada na ideia de risco, tendo a jurisprudência caminhado no sentido de considerar objetivamente responsável aquele que gera algum dano, como um mecanismo facilitador da responsabilização, vez que por vezes a realização da prova da culpa tornava-se muito difícil.¹⁶

Todavia, como o próprio autor salienta, a responsabilidade pelos acidentes automotivos é, em regra, subjetiva, principalmente no que tange a acidentes que envolvem mais de um veículo.

Ocorre que, em sentido contrário do que expõem Jonathan Barros Vita e Tiago Nunes da Silva, não enxergamos que mesmo com a figura do carro autônomo presente nesses acidentes a responsabilidade civil se manteria no aspecto subjetivo.¹⁷

¹⁵ SILVA, Lucas do Monte. A responsabilidade civil por acidentes de carros autônomos: uma análise sob a ótica das smart cities. **Revista do Tribunal Federal da Primeira Região**, Brasília, v. 29, p.45-52, Jul./Ago. 2017, p. 49

¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 687/691

¹⁷ VITA, Jonathan Barros; SILVA, Tiago Nunes da. A Responsabilidade Civil Decorrente de Danos Causados Pelos Veículos Autônomos no Brasil. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 13, p.212-227, jan/jun. 2018. Semestral, p. 226

Isso porque, quando colocamos um sistema autônomo na equação retiramos dela toda a subjetividade relativa às condições humanas, não há mais a possibilidade de se avaliar se uma conduta ocorreu com culpa, seja ela *latu* ou *stricto sensu*.

Até porque, em tese, todas as manobras evasivas realizadas por carros autônomos são feitas para se gerar o resultado mais seguro possível, não se podendo dizer que houve dolo, negligência, imperícia ou imprudência nas condutas praticadas, muito pelo contrário, ao carro não se poderia imputar culpa alguma.

Mais remota e complexa ainda seria a imputação de culpa ao passageiro ou dono do veículo, esse sim não cometeu nenhuma conduta que possa ser considerada culposa, uma vez que não concorre em nada para os fatos, sendo impossível atribuir a ele uma responsabilidade subjetiva.

Entender por subjetiva a responsabilidade por danos causados por carros autônomos seria criar uma grande dificuldade à vítima de ver o seu dano reparado, vez que teria obstáculos praticamente intransponíveis para a realização da prova desse elemento, movimento que iria à contramão ao movimento dos tribunais, como foi salientado por Carlos Roberto Gonçalves.

Dessa forma, demonstra-se que modalidade subjetiva consagrada no art. 186 do Código Civil não seria a mais adequada para dirimir as questões atinentes aos carros autônomos, vez que a maneira como se coloca dentro da legislação brasileira não permite caminhos que levem a devida reparação do dano, um dos objetivos fundamentais da responsabilidade civil.

Passemos então a observar a responsabilidade civil objetiva com o fito de verificar se esta apresenta os mecanismos necessários para a imputação da responsabilidade civil pelos danos causados por carros autônomos.

Essa por sua vez, é fundada na teoria do risco, presente no art. 927 do Código Civil, entendida e resumida por Sérgio Cavaliere Filho no trecho:

[...] todo o prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre culpa do responsável, que é aquele que materialmente causou o dano.¹⁸

Dessa forma, decorre a responsabilidade quando observados apenas a conduta, o nexo de causa e o dano, sendo esses os elementos necessários para que a responsabilidade civil objetiva reste configurada, sendo dispensada a culpa.

¹⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 225

De antemão já nos parece um caminho melhor para analisar a responsabilidade civil por danos ocasionados por carros autônomos, uma vez que, como vimos, o elemento culpa teria severas dificuldades em se amoldar nas novas situações decorrentes da inserção da inteligência artificial na realidade automotiva.

Todavia, ainda que pareça se amoldar de forma mais precisa às novas relações ainda é necessário observar os demais elementos existentes nessa modalidade de responsabilidade civil, pois a teoria do risco por si só não permite imputar a obrigação de indenizar e nem nos diria ao certo quem seria o responsável pelos danos.

Nesse sentido, observamos a chamada responsabilidade civil pelo fato da coisa, que seria a responsabilidade por danos causados por animais ou por objetos, sendo essa uma das previsões legais de responsabilidade sem culpa em nosso ordenamento jurídico.

Essa modalidade da responsabilidade objetiva é definida por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho da seguinte forma:

Trata-se, em outras palavras, do estudo da responsabilidade da pessoa que detém o poder de comando das coisas e animais causadores de danos à esfera jurídica de outrem, situação de prejuízo esta que, obviamente, não poderia quedar-se irressarcida.¹⁹

É importante destacar que a responsabilidade civil pelo fato da coisa não é tratada no Código Civil brasileiro com a mesma generalidade que era observada no Código Civil francês em seu art. 1.382, regulando apenas as situações de guarda de animal, ruína de edifício ou construção e coisas caídas de edifícios, como se observa da leitura dos artigos. 936 a 938 do Código Civil brasileiro.

Entretanto, em que pese essa aparente limitação legal da responsabilidade civil pelo fato da coisa, a doutrina e jurisprudência entendem pela sua expansão, considerando objetivamente responsáveis aqueles que detêm o comando das coisas causadoras de danos, como se pode observar do excerto apresentado acima.

Dessa forma, em se tratando os carros autônomos de coisas capazes de gerar danos, nos parece lógico entender que, pelo menos em um primeiro momento, poderia ser utilizada a responsabilidade civil pelo fato da coisa trazida para a imputação de responsabilidade, vez que o dono do veículo tem o dever de guarda desse objeto.

Essa ideia não ocorre nos acidentes causados por carros comuns porque a ideia de fato da coisa fica prejudicada nessas situações, nesses casos, o dano não ocorre em função de algo relacionado à coisa em si, mas sim em função de uma conduta humana.

¹⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, v. 3: responsabilidade civil. 15. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 235

No caso dos carros autônomos, como já foi devidamente demonstrado, as condições dos fatos são modificadas, não havendo mais a intervenção humana, sendo o dano causado por um fato da coisa, podendo ser estabelecida essa modalidade de responsabilidade.

Entendida pois a modalidade em que se operará a responsabilidade civil pelos danos ocasionados por carros autônomos, resta-nos compreender a quem será imputada esta responsabilidade, pergunta que se torna simples de responder considerando a responsabilidade pelo fato da coisa.

Isso porque, conforme lecionam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Fixamos, portanto, a premissa de que a responsabilidade pelos danos causados pela coisa ou animal há que ser atribuída àquela pessoa que, no momento do evento, detinha poder de comando sobre ele.

E note-se que essa atribuição de responsabilidade não exige necessariamente perquirição de culpa. Ou seja, a depender do sistema legal consagrado, o guardião poderá ser chamado à responsabilidade, mesmo que não haja atuado com culpa ou dolo, mas pelo simples fato de haver exposto a vítima a uma situação de risco.²⁰

Dessa forma, seriam responsáveis pela reparação do dano aqueles que detinham o poder sobre a coisa, pois sobre ela tinham o dever de guarda, sendo responsáveis pelos danos por pela coisa.

Nesse sentido, poderiam ser responsáveis os donos, quando utilizando o veículo diretamente, o passageiro que detinha o comando do carro quando da ocorrência dos fatos, ou, nos casos onde o carro está andando sem a presença de passageiros, aquele que deu a ordem ao sistema autônomo, pois detinha o comando do carro.

Toda essa construção da responsabilidade civil parece ser bastante inovadora, tratando de objetos que tomam decisões por si mesmo e imputando a responsabilidade aos seus donos pelo simples fato de possuírem aquela coisa e a ela terem dever de guarda.

Entretanto, ressalvado todo o repúdio que temos a violação dos direitos humanos mais básicos e apenas com finalidades acadêmicas, é de se salientar a comparação feita por Paulius Čerka, Jurgita Grigienė e Gintarė Sirbikytė, quando comentam a responsabilidade civil das inteligências artificiais.²¹

Ocorre que, assim como nossa legislação considera os carros autônomo como objetos e não como sujeitos de direito, também no direito romano, em função das

²⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, v. 3: responsabilidade civil. 15. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 238

²¹ ČERKA, Paulius; GRIGIENĖ, Jurgita; SIRBIKYTĖ, Gintarė. **Liability for damages caused by Artificial Intelligence**. *Computer Law & Security Review*, Elsevier, v. 31, n. 3, jun. 2015, p. 385

condições sociais e políticas da época, o escravo não detinha condição de sujeito de direito, sendo que sua posição dentro do ordenamento jurídico era o equivalente ao de coisa. Em que pese essa condição forçada do escravo, por se tratar de um ser humano, detinha pensamento e era capaz de realizar ações próprias, assim como fazem os carros autônomos. Dessa forma, reservadas as devidas proporções é possível realizar a comparação da condição dos carros autônomos e dos escravos romanos, que na condição de coisa tinham como responsáveis civis pelos seus atos os seus donos, segundo o que vigia na lei romana da época.

Dessa forma, entendemos que, no que tange a responsabilidade civil por danos causados por carros autônomos, esta será objetiva, sendo responsável pela indenização aquele que no momento do fato tinha o comando do carro, sendo seu guardião.

Todavia, em se tratando do uso doméstico dos carros autônomos, faz-se necessária uma análise também do Código de Defesa do Consumidor para observar que existirão outros responsáveis pelos danos causados.

O art. 12 do Código de Defesa do Consumidor estabelece que, em casos de produtos defeituosos que venham a causar danos ao consumidor, ou seja, caso haja algum fato do produto, o fabricante, o produtor, o construtor e o importador serão objetivamente responsáveis pela reparação dos danos ocorridos.

Obviamente, em se tratando do uso doméstico dos carros autônomos, haverá a incidência do Código de Defesa do Consumidor. Assim, com a incidência desse diploma legal é de se salientar a responsabilidade da cadeia de fornecedores quando da ocorrência de um dano em função de defeito no produto, podendo inclusive a vítima do dano (além do proprietário que sofre os danos pelo vício em si) reclamar os danos diretamente com a cadeia de fornecedores, em função da figura de consumidor equiparado trazida pelo art. 17 do CDC, que dispõe: *“Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.”*.

Entretanto, a responsabilização das empresas fabricantes e fornecedoras de carros autônomos pelos danos causados por vícios no produto não tem lugar apenas no que tange as relações consumeristas.

Isso porque, como fica evidenciado através da do Enunciado n. 42 da Jornada de Direito Civil, o art. 931 do Código Civil apresentou extensão ao conceito de fato do produto apresentado pelo Código de Defesa do Consumidor, trazendo a responsabilidade independente de culpa às empresas mesmo que o lesado não tenha sido consumidor final do produto.

Assim dispõe o mencionado enunciado:

O art. 931 amplia o conceito de fato do produto existente no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, imputando responsabilidade civil à empresa e aos empresários individuais vinculados à circulação do produto.

Portanto, no que tange a responsabilidade civil por danos causados por carros em função de vícios apresentados pelo produto, observamos que não há intensa modificação da responsabilidade civil com a inclusão de uma inteligência artificial, uma vez que esta não introduz fator determinante para a modificação da responsabilidade civil nessa esfera.

Contudo, entendemos que a responsabilização independente de culpa do fabricante, tanto do veículo quanto do sistema autônomo, não se esgota apenas nos casos onde há vício do no produto, se estendendo, na verdade, para todos os casos onde há danos causados por carros autônomos.

Ocorre que, ainda que o Código de Defesa do Consumidor tenha consagrado a responsabilidade civil dos fabricantes somente por vício no produto, o ordenamento jurídico brasileiro consagrou a responsabilidade civil objetiva e a pautou na teoria do risco.

Dentro dessa teoria há divisão por parte da doutrina das modalidades de riscos, surgindo, dentre elas, a do risco-proveito, na qual, segundo Sérgio Cavalieri Filho o “[...] *responsável é aquele que tira proveito da atividade danosa, com base no princípio de que, onde está o ganho, aí reside o encargo [...]*”.

Dentro desse escopo, é possível observar a responsabilidade objetiva das empresas fabricantes dos carros autônomos, uma vez que há proveito econômico destas na circulação dos carros autônomos, ainda que seja de forma indireta.

Não estamos nos referindo aqui à venda propriamente dita dos veículos, que obviamente se reflete em ganho econômico pelas empresas, mas não enseja a responsabilidade objetiva delas, uma vez não se tratar da atividade danosa em si, motivo pelo qual a simples venda de um veículo comum não gera a responsabilidade pelos danos que ele ocasionar.

Aqui queremos salientar o fato de a atividade danosa em si gera proveitos econômicos para empresa.

Ocorre que, como vimos nos tópicos de funcionamento dos carros autônomos e dos dilemas éticos pelos quais a decisão por eles tomada passa, entendemos que, além dos veículos autônomos apresentarem uma programação prévia ao seu aprendizado cotidiano, que certamente influencia na forma como toma suas decisões, há também uma série de acontecimentos em eventos danos que são mais socialmente aceitos pela sociedade quando ocorrem.

Nesse sentido, é possível entender que quando os carros autônomos participam de evento danoso onde tem que escolher entre algumas manobras que vão gerar um ou outro dano, o sistema autônomo estará mais disposto a tomar decisões que sejam mais socialmente aceitas do que outras, podendo inclusive mudar sua forma de agir quando inserido em diferentes sociedades, é só uma questão de programação.

Dessa forma, é evidente o proveito econômico das empresas fabricantes com os eventos danosos ocasionados por carros autônomos, uma vez que cada escolha tomada terá potencial de legitimar a entrada desses veículos no mercado ou não e de impulsionar ou não as vendas desses bens.

Assim, há abertura para a responsabilização fundada na teoria do risco proveito dos fabricantes do veículo e do sistema autônomo quando da ocorrência de um evento danoso.

Por fim, há de se mencionar que quanto ao uso comercial dos carros autônomos, a responsabilidade pelos danos ocasionados será da empresa que utiliza desse veículo para a atividade, fundando essa responsabilidade também na teoria do risco proveito, uma vez que o uso aqui é comercial, sendo importante salientar que quanto ao uso desses automóveis para transporte de pessoas, ainda deverão ser observadas as regras dispostas nos arts. 730 e seguintes do Código Civil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através da análise dos carros autônomos em si e de alguns aspectos relacionados a responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro o presente artigo objetivou responder a pergunta de quem seriam os civilmente responsáveis pelos danos causados por carros autônomos.

Para tanto, estabelecemos quais veículos poderiam ser entendidos como autônomos para os fins desse artigo e concluímos que carros autônomos seriam aqueles pertencentes aos níveis 03 a 05 de automação apresentado pelo SAE, mais genericamente, seriam os automóveis que possuem em si um sistema autônomo capaz de tomar para si toda a atividade de direção, desde o controle propriamente dito do veículo até a observação do ambiente e das condições do veículo e do próprio sistema autônomo.

Passamos então a entender como se opera o funcionamento desses veículos, com ênfase no processo de tomada de decisões pelo sistema autônomo, entendendo que a tomada de decisões ocorre através de um algoritmo que aprende através do chamado *machine learning*. Esse algoritmo, apesar de aprender nos mesmos moldes do aprendizado humano pode ter o seu progresso inicialmente vinculado a alguma informações necessárias ou não para o seu devido funcionamento, podendo as empresas produtoras do sistema autônomo colocar em sua programação diversos aspectos que induzirão um tipo

de aprendizado, como por exemplo como o carro irá se portar em determinadas situações danosas.

Vimos então que esse aspecto do aprendizado esbarra em diversos dilemas éticos, pois podem ser feitas verdadeiras escolhas de quem vai ou não sofrer o determinado dano quando um carro autônomo se envolve em um acidente e que as empresas fabricantes poderiam alimentar o sistema com as situações que seriam mais socialmente aceitas.

Superada essa importante análise inicial passamos a considerar, através dos aspectos estudados e com demais informações relativas ao sistema de responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro quem seriam os responsáveis pelos danos causados pelos carros autônomos.

Inicialmente, afastamos que a responsabilidade civil poderia recair sobre os donos dos automóveis de maneira subjetiva, pois entendemos que a presença de um sistema autônomo controlando um carro modifica as situações fáticas de tal sorte que não seria possível imputar culpa a alguém, onerando significativamente a vítima do dano que acabaria desamparada.

Após, entendemos que a responsabilidade objetiva pelo fato da coisa poderia ser devidamente aplicada no âmbito dos carros autônomos pela natureza que apresenta, imputando a responsabilidade independente de culpa àquele que tem o comando do carro autônomo quando da ocorrência do dano.

Vimos então que o Código de Defesa do consumidor e o Código Civil estabelecem a responsabilidade das empresas fabricantes nos casos de danos causados por veículos autônomos em função de vícios do produto, como ocorre com demais bens também, podendo também a vítima acionar as empresas nos casos de aplicação da legislação consumerista.

Passamos então a perceber que pela aplicação da teoria do risco proveito e pelos ganhos econômicos indiretos das empresas fabricantes com os eventos danosos ocasionados por carros autônomos, que pode utilizar o aprendizado do sistema para escolher causar os danos mais socialmente aceitos e legitimar a venda dos carros autônomos, os fabricante poderiam ser responsabilizados de forma objetiva ainda que não houvesse vícios nos veículos, bastando o estabelecimento do nexo de causa entre o dano e o uso de carros autônomos.

REFERÊNCIAS

NATIONAL HIGHWAY TRAFFIC SAFETY ADMINISTRATION. **Automated Vehicles for Safety**. Disponível em: <<https://www.nhtsa.gov/technology-innovation/automated-vehicles-safety>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

AWAD, Edmond et al. The Moral Machine experiment. *Nature*, [s.l.], v. 563, n. 7729, p.59-64, 24 out. 2018. Springer Nature.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2019

ČERKA, Paulius; GRIGIENĖ, Jurgita; SIRBIKYTĖ, Gintarė. **Liability for damages caused by Artificial Intelligence**. *Computer Law & Security Review*, Elsevier, v. 31, n. 3, jun. 2015

DIETMAYER, Klaus. Predicting of machine perception for automated driving. In: MAURER, Markus et al (Ed.). **Autonomous driving: technical, legal and social aspects**. Berlim: Springer Open, 2016. Cap. 20

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, v. 3: responsabilidade civil**. 15. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2016

LIN, Patrick. Why ethics matters for autonomous cars. In: MAURER, Markus et al (Ed.). **Autonomous driving: technical, legal and social aspects**. Berlim: Springer Open, 2016. Cap. 04

SAE ON-ROAD AUTOMATED VEHICLE STANDARDS COMMITTEE (Estados Unidos da América). **Taxonomy and Definitions for Terms Related to Driving Automation Systems for On-Road Motor Vehicles**. 06. ed. [s.i]: Sae International, 2018.

SILVA, Lucas do Monte. A responsabilidade civil por acidentes de carros autônomos: uma análise sob a ótica das smart cities. **Revista do Tribunal Federal da Primeira Região**, Brasília, v. 29, p.45-52, Jul./Ago. 2017

VITA, Jonathan Barros; SILVA, Tiago Nunes da. A Responsabilidade Civil Decorrente de Danos Causados Pelos Veículos Autônomos no Brasil. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 13, p.212-227, jan/jun. 2018. Semestral

WACHENFELD, Walther; WINNER, Hermann. Do autonomous vehicles learn?. In: MAURER, Markus et al (Ed.). **Autonomous driving: technical, legal and social aspects**. Berlim: Springer Open, 2016. Cap. 22.

SISTEMAS DE TRANSPORTE INTELIGENTE E CARROS AUTÔNOMOS: A NECESSIDADE DE PARÂMETROS ÉTICOS

André Gualtieri¹

RESUMO: Os sistemas de transporte inteligente e os carros autônomos tornados possíveis pela inteligência artificial apresentam um enorme potencial de modificação da vida humana. Este artigo expõe benefícios e riscos dessas inovações tecnológicas e procura mostrar a necessidade de submetê-las a parâmetros éticos que tratem o ser humano como o fim de todo desenvolvimento tecnológico baseado na inteligência artificial.

PALAVRAS-CHAVE: Sistemas de transporte inteligente. Carros autônomos. Ética. Direito. Inteligência artificial.

SMART TRANSPORT SYSTEMS AND AUTONOMOUS CARS: THE NEED FOR ETHICAL PARAMETERS

ABSTRACT: Intelligent transport systems and autonomous cars made possible by artificial intelligence have enormous potential for changing human life. This article exposes the benefits and risks of these technological innovations and seeks to show the need to subject them to ethical parameters that treat humans as the end of all technological development based on artificial intelligence.

KEYWORDS: Intelligent transport systems. Autonomous cars. Ethic. Law. Artificial intelligence.

¹ Doutorando em Teoria e Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Mestre em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade de São Paulo. Esta pesquisa é financiada por uma bolsa concedida pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), fundação vinculada ao Ministério da Educação do Brasil. E-mail: andregualtierioliveira@gmail.com

INTRODUÇÃO

Uma das características marcantes da nossa época é a importância que a tecnologia possui em nossas vidas cotidianas e no funcionamento da sociedade. Com efeito, muitos autores apontam que, no mundo moderno, pela primeira vez na história humana, a ciência e a técnica passaram a ser o elemento central da civilização. Atualmente, o modo como as novas tecnologias tem alterado os seres humanos tem chamado atenção de teóricos dos mais diferentes campos do conhecimento.

Apesar do papel da tecnologia na vida humana nunca ter sido tão grande como hoje, é importante notar que a relação entre tecnologia e humanidade existe desde sempre. Com efeito, o ser humano se faz historicamente por meio do desenvolvimento de novas tecnologias. Isso ocorreu, por exemplo, com o uso das primeiras ferramentas, com a descoberta do fogo e da agricultura, com a invenção da escrita, do moinho, da pólvora e dos motores de combustão. Cada uma dessas tecnologias alterou, à sua maneira, a vida humana e o modo como as pessoas se relacionam.

Segundo Frischmann e Selinger, no livro *Re-engineering Humanity*, a engenharia técnico-social é o uma das questões mais prementes no século XXI. Ela se refere a “processos nos quais tecnologias e forças sociais se aliam e impactam como pensamos, percebemos e agimos”. (2018, p.4)

Na verdade, realizar esse tipo de engenharia é uma característica muito própria do ser humano, que modifica a si mesmo e a natureza no seu entorno, que utiliza ferramentas como extensão do próprio corpo, que planeja novas maneiras de se organizar política e socialmente. É certo que, embora isso sempre tenha ocorrido, esse processo tornou-se extremamente acelerado na época em que vivemos. Daí a importância de seu estudo na atualidade.

Um traço fundamental da nossa época é a relevância das tecnologias de informação e comunicação. Essas tecnologias somadas ao poder da computação produziram o que ficou conhecido como inteligência artificial, que depende de uma massiva quantidade de dados e de um poder computacional capaz de processá-los. Isso só se tornou possível nas últimas duas décadas, com o desenvolvimento de diversas tecnologias de coleta de dados como smartphones, e de chips capazes de processar esses dados.

A inteligência artificial tem um potencial tão grande para alterar a vida humana em tantos aspectos que é praticamente impossível precisar com exatidão os diversos impactos que ela terá. Alguns exemplos são a telemedicina, diversos tipos de robôs, a internet das coisas, o smart grid e os carros autônomos.

Estes últimos possibilitarão a criação de sistemas de transporte inteligente que transformarão o modo como lidamos com os problemas de trânsito. Com efeito, o

desenvolvimento desses sistemas tem um enorme potencial para lidar de forma muito mais eficiente com problemas frequentes no trânsito de todas as grandes cidades. Isso inclui salvar vidas, gerenciar congestionamentos de forma mais eficiente, reduzir os custos de impactos ambientais e melhor identificar as necessidades de manutenção no sistema viário. Os carros autônomos podem aumentar a liberdade das pessoas, fornecendo a elas mais tempo e atenção para que, ao invés de se ocuparem com a direção de um veículo, possam se dedicar a outras atividades, sejam produtivas, consumistas, contemplativas ou sociais. (cf. FRISCHMANN e SELINGER, 2018, p. 141)

Meu propósito neste paper é discutir alguns aspectos relacionados com o gerenciamento inteligente de transporte e os carros autônomos que, num futuro não muito distante, passarão a ser uma realidade entre nós. Esta é uma discussão essencial dentro das mudanças a serem trazidas pela implementação das smart cities, uma vez que a mobilidade urbana é um dos principais problemas de qualquer grande cidade.

SISTEMAS DE TRANSPORTE INTELIGENTE, CARROS AUTÔNOMOS E ENGENHARIA TÉCNICO-SOCIAL

Num futuro relativamente próximo, os engenheiros de tráfego assumirão o papel de planejadores sociais. Isso levará necessariamente a dilemas éticos. O estabelecimento de uma infraestrutura gerida por inteligência artificial, traço característico das *smart cities* dará ensejo a debates sobre questões de poder, privilégio e neutralidade. A inovação dos carros autônomos e dos sistemas de transporte inteligente nos trará problemas quanto ao choque entre interesse particular e interesse público. Será mais fácil, por exemplo, para as concessionárias administradoras de rodovias estabelecerem um tratamento diferenciado em relação aos consumidores, como já acontece em viagens de avião ou de trem. É possível imaginar uma rodovia oferecendo rotas mais rápidas para quem estiver disposto ou puder pagar um valor maior.

Assim, não se pode afastar a discussão ética em relação ao funcionamento dos sistemas de transporte inteligente. De imediato, surge um risco de diminuição da autonomia do motorista. Isso porque a chave para a eficiência dos sistemas inteligentes de transporte parece ser a criação de “restrições que impõem um comportamento uniforme”. (2018, p. 136) Assim, o que importaria mais? A eficiência do sistema ou a liberdade para cada indivíduo fazer suas escolhas pessoais?

Alguns problemas relacionados ao futuro da gestão do transporte inteligente são abordados por Frischmann e Selinger a partir do seguinte experimento de pensamento.

Imagine: é 2025 e você é um engenheiro que gerencia o tráfego dentro e fora de uma grande cidade. Você vê as estradas se encherem na hora do rush, enquanto as

peças, carros, caminhões e ônibus autônomos movimentam-se ao lado de pedestres e ciclistas guiados por óculos conectados à Internet. Seu trabalho é planejar rotas eficientes, seguras e menos prejudiciais ao meio ambiente. (...) Todas as suas decisões são guiadas por dados. Algoritmos predizem com precisão surpreendente o que acontecerá quando o tempo mudar, quando certos planos se alterarem ou quando determinadas emergências exigirem que as pessoas saiam de suas casas e empregos com pressa. Ainda assim, mesmo com todas essas informações, seu trabalho não é fácil. Toda vez que você tenta minimizar o congestionamento, enfrenta o mesmo problema: você pode fazer melhor do que primeiro a chegar, primeiro a ser servido?

Atualmente, a gestão de nossas ruas, avenidas e estradas é feita com raras prioridades. Carros de polícia, ambulâncias e ônibus têm um tratamento diferenciado justificado por uma noção de bem comum. Fora esses casos, o padrão na gestão das nossas vias é muito simples: ganha aquele que chegar primeiro.

No entanto, em breve seremos capazes de fazer discriminações muito mais sofisticadas em relação a quem são os motoristas individuais, quais destinos eles estabeleceram e o que eles devem fazer quando chegarem. Isso faz com que a seguinte questão seja levantada:

Armado com essas informações, você colocaria algumas pessoas na pista rápida e colocaria outras nas mais lentas? Talvez a mulher a caminho de uma reunião de negócios deva ter prioridade sobre a mulher que está participando do jogo de futebol do filho". (...) Suponha que apenas um dos motoristas conseguirá chegar a tempo enquanto o outro chegará tarde demais, mesmo que ela acelere. Presumivelmente, você deve determinar quem deve ir e informar a outra pessoa que ela deve ficar em casa para minimizar seu impacto nos outros. Com o tempo, podemos esperar que decisões como essa ocorram com frequência. (2018, p. 137)

Até aqui, examinamos o problema do ponto de vista do engenheiro de tráfego. Mas do ponto de vista do motorista a questão se apresenta de maneira diversa.

Visualize-se em um carro autônomo que está na metade de seu caminho. Digamos que você seja um pai ou uma mãe indo para o campeonato de futebol do seu filho, que está obcecado com aquela partida há semanas. De repente, seu carro autônomo dá meia volta. Confuso e chateado você diz: "Siri, por que estou sendo redirecionado? Por que isto está acontecendo comigo?" Em resposta, o assistente digital responde laconicamente: "Desculpe, mas há tráfego prioritário em direção ao centro. O que você não sabe ao certo, mas intimamente suspeita é que o software de gerenciamento de tráfego inteligente esteja programado para atribuir um valor comparativamente baixo a saídas sociais "mundanas" como esportes amadores. Fechar um negócio, que é o motivo pelo qual seu vizinho está se deslocando, conta como algo mais importante para a sociedade porque contribui diretamente para métricas de crescimento econômico. (2018, p. 138)

Temos aqui a questão da neutralidade dos sistemas de transporte inteligente. É um problema similar ao da neutralidade de rede com o qual o Marco Civil da Internet, lei

12.965/2014, visa lidar (Art. 9º O responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação). A sociedade precisará entender como lidar com uma infraestrutura de transporte orientada pela inteligência artificial. Essa é uma questão eminentemente jurídica, bem como ética e política.

Outras questões também podem ser levantadas. O livre arbítrio e a autonomia das pessoas, tem uma importância central nas discussões éticas e políticas sobre responsabilidade e direitos subjetivos. O princípio da igualdade também é posto em questão, na medida em que a engenharia de tráfego guiada pela inteligência artificial desafia o princípio igualitário e o conceito de que as ruas, avenidas e rodovias são bens de uso comum do povo. (cf. 2018, p. 139)

Questões de privacidade e confidencialidade também são importantes nas questões envolvendo o transporte inteligente, uma vez que massivas quantidades de dados são necessárias para que esses sistemas funcionem. Sem que a proteção à privacidade seja satisfeita, “sempre haverá incertezas regulatórias e barreiras para a aceitação dos consumidores” (RUSITSCHKA, e CURRY, 2016) em relação a esses novos produtos.

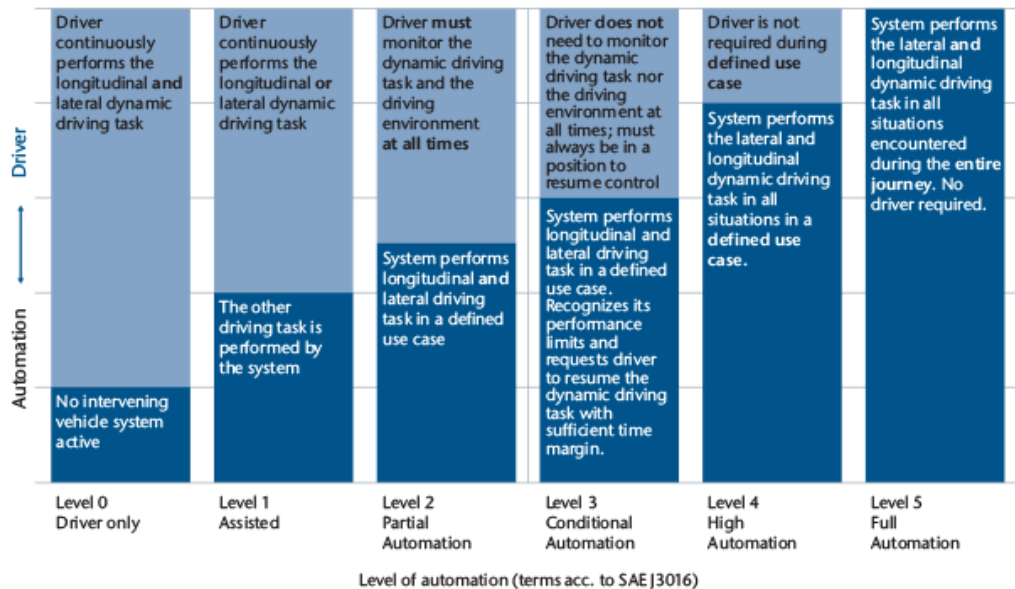
Em todas essas questões a mesma pergunta básica aparece: “quem decide como as prioridades serão determinadas e a partir de que fundamento?” (2018, p. 140) Os autores enfatizam a importância de não discriminar motoristas, priorizando uns em detrimento de outros baseados em diferenças de identidade.

É importante na reflexão sobre o uso da inteligência artificial compreender que ela não pode ser um fim em si mesmo, pois seu parâmetro deve ser o benefício que ela traz para as pessoas. Por isso, uma tecnologia mais inteligente nem sempre é sinônimo de uma tecnologia melhor do ponto de vista do bem-estar humano. O erro, a imperfeição fazem parte da existência humana, assim, “algum congestionamento, algum atrito, alguma ineficiência, até alguns custos de transação podem ser necessários para manter um ambiente indeterminado, propício para o florescimento humano”. (2018, p. 141)

Outro problema envolvendo os carros autônomos e os sistemas de transporte inteligente está em como lidar com os acidentes. Embora os carros os autônomos – sendo equipados com sensores, processadores e material de mapeamento inteligente – tenham o potencial de serem muito mais seguros que os carros dirigidos por humanos, ainda sim surgirão situações nas quais os acidentes não podem ser completamente evitados. Tais situações terão que ser tratadas ao programar o software desses veículos. (Cf. LUETGE, Christoph, 2017, p. 1) Assim, é evidente que será necessário um código ético a ser seguido por esses programas.

Em 2017, o Parlamento Federal Alemão aprovou emendas à Lei de Tráfego Rodoviário (RTA), estabelecendo requisitos legais para a condução automatizada além da

“automação parcial” na Alemanha. A Lei permite que os motoristas operem carros com funcionalidade de nível 3 e 4, ou seja, “automação condicional” e “alta automação”, de acordo com a nomenclatura internacional descrita abaixo. (cf. *SCHUBERT, Mathias, 2017*)



Source: OICA

A nova lei estabelece que o motorista permanece legalmente no controle do veículo mesmo nos níveis 3 e 4 de automação. Os motoristas que usam a funcionalidade nesses níveis estarão livres para se afastar do ambiente de tráfego e do controle do veículo, “desde que mantenham um nível suficiente de alerta para que possam retomar o controle quando solicitado ou quando o sistema estiver reconhecidamente além dos limites de desempenho”. (*SCHUBERT, Mathias, 2017*) Todos os veículos com funcionalidade de nível 3 e 4 serão equipados com uma “caixa preta” que registrará os dados de cada viagem. Em caso de acidente, os dados serão utilizados para verificar quem estava no controle do veículo: o motorista ou o sistema automatizado. (cf. *SCHUBERT, Mathias, 2017*)

DIRETRIZES ÉTICAS PARA A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Qualquer dos problemas tratados acima, envolvem problemas éticos que dizem respeito à inteligência artificial. Assim, é preciso pensar em diretrizes éticas que orientem o desenvolvimento dessa tecnologia. Várias propostas tem sido feitas nesse sentido, como os Princípios de governança para uma IA responsável, do comitê de especialistas em

governança de IA da China, vinculado ao Ministério da Ciência e Tecnologia daquele país²; as Recomendações de políticas e investimentos para Inteligência Artificial confiável publicada pelo grupo de experts em inteligência artificial, estabelecido pela União Europeia³.

Este último documento propõe diretrizes éticas baseadas numa abordagem para a I.A. que considere o ser humano como o aspecto central. A partir disso é que se propõe o conceito de inteligência artificial confiável, que deve estar de acordo com os direitos fundamentais, a democracia e o Estado de Direito. Entre outras coisas, o documento recomenda medidas como capacitar e proteger os seres humanos e a sociedade, promover a economia de dados e estimular uma educação para o mundo da indústria 4.0.

Uma proposta importante no sentido de uma sistematização das diferentes iniciativas ao redor do mundo para o estabelecimento de princípios éticos para a inteligência artificial está num artigo escrito por Luciano Floridi e Josh Cawls.⁴ Eles se aproveitam de quatro princípios já desenvolvidos no campo da bioética e a esse quatro adicionam um quinto princípio, adequado ao fenômeno da inteligência artificial e aos desafios que ele traz para as sociedades humanas e, conseqüentemente, para os ordenamentos jurídicos.

Os autores defendem que o desenvolvimento da inteligência artificial deve, em primeiro lugar, ser feito considerando o ser humano sempre como o aspecto central, numa clara referência ao princípio da dignidade humana, valor fundante do direito da atualidade. A partir disso, cinco princípios são propostos. São eles:

- 1) Beneficência (fazer o bem): promover o bem-estar das pessoas e do planeta;
- 2) Não maleficência (não fazer o mal): evitar o mal-uso da I.A. Por exemplo, prevenindo a violação da privacidade;
- 3) Autonomia do ser humano: os seres humanos devem possuir o poder de escolher que decisões tomar e que decisões delegar para a I.A, assim como retirar a delegação;
- 4) Justiça: o desenvolvimento da I.A. deve promover a justiça e eliminar todas as formas de discriminação, promovendo a diversidade e a solidariedade;
- 5) Explicabilidade: este princípio incorpora tanto o sentido epistemológico de "inteligibilidade" (como resposta à pergunta "como funciona?") quanto o sentido ético de *accountability* (como resposta à pergunta "quem é responsável pelo modo como funciona?"). Segundo os autores é a peça crucial que falta no quebra-cabeça da ética da IA. Ele

² <https://www.newamerica.org/cybersecurity-initiative/digichina/blog/translation-chinese-expert-group-offers-governance-principles-responsible-ai/>

³ <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/policy-and-investment-recommendations-trustworthy-artificial-intelligence>

⁴ <https://hdr.mitpress.mit.edu/pub/l0jsh9d1?>

complementa os outros quatro princípios, pois para que a IA seja benéfica e não maleficiente, devemos ser capazes de entender o bem ou o mal que está fazendo na sociedade e de que maneira; para que a IA promova e não restrinja a autonomia humana, nossa "decisão sobre quem deve decidir" deve ser informada pelo conhecimento de como a IA agiria em vez de nós; e para a IA ser justa, nós devemos saber quem deve ser responsabilizado no caso de um resultado grave e negativo, que exigiria, por sua vez, uma compreensão adequada do motivo pelo qual esse resultado surgiu. (cf. FLORIDI e CAWLS)

CONCLUSÕES

O desenvolvimento de tecnologias baseadas na inteligência artificial trará um enorme impacto para as pessoas e as sociedades. Como a sociabilidade passará pelo uso da inteligência artificial, sua adequada regulação com base em parâmetros éticos torna-se não apenas inevitável, mas, acima de tudo, algo necessário.

A tecnologia não pode ser tratada como uma ameaça. Com efeito seu potencial emancipador pode ser muito benéfico. Um exemplo disso é a cidade de Dublin, na Irlanda, cujo sistema de transporte inteligente já levou a redução de 10 a 15% no tempo das viagens de ônibus. (cf. RUSITSCHKA, e CURRY, 2016)

No entanto, mesmo que devamos afastar certas visões alarmistas e distópicas a respeito do futuro, tais alertas acabam servindo para que nós nos tornemos conscientes dos problemas e dos riscos que surgem com toda a criação da técnica. De fato, vimos no século XX como o uso da tecnologia pode se transformar num fator de opressão do ser humano, transformando-o numa peça de uma engrenagem, que resulta numa desumanização.

Os sistemas de transporte inteligente e os carros autônomos devem ter sua utilização dirigida por parâmetros éticos, uma vez que não são um fim em si mesmo, mas sim algo que, se utilizado adequadamente, pode contribuir para a construção da emancipação humana. Esta deve ser o fim para o qual todo desenvolvimento tecnológico caminha, sob pena de não servir aquilo que lhe dá sentido.

Desse modo, o direito como um instrumento de implementação de diretrizes ético-políticas tem a função de regular essa nova tecnologia, a fim de que ela sirva aos propósitos corretos. O direito brasileiro ainda se encontra num momento muito incipiente no que se refere regulação dos sistemas de tráfego inteligente e dos carros autônomos. No entanto, logo isso se transformará numa realidade mundial. Portanto, é necessário que o direito brasileiro volte suas atenções para esse tema tão relevante, aproveitando-se do que o estudo do direito comparado e dos teóricos das mais diferentes áreas do conhecimento pode nos trazer.

REFERÊNCIAS

FRISCHMANN, Brett e SELINGER, Evan. *Re-engineering Humanity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

FLORIDI, Luciano e CAWLS, Josh. A Unified Framework of Five Principles for AI in Society. Disponível em: <https://hdr.mitpress.mit.edu/pub/l0jsh9d1?>. Acesso em 18/10/2019.

LUETGE, Christoph. *The German Ethics Code for Automated and Connected Driving*. Springer. 2017

SCHUBERT, Mathias, 2017. Disponível em: <http://de.genre.com/knowledge/blog/revision-of-the-road-traffic-act-almost-paves-the-way-for-automated-driving-in-germany-en.html>. Acesso em 18/10/2019.

TRIOLO, Paul. KANIA, Elsa. WEBSTER, Graham. Translation: Chinese government outlines AI ambitions through 2020. Disponível em: <https://www.newamerica.org/cybersecurity-initiative/digichina/blog/translation-chinese-expert-group-offers-governance-principles-responsible-ai/>. Acesso em 18/10/2019.

Policy and investment recommendations for trustworthy Artificial Intelligence. Disponível em: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/policy-and-investment-recommendations-trustworthy-artificial-intelligence>. Acesso em 18/10/2019.

RUSITSCHKA, Sebnem e CURRY, Edward. Big data in the energy and transport sectors. In: *New Horizons for a data-driven economy: a roadmap for usage and exploitation of big data in Europe*. Editors José Maria Cavanillas, Edward Curry and Wolfgang Wahlster. Springer Open, 2016.

UMA ANÁLISE DE ZERO-RATING: UM ESTUDO DIRIGIDO PARA ARGENTINA, BRASIL E CHILE ATRAVÉS DA ÓTICA DE NEUTRALIDADE DE REDE E DA NORMA LEGAL.

Claudio Luiz de Carvalho¹; Irineu Francisco Barreto Junior²

Resumo: O presente trabalho concentrou-se por explorar a temática de zero-rating em três mercados sul-americanos fundantes do MERCOSUL, a saber: Argentina, Brasil e Chile. Tomou-se por certo que a neutralidade de rede é condição necessária para uma Internet livre e aberta, ao refugio de qualquer interferência ou controle. Para tanto, averiguou-se a diferenciação tarifária na prática de zero-rating e em ambos os mercados supramencionados, constatou-se que o preço praticado é alto em demasia para as classes menos abastadas. A conduta mencionada constrói-se sobre a sombra do oligopólio em posição dominante conjunta onde a barreira de entrada é visivelmente elevada para o ingresso de novos participantes e, não obstante, as normas legais, objetivas e atinentes ao objeto estudado, pairam ante a ilogicidade regulatória em prejuízo da neutralidade de rede, do consumidor final e dos provedores de conteúdo exauridos pela concorrência desleal na prática negociada entre os provedores de internet e os provedores de conteúdo selecionados.

Palavras chave: Neutralidade de Rede, Marco Civil da Internet, Zero-Rating.

A ZERO-RATING ANALYSIS AND CASE STUDY FOR ARGENTINA, BRAZIL AND CHILE THROUGH NETWORK NEUTRALITY AND LEGAL PROCEDURES

Abstract: This paper aims to concentrate on a zero-rating subject in three Mercosur founding South American markets, namely: Argentina, Brazil and Chile. Network neutrality is taken for grant in order to provide a free and open Internet far away from any

¹ Mestre em Economia Aplicada pela Universidade Federal de Juiz de Fora e bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Servidor administrativo da Universidade de São Paulo - USP e tem interesse por objetos de pesquisa que contemplem as áreas de Economia Internacional, Econometria Espacial e Direito Digital. Em adição, cursa o bacharelado em Direito no Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU. E-mail: claudioluizdecarvalho@usp.br ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3189-0830>

² Pós-Doutor em Sociologia pela Universidade de São Paulo – USP. Doutor em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Docente do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação e do Curso de Graduação em Direito da FMU-SP. Coordenador do Grupo de Pesquisa Direito, Tecnologia e Sociedade. Analista de Pesquisas da Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados Seade. Professor convidado da Escola Superior da Advocacia (ESA OAB-SP), dos Cursos de Pós-Graduação do Instituto de Direito Público de São Paulo (IDP-SP) e dos Cursos de Pós-Graduação do CERS. E-mail: neubarreto@hotmail.com. ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-1322-6909>

intrusion or control. Therefore, this study found out a tariff differentiation in zero-rating practices in both markets mentioned above. The price in charge is too high for poorer classes as certain as the shadowed oligopoly in a joint dominant position where the barriers to entry are visibly higher to new incomers and regardless of the legal procedures, relevant and objective, the illogical regulation hangs up unfavorably the law in prejudice of network neutrality, final consumer and content providers, exhausted by unfair competition in the negotiated practice between the ISPs (Internet service providers) and the selected content providers.

Keywords: Network Neutrality, Marco Civil Law of the Internet, Zero-Rating.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo possui como escopo analisar a temática de zero-rating na ordem jurídica de três países fundantes do Mercosul, a saber: Argentina, Brasil e Chile. Como segundo passo, cumpre também observar o poder fiscalizatório dos órgãos de regulação no que compete combater práticas discriminatórias do mercado de telecomunicações ante o consumidor final. Estariam estes mercados em total órbita legal com suas normas e seu povo?

Para tanto, necessário se faz tratar de temática pertinente à Sociedade de Informação bem como o advento de *facilities* por meio da Internet. Tal discussão se faz presente atualmente em basicamente todos os setores de convívio social e profissional. Conforme destaca Barreto Junior (2015, p.2), esse novo estágio de desenvolvimento do Capitalismo:

apresenta como marco inicial, a ruptura dos padrões de sociabilidade típicos do Século XX, provocada por uma série de eventos sistêmicos e concatenados em escala mundial, aos quais se convencionou denominar como Sociedade da Informação. Inaugura-se um novo estágio do modo de produção capitalista, instaurado pela convergência tecnológica e digital, pelo exponencial crescimento – e conseqüente diminuição dos custos – da produção de equipamentos informáticos e, principalmente, pela disseminação em escala mundial da Internet.

A ideia de mudança avançou-se sobremaneira nas últimas décadas do século XX. A Internet deixou de se tornar ferramenta de fomento estratégico militar para avançar um grande marco na era das comunicações global. Na esteira por um domínio hegemônico, nasce o projeto ARPANET (1967-1972), perpassando a lógica do mercado com a transição do núcleo de pesquisas militares para o uso massivo e consistente, direcionado a fins civis e pacíficos. O projeto deixou de ser visto como um sistema de computação para atender um conceito mais abrangente, um sistema de comunicações – Abbate (1999, p. 111) e a transição se concretiza no período compreendido entre 1983 a 1995, como assinalado por Naughton (2016).

No campo da inovação e dos debates acadêmicos, Lévy (2000) aponta que não bastaria tão somente a transferência do impresso para o digital, mas principalmente, a aplicação de princípios cognitivos do ser humano. Nessa toada e como também citado por De Oliveira Reis (2004), o “Manifesto da Unesco para a Internet³” traz como exemplificação a expectativa depositada no acesso democrático desta “grande rede de informação” como maneira de promover a igualdade e outros valores humanos.

Pari passu a necessidade de compreensão do fenômeno estendido pelo avanço da Internet e dos meios de comunicação derivados desta, uma nova preocupação lançou-se de forma impreterível por meio da neutralidade de rede, conceito este que para Barreto Junior e Daniel César (2017), Barreto Junior (2007), Barreto Junior e Vigliar (2018), Barreto Junior e Sampaio (2018) e Cavalcanti et al (2018) é visto como regra e segundo seu preceito definidor, todas as comunicações devem ser tratadas de forma igual, qualquer seja a informação, destinatário ou fonte. Para os autores, a neutralidade de rede relaciona-se às condutas aceitáveis e não aceitáveis por parte dos provedores de conexão, sendo proibida a discriminação, priorização, bloqueio de aplicativos e degradação do tráfego na rede, agindo de forma transparente para com os usuários em relação às medidas de gerenciamento da rede.

Nesta interface e vislumbrando discutir os entremeios gerenciados pela problemática da neutralidade de rede, o presente estudo procura discutir a implementação das normas jurídicas e o poder fiscalizatório em três dos países fundantes do Mercosul: Argentina, Brasil e Chile. Para além da regulação, direitos e obrigações concernentes a cada sociedade, *mister* é necessário ampliar o paradigma para o posicionamento de cada país em uma faixa bastante rasa na discussão de trabalhos acadêmicos mas deveras impactante na ordem jurídico-econômica: a prática de zero-rating (tarifa zero) por parte das operadoras de telecomunicações e o seu impacto sensível no controle de informações e no estrangulamento da rede por meio de associação simbiótica entre provedores de internet e de conteúdo em detrimento do consumidor final.

A metodologia do estudo adota a linha jurídico-dogmática, abordagem que considera o direito com autossuficiência metodológica e trabalha com os elementos internos ao ordenamento jurídico. Essa abordagem desenvolve investigações com vistas à compreensão das relações normativas nos vários campos do direito e com a avaliação das estruturas interiores ao ordenamento jurídico. Concomitantemente acentua a noção de eficiência e eficácia das relações entre os institutos jurídicos restringindo a análise do discurso normativo aos limites do ordenamento. Isto não significa que deve estar voltado

³ UNESCO. IFLA INTERNET MANIFESTO. Disponível em <<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000129562>>. Acesso em: 25 set. 2019.

apenas para o interior do ordenamento ou ali enclausurado (GUSTIN; DIAS, 2006, p. 20-25).

Elege como método a linha investigativa Jurídico Sociológica que se propõe a compreender o fenômeno jurídico no ambiente social mais amplo. Para tal, analisa o direito como variável dependente da sociedade e trabalha com as noções de eficiência, eficácia e efetividade das relações entre direito e sociedade. Essa linha investigativa analisa a facticidade do Direito e as relações contraditórias estabelecidas do próprio Direito para com os demais campos: sociocultural, político e antropológico (GUSTIN; DIAS, 2006, p. 20-25).

Nas seções seguintes serão abordados os seguintes tópicos: 2) Revisão de Literatura; 3) A Prática de Zero-Rating no Setor Privado de Telecomunicações para Argentina, Brasil e Chile; 4) Conclusão.

2 REVISÃO DA LITERATURA

A neutralidade de rede assume marco significativo com a discussão trazida pelo professor de Direito da Universidade de Columbia, Tim Wu (2003). Todavia, é necessário reposicionar a alcunha para os fins do século XIX, com o Pacific Telegraph Act de 16/06/1860, em sua terceira seção, aqui colacionada e traduzida:

as mensagens devem ser recebidas imparcialmente de qualquer indivíduo, empresa ou corporação, ou de qualquer linha telegráfica em operação em qualquer um de seus termos, com exceção dos despachos do governo, que terão prioridade.

Com o passar de um século e a Sociedade de Informação tomando passos largos no campo da informática e dos meios de comunicação em massa, o conceito de neutralidade de rede tornou-se vetor principal para todo o tipo de informação trafegado na rede, devendo o tratamento por parte dos provedores de internet se dar de forma igualitária, isto é, mesma velocidade, garantindo o livre acesso a qualquer conteúdo, sem discriminação por conteúdo ou mesmo ferindo a autonomia do usuário em seu consumo por internet de banda larga.

No campo de estudo aqui proposto, o conceito norteador de neutralidade de rede assume seu compromisso de norma legal de maneira precoce no Chile, ainda em agosto de 2010, tornando aquele país o primeiro a estabelecer os princípios do objeto supramencionado em legislação específica. A Lei de Internet e Neutralidade da Rede (Ley

20.453/2010⁴) busca garantir o direito de qualquer usuário da Internet quanto à utilização, envio, recebimento ou oferecimento de qualquer conteúdo, aplicação ou serviço legal por meio da rede, sem bloqueios arbitrários ou discriminação.

Já na Argentina, a neutralidade de rede é reconhecida pela Ley Argentina Digital (Ley 27.078/2014⁵), que em seu Art. 56 garante a cada usuário o direito de acessar, utilizar, enviar, receber ou oferecer qualquer conteúdo, aplicação, serviço ou protocolo através da Internet sem nenhum tipo de restrição, discriminação, distinção, bloqueio, interferência, obstaculização ou degradação. Ainda em completude, o Art. 57 proíbe fixar o preço de acesso à Internet em virtude de conteúdo, serviços, protocolos ou aplicativos que venham a ser utilizados ou oferecidos através dos respectivos contratos. É imperioso destacar que a norma não obtém sua eficácia quando provedores de telefonia celular oferecem conteúdos de forma gratuita, diferenciando desta forma o tráfego, ainda que se trate de benefícios aos usuários finais.

Por outro lado, a neutralidade de rede no Brasil ganha maior seriedade com a aprovação da Lei 12.965/2014, popularmente conhecida como Marco Civil da Internet – MCI. Na lei sancionada e em pleno vigor, estabeleceu-se por via de seu Art. 9º que o responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação. Para a legislação brasileira, a discriminação ou degradação do tráfego somente poderá decorrer de requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada de serviços e aplicações bem como da priorização de serviços de emergência.

Como conceituado por Ramos (2015), o objetivo trazido pelo MCI foi estabelecer como sujeito da obrigação da neutralidade não somente os responsáveis pela transmissão final dos pacotes, mas todos os indivíduos que executarem funções relacionadas com a camada lógica da rede. Desta forma, não somente aos provedores de Internet cabe a estrita observação da lei, em especial com fulcro em seu Art. 9º, mas também todos os envolvidos no provimento de conexão à internet na camada de infraestrutura da rede.

De igual maneira, é importante trazer para a discussão a posição dominante que possam aparentar os provedores de serviço, aqui representados pelas empresas de telefonia, os provedores de acesso à Internet. A doutrina tem determinado que o nicho das telecomunicações, com as características inerentes do mercado, oligopolista e fortemente marcado por barreiras de entrada, enseje uma posição dominante conjunta por parte das

⁴ CHILE. Consagra el Principio de Neutralidad en la Red para los Consumidores y Usuarios de Internet. Disponível em <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1016570>>. Acesso em 26 set. 2019.

⁵ ARGENTINA. Ley Argentina Digital. Disponível em <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/239771/norma.htm>>. Acesso em: 26 set. 2019.

empresas constituintes do presente grupo, ou seja, seus componentes exercem conjuntamente poder de mercado, aumentando significativamente seus preços, atuando como se fossem uma única empresa. Neste sentido, torna-se difícil, então, determinar como cada companhia telefônica apresentaria sua posição dominante individual. Tal conceito pode ser traduzido de maneira semelhante para os mercados argentino, brasileiro e chileno, a comento em seção devida do presente artigo. Desta forma, a vantagem competitiva que uma oferta zero-rating outorgue a um provedor de conteúdo em detrimento de outro, não configuraria vantagem indispensável para competir, no sentido que permita ao não beneficiado um aumento considerável de custos que lhe obrigaria a sair do mercado.

Desta forma, pode-se concluir, segundo relatório produzido pelo coletivo de comunicação Intervezoes⁶ (2017), que a proteção da neutralidade de rede é condição necessária para uma Internet livre e aberta, pois impede os provedores de serviço de interferir ou controlar a forma que os usuários utilizam a rede. A entrega aos provedores de serviço de Internet da capacidade de favorecer determinados conteúdos sobre os outros lhes daria a possibilidade de eleger ganhadores, prejudicando a escolha que os usuários da rede poderiam fazer livremente.

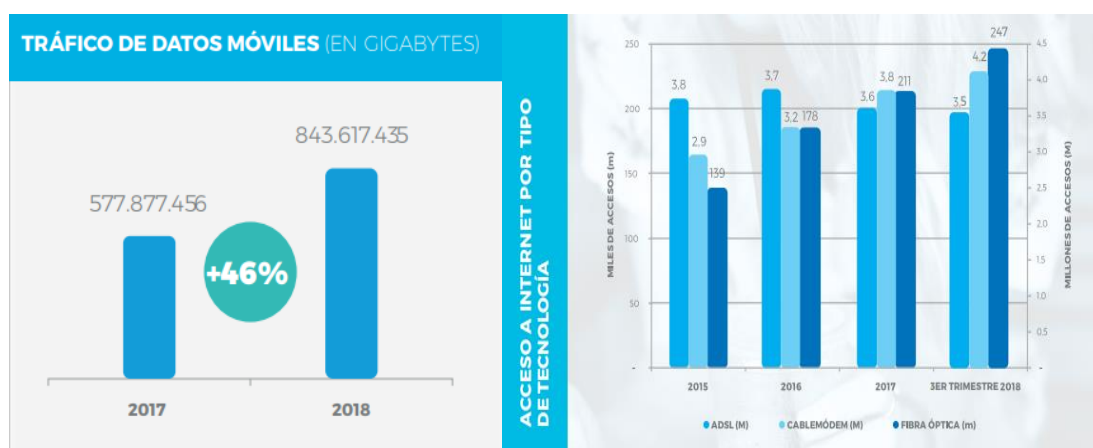
3 A PRÁTICA DE ZERO-RATING NO SETOR PRIVADO DE TELECOMUNICAÇÕES PARA ARGENTINA, BRASIL E CHILE

3.1 O Caso Argentino e a Enacom

Com o propósito de melhorar as comunicações em todo o território nacional, em informe da ENACOM – Ente Nacional de Comunicaciones (2019), o governo da República da Argentina promoveu a implantação de infraestrutura para a prestação de serviços móveis de comunicações avançadas. A interiorização do serviço de 4G no país já alcançou 58% da população e espera-se que até o final de 2019, 93% da população possa acessar o serviço mencionado. Dada a significância, também merece destaque o avanço da fibra ótica no país. De 2015 ao terceiro trimestre de 2018, avançou-se 78% no incremento da infraestrutura mencionada no que compete aos milhares de acessos registrados.

Figura 3. Tráfego de Dados Móveis e Acesso à Internet por Tipo de Tecnologia.

⁶ Derechos Digitales. Neutralidade de Rede na América Latina: regulamentação, aplicação da lei e perspectivas. Disponível em < <https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/neutralidad-de-la-red.pdf>>. Acesso em 26 set. 2019.



Fonte: Enacom 2019.

Para Del Campo (2017), nos últimos cinco anos, mudanças emergiram de uma visão particular do Estado em muitas áreas da política no país, em especial os setores atrelados a bens e serviços públicos, onde o Estado intervém não somente por meio da regulação, mas também como provedor de serviços no setor de comunicações. Alguns exemplos ilustram tal posicionamento tal como o Plano Nacional Argentina Conectada de 2010, cujo qual ampliou as redes do país com investimento público em rede de fibra ótica. Outro exemplo é o ARSAT, uma empresa criada pelo Estado em 2006 para o desenvolvimento de serviços de comunicação por satélite. A Lei Argentina Digital, aprovada pelo Congresso em 2014, foi parcialmente revogada em dezembro de 2015, criando o Ministério de Comunicações. O mesmo decreto que o criara (267/2015) é o que origina um novo ente regulador, o Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM).

Para o site especializado “La Política Online”⁷, as operadoras de serviços de telecomunicação preparavam-se desde 2018 para oferecer ao público argentino um pacote com tarifa única, contemplando TV, celular, telefone fixo e Internet. Uma resolução do ENACOM habilitou em dezembro de 2017 a oferta de pacotes em reiterado pedido da Comissão Nacional de Defesa e Concorrência, autorizando a venda integrada com tarifa única desde julho de 2019. Sobressalta avaliar que as empresas do ramo cobram em pesos argentinos dos usuários finais, mas contraem suas dívidas e material tecnológico em dólares, tendo somente a Telecom amargado perdas em mais de 50% do valor de suas ações cotizado em Wall Street nos EUA. Desta feita, as companhias do mercado, não obstante, possuem em mãos a possibilidade de eliminar a neutralidade de rede,

⁷ La Política Online. La batalla de Telecom y Telefónica ahora pasa por la venta de "empaquetados". Disponível em <<https://www.lapoliticaonline.com/nota/115549-la-batalla-de-telecom-y-telefonica-ahora-pasa-por-la-venta-de-empaquetados/>>. Acesso em 29 set. 2019.

permitindo que um provedor de Internet regule a qualidade do serviço que oferece de acordo com o cliente.

Em sintonia parecida, o periódico *Cambio 2000*⁸ assinala que o duelo consolidado pelas operadoras no oferecimento de combos mais convenientes aos usuários chega à promessa de descontos de até 50% para atrair clientela em tempos de crise. O valor do pacote para TV, internet e celular pode chegar a estimados R\$ 430,00 conforme conversão dos ARS 6.000,00 mensais. Em suma, deve-se levar em conta que os custos são elevados e o setor encabeça a lista de reclamações dos consumidores.

As operadoras, segundo Lufrano (2019) aplicam promoções aos planos dos usuários, não descontando o consumo de certos conteúdos, serviços ou aplicações da cota de dados contratada. Não obstante o marco vigente garantir a neutralidade, as operadoras de telefonia bonificam seus clientes quanto à utilização de determinado provedor de conteúdo como o WhatsApp desde 2016. De forma semelhante, no período marcado pela fusão entre Telecom e Cablevisión, o conglomerado Personal ofereceu o mesmo tipo de benefício a uma parte de seus usuários para visualizar ao vivo eventos esportivos e musicais através de um serviço de *streaming*. Para o autor, essa diferenciação tarifária colisiona com a noção de neutralidade de rede que exige trato igualitário de todo o conteúdo existente na rede, coexistindo desta forma a prática sistemática de zero-rating no mercado de telefonia e comunicações da Argentina.

3.2 O Caso Chileno e a Subtel

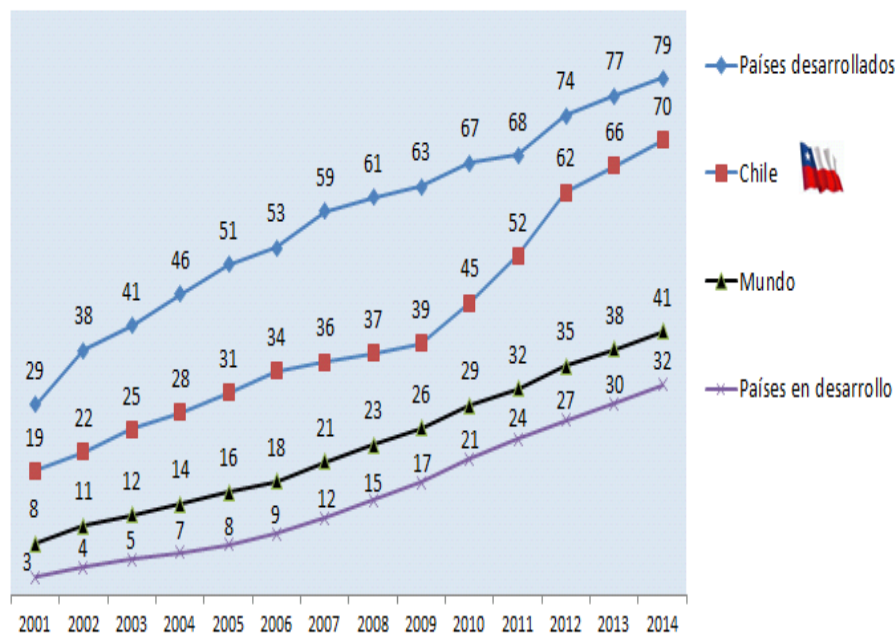
A neutralidade de rede em campo chileno traduz-se em caso precoce quando comparado a qualquer outro país do globo uma vez que legislação específica já havia sido sancionada desde 2010 com o objetivo de evitar a discriminação arbitrária no tráfego da rede, conforme argumentado por Pérez (2018).

Os dados da figura abaixo⁹ mostram o número de acessos alcançado em apenas uma década e meia de medição. O país aportou um salto de 19 usuários da rede em cada grupo de 100 habitantes para 70 usuários em cada grupo de 100 habitantes em apenas 13 anos, aproximando-se do nível atingido por países desenvolvidos que é de 79 usuários por cada 100 habitantes.

⁸ Cambio 2000. Canasta tecnológica: ya se pagan hasta \$6.000 mensuales para tener TV por cable Internet y celular. Disponível em <<http://cambio2000.com.ar/site/canasta-tecnologica-ya-se-paga-hasta-6-000-mensuales-para-tener-tv-por-cable-internet-y-celular/>>. Acesso em 29 set. 2019.

⁹ SUBTEL. Subtel dio a conocer los resultados de las séptima encuesta nacional de uso y acceso a Internet. Disponível em <<https://www.subtel.gob.cl/subtel-dio-a-conocer-los-resultados-de-las-septima-encuesta-nacional-de-uso-y-acceso-a-internet/>>. Acesso em 02 out. 2019.

Figura 4. Número de Usuários Internet a cada 100 habitantes



Fonte: Subtel 2016.

Para Perez (2018), em virtude da aplicação sensível à temática de neutralidade de rede, um singular problema surge em decorrência da Lei 20.453/2010: a discussão do zero-rating no panorama das telecomunicações.

Como resultado da aprovação da lei supramencionada e de seu pleno vigor, decorridos dois anos, ao largo de 2012, a prática potencializou-se por todo o Chile e em 2014, o regulador chileno de telecomunicações, *Subsecretaría de Telecomunicaciones (Subtel)*, oficiou as empresas telefônicas para que adequassem suas ofertas de “redes sociais gratuitas” ao mandamento estrito da norma legal, feito tornado possível para Carboni (2018) devido à cooperação de organizações não governamentais (ONGs) em conjunto com usuários da Internet (*Derechos Digitales, ONG Cívico, Movimiento Liberación Digital, Campaña un Computador por Niño, Mujeres em Conexión, Internauta Chile, Neutralidad Si*, dentre outros).

Defronte o mandamento jurídico chileno, discute-se a transparência, o não bloqueio assim como as aplicações e indicadores de qualidade no ambiente digital. Carboni (2018) exemplifica, que em prol da transparência, os provedores de acesso a Internet deverão publicar em suas páginas toda a informação detalhada de seus planos, indicando velocidade de *upload* e *download*, bem como limites deste último, medidas de gestão de tráfego e garantias de serviço prestado por cada provedor. O não bloqueio, como princípio da neutralidade de rede se traduz no marco legal que dá ao indivíduo o direito de acessar

livremente qualquer tipo de conteúdo ou serviço legal na rede, sem que o provedor possa negar dito acesso. Em adição, em face dos indicadores de qualidade, os provedores de acesso a Internet terão por obrigação efetuar medições dos indicadores técnicos da qualidade de seus serviços, com base nos protocolos aprovados pela *Subsecretaría de Telecomunicaciones* (Subtel).

Conforme entendimento de Pérez (2018) cabe a Subtel zelar pelo cumprimento da lei chilena, exercendo as sanções administrativas aos provedores de Internet pelas infrações às obrigações legais ou regulamentares, conforme estabelecido no Art. 24.i. da referida lei. Diante disso e já especificado no parágrafo acima, os fenômenos acidentais de zero-rating tornaram-se frequentes no país desde 2012, em especial no embate formado por duas companhias locais, Virgin Mobile e VTR, estendendo-se também aos concorrentes de menor expressividade em face da alta concorrência, favorecida pela portabilidade numérica. O enfoque tornou-se costumeiro com o intuito de atrair novos clientes, oferecendo pacotes promocionais baseado no chamariz de alguns provedores de conteúdo, como Facebook, Instagram, Twitter e WhatsApp.

Para o autor, não há indícios de que a adoção do zero-rating tenha sido aparelhada por acordos dentre as empresas de telefonia e provedoras de conteúdos priorizados, não se tratando de modelos zero-rating compostos ou de dados patrocinados e sim, de um modelo oriundo de serviço único, estabelecido por iniciativa e patrocínio dos provedores de Internet e o entendimento consonante do regulador (Subtel) que teria seguido, em especial, dois critérios nas tratativas de zero-rating: i) primeiro critério (2010-2014) – proibição das práticas de discriminação arbitrárias, ainda que permitisse a critério de exceção, aquelas que dessem tratamento equivalente, como por exemplo, a gratuidade a todos os serviços de mesma natureza. Este critério, obtido tanto na norma como em ofício¹⁰ endereçado às empresas, é coerente com o texto e o espírito da legislação; ii) segundo critério (2015-2017): aceitação do zero-rating em todos os casos, com limite único à proibição das ações que impedissem o acesso (bloqueio) aos serviços de igual natureza. O órgão regulador também explicitou que a discriminação positiva não contrariava competência, por ser matéria de livre concorrência.

3.3 O Caso Brasileiro e os Órgãos Reguladores

A discussão prática dos mecanismos de prática de zero-rating tornou-se visível no Brasil com o surgimento do Inquérito Administrativo nº 08700.004314/2016-71 por meio de

¹⁰ SUBTEL. OF. CIRCULAR Nº 40/DAP 13221/F-51. Disponível em <https://www.subtel.gob.cl/transparencia/Perfiles/Transparencia20285/Normativas/Oficios/14oc_0040.pdf> Acesso em 29 set. 2019.

Nota Técnica Nº 34/2017/CGAA4/SGA1/SG/CADE ¹¹, tendo como representante o Ministério Público Federal - MPF junto ao CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) e como representadas, as empresas Claro S.A., Tim Celular S.A., Oi Móvel S.A. e Telefônica Brasil S.A.

Na leitura do documento, o Representante alega que as Representadas, por meio de suas políticas de preços e condições diferenciadas de prestação de serviços no mercado de Internet, estariam incorrendo em condutas com efeito anticompetitivo de falseamento ou prejuízo à livre concorrência à jusante com suposto tratamento discriminatório entre os diversos conteúdos trafegados e aplicativos acessados por meio de suas redes.

As alegações do MPF se basearam no fato de que os planos oferecidos pelos provedores de telefonia permitiriam acesso mais barato a determinadas aplicações que seriam favorecidas em detrimento de outras. As práticas em comento estariam distorcendo a competição no mercado de aplicativos, constituindo obstáculos ao crescimento de empresas concorrentes e ao ingresso de novos entrantes, desestimulando a inovação e incentivando o aumento de preços para a contratação de serviços de conexão à Internet móvel, em detrimento do consumidor. O representante, reforçou ainda, conforme descrito logo abaixo:

Sob a ótica dos consumidores, a prática, sob o pretexto de ofertar algo gratuitamente, distorce a concorrência, cujo grande beneficiário é o próprio consumidor, bem como afasta a autodeterminação do internauta, que está sendo enganado em relação à isonomia no acesso às aplicações, atuais e futuras. O estratagema também causa severos impactos no equilíbrio existente com relação à aquisição, pelo internauta, do plano que ele deseja, em condições justas e razoáveis, pois torna mais oneroso um acesso neutro à Internet.

Para o caso verificado, a Anatel e o Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações – MCTIC entenderam que as práticas analisadas não se dispunham a afrontar o disposto no Marco Civil da Internet e no Decreto 8.771/16 que o regulamenta. O julgado também explicita que as redes das prestadoras de acesso à Internet estão abertas aos mais diversos conteúdos e aplicativos e de que não há comprovação de bloqueio ou de degradação de tráfego para aplicações que não estejam contempladas nas ofertas de cada operadora. Não há, segundo a nota técnica, indícios de que houve priorização de pacotes na comutação ou transmissão dos dados. E, por fim, não se identificou quaisquer

¹¹ CADE. NOTA TÉCNICA Nº 34/2017/CGAA4/SGA1/SG/CADE. Disponível em <
https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOTVltdzdZLqhkfLgCg20sp2COFKT0u4F6kpO2C8HmeI4kRnRnEVbwwcVZhI5-RyodazmkfXdvuF-MMocM8XW>. Acesso em 27 out. 2019.

privilégios concedidos para aplicações ofertadas pelo próprio responsável pela transmissão, pela comutação ou pelo roteamento ou por empresas integrantes de seu grupo econômico. Com relação aos aspectos concorrenciais das práticas denunciadas, tendo em vista a investigação realizada e os esclarecimentos prestados ao longo da situação vertente ao Inquérito, entendeu-se por não restarem comprovados os indícios necessários para se concluir que a conduta analisada gerasse efeitos anticompetitivos no mercado de provimento de acesso à Internet, tampouco no mercado de aplicativos e conteúdos.

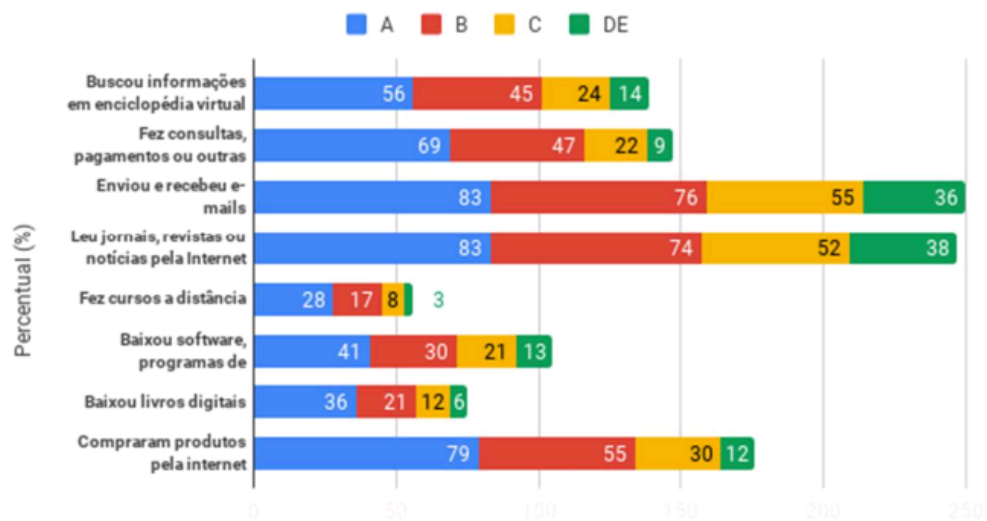
Em suma, segundo a nota técnica provida, é provável que as autoridades competentes não venham a considerar a existência de riscos anticompetitivos que mereçam o exercício de um esforço direto contra as companhias telefônicas com o fulcro de pôr fim aos acordos de zero-rating assim como no caso exposto supra, dada a dificuldade de determinar a posição dominante dos atores incumbentes e uma teoria de dano significativa. Sendo assim, uma possível infração do princípio de neutralidade somente se configuraria quando concebido da junção de todos os segmentos de mercado, isto é, da relação dos provedores de conteúdo para com os provedores de telefonia e destes para com os usuários finais. Somente assim as práticas de zero-rating apontariam para uma discriminação com respeito ao conteúdo que os usuários de Internet móvel poderiam ter acesso, perfazendo assim um problema de competência conjunta na tríade analisada (provedor de dados, provedor de conteúdo e usuários).

Em painel apresentado na Reunião do Comitê de Defesa de Usuários de Serviço de Telecomunicações¹² pelo IDEC ainda neste ano de 2019, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) apresentou dados bastante representativos das consequências impostas pelo zero-rating no Brasil. De acordo com dados disponibilizados em figura abaixo, as classes DE apresentaram os piores índices quando confrontadas às classes A, B e C em todos os itens compilados pela pesquisa. Da análise percebe-se acesso mais controverso quando confrontado o percentual referente a cursos à distância bem como download de livros digitais. Não obstante o poder aquisitivo das classes A e B, apenas 28% e 17% fizeram curso à distância e do acesso a leitura de livros digitais, somente 36% e 21% dos mesmos se utilizaram da rede para efetuar tais atividades. A discrepância paira pior ainda entre as classes DE demonstrando o desequilíbrio sócio educacional na sociedade quanto a prática de leitura ou ensino na rede.

Figura 5. Tipos Uso Internet Classes Sociais. Fonte: Idec 2019.

¹² IDEC. Acesso Móvel à Internet: Franquia de Dados e Bloqueio do Acesso dos Consumidores. Disponível em <<https://idec.org.br/file/33492/download?token=5fnUCGuP>>. Acesso em 28 out. 2019.

Tipos de uso da internet desiguais entre as classes sociais



Fonte: Idec 2019.

Tendo por base os fatos mencionados, a pesquisa indica fortemente o retrato imediato decorrente das práticas de zero-rating, não explicando *per si* mas atuando como catalisador na detenção do conhecimento em face do fosso virtual que separa as classes A, B e C em detrimento da classe DE, extremamente mal posicionada uma vez que seus parcos rendimentos não lhe condizem usufruir das benesses prometidas pelas operadoras de telefonia, os provedores de serviços de Internet, decorrente dos altos preços comercializados pelos pacotes oferecidos, uma vez que planos mais baratos implicam em menor franquia de dados e em face disso, velocidade lenta ou mesmo contraproducente com a propositura de banda larga, levando o cliente a abastecer seu celular com cargas avulsas para poder continuar navegando na rede pelo período mensal correspondente ao plano vislumbrado pelo consumidor. Desta forma, é sabido que para ter acesso aos serviços de streaming, visualização de vídeos ou demais serviços que possam contribuir para maior inclusão na rede, o fator financeiro mostra-se como empecilho, pois quase que impossível seria arcar com os custos necessários os indivíduos das classes menos providas e tal situação espelharia de fato os resultados alcançados com a pesquisa do IDEC no Brasil, apresentada em 2019. Fazer cursos à distância ou mesmo baixar um livro são expoentes para planos robustos e desta robustez, o consumidor final ainda arca com o ônus de lhe ser oferecido navegar gratuitamente em determinados servidores de conteúdo quando diversos outros são minados pela desleal concorrência, decorrendo em prática impositiva para com os novos desenvolvedores de plataformas e serviços e *pari passu*, para com o consumidor final, em nada contribuindo para a devida legislação em vigor que fortemente combate práticas discriminatórias para o ambiente aqui posto em discussão. Ainda que se falasse nos serviços comercializados com livre utilização do pacote de dados

sem decorrer em custos, o zero-rating, o provedor de conteúdo, pelo forte apelo de rede social que lhe é inerente acaba por ceifar uma melhor ou pior utilização dada a magnitude dos valores impostos para sua utilização. Um conhecimento justo e solidário que poderia inclusive ser orientado pelos grandes provedores de conteúdo em associação aos provedores de Internet, acaba por desmerecer as classes menos abastadas por não poderem usufruir do serviço dado o alcance financeiro inexecutável de seus orçamentos familiares.

4 CONCLUSÃO

O conceito de neutralidade de rede e a aplicação de seus princípios são mandamento primordial na esfera da inovação, do alcance igualitário da rede e suas ferramentas e na harmonização democrática na ótica consumerista.

Deste modo, percebe-se claramente nos exemplos trazidos, o aspecto danoso da prática de zero-rating, seja nos mercados argentino, brasileiro ou chileno. Como demonstrado, em especial na Argentina, o preço dos pacotes oferecidos é alto em demasia para o consumo das classes menos abastadas. Somado a isso e verificado no caso brasileiro, os mais pobres possuem acesso prejudicado ao extremo por não terem o mesmo acesso por aqueles consumidores que adquirem pacotes ou planos que prometem maior velocidade ou acesso gratuito a determinados provedores de conteúdo, sem consumo do pacote de dados, em detrimento de outros provedores de conteúdo não associados aos provedores de Internet. Desta feita, as análises obtidas no inquérito trazido pelo MPF, no caso brasileiro, mostram difícil a caracterização da conduta de zero-rating quanto à posição dominante individual, isto é, os componentes do oligopólio das prestadoras de serviço, as empresas de telefonia, operam em posição dominante conjunta, atuando mesmo como se fossem uma única empresa, o que por reflexo avança em disputa não paritária, desleal, pois a barreira de entrada é visivelmente alta para o ingresso de novos participantes. Como resultado, mesmo em face dos dispositivos legais, o avanço do zero-rating é cada vez mais presente e se enraíza e constrói-se operante e funcional ante os órgãos reguladores de cada país que, não obstante, não tolhem a prática com a verossimilhança da aplicação da lei.

REFERÊNCIAS

ABBATE, Janet. **Inventing the Internet**. Cambridge, MA: MIT Press, 1999.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Atualidade do Conceito Sociedade da Informação para a pesquisa jurídica. In: PAESANI, Liliana Minardi (coord.). **O Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Atlas, 2007.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco; CESAR, Daniel. Marco Civil da Internet e Neutralidade da Rede: Aspectos Jurídicos e Tecnológicos. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**. v. 12, n.1 / 2017 p. 65-88.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Proteção da Privacidade e de Dados Pessoais na Internet: O Marco Civil da rede examinado com fundamento nas teorias de Zygmunt Bauman e Manuel Castells. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO; Adalberto; DE LIMA; Cintia Rosa Pereira. (Org.). **Direito & Internet III: Marco Civil da Internet**. 1ed.São Paulo: Quartier Latin, 2015, v. 2, p. 100-127.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco; VIGLIAR, José Marcelo Menezes. As funções da jurisprudência na Sociedade da Informação. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 73, pp. 391-417, jul./dez. 2018.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco; SAMPAIO, Vinícius Garcia Ribeiro; GALLINARO, Fábio. Marco civil da internet e o direito à privacidade na sociedade da informação. **Direito, Estado e Sociedade**, n.52, p. 114 a 133, jan/jun. 2018.

CARBONI , Ornela Vanina; LABATE, Cecilia. América Latina por uma rede neutral: o princípio da neutralidade em Chile e Brasil. **Revista Famecos**, Porto Alegre, v. 25, n. 2, p. 1-22, maio, junho, julho e agosto de 2018: ID28507. DOI: <http://dx.doi.org/10.15448/1980-3729.2018.2.28507>.

CAVALCANTI; Ana Elizabeth Lapa Wanderley; LEITE, Beatriz Salles Ferreira; BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Sistemas de Responsabilidade Civil dos provedores de aplicações da internet por ato de terceiros: Brasil, União Europeia e Estados Unidos da América. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 13, n. 2 / 2018 p.506-531.

CORREA PEREZ, Marco. Zero-rating y la neutralidad de la red en Chile. **Rev. chil. derecho tecnol., Santiago** , v. 7, n. 1, p. 107-135, jun. 2018 . Disponible en <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0719-25842018000100107&lng=es&nrm=iso>. accedido en 01 oct. 2019. <http://dx.doi.org/10.5354/0719-2584.2018.48961>.

DE OLIVEIRA REIS, Margarida Maria; DE CASTRO, Gardenia. As rupturas tecnológicas na Sociedade da Informação. **Revista ACB**, v. 9, n. 1, p. 88-96, 2004.

DEL CAMPO, Agustina. Hacia una Internet libre de censura II. **Perspectivas en América Latina**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Universidad de Palermo - UP, 2017.

GUSTIN, Miracy B.S.; DIAS, Maria Teresa Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**. 2.ed. ver., ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

LÉVY, P. A revolução contemporânea em matéria de comunicação. In: MARTINS, F. M.; SILVA, J. M. da (Org.). **Para navegar no século XX: tecnologias do imaginário e cibercultura**. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 2000. p. 195- 216.

LUFRANO, Lucas Enzo. *El primero te lo regalan: zero-rating de las operadoras móviles de la Argentina*. Question, 2019, vol. 1, no 62.

NAUGHTON, John. The evolution of the Internet: from military experiment to General Purpose Technology. **Journal of Cyber Policy**, v. 1, n. 1, p. 5-28, 2016.

RAMOS, Pedro Henrique Soares. **Arquitetura da Rede e Regulação: a neutralidade da rede no Brasil**. 2015. Tese de Doutorado.

WU, Tim. Network neutrality, broadband discrimination. **Journal on Telecomm. & High Tech. L.**, v. 2, p. 141, 2003.

2^o INFORMATION SOCIETY AND LAW

FMU
CENTRO UNIVERSITÁRIO

**GT - DIREITOS HUMANOS, DIREITOS
FUNDAMENTAIS E DIREITOS DA PERSONALIDADE**

A INTERRELAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DISCURSO DE ÓDIO E CENSURA NA SOCIEDADE INFORMACIONAL

Beatriz Stort Braun Ferreira¹, Ronny Max Machado²

RESUMO: O presente artigo busca discutir a tênue linha entre a liberdade de expressão e discurso de ódio, violações aos direitos e liberdades e a censura em nosso contexto de sociedade informacional, assunto este extremamente polêmico e que demanda uma série de reflexões. Partindo de uma análise da evolução histórica do direito brasileiro após o denominado por alguns de Regime Militar e a promulgação da Constituição Cidadã de 1988. Através de um estudo bibliográfico destacou-se a importância da análise de cada caso concreto e, do respeito aos direitos individuais constitucionais sem a distorção dos mesmos visando o abuso.

Palavras-chave: Liberdade de Expressão; Constituição Federal de 1988; Censura; Tutela Judicial; Direitos Fundamentais.

THE INTERRELATION OF FREEDOM OF EXPRESSION, HATE DISCOURSE AND CENSORSHIP IN INFORMATION SOCIETY

ABSTRACT: This paper discusses the fine line between freedom of speech and hate speech, violations of rights and freedoms and censorship in our context of an information society, an extremely controversial subject that requires a series of reflections. Starting from an analysis of the historical evolution of Brazilian law after the so-called by some of the Military Regime and the promulgation of the Citizen Constitution of 1988. Through a bibliographical study the importance of the analysis of each concrete case and of the respect to the individual rights was highlighted. without distorting them to abuse.

Keywords: Freedom of expression; Federal Constitution of 1988; Censorship; Judicial Guardianship; Fundamental rights.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Presbiteriana. Estagiária em São Paulo. Membro integrante do Grupo de Pesquisa em Privacidade de Dados junto ao Programa Empreendireito da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie –SP. E-mail: beatriz.stortb@gmail.com

² Graduado em Direito pela Universidade São Judas Tadeu. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Escola Paulista de Direito. Especialista em Direito Constitucional e Direito Administrativo pela Escola Paulista de Direito. Especialista em Direito Ambiental Empresarial pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Mestre em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Coordena o Grupo de Pesquisa em Privacidade de Dados junto ao Programa Empreendireito da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie - SP. Pesquisador junto ao Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas-SP. Professor Universitário dos cursos de pós-graduação EAD da Faculdade Damásio. Advogado em São Paulo. E-mail: ronnymaxm@yahoo.com.br

INTRODUÇÃO

Em tempos de grande polarização e fanatismo que assola a denominada sociedade da informação, estamos diante de grande desrespeito ao direito fundamental de liberdade de expressão, esta, que deve ser considerada de forma ampla.

Devido às inúmeras lesões a este direito, se faz necessário abordar a atual condição de tutela jurídica deste direito e, as consequência para quem o lesa, partindo-se da historicidade deste direito no ordenamento jurídico nacional e, apresentando uma possibilidade de melhora nas condições atuais de sua aplicação.

O Brasil, desde a época de sua colonização, foi e é um país que engloba inúmeras culturas, povos, etnias e, portanto, ocorreu uma grande mistura e convivência entre diferentes estilos de vida.

Diferentemente dos outros locais colonizados, no Brasil criou-se uma relação interpessoal entre os envolvidos de época diferenciada das dos demais lugares. Este fator teve caráter decisivo na criação das relações interpessoais no país e, em tese, deveria ter sido fator determinante para o respeito às diferenças e a não existência de preconceitos e restrições de liberdades no cotidiano.

Entretanto, ao longo de história do Brasil, verificou-se que esse entendimento lógico de que a forma como o país se construiu não abriria margem para repressão, opressão e limitação de liberdade, não se concretizou.

Ao longo dos anos, constatou-se que o que aconteceu de fato foi a manutenção de poder em uma fina camada de indivíduos no Brasil. Ocorreu que, embora houvesse a diversidade e grandes diferenças culturais, na prática, essas minorias foram reprimidas, sofreram violência e não podiam se expressar livremente na forma desejada pela possibilidade de sofrer represália.

O ápice de opressão de liberdade de expressão e dos direitos fundamentais individuais ocorreu durante o Regime Militar (1/04/1964 até 15/03/1985) pois, além de discriminação e opressão, ocorreu a perseguição e destruição dos indivíduos diferentes, que emitiam opinião minoritária ou, tentavam manter sua liberdade de expressão intacta, mesmo sob a égide de um regime opressor.

Embora tenha ocorrido uma drástica mudança no ordenamento jurídico brasileiro após o Regime Militar, parece que isto não foi o suficiente para finalmente transcender o Estado Democrático de Direito previsto na Constituição Federal de 1988 na realidade prática do cotidiano do país. Esta mudança será estudada e esmiuçada posteriormente, em tópico abaixo.

A promulgação da Constituição Cidadã de 1988 teve como intenção primordial consertar todos os problemas e restrições ocorridos durante todos os anos de existência do país. Buscou abarcar um rol extenso e não taxativo de direitos fundamentais de todos os cidadãos, como no art. 5º de Constituição Federal e, uma onda de princípios que devem ser observados para a garantia da melhor aplicação possível do sistema legal brasileiro.

Entretanto, recentemente, podemos enxergar o Brasil em uma onda retrógrada e contrária a muitos dos princípios e direitos previstos expressamente na Carta Magna do país. Existe, para a maioria das pessoas, uma linha tênue e turva entre a liberdade de expressão, o discurso de ódio e a censura.

Muitos utilizam-se de garantia constitucional de liberdade de expressão para proferir discursos de ódio. Neste sentido, esta linha deve ser necessariamente delimitada para que não haja uso deturpado dos dispositivos constitucionais para que haja censura, discurso de ódio e restrição de direitos fundamentais. Este é o objetivo deste artigo, analisar a historicidade desta questão, sua repercussão atualmente e, possíveis resoluções deste grave problema.

O TRATAMENTO JURÍDICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL APÓS O FIM DO REGIME MILITAR.

O tratamento jurídico concedido aos direitos fundamentais e as liberdades, especialmente a de expressão, no Brasil após 1988, pode ser considerado extenso e suficiente sob o ponto de vista teórico e legal. A Constituição Cidadã é vista, em muitos locais e por muitos juristas como referência em direitos dos cidadãos e garantias constitucionais.

O texto constitucional democrático tem por finalidade a tutela de uma série de direitos e liberdades, no entanto, deveriam existir mais políticas públicas e ações governamentais para que estes sejam efetivados. Deve ocorrer a mudança de garantias formais para que estas se tornem materiais.

O que se pretende com essa afirmação, é estabelecer que o rol de direitos fundamentais de nossa Constituição, especialmente no que tange à liberdade de expressão poderia ser assunto de diversas campanhas, estudos e, debates, devido à sua extrema relevância em nosso cotidiano e, na garantia de nossa condição humana, como se pode ver a seguir:

[...] relevância do direito fundamental de liberdade de expressão na busca da concretização dos princípios da dignidade da pessoa humana e do Estado Democrático de Direito.³

Então, como foi demonstrado, após o Regime Militar vivenciado pelo Brasil, o ordenamento jurídico buscou mitigar os danos causados no período de opressão e de restrições assegurando inúmeros direitos fundamentais, especialmente os explicitamente apontados no art. 5º de Constituição Federal. Sobre a liberdade de expressão, trata em parte como:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato

(...)

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

Entretanto, em meio a inúmeras garantias e direitos deveriam, em tese, ser cumpridas certas obrigações e deveres. O respeito ao próximo e, o respeito à garantia do outro emitir sua própria opinião de forma livre e, sem consequências atualmente se perdeu. Além disso, existem inúmeros indivíduos que, baseando-se em um conceito deturpado de liberdade de expressão proferem palavras e discursos de ódio e preconceito.

Esta seara de discurso de ódio, censura e liberdade de expressão é uma linha tênue e polêmica que, será abordada no próximo tópico com profundidade mas, neste sentido, Freitas e Rodrigues, afirmam que:

Fica assim evidenciada a divergência entre a necessidade de assegurar quaisquer formas de expressão, de modo a fortalecer a circulação e o pluralismo de ideias, fatores estes, tidos como base de uma democracia, frente a manifestações de ódio e intolerância, que visam apenas à discriminação, e ferem o direito de igualdade e o próprio princípio da dignidade humana.⁴

Após demonstrado que o tratamento jurídico concedido às liberdades individuais fundamentais, especialmente à liberdade de expressão após o Regime Militar e, a

³ TORRES, F. C. **O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão**. Revista de informação legislativa, ano 50, n. 200, p. 61-80, out./dez. 2013. Disponível em:

<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502937/000991769.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 16 out. 2019.

⁴ FREITAS, E. S.; RODRIGUES, L. I. S. **Criminalização do discurso de ódio frente à função democrática da liberdade de expressão**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 21, n. 4741, jun./2016. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/50011>>. Acesso em: 15 out. 2019.

promulgação da Carta Magna de 1988 é completo e extenso, vamos passar a analisar as violações destas garantias e direitos.

VIOLAÇÕES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Mencionar os direitos fundamentais individuais e, não falar de suas violações é, em regra, ignorar um aspecto fundamental desta discussão. O cotidiano da nossa sociedade informacional e o convívio social são permeados de atrito. Neste sentido:

O conflito é parte integrante da sociedade, constituindo-se como a mola propulsora que fomenta o desenvolvimento social e a interação entre os indivíduos. Ele é intrínseco à realidade complexa e multidimensional que compõe a vida em grupo, pois ultrapassa as fronteiras do simples desencontro de opiniões, de posicionamentos, de valores, de culturas, ensejando a busca constante do ser humano por aquilo que ele acredita ser justo (SPENGLER, 2012, p. 109).⁵

Portanto, o conflito é sim parte integrante da sociedade e, nesta visão, justifica-se a presença do ordenamento jurídico, que busca dirimir e gerir os conflitos sociais presentes. Neste sentido, podemos entender que, a convivência, em muitos casos, não é voluntária e, portanto, pode causar mal-estar entre os conviventes. Entretanto, embora conviver seja, de fato, difícil devido à natureza humana, não se justifica a violação de liberdades individuais constitucionais. Neste ponto:

Conviver é certamente uma arte. Requer alguma afinidade, e em alguns casos, muita tolerância. Por vezes, o convívio é voluntário e desejado, por outras, impõe-se por uma conveniência, obrigação ou por qualquer outro motivo, seja na família, seja com os amigos, os sócios ou empregados. Isso porque o mundo competitivo, em que estamos inseridos, entorta as relações, transformando a amizade verdadeira, desinteressada, em convívios imperativos, baseados em interesses imediatistas e equivocados, produzindo sociedades cada vez mais doentes. É a dinâmica da ética da vantagem. Onde os indivíduos perderam a capacidade de auxiliarem-se mutuamente. Deste cenário, não há outro resultado, que não seja a multiplicação de problemas, litígios judiciais e conflitos.⁶

Atualmente, em um cenário de grande divergência política-ideológica e, com o crescente aumento e disseminação das redes sociais, os indivíduos tornaram-se ainda mais suscetíveis às violações dos direitos. Conforme citado previamente, nossa Carta Maior garante a liberdade de pensamento, com vedação ao anonimato, fato este que é inúmeras

⁵ SPENGLER, Fabiana Marion. **Fundamentos políticos da mediação comunitária**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2012, p. 109.

⁶ MATTOS, Mitson Mota de. **Os Conflitos Sociais, o tempo processual e a crise de jurisdição tradicional: uma equação a espera de solução**. Editora EduUnisc, 2016.

vezes violado, especialmente nas redes sociais, disseminação de *fake news* e, aos proferir discursos de ódio. Desta forma:

Atualmente, vivemos no mundo cada vez mais impessoal, em que as pessoas se utilizam das redes sociais para falar o que pensam, acreditando que estão protegidas atrás de seus computadores e celulares. Assim, alguém simplesmente pode postar um discurso de ódio e simplesmente desligar o computador ou colocar seu celular no “modo avião”, não tendo que encarar diretamente e pessoalmente a repercussão dos seus atos, o que aumentou os casos de discriminação e ofensas nos últimos anos.⁷

Entretanto, importante ressaltar que, principalmente em casos envolvendo a Internet e a violação de liberdade de expressão, a responsabilização não é imediata, ou seja, não há a aplicação da responsabilidade objetiva do provedor de aplicação e sim, com o advento do Marco Civil da Internet, a aplicação da responsabilidade subjetiva, como se verifica abaixo no art. 19 deste diploma legal:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

§ 1o A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

§ 2o A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5o da Constituição Federal.

§ 3o As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.

§ 4o O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3o, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

⁷ NEVES, Felipe Costa Rodrigues. **Liberdade de Expressão em Tempos de Internet**. Migalhas. 14 set. 2018 Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/ConstituicaoonaEscola/123,MI287487,51045-Liberdade+de+expressao+em+tempos+de+internet>>. Acesso em: 16 out. 2019.

O que deve ser compreendido com este diploma legal é a vedação de censura em embate com a liberdade de expressão. Se, aplicada a responsabilidade objetiva ao provedor de aplicação este gozaria de poder para retirar qualquer conteúdo que considerasse lesivo visando uma não condenação posterior pelo Poder Judiciário. Entretanto, se esta aplicação de responsabilidade estivesse vigente no Brasil, o provedor de aplicação se utilizaria de jurisdição que não lhe compete e, o ambiente estaria sujeito às possíveis arbitrariedades do mesmo. Conforme se segue abaixo:

No entanto, é importante lembrar que a responsabilização não é automática - até para que um direito tão essencial para uma democracia não seja diminuído sem razão. Para que alguém seja responsabilizado, é necessário denunciar e levar o caso a um juiz, para que ele analise o caso concreto e, sob o prisma da proporcionalidade, decida qual direito deve prevalecer.⁸

Com a aplicação desta responsabilidade, a censura vigoraria nas relações entre os particulares na Internet e, o legislador buscou, no mesmo sentido que a Constituição Federal defende, dirimir a opressão que ocorreu durante o Regime Militar. O Marco Civil de Internet, portanto, é um exemplo de como nosso ordenamento jurídico como um todo trata a questão da violação desta liberdade essencial para a democracia e suas possíveis consequências.

Seguindo as mesmas ideias, podemos verificar que existem algumas manifestações expressas na Constituição Federal de 88 acerca de violações das liberdades fundamentais e, possíveis consequências. Em seu art. 5º determina que:

'XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais'.

Ademais, em continuidade a estes fundamentos, o art. 220 expressa que:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.'

⁸ NEVES, Felipe Costa Rodrigues. **Liberdade de Expressão em Tempos de Internet**. Migalhas. 14 set. 2018 Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/ConstituicaoonaEscola/123,MI287487,51045-Liberdade+de+expressao+em+tempos+de+internet>>. Acesso em: 16 out. 2019.

O que se pode concluir, portanto, é que há sim previsão legal acerca de quais são as liberdades individuais, quais são as consequências das violações e, quais são as restrições possíveis, ou seja, as exceções à regra geral de não censura ou intervenção.

Entretanto, existem indivíduos que buscam se valer de discursos com uso de base legal de forma a escapar da aplicação das consequências às violações. Contudo, deve haver uma nítida diferenciação entre a liberdade de expressão, emissão de opinião livre, discurso de ódio e, a censura

LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DISCURSO DE ÓDIO E CENSURA

A liberdade de expressão é polêmica. Este tema abarca uma grande divergência e dificuldade em se compreender o que pode ser considerado censura, o que deve efetivamente ser censurado, o que pode ser considerado discurso de ódio e o que é apenas o uso estrito de liberdade de expressão como garantia fundamental e constitucional. A seguir, temos demonstrado o clássico dilema da liberdade de expressão:

[...] a classical dilemma of free speech: the normative problem of how to handle with hate speech in a democratic system. Censoring this kind of speech prevents part of the demos to get into the public sphere. On the other hand, hate speech can seriously damage rights, opportunities and even physical integrity of minorities..⁹

Como demonstrado anteriormente, é difícil determinar quando o exercício da liberdade de expressão ultrapassa os limites permitidos pelo texto constitucional, há uma grande discussão acerca disto.

Desta forma, podemos verificar que as eventuais violações ou excessos devem ser verificadas no caso concreto. A liberdade de expressão, com certeza, deve ser protegida, especialmente, quando a opinião emitida versas sobre política e o interesse geral. E também, pode ser verificado elementos indicativos de discurso de ódio, como a vontade, intenção direta ou indireta de incitar/provocar violência. Neste sentido, verificamos que:

'Determinar cuándo el ejercicio de la crítica excede de lo permitido no es tarea que pueda resolverse en abstracto. Las opiniones exageradas están protegidas hasta un cierto punto. Ese límite hay que determinarlo atendiendo a las circunstancias del caso concreto, esto es, al contexto, al medio utilizado para difundirla, a la intención o ánimo del autor y sobre todo al contenido.

[...]

En primer lugar, podemos decir que la libertad de expresión estará especialmente protegida cuando la opinión o la información se vierten con ocasión de un debate

⁹ SILVA, Júlio César Casarin Barroso. **Freedom Of Speech And Hate Speech**. Rev. direito GV [online]. 2015, vol.11, n.1, pp.37-63. ISSN 1808-2432. <http://dx.doi.org/10.1590/1808-2432201503>.

político o sobre cuestiones de interés general. En este terreno, la crítica tiene un mayor espacio, y cualquier límite o restricción habrá de estar especialmente justificado. El odio fundamentado en nacionalismos a ultranza, en fundamentalismos religiosos, aquél que justifica la guerra o la exterminación del diferente, no puede pretender la protección del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH). Los derechos y libertades en él reconocidos, los principios en los que se inspira y los valores que lo sustentan han de estar protegidos de quienes lo invocan precisamente para atacarlos. Este tipo de discurso no cabe, por tanto, dentro de la libertad de expresión que garantiza el artículo 10 CEDH.

[...]

Ahora bien, para que en puridad podamos hablar de “discurso del odio”, es necesario, un elemento esencial: que el mensaje incite directa o indirectamente a la violencia, para lo cual habrá que atender al contenido del mensaje, a la intención, al tono, al contexto, o a cualquier otro elemento que nos conduzca a esta conclusión.¹⁰

Foi possível compreender que há a necessidade clara de se verificar cada caso concreto e, todo o contexto englobando os fatos para se determinar se houve ou não o "excesso" da liberdade de expressão, ou seja, que houve a aproximação com o discurso de ódio. Entretanto, qual seria o fundamento legal para eventual censura deste discurso que profere o ódio? Girard¹¹ entende que o fundamento legal para a censura é a própria liberdade de expressão e, a condição legal de cidadania que deve ser garantida aos que são afetados por este discurso:

"Si la liberté d'expression est constitutive de la démocratie, les discours de haine menacent l'égalité de statut des citoyens appartenant au groupe dénigré. La répression des discours de haine est donc justifiée par la liberté d'expression réellement égale pour tous, ce qui impose une appréciation fine du contexte sociohistorique."¹²

Desta forma, é primordial a compreensão global de cada situação. Conforme parâmetro internacionais a liberdade de expressão não deve ser compreendida isoladamente, deve ser analisada conforme cada caso concreto e, não é uma liberdade hierarquicamente superior do que outras. Assim sendo, os direitos fundamentais embora essenciais, não são absolutos e sim, relativos. Um não deve necessariamente sopesar sobre

¹⁰ ULLA, Juan Manuel Lopez. **Libertad De Expresión Y Discurso Del Odio**. Universidad de Cádiz [online]. 2018. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/331757066_LIBERTAD_DE_EXPRESION_Y_DISCURSO_DEL_ODIO>. Acesso em 17 out. 2019.

¹¹ GIRARD, Charles. **Pourquoi punir les discours de haine?**. Editora Esprit, 2015, p. 11-22. Disponível em <<https://www.cairn.info/revue-esprit-2015-10-page-11.htm>>. Acesso em: 17 out. 2019.

¹² GIRARD, Charles. **Pourquoi punir les discours de haine?**. Editora Esprit, 2015, p. 11-22. Disponível em <<https://www.cairn.info/revue-esprit-2015-10-page-11.htm>>. Acesso em: 17 out. 2019.

o outro sem uma análise crítica e detalhada de cada caso, ou seja, não a uma regra *a priori* para decidir acerca deste tema. Desta forma Rothenburg defende que:

Repudia-se a imposição de determinados valores como absolutos, independentemente de sua aceitação pela sociedade (...) é preciso evitar que o caráter universal dos direitos fundamentais sirva como vetor de massificação e opressão, contra o reconhecimento das particularidade de grupos minoritários ou dissidentes, quando, justamente, os direitos fundamentais devem zelar pelo respeito às identidade e diferenças.¹³

Portanto, não há de se falar em liberdade de expressão quando se visa o favorecimento e facilitação de discursos de ódio e preconceito. Atualmente, há uma forte onda nacionalista, individualista, xenofóbica entre outras questões que está dificultando a convivência dos indivíduos entre si e o respeito mútuo. Com estes acontecimentos, muitos buscam se valer de um absolutismo exarcebado das garantias constitucionais visando lesar ou prejudicar a minoria de onde se encontra. Entretanto, Gilmar Mendes corrobora com nosso entendimento:

Não se pode atribuir primazia absoluta à liberdade de expressão, no contexto de uma sociedade pluralista, em face de valores outros como os da igualdade e da dignidade humana.¹⁴

Por conseguinte, o debate, a compreensão recíproca e as liberdades devem sim ser ressaltadas e garantidas constitucionalmente para que não haja abusos e distorções. Os direitos devem ser garantidos a fim de garantir a paz social e não violações às liberdades alheias. Neste sentido, deve-se entender que, a liberdade de expressão, em sua forma correta, é a principal responsável pela existência dos regimes democráticos atualmente:

A existência de um procedimento democrático que propicie o debate entre diferentes visões acerca do mundo e a obtenção de um determinado entendimento, que se sabe precário, contingente e passível de futura modificação, que ocasione uma ação voltada ao entendimento mútuo, é o que permite que diferentes coassociados sob o direito sejam, ao mesmo tempo, seus atores e destinatários.¹⁵

Por fim, compreende-se que há sim discussões sobre este tema, entretanto, a análise minuciosa e à luz do melhor entendimento da democracia, cidadania e tratamento

¹³ ROTHENBURG, Walter Claudius. *Série Carreiras Federais - Direitos Fundamentais*. Editora GEN. 2014.

¹⁴ MENDES, Gilmar. **A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/munster_port.pdf>. Acesso em: 16 out. 2019.

¹⁵ POTIGUAR, Alex. **Liberdade de expressão e discurso do ódio: a luta pelo reconhecimento da igualdade como direito à diferença**. Brasília: Consulex, 2012, p 160.

igualitário com respeito ao próximo garante a aplicação correta dos conceitos da liberdade de expressão, discurso de ódio e censura. Não há como confundi-los no caso concreto.

CONCLUSÕES

Restou demonstrado que o assunto que envolve a liberdade de expressão e a censura é delicado, polêmico e, há grande divergência no assunto. O tema é, de fato, realmente muito sutil em suas diferenciações, abrindo caminho para distorções e, interpretações de má-fé.

Neste sentido, deve-se combater qualquer tentativa de aplicação errônea de direitos e garantias individuais constitucionais, estas que foram conquistadas depois de muita luta. Não dá para permitir um uso desvirtuado de instituições que são pré-requisitos para o Estado Democrático de Direito existir em sua plenitude.

Através da educação, como bem proposto pelo Projeto Constituição na Escola, pode-se mitigar os danos causados pelas violações das liberdades constitucionais. Todos os cidadãos devem ser plenamente capazes de compreender seus deveres e, defender seus direitos, dentro da seara legal permitida pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Não há de se falar em individualismo e, garantismo. Deve sim ser mencionado a capacidade de análise crítica das situações e ensino ao respeito às normas e, principalmente, ao próximo. Não existe a possibilidade de um discurso que afeta minorias buscar a defesa de uma democracia. São situações completamente opostas.

Embora atualmente inúmeros indivíduos utilizem-se do conceito de liberdade de expressão para ferir outros, incitar ódio, proferir a violência e, até mesmo conceituar absurdos inconstitucionais, ainda há tempo de mudar este novo cenário de intolerância no mundo. Como ocorreu no Brasil e, em outros muitos países com histórico envolvendo Ditaduras ou regimes opressores, há a possibilidade de conscientização novamente.

Do mesmo modo que a Constituição Federal de 1988 foi promulgada no Brasil, a Carta Magna dos direitos e garantias individuais, esta, cravando toda a formalidade das liberdades fundamentais em nosso ordenamento jurídico, deve ocorrer ação similar no campo factual, material.

Não deve ser considerado nova legislação no sentido de dirimir danos causados pelas violações às libedades. De nada adianta mais leis em um país onde já há mais de 180 mil diplomas legais, entre várias espécies. É necessário a aplicação material das garantias previstas formalmente.

Deve ser visada a mudança interna em cada indivíduo que se diz defensor do Estado Democrático de Direito. Apenas assim, através da conscientização, pode ocorrer a

real diferenciação entre a liberdade de expressão, censura e discurso de ódio, para que assim, seja concretizada a democracia.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] Republica Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 14 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil**. Brasília. 2014. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em 14 out. 2019.

FREITAS, E. S.; RODRIGUES, L. I. S. **Criminalização do discurso de ódio frente à função democrática da liberdade de expressão**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 21, n. 4741, jun./2016. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/50011>>. Acesso em: 15 out. 2019.

GIRARD, Charles. **Pourquoi punir les discours de haine?**. Editora Esprit, 2015, p. 11-22. Disponível em <<https://www.cairn.info/revue-esprit-2015-10-page-11.htm>> . Acesso em: 17 out. 2019.

MATTOS, Mitson Mota de. **Os Conflitos Sociais, o tempo processual e a crise de jurisdição tradicional: uma equação a espera de solução**. Editora EduUnisc, 2016.

MENDES, Gilmar. **A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/munster_port.pdf>. Acesso em: 16 out. 2019.

NEVES, Felipe Costa Rodrigues. **Liberdade de Expressão em Tempos de Internet**. Migalhas. 14 set. 2018 Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/ConstituicaoEscola/123,MI287487,51045-Liberdade+de+expressao+em+tempos+de+internet>>. Acesso em: 16 out. 2019.

POTIGUAR, Alex. **Liberdade de expressão e discurso do ódio: a luta pelo reconhecimento da igualdade como direito à diferença**. Brasília: Consulex, 2012.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Série Carreiras Federais - Direitos Fundamentais**. Editora GEN. 2014.

SILVA, Júlio César Casarin Barroso. **Freedom Of Speech And Hate Speech**. Rev. direito GV [online]. 2015, vol.11, n.1, pp.37-63. ISSN 1808-2432. <http://dx.doi.org/10.1590/1808-2432201503>.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Fundamentos políticos da mediação comunitária**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2012.

TORRES, F. C. **O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão**. Revista de informação legislativa, ano 50, n. 200, p. 61-80, out./dez. 2013. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502937/000991769.pdf?sequence=1>> . Acesso em: 16 out. 2019.

ULLA, Juan Manuel Lopez. **Libertad De Expresión Y Discurso Del Odio**. Universidad de Cádiz [online]. 2018. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/331757066_LIBERTAD_DE_EXPRESION_Y_DISCURSO_DEL_ODIO> . Acesso em 17 out. 2019.

A NORMA PRESENTE NO ART. 5º, INC. V, ALÍNEA “A” DA LEI N.º 7.347/1985 RESTRINGE A PROTEÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE?

Marcelo Negri Soares¹; Isabela Franco Arruda Brasil²

RESUMO: A Lei n.º 7.347/1985 disciplina a ação civil pública, um importante instrumento processual utilizado para a defesa de interesses coletivos. Em seu texto legal, mais especificadamente no art. 5º, inc. V, alínea “a”, há a previsibilidade de que as associações somente poderão propor a ação coletiva se forem constituídas há pelo menos um ano. Desta forma, por meio do método hipotético-dedutivo, o presente artigo foi elaborado para investigar se ainda haveria razão para a existência do requisito temporal nos dias atuais (após a publicação da Constituição Federal em 1988 e do Código de Processo Civil em 2015) e se ele serve (ou não) como um mecanismo que restringe a proteção dos direitos da personalidade do homem.

PALAVRAS-CHAVE: Ação Civil Pública. Associações. Processo Civil Coletivo. Direitos da Personalidade. Acesso à Justiça.

THE NORM PRESENT IN ART. 5TH, INC. V, POINT “A” OF LAW N.º 7347/1985 RESTRICTS THE PROTECTION TO PERSONALITY RIGHTS?

ABSTRACT: The Law n.º 7347/1985 regulates public civil action, an important procedural instrument used to defend collective interests. In its legal text, more specifically in art. 5th, inc. V, sub-paragraph “a”, it is foreseeable that associations may only bring collective action if they have been constituted for at least one year. Thus, through the hypothetical-deductive method, this article was designed to investigate whether there would still be reason for the existence of the temporal requirement today (after the publication of the Federal Constitution in 1988 and the Civil Procedure Code in 2015) and if it serves (or not) as a mechanism that restricts the protection of the personality rights of man.

KEYWORDS: Public Civil Action. Associations. Collective Civil Procedure. Personality Rights. Access to Justice.

¹ Professor Visitante da Coventry University (UK), no Programa de Doutorado em Direito, Administração e Negócios. Professor e Pesquisador do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito UniCesumar - Centro Universitário Cesumar, na linha Efetividade da Justiça e Direitos da Personalidade, lecionando a disciplina Acesso à justiça e Meios adequados de solução de conflitos. Pós-Doutorado pela Uninove/SP (2017). Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2013). Mestre pela PUC-SP (2005). Graduado pela Universidade Estadual de Maringá/PR (1997). E-mail: negri@negrisoares.com.br

² Graduada pelo Centro Universitário de Maringá - UniCesumar (2018). Mestranda em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá - UniCesumar (2019-2020).

INTRODUÇÃO

Os direitos da personalidade são direitos inatos aos seres humanos, essenciais para o desenvolvimento e a existência da personalidade do homem. Eles podem ser transgredidos em uma esfera individual (na qual apenas uma pessoa é atingida) ou em uma esfera coletiva (hipótese em que muitos indivíduos sofrem uma transgressão).

A ação civil pública serve como um meio para proteger os direitos coletivos. Direitos difusos, coletivos em sentido estrito e até individuais homogêneos poderão ser tutelados.

Em grande maioria destas ações, quem as propõe é o Ministério Público, mas, há outros agentes que também possuem legitimidade ativa. É o caso das associações civis.

De acordo com o art. 5º da Lei n.º 7.347/1985, as associações poderão ajuizar a ação civil pública se estiverem constituídas há pelos menos um ano e possuírem, entre as suas finalidades, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Para a realização deste estudo, após a verificação do real conceito do princípio do acesso à justiça; dos aspectos necessários à compreensão dos direitos da personalidade e do objeto de tutela, legitimidade (ativa e passiva) da ação civil pública; buscou-se, por meio do método hipotético-dedutivo, avaliar se no atual momento jurídico, após a edição da Constituição Federal em 1988 e do Código de Processo Civil (atualizado em 2015), há congruência em exigir um tempo mínimo de constituição para que as associações possam propor a ação civil pública e se esta norma serve (ou não) como um impasse para o acesso à justiça e a defesa dos direitos da personalidade do ser humano transgredidos em escala coletiva.

1. ASPECTOS GERAIS SOBRE OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Como em todo instituto, a sua historicidade auxilia a compreensão de seu significado.

Regras relativas aos direitos da personalidade são observadas no Código de Hamurabi (primeiro código que se tem notícia de sua positivação), no direito grego e no direito romano (MALUF; MALUF, 2018, p. 171).

O direito grego procurava analisar o homem para conhecer a sua natureza e, por meio da lei, proteger a sua intimidade. Já o direito romano concedia a outorga dos direitos da personalidade para quem possuísse os status “libertatis, civitatis e familiae” (SOUZA, 1995, p. 45-55).

O ser humano, após a ascensão do cristianismo, ganhou relevância pela fato de que a sua existência servia para fundamentar a Santíssima Trindade. O sujeito ganhou individualidade. Ao mesmo tempo que o ser não possuía a natureza divina de Deus, ele é feito à sua “imagem e semelhança”. Devido a este entendimento, o homem passa a ser alguém para o ser divino e não apenas algo (utilizado apenas para diferenciar o indivíduo do universo) (GONÇALVES, 2008, p. 26).

A partir daí, pensadores cristãos se concentram em estudar “o que é” o homem.

Homem é aquele que se constitui e se realiza através da sua relação com os demais. Por outro lado, para se identificar “quem é” o homem, é necessário verificar algo que lhe é intrínseco (a sua personalidade). Esta é composta pelos atributos naturais do ser (aquilo que integra o seu caráter) (GONÇALVES, 2008, p. 64).

No período pós-término da Segunda Guerra Mundial, países começaram a elaborar normas que tutelariam os direitos essenciais ao homem evidentemente desrespeitados nos períodos de conflito. Posteriormente, os Estados-nação se juntaram para positivar os direitos no âmbito externo (nesta esfera, nomeados de direitos humanos) (BRASIL; SOARES, 2019, p. 35).

Este movimento refletiu na tutela dos direitos personalíssimos do homem, os quais, apesar de não possuírem o mesmo significado dos direitos humanos, guardam relação entre si. Isto porque, em síntese, há direitos da personalidade que podem ser direitos humanos, como o direito à vida, mas, há direitos da personalidade que não podem se enquadrar naquela categoria, à exemplo do direito ao segredo profissional.

Os direitos foco deste trabalho nada mais são do que aqueles essenciais para a existência e o desenvolvimento da personalidade humana (CANTALI, 2009, 131). Eles servirão para proteger a integridade física, intelectual e moral da pessoa. Entre os seus exemplos, podem ser citados o direito ao nome, à liberdade, à imagem e à honra (MALUF; MALUF, 2018, p. 181).

Desta forma, o sistema jurídico, ao proteger a personalidade do indivíduo, visa resguardar a identidade e a capacidade deste de desenvolver suas próprias características, as quais são compostas pelos seus valores, seu modo de agir e de pensar (NOGUEIRA; BORGES, 2019, p. 153).

No ordenamento brasileiro, tais direitos se encontram positivados na Constituição da República e no Código Civil. Neste, eles são apresentados de forma geral e específica (detalhando-se os subtipos de direitos) (BRASIL; SOARES, 2019, p. 34).

Adquiridos após o nascimento com vida (ressalvados os direitos do nascituro), os direitos personalíssimos, cuja natureza jurídica é de direito subjetivo devido ao poder do indivíduo reclamar/defender algo que é seu (como a sua vida) (DIAS; DUARTE, 2019, p.

38), possuem como características serem inatos, universais, inalienáveis, e em regra, irrenunciáveis.

2. UMA BREVE NOÇÃO SOBRE O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA

Expõem o art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal e o art. 3º do Código de Processo Civil (em similares redações) a regra de que não se excluirá da apreciação do Poder Judiciário, a ameaça ou lesão a um direito.

Em outras palavras, em caso de efetiva lesão (ou ameaça) a um determinado direito, aos indivíduos é assegurado o poder de se socorrerem ao poder judiciário, o qual deve garantir uma adequada prestação jurisdicional (GONÇALVES, 2019, p. 61).

Sabendo-se disso, levanta-se a seguinte questão: o que seria uma adequada prestação jurisdicional?

Um serviço jurisdicional será adequado quando for efetivo, tempestivo e justo; prestado após a provocação do judiciário pela parte (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 146).

A jurisprudência se encontra sedimentada no mesmo sentido:

O princípio da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV) não se limita ao acesso à justiça ou direito à ordem jurídica justa, compreende também a garantia da duração razoável para a satisfação da pretensão processual (CF, art. 5º, LXXVIII, CPC/15, art. 4º); (...) (TJ-MG - AI: 10000180413312001 MG, Relator: Renato Dresch, Data de Julgamento: 08/11/2018, Data de Publicação: 09/11/2018).

É notável que o princípio fundamental do acesso à justiça (ou da inafastabilidade da jurisdição) pode ser vislumbrado durante todo o processo, seja no ajuizamento da ação ou na apresentação de defesa pela parte contrária (NERY JUNIOR, ANDRADE JUNIOR, 2018, p. 205), sobretudo porque a prestação jurisdicional deve ser efetiva (adequada ao caso tratado) e seu trâmite deve se dar por um tempo proporcional à lide.

A conclusão após o estudo deste princípio é a de que quando ele é observado na prática, ou seja, quando a tutela é feita pelo órgão jurídico visando a satisfação do direito envolvido, o direito material (como o direito da personalidade) é protegido.

3. BENS JURÍDICOS TUTELADOS PELA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Os direitos coletivos em sentido “lato sensu” compreendem três espécies de direitos: os difusos, os coletivos “stricto sensu” e os individuais homogêneos.

Os direitos difusos, como exposto pelo art. 81, inc. I, CDC, possuem como titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. A título de exemplo, o dano

ao meio ambiente causado pelo rompimento da barragem situada na cidade de Brumadinho – MG (uma circunstância de fato) atingiu um número indeterminado de pessoas.

Já os direitos coletivos em sentido estrito (presentes no art. 81, inc. II, CDC), envolvem um número determinado de indivíduos ligados entre si devido a uma relação jurídica. É o caso do direito ao ressarcimento material a uma associação que pagou por um determinado serviço (estabelecendo-se uma relação jurídica) e este não foi prestado.

E, os direitos individuais homogêneos (dispostos no art. 81, inc. III, CDC), integram um número de pessoas que podem ser individualizadas e se relacionam devido a uma “origem comum”. Como exemplo, é possível utilizar também o evento do rompimento da barragem na cidade de Brumadinho – MG, em que as pessoas que tiveram sua propriedade atingida pela lama, têm direito ao ressarcimento material.

O art. 1º da Lei n.º 7.347/1985 estabelece os bens jurídicos tutelados por meio da ação civil pública. Segundo o dispositivo, ela será cabível nas hipóteses em que houver dano ao meio ambiente; ao consumidor; a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; por infração da ordem econômica; à ordem urbanística; à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos; ao patrimônio público e social.

No exame do inc. IV do artigo acima, nota-se que este apenas menciona o cabimento da ação civil pública para a defesa de interesse difuso ou coletivo (nada salientando sobre o direito individual homogêneo). Além disso, segundo o art. 129, inc. III da Constituição Federal, ao Ministério Público são atribuídas as funções institucionais de promover inquérito civil e ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos.

Assim, a ação civil pública poderia ser ajuizada para a defesa de interesses individuais homogêneos? A jurisprudência diverge sobre o assunto, principalmente no que tange aos direitos individuais homogêneos disponíveis, em que ora se entende que a ação civil pública não é cabível e outrora é manifestado o cabimento para os casos em que houver interesse público relevante.

Os julgados exibidos a seguir justificam as afirmações supracitadas:

Processo civil – Ação civil pública – Direitos disponíveis e divisíveis – Ministério Público – Ilegitimidade *ad causam*. (...) quando a pretensão invocada está a tutelar interesses divisíveis e disponíveis de empresas identificáveis, afastada estará a legitimidade *ad causam* do Ministério Público para a propositura da ação civil pública, porquanto adstrita a defesa de interesses individuais indisponíveis, salvo quando oriundos de relação de consumo. 2) Agravo provido. (TJ-AP - AI: 00011793320088030000, Relator: Desembargador Gilberto Pinheiro, Data de Julgamento: 01/12/2009, Tribunal).

Recurso de Revista. Legitimidade ativa. Ministério Público do Trabalho. Ação Civil Pública. Direitos individuais homogêneos. Interesse social relevante. Horas extras. Labor em domingos e feriados. Observância do intervalo interjornadas e descanso semanal remunerado. 1. Na dicção da jurisprudência corrente do Supremo Tribunal Federal, os direitos individuais homogêneos nada mais são senão direitos coletivos em sentido lato (...) não há como negar a legitimidade do “Parquet” para postular tutela judicial de direitos e interesses individuais homogêneos, inclusive no que tange a sua efetivação. (...). (TST-RR: 8693320115090088, Data de Julgamento: 30/10/2018, Data de Publicação: DEJT 05/11/2018).

Como as ementas mencionam, os direitos individuais homogêneos são uma categoria de direitos coletivos. Eles abrangem o direito de mais de uma pessoa e por este motivo, possuem o requisito essencial para o ajuizamento da ação civil pública, que se traduz na defesa da coletividade.

Coerente é a admissibilidade da ação para todas as hipóteses de direitos individuais homogêneos, uma vez que segundo o art. 91³ do Código de Defesa do Consumidor, quem possui legitimidade ativa (o que ainda será visto neste trabalho), está autorizado a propor ação civil coletiva para os casos de danos individualmente sofridos.

Além disso, nos termos da Súmula n.º 601, STJ, o Ministério Público detém legitimidade para defender direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores, ainda que decorrerem da prestação de serviços públicos.

Buscar a defesa dos interesses individuais homogêneos é um meio de eliminar mais rapidamente conflitos de origem e garantir a satisfação do interesse social, fatos que são compatíveis com a atuação do órgão ministerial (ALMEIDA, 2003, p. 494).

Com a permissão para o Ministério Público ajuizar ação civil pública para todas as hipóteses de interesses, consagra-se o direito de acesso à justiça para a coletividade, já que a partir da propositura da demanda, um número determinado de pessoas terá o seu direito analisado e em sendo o caso, concedido.

Mas, é importante que a seguinte ressalva seja feita: para as hipóteses que envolvam o direito de um cidadão apenas (direito individual, o qual não possui o mesmo significado de direito individual homogêneo, devido à ausência de origem comum que interligue o direito de mais de um indivíduo), a ação civil pública não será cabível, visto a ausência de interesse coletivo a ser defendido.

³ Art. 91. Os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes.

4. LEGITIMIDADE ATIVA (CAPACIDADE PARA FIGURAR NO POLO ATIVO) DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

O Ministério Público possui legitimidade para propor a ação objeto de estudo. Mas, além dele, há outros legitimados ativos. Estes encontram-se enumerados no art. 5º da Lei n.º 7.347/1985. De acordo com o seu texto, podem figurar no polo ativo da ação civil pública, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, a autarquia, a empresa pública, a fundação ou a sociedade de economia mista e a associação que esteja constituída há pelo menos um ano e tenha por finalidade alguma das mencionadas no art. 5º, inc. V, alínea “b”⁴ da Lei n.º 7.347/1985.

Como exhibe Hugo Nigri Mazzilli (2006, p. 56), o motivo pelo qual a legitimidade ativa poderia ter natureza jurídica ordinária seria o fato das associações defenderem interesses próprios (de seu estatuto) ou quando o Estado defende objetos de seu interesse, atribuindo por vezes penas mais severas de acordo com os bens que pretende melhor proteger.

A doutrina majoritária se posiciona no sentido de que a legitimidade possui natureza extraordinária, devido ao fato de o legitimado atuar em nome próprio, pleiteando direito alheio, hipótese clara de substituição processual (art. 18, CPC/2015).

Após analisar o rol de legitimados, verifica-se que a pessoa física não possui poder para figurar no polo ativo da ação civil pública, mas, nos moldes do art. 6º da Lei n.º 7.347/1985, ela poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, concedendo-lhe informações acerca de fatos para que este ajuíze a demanda.

Segundo o § 2º, do art. 5º da Lei n.º 7.347/1985, o Poder Público e as associações legitimadas podem se habilitar no processo como litisconsorte de qualquer das partes. E, de acordo com o § 5º do mesmo artigo, admite-se litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados.

Ambas as normas, ao permitir que os legitimados atuem em conjunto, permitem uma melhor defesa aos direitos coletivos.

A lei analisada ainda autoriza, em seu art. 5º, § 6º, que os órgãos públicos legitimados para propor a ação firmem um termo de ajustamento de conduta (TAC), observadas as exigências legais, com a parte causadora do dano, para que esta observe as exigências da lei e em caso do dano já ter sido consumado, que ela o repare.

⁴ Art. 5º (...) b) inclui, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Em razão do mencionado parágrafo nada mencionar acerca da possibilidade de as associações privadas firmarem o TAC, doutrinas divergiam sobre o assunto. Mas, ao julgar a ADPF n.º 165/DF, o Superior Tribunal de Justiça as autorizou a realizarem o termo, uma vez que para o direito privado, é autorizado realizar os atos não proibidos por lei. Veja parte da decisão monocrática, proferida em 15/02/2018:

Nesse ponto, esclareço que a ausência de disposição expressa não afasta a viabilidade do acordo. No meu entendimento, a existência de previsão explícita unicamente quanto aos entes públicos diz respeito ao fato de que somente podem fazer o que a lei determina, ao passo que aos entes privados é dado fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, segundo preconiza o princípio da legalidade (STF. Plenário. ADPF n.º 165/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 15/02/2018).

Uma vez firmado, o documento reveste-se da qualidade de título executivo extrajudicial e pode ser executado quando a obrigação nele estabelecida não for devidamente cumprida.

5. LEGITIMIDADE PASSIVA (CAPACIDADE PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO) DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

No que tange à legitimidade para figurar no polo passivo da ação civil pública, a lei que a disciplina não estabeleceu um rol mencionando quem poderia integrar esta categoria. Desta forma, será legitimado passivo, aquele que causar dano aos bens jurídicos tutelados. Sobre o assunto:

Ação civil pública. Fase. Construção e reforma da estrutura física do CASE/NH. Legitimidade do Estado para figurar no polo passivo. 1. O Estado tem legitimidade para figurar no polo passivo da presente ação pois, embora a Fundação de Atendimento Socioeducativo seja pessoa jurídica de direito privado é mantida pelo Poder Público. (...) (Apelação e Reexame Necessário Nº 70077961464, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 31/10/2018, Data da Publicação: Diário da Justiça do dia 21/11/2018).

Poderão ser réus, pessoas físicas e jurídicas, entre estas, as que possuam personalidade jurídica de direito público ou privado (FACHIN, 2013, p. 338). No julgado acima, constam no polo passivo duas pessoas jurídicas, uma com personalidade de direito privado e a outra com personalidade de direito público.

6. A RELAÇÃO EXISTENTE ENTRE A AÇÃO CIVIL PÚBLICA E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Há relação entre a ação civil pública e os direitos da personalidade? Em outras palavras, é possível haver a proteção dos direitos da personalidade através do ajuizamento de uma ação coletiva (como a ação civil pública)?

A resposta para estas indagações é que há sim a possibilidade de tutela pela proposição desta demanda coletiva.

Os direitos da personalidade podem ser divididos de acordo com a esfera da personalidade que protegem, sendo elas a integridade física; a integridade intelectual e a integridade moral.

No exemplo do rompimento da barragem de Brumadinho, direitos que se relacionam com a integridade física, como o direito à vida e o direito sobre o corpo alheio morto foram desrespeitados, uma vez que a ruptura acarretou em diversas mortes, desaparecimento de corpos de familiares e contaminação do meio ambiente.

Nesta hipótese, houve a transgressão de direitos difusos (um número indeterminado de pessoas foram atingidas em relação ao seu direito à vida digna, devido ao dano ao meio ambiente) e individuais homogêneos (um número determinado de pessoas tiveram danos materiais com a destruição de suas casas e uma porcentagem determinada de familiares não encontraram seus parentes).

Desta forma, vislumbra-se o cabimento da ação civil pública, a qual, como já dito anteriormente, é cabível para os casos de transgressão à direitos difusos e individuais homogêneos.

Além desse, outro exemplo envolvendo direitos coletivos em sentido estrito pode ser citado. Na hipótese de transgressão ao direito de liberdade religiosa durante a contratação de um determinado serviço, ensejando no direito à dano moral coletivo, uma associação (que entre as suas finalidades possui a defesa de interesses religiosos do grupo) pode ajuizar a ação civil pública para requerer o pedido indenizatório.

7. REQUISITO TEMPORAL PRESENTE NO ART. 5º, INC. V, ALÍNEA “A” DA LEI N.º 7.347/1985

Segundo o art. 5º, inc. V, alíneas “a” e “b” da Lei n.º 7.347/1985, as associações podem propor a ação civil pública desde que estejam constituídas há no mínimo um ano e entre as suas finalidades institucionais esteja a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de

grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

A Lei n.º 7.347/1985, que disciplina a ação civil pública, foi publicada no ano de 1985, data anterior à publicação da Constituição Federal de 1988 e do Código de Processo Civil de 2015. Ambos os dispositivos legais possuem como princípio fundamental, o acesso à justiça.

Sabe-se que o direito ao acesso à justiça compreende a possibilidade de a pessoa física ou jurídica acessar o poder judiciário e ver a sua lide solucionada. Mais que isso, pressupõe que esta prestação seja efetiva, adequada e dure um lapso temporal razoável.

Assim, seria razoável e estaria de acordo com os ditames da Constituição atual e do Código que regulamenta o processo civil que as associações apenas sejam legítimas quando forem constituídas há pelo menos um ano?

Para quem defenda a congruência da norma, o prazo mínimo seria como um filtro. Devido ao indivíduo não poder figurar no polo ativo da ação civil pública, pessoas poderiam criar uma associação como um meio para burlar o rol dos legitimados ativos e ajuizar a demanda. Com a norma, apenas associações sólidas ajuizariam a ação.

Por outro lado, há evidente afronta ao princípio do acesso à justiça, não havendo compatibilidade entre o exibido na norma em análise neste tópico e o regramento exposto pela Constituição Federal de 1988 e o Código de Processo Civil de 2015.

Isto porque, segundo a norma vigente, para aquelas instituições que forem sérias, constituídas há seis meses ou trezentos e sessenta dias, se se depararem com um dano individual homogêneo, coletivo ou até difuso a algum dos bens tutelados pelo art. 1º da lei da ação civil pública, elas não possuirão o direito de ingressar com a postulação.

Desta forma, o direito de acessar o judiciário (e obter uma resposta deste) não estará sendo efetivado se a parte que seria legítima após mais algum tempo não conseguir provocar o juízo quando a conduta danosa estiver sendo praticada.

Outra questão relacionada atine ao conteúdo do § 4º do art. 5º da Lei n.º 7.347/1985. De acordo com a sua redação, o lapso temporal de um ano, isto é, o requisito que exige que a associação esteja constituída por pelo menos um ano para que possa ajuizar a ação, poderá ser dispensado caso haja interesse social visualizado pela dimensão ou característica do dano, ou devido à relevância do bem a ser tutelado.

Mas, quando existirá o interesse social ou a relevância do bem jurídico protegido? Esta resposta envolve a análise do caso concreto e a posição do magistrado acerca do assunto, ou seja, abre-se a possibilidade para que entendimentos diversos sejam visualizados.

Deste modo, a norma contida no parágrafo quarto não auxilia no acesso à justiça não efetivado pela alínea “a” do art. 5º, apenas serve para que exista insegurança jurídica para as partes, uma vez que não saberão com precisão se poderão ser dispensadas do requisito da pré-constituição.

8. SUGESTÃO DE REVISÃO DA LEI N.º 7.347/1985 - EXCLUSÃO DA ALÍNEA “A” DO INC. V E DO PARÁGRAFO QUARTO AMBOS DO ART. 5º

O requisito temporal exigido para que as associações possuam legitimidade para propor a ação objeto de estudo fere o princípio do acesso à justiça e a proteção dos direitos da personalidade.

Isto remete à conclusão de que a legislação que disciplina a ação civil pública se encontra desatualizada e em desacordo com algumas normativas (como o princípio do acesso à justiça) presentes em normas mais atuais e de grande relevância como a Constituição e o Código de Processo Civil.

O instituto da ação civil pública é em grande escala utilizada pelo Ministério Público. Mas, devido à importância deste instituto para a defesa dos direitos coletivos, ela deveria ser difundida para o conhecimento da população e a hipótese de ajuizamento pelas associações não deveria exigir aquele prazo mínimo.

Desta forma, o que se recomenda através deste artigo é a retirada do requisito da pré-constituição (o qual exige a constituição há pelo menos um ano) para as associações, por meio da exclusão da alínea “a” do inc. V, do art. 5º da Lei n.º 7.347/1985, com a consequente retirada da norma presente no parágrafo quarto do mesmo artigo, uma vez que possuem intrínseca relação.

O que deve ser mantido é a alínea “b”, do inc. V, do art. 5º (referente às finalidades institucionais que as associações devem ter para que possa ajuizar a ação), pois isso reafirma a seriedade da instituição e a compatibilidade com os bens tutelados pela ação civil pública.

CONCLUSÃO

A ação civil pública é um importante instrumento para a defesa dos interesses coletivos. As associações (pessoas jurídicas de direito privado) estão presentes em variados contextos do território brasileiro, possuindo um relevante papel para a tutela dos direitos coletivos, via ajuizamento da ação objeto de estudo.

Como demonstrado, há a possibilidade da utilização da ação civil pública para a tutela dos direitos da personalidade. Nos exemplos tratados, abordou-se o direito à vida, ao corpo alheio morto e a liberdade religiosa; mas, há uma infinidade de possibilidades atreladas aos direitos da personalidade que podem ser protegidos pelo ajuizamento desta ação, desde que os direitos de uma coletividade (e não de uma pessoa apenas) estejam envolvidos.

A norma legal que regulamenta a ação civil pública foi publicada no ano de 1985 e possui dispositivos não compatíveis com algumas normas redigidas posteriormente. Por este trabalho, foi possível verificar a congruência da existência do requisito de finalidade presente na alínea “b”, inc. V, art. 5º da lei, já que isto auxilia na constatação da seriedade da instituição e da compatibilidade com os objetos tutelados pela ação coletiva.

Por outro lado, exigir que as associações estejam constituídas há pelo menos um ano para que possam figurar no polo ativo da ação coletiva não se encontra compatível com o princípio do acesso à justiça, vislumbrado na Constituição Federal e no Código de Processo Civil em vigor, porque não se afigura razoável que associações sólidas criadas há tempo menor que o exigido, tenham seus direitos violados e não possam postular a ação.

E, a dispensa da pré-constituição presente no § 4º do art. 5º da Lei n.º 7.347/1985 igualmente não consagra o princípio em comento, visto que ao exigir a existência de “interesse social” ou “relevante bem jurídico a ser protegido”, abre-se espaço para diferentes entendimentos acerca da possibilidade ou não da associação ajuizar a demanda.

Ambas as normas citadas (a alínea “a” do inc. V e o § 4º do art. 5º) não garantem uma tutela adequada dos direitos da coletividade (incluindo os da personalidade) porque freiam a aplicação do princípio do acesso à justiça (o qual é verificado tanto pela possibilidade de provocação do Judiciário quanto pela obtenção de uma adequada prestação jurisdicional).

Deste modo, o que se recomenda é a revisão da legislação tratada (Lei n.º 7.347/1985), especificadamente para a exclusão do requisito da pré-constituição para a hipótese da legitimidade ativa das associações (exposta no art. 5º, inc. V, alínea “a”) e, por consequência, a exclusão do parágrafo quarto do mesmo artigo.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo Brasileiro**: Um novo ramo do direito processual. Editora Saraiva, São Paulo, 2003.

MOSCHEN, Valesca Raizer Borges; BARBOSA, Luiza Nogueira. Hacia El Acceso Transnacional a La Justicia: Un Análisis De La Consonancia Entre Los Principios Transjus Y El Código De Proceso Civil Brasileño Cpc/2015. **Revista Jurídica (0103-3506)**, [s. l.], v. 2,

n. 55, p. 77–105, 2019. Disponível em:

<<https://web.a.ebscohost.com/ehost/detail/detail?vid=0&sid=d7cf03a6-920b-4922-bbaf-8eacce3d382%40sessionmgr4006&bdata=Jmxhbm9cHQYnImc2l0ZT1laG9zdC1saXZl#AN=137332444&db=foh>>. Acesso em: 05/10/2019.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 05 de out. de 1988. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10/04/2019.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor.**

Brasília, DF, 11 de set. de 1990. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8078.htm>. Acesso em: 20/04/2019.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.** Brasília, DF, 16

mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>.

Acesso em: 10/04/2019.

_____. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências.** Brasília, DF, 24 jul. 1985. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm>. Acesso em: 05/04/2019.

BRASIL, Isabela Franco Arruda; SOARES, Marcelo Negri. A efetividade dos direitos humanos e da personalidade no cenário internacional envolto pelas relações transnacionais. In: MENEZES, Wagner (Org.). **Direito Internacional em expansão: volume 17.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

COSTA, Jeferson Pedro da; LISBOA, Roberto Senise. A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E SOCIAL. **Information Society and Law Review**, São Paulo, vol. 1. 2019. Disponível em:

<<https://informationsocietyandlaw.files.wordpress.com/2019/06/informationsocietyandlawreview3.0.pdf>>. Acesso em: 05/10/2019.

GURSKI, Bruno César; CALDEIRA, Violeta Sarti; SOUZA-LIMA, José Edmilson de. A Judicialização Da Política Na Tutela Do Direito Ao Meio Ambiente. **Revista Jurídica (0103-3506)**, [s. l.], v. 1, n. 42, p. 419–438, 2016. Disponível em:

<<https://web.b.ebscohost.com/ehost/detail/detail?vid=0&sid=18bed796-5079-4da2-a4da->

f424590e9ec9%40sessionmgr102&bdata=Jmxbmc9cHQYnImc2l0ZT1laG9zdC1saXZI#AN=113852830&db=foh >. Acesso em: 03/10/2019.

DIAS, Adriana Ribeiro; DUARTE, Ricardo Serpe. A LEI 13.146/2015 E AS CONSEQUÊNCIAS DA NOVA CONCEPÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. **Information Society and Law Review**, São Paulo, vol. 1. 2019. Disponível em: <<https://informationsocietyandlaw.files.wordpress.com/2019/06/informationsocietyandlawreview3.0.pdf>>. Acesso em: 05/10/2019.

FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev., e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GARCEZ, Gabriela Soldano; FREITAS, Gilberto Passos de. O Direito Ambiental Como Elemento Integrante do Núcleo do Mínimo Existencial, a Fim de Garantir os Demais Direitos da Personalidade. **Revista Jurídica Cesumar**. V. 14, n. 2 (2014).

GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e Direitos de Personalidade**. Coimbra: Almedina, 2008.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LEMOS, Eduardo Xavier. Reivindicação Coletiva de Direitos, Movimentos Sociais e Repressão: As Greves do ABC como Objeto de Estudo. **Revista Jurídica Cesumar**. V. 15, n. 2 (2015).

LÜCHMANN, Lúcia Helena Hahn. Modelos Contemporâneos De Democracia E O Papel Das Associações. **Revista de Sociologia e Política**, [s. l.], v. 20, n. 43, p. 59–80, 2012. Disponível em: <<https://web.a.ebscohost.com/ehost/detail/detail?vid=0&sid=61b27734-8a9f-4466-aad2-2783f8aee143%40sdc-v-sessionmgr01&bdata=Jmxbmc9cHQYnImc2l0ZT1laG9zdC1saXZI#AN=90657346&db=foh>>. Acesso em: 03/10/2019.

MALUF, Carlos Alberto Dias; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Introdução ao direito civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARTIN, Andréia Garcia; PIAZZA, Marina Silveira de Freitas; MOTA, Keila Martins.

Intolerância às religiões afro-brasileiras no âmbito nacional: um breve estudo de casos concretos e a efetividade da liberdade religiosa. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**. V. 6, n. 2 (2018).

MAZZILLI, Hugo Nigro. Questões polêmicas sobre a ação civil pública. **Revista da Escola Nacional de Magistratura**, v. 1, n. 1, abr. 2006. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/20719/questoes_polemicas_acp.pdf>. Acesso em: 10 de abril de 2019.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código de Processo Civil comentado**. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

NOGUEIRA, Racquel Nagem Daier; BORGES, Márcia Leite. A TETRALOGIA MULTINÍVEL DE UMA SOLUÇÃO PROPORCIONAL: DIREITOS DA PERSONALIDADE X EFICIÊNCIA ENERGÉTICA. **Information Society and Law Review**, São Paulo, vol. 1. 2019. Disponível em: <<https://informationsocietyandlaw.files.wordpress.com/2019/06/informationsocietyandlawreview3.0.pdf>>. Acesso em: 05/10/2019.

ROA, Luiz Arturo Ramirez. Derecho Internacional Ambiental y el Principio de Precaución. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**. V. 6, n. 1 (2018).

RUBIO, David Sánchez; HERRERA FLORES, Joaquín; CARVALHO Salo de. **Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2010.

SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral da personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

A POLÍTICA DA MORTE: UMA ANÁLISE ACERCA DAS CHACINAS OCORRIDAS EM BELÉM DO PARÁ NO ANO DE 2018, SOB O APORTE TEÓRICO DE ACHILLE MBEMBE

Fernando Campos Nazaré¹

Resumo: Este trabalho tem como objetivo levantar reflexões acerca da problemática da Necropolítica como método de biopoder estatal na punição letal e perpétua da classe periférica da sociedade, realizando um diagnóstico basilar sobre conceitos, objetivos e finalidades do estudo sobre a política da morte. Por conseguinte, serão analisados casos concretos, apresentando estatísticas de homicídios da região metropolitana de Belém do Pará na reflexão sobre duas chacinas que ocorreram no ano de 2018 nas zonas periféricas acometidas por grupos de extermínio ligados à agentes de segurança pública. Em paralelo à isso, será utilizado como aporte teórico os estudos acerca da Necropolítica de Achille Mbembe.

Palavras-chave: Necropolítica; Estado; População Periférica; Achille Mbembe.

DEATH POLICY: AN ANALYSIS ABOUT CHACINES OCCURING IN BELÉM DO PARÁ IN 2018, UNDER ACHILLE MBEMBE'S THEORETICAL APPOINTMENT

Abstract: This work aims to raise reflections about the problem of Necropolitics as a method of state biopower in the lethal and perpetual punishment of the peripheral class of society, performing a basic diagnosis about concepts, objectives and purposes of the study on the politics of death. Therefore, concrete cases will be analyzed, presenting homicide statistics from the metropolitan region of Belém do Pará in the reflection on two killings that occurred in the year 2018 in the peripheral zones affected by extermination groups linked to public security agents. In parallel to this, will be used as theoretical contribution the studies about the necropolitics of Achille Mbembe.

Keywords: Necropolitics; State; Peripheral Population; Achille Mbembe.

¹ Graduando em Direito pela Universidade da Amazônia – UNAMA. E-mail: fcdireitoacademico@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

O Estado, ao longo dos tempos históricos de final do período medieval, da modernidade e da pós modernidade, se (re)configurou de diversas formas. Esta estrutura máxima civilizacional foi se modificando e se tornando cada vez mais soberana e interferindo sobremaneira na vida daqueles que devam ser adeptos dessa organização vital da sociedade. O poder estatal, dessa forma, tem toda a legitimidade de dar o direcionamento de todos os setores públicos: como será organizada a saúde e a educação de modo a promover o bem-estar à todas e todos; como implementará os mecanismos de segurança pública diante da possibilidade de violência entre os cidadãos e, nesse sentido, formular normas de conduta social e jurídica de resguardo a paz social, entre outros tantos deveres na qual ao Estado é atribuído. Todavia, esse poder que deveria ser apenas uma responsabilidade de gestacionar positivamente a vida na sociedade vai agir, na realidade, como uma soberania tirana quando também determinará que o bem jurídico-social de maior importância, que é a vida, será 'direito' apenas para alguns.

Entendemos então que, desde a concepção de Estado Moderno, tem-se a ideia de legitimação deste como controlador da vida de seus adeptos. Entretanto, este também será o determinante daquele ser social que não poderá viver e deverá ser sacrificado por conta do atual modelo seletivo sócio-punitivo. Quem deve morrer e quem pode viver? Essa indagação será respondida com base na luta de classes sociais, pois aqueles que detêm o capital financeiro e se assemelham ao padrão europeu de branquitude serão quem deveram viver e, aquele desprovidos de recursos materiais e estigmatizados racialmente serão os mortos pela soberania estatal, que direta ou indiretamente causará a mortalidade de grupos de indivíduos de determinada classe social, a população pobre – e negra.

Levantar reflexões a respeito da problemática da Necropolítica como método de biopoder estatal na punição letal e perpétua da classe periférica da sociedade é, de maneira sucinta, o objetivo e a finalidade deste trabalho de pesquisa, que não pretenderá exaurir na sua conclusão, mas enriquecer os estudos do referido dilema. Num primeiro momento será realizado um diagnóstico basilar sobre conceitos, objetivos e finalidades do estudo sobre a política da morte e como este instrumento utilizado pelo Estado causa a violação do bem jurídico mais importante, a vida. Por conseguinte, serão analisados casos concretos, apresentando estatísticas de homicídios da região metropolitana de Belém do Pará na reflexão sobre duas chacinas que ocorreram no ano de 2018 nas zonas periféricas acometidas por grupos de extermínio ligados à milícias, que têm como integrantes agentes de segurança pública, especificamente policiais civis e militares, que sustentam um estado de exceção. Em paralelo ao estudo prático de tais casos, será utilizado como aporte teórico os estudos acerca da Necropolítica de Achille Mbembe de modo a entender os meandros de toda essa peculiaridade em relação a política da morte.

Por fim, como resposta ao entendimento da complexidade da situação ora debatida entende-se que é necessário resistir de modo a unificar as lutas contra o genocídio da população pobre, compreendendo o recorte de gênero, de raça e de orientação sexual que é recaído àqueles que estatisticamente são os principais alvos desse sistema necropolítico da qual o Estado se apoia para se manter soberano. Resistir como palavra de ordem é trazido pela análise de como as comunidades periféricas se organizam no combate ao seu extermínio e a promoção da paz pública para os seus. Para isso, na conclusão do referido trabalho descreveremos brevemente o que moradores de um bairro periférico do município de Belém têm feito para modificar o olhar em relação a população pobre da cidade, criando um coletivo que tem com objetivo quebrar estereótipos que recaem sobre a pobreza.

2. COMPREENDER O ESTUDO DA NECROPOLÍTICA

O estudo da política da morte tangencia sobre vários conceitos e definições que estão relacionados ao poder, e não qualquer poder, mas aquele que determinará quem vive e quem morre, quem mata e quem deixa viver; como se legitima tal poder supremo? É necessário, num primeiro plano, a demonstração de termos importantes para a análise de um bom estudo sobre vida/morte.

A noção de biopoder, aliado ao de soberania, é a forma insuficiente da contemporaneidade de subjugar a vida ao poder da morte (Mbembe, 2016: 146), ou seja, ter o poder sobre a vida é utilizado para ditar o fim desta. Neste sentido, se há um poder sobre a morte, recorreremos por explicar as noções de necropolítica e necropoder que servem “para explicar as várias maneiras pelas quais, em nosso mundo contemporâneo, armas de fogo são implantadas no interesse de destruição máxima de pessoas e da criação de ‘mundos de morte’”, em que “formas novas e únicas da existência social, nas quais vastas populações são submetidas a condições de vida que lhes conferem o status de ‘mortos-vivos’” (Mbembe, idem)

Michel Foucault (1997) entende que por biopoder tem-se um domínio da vida sobre o qual um determinado poder tomou controle e poderá retirá-la de cena. Para ele a soberania de matar é exercida pelo Estado para que este possa se manter como controlador das “vidas” das pessoas em sociedade. O Estado é quem decide, por meio do biopoder, as pessoas que deveram viver e as pessoas que deveram morrer.

Para Hannah Arendt, “não existem paralelos a vida nos campos de concentração. Seu horror não pode ser inteiramente alcançado pela imaginação, justamente por situar-se fora da vida e da morte” (Arendt, 1996: 444). A autora explica a política da morte por base nos estudos a respeito dos Estados Nazista e Totalitarista que utilizavam campos de

concentração/extermínio para empreender o seu biopoder causando a violência mortal contra o povo judeu.

Chegamos então ao que o historiador camaronês Achille Mbembe compila por meio das expressões de biopoder, estado de exceção, política da morte e necropolítica, o poder da morte e da vida relacionados a soberania de quem exerce tal poder e “pressupõe que a expressão da soberania reside, em grande medida, no poder e na capacidade de ditar quem pode viver e quem deve morrer. Por isso, matar ou deixar viver constituem os limites da soberania, seus atributos fundamentais”. Mbembe conclui que “exercitar a soberania é exercer o controle sobre a mortalidade e definir a vida como a implantação e manifestação de poder” (Mbembe, 2016: 123)

Em Belém do Pará, assim como em outras metrópoles brasileiras, a Necropolítica é empreendida contra a população que fica às margens dos grandes centros urbanos, as periferias. Daí é interessante notar que a capital paraense apresenta especificidades do modo que a política da morte se legitima. Há todo um enredo digno de filmes, com cenário, atores e roteiros originais que acarretaram na retirada da vida, tornando culturalmente únicos os crimes de morte em série nas periferias da Região Metropolitana de Belém.

3. COMPREENSÃO PRÁTICO-TEÓRICA SOBRE A POLÍTICA DA MORTE

3.1 - Taxas de homicídios e os grupos de extermínio

É comumente veiculado em programas policiais de TV pseudojornalísticos inúmeros casos de crimes cometido por pessoas que são referenciadas como inimigos de toda a sociedade, essa é um ideia de que há uma guerra constante entre a “bandidagem” e a polícia. Essa narrativa que visa o lucro causa a luta entre os membros da periferia onde aqueles que se consideram ‘cidadãos-de-bem’ apropriam-se de um discurso ditado pelos soberanos – o Estado e a classe dominante – contra aqueles ‘cidadãos-do-mal’. Ou seja, os detentores da soberania subjagam a população periféricas com auxílio desta para a produção de suas mortes.

Somente no período de 1^o à 8 de janeiro de 2018 foram registradas 118 mortes violentas no estado do Pará, o que ao longo do ano o índice de homicídio aumentou drasticamente. O número total de homicídios no estado, de 1^o de janeiro até dia 6 de novembro, foi de 3.168, segundo dados apresentados pela Secretaria de Estado de Segurança Pública e Defesa Social (Segup) em audiência convocada pela Comissão de Direitos Humanos (CDH), da Assembleia Legislativa do Pará (Alepa). De acordo com estatísticas fornecidas pelo site Justificando, considerando o período entre 8 e 13 de Abril de 2018, os números são

catastróficos, pois a cidade de Belém registrou 72 homicídios, e além disso 22 pessoas (21 presos) foram mortas no presídio de Santa Izabel, região metropolitana. Em outubro, após outra chacina – duas já haviam sido registradas na grande Belém e outra em Pau D’Arco, interior do estado -, contabilizou-se que 10 pessoas são mortas por dia no estado do Pará até aquele momento no ano de 2018. Só a cidade de Belém registrou, segundo dados da Secretaria de Segurança Pública – Segup, 793 homicídios dolosos e em Ananindeua foram 341, o que é desmentido com pesquisas feitas pela Sociedade Paraense de Direitos Humanos – SDDH, que tais números têm uma discrepância de quase 100 mortes à mais do que divulgada pela secretaria, sem contar que não foram contabilizados os registros de mortes cometidos por policiais e agentes de segurança pública que são contabilizados apenas como mortes isoladas em confronto contra a polícia.

Na região metropolitana de Belém inúmeras foram as mortes que acometeram a população paraense, tais mortes foram praticadas das mais diversas formas e com requintes de crueldade ímpares. Analisaremos neste trabalho o modo de matar comumente praticado no estado, principalmente nos centros urbanos da região metropolitana, as chacinas. Foram inúmeras ao longo do ano de 2018, refletiremos sobre duas chacinas que ocorreram em períodos distintos e com similitudes específicas, que causaram grande impacto da forma como a segurança pública, método de proteção do poder público na sociedade, legitima o modo de soberania que empreende socialmente, acarretando num sentimento de medo naqueles que se dispõem a margem da sociedade, a população periférica.

A primeira chacina que será vislumbrada ocorreu no mês de abril do ano em questão em diversos bairros periféricos do município de Belém e em alguns outros municípios contíguos que fazem parte da Região Metropolitana de Belém. A segunda aconteceu em meados do segundo semestre de 2018, mas precisamente no final do mês de outubro numa região periférica com altos índices de criminalidade. É importante destacar, como veremos adiante, que ambas as chacinas ocorreram após a morte de policiais militares, as investigações sempre têm um viés de neutralidade a respeito da participação dos agentes de segurança pública, principalmente policiais e ex-policiais civis e militares, de modo que o inquérito policial tenha uma conclusão exituosa, mas esse método investigacional dá margem a parcialidade e a falta de conclusões concretas e impunidades aos autores dessas mortes.

Adiante, traçarmos uma análise sobre as duas chacinas, destacando pontualidades que serão investigadas com base teórica em Achille Mbembe.

3.1.1 Chacina ocorrida nos dias 09 e 10.Abr.2018

O jornal O Estado divulgou, em seu sítio eletrônico, que em apenas cinco horas, 13 pessoas foram vítimas de execução em sete bairros periféricos de Belém e da cidade de

Ananindeua, na região metropolitana. A sequência de assassinatos, praticada por homens em motocicletas e fortemente armados, foi registrada após a morte de dois policiais militares.

Após apuradas, verificou-se, de acordo com informações do referido jornal, que as séries de mortes tiveram início por volta das 15h30 da segunda-feira do dia 09 de abril de 2018, após ser noticiado a morte dos cabos da Polícia Militar, um assassinado no bairro da Sacramento, periferia de Belém, e outro executado no Bairro do 40 Horas, em Ananindeua. No total, 12 homens e uma mulher, com idade entre 18 e 30 anos, foram mortos.

De se destacar que, segundo informações da Secretaria de Estado de Segurança Pública (Segup), nove das vítimas tinham passagem pela polícia por crimes de tráfico de drogas e atividades afins e por participação em organizações criminosas ligadas à grupos de extermínio.

Pelo que se destaca no parágrafo acima, como um ponto importante desse caso, Mbembe recorre a Hegel para explicar como o sujeito se expõe a morte e assim é conduzido a ela.

Pertinente a um projeto como esse é a discussão de Hegel da relação entre a morte e o “torna-se sujeito”. A concepção da morte, para Hegel, está centrada em um conceito bipartido de negatividade. Primeiro, o ser humano nega a natureza (negação exterioriza da no seu esforço para reduzir a natureza a suas próprias necessidades); e, em segundo lugar, ele ou ela transforma o elemento negado por meio de trabalho e luta. Ao transformar a natureza, o ser humano cria um mundo; mas no processo, ele ou ela fica exposto(a) a sua própria negatividade. [...] É resultado de riscos conscientemente assumidos pelo sujeito. De acordo com Hegel, nesses riscos o “animal” que constitui o ser natural do indivíduo é derrotado. (Mbembe, 2016: 125)

É importante destacar que as vítimas dessa chacina ora descrita eram pessoas, que através das investigações policiais, constatou-se que eram ligadas à algum tipo de fato delituoso que haviam cometido, a maioria por tráfico de drogas (O Estado, 2018). Verificamos, dessa forma, o que Mbembe descrevendo o que Hegel entende em relação a morte e ao torna-se sujeito dessa morte, é que ele ou ela se deixam vulneráveis, sua vida fica exposta e corre os riscos de tê-la ceifada. Entretanto, entender que este sujeito expõe sua vida não por uma simples escolha de indiferença sobre sua vida ou morte, mas sim, por conta de fatores socio-político-econômico que os/as deixam vulneráveis, o que ainda, por suas escolhas, não devam ser justificadas para que este ou esta deva morrer.

Vele dizer que as investigações sobre o caso seguiram sob sigilo policial e judicial, ressaltando que até o momento da finalização deste trabalho não houve uma publicidade sobre as conclusões das investigações e os processos foram arquivados.

3.1.2 Chacina ocorrida no dia 29.Out.2018 (chacina do Tapanã)

No dia 29 de outubro de 2018, no bairro do Tapanã, em Belém, oito pessoas foram mortas e três ficaram gravemente feridas em uma chacina ocorrida em quatro locais diferentes do referido bairro periférico da capital paraense. As vítimas desses crimes de homicídios em série eram todas do sexo masculino, que tinham entre 18 e 22 anos e foram mortos a tiros e, assim como na chacina ocorrida em abril do mesmo ano e já analisada acima, foram alvejados por motoqueiros.

Interessante notar que as mortes ocorreram próximo a residência onde morava um policial militar que havia sido morto cinco dias antes da chacina. Frisar-se-á esse ponto em particular no sentido de que não raramente ocorre tais chacinas após a morte de policiais militares, pois é característica das milícias o se “fazer justiça com as próprias mãos”, uma *contra legis* sobre crimes cometidos contra agentes da segurança pública. Mas de acordo com informações da Secretária de Segurança Pública do Estado do Pará – Segup, não houve ligação entre o massacre com a morte do PM segundo as investigações policiais que seguiram em sigilo.

Segundo foi apurado pelo jornal Diário Online, as vítimas, ao contrário das vítimas da chacina de abril, não haviam nenhuma passagem pela polícia ou respondiam qualquer processo criminal, informação esta que foi confirmada pela Segup. Nesse sentido, diferente do que Hegel assevera, tais sujeitos não se colocaram em situação de morte, mas, como bem pontua Mbembe, “em tais instâncias, o poder (e não necessariamente o poder [o paraestatal também]) continuamente se refere e apela à exceção, emergência e a uma ficcional do inimigo. Ele também trabalha para produzir exceção, emergência e inimigo ficcional”. Ou seja, as pessoas estão a mercê do poder soberano que o Estado tem da vida/morte na sociedade.

4. COMPREENSÃO TEÓRICA SOBRE A POLÍTICA DA MORTE DE ACORDO COM ACHILLE MBEMBE

Cabe, neste momento, uma compreensão universalista a respeito do “direito de matar” a qual os Estados nacionais se legitimam. Para isso, buscamos por uma vertente da sociologia jurídica e de direito internacional dos direitos fundamentais (ou direitos humanos, se levarmos em qual a análise universalista) a partir da filosofia do autor camaronês Achille Mbembe, que traz esclarecimentos ímpares da problemática trazida.

Logo de início, em seu ensaio sobre a Necropolítica ele reflete sobre a singularidade do extermínio dos judeus em campos de concentração e que é um ponto importante de se fazer uma análise sobre a fabricação de mortes a seletas pessoas que estão condicionadas a se desfazerem do direito à vida por conta de uma política estatal cruel e letal. Mbembe

traz à luz como esse grupo social marginalizados – os judeus – quando durante a predominância do Nazismo eram aglutinados nesse lugar extremamente atroz. Trazendo para a realidade belenense, esse lugar de extermínio são as periferias da região metropolitana da capital paraense (locus da pesquisa), que são espaços escassos de saneamento básico, de educação e de saúde eficazes aos anseios dessa população que são pobres e em sua maioria de cor de pele negra.

Por conseguinte, o autor traz a questão da soberania como uma política de biopoder estatal e para isso, recorre a Foucault para explicitar os meandros desse processo tirano do Estado. Dessa forma, Mbembe evidência quando:

Foucault afirma claramente que o direito soberano de matar (*droit de glaive*) e os mecanismos de biopoder estão inscritos na forma em que funcionam todos Estados modernos; de fato, eles podem ser vistos como elementos constitutivos do poder do Estado na modernidade. Segundo Foucault, o Estado nazista era o mais completo exercendo o direito de matar. Esse Estado, afirma ele, tornou a gestão, proteção e cultivo da vida coextensivo ao direito soberano de matar. Por uma extrapolação biológica sobre o tema do inimigo político, na organização da guerra contra os seus adversários e, ao mesmo tempo, expondo seus próprios cidadãos à guerra, o Estado Nazista é visto como aquele que abriu o caminho para uma tremenda consolidação do direito de matar, que culminou no projeto da “solução final”. Ao fazê-lo, tornou-se o arquétipo de uma formação de poder que combinava as características de Estado racista, Estado assassino e Estado suicida. (Mbembe, 2016: 126)

Nesse ínterim, o que nos parece é que os Estados na contemporaneidade tomam como exemplo o Estado nazista de modo a subjugar a vida seus cidadãos, aqueles citados escolhidos por estereótipos criados ao longo de um processo histórico desde a colonização brasileira em que se perdura até os dias atuais um mal de preconceitos e violência gerada pelo poder estatal.

5. CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, faz-se necessário como resposta ao entendimento da complexidade da situação ora debatida entende-se que resistir é fundamental de modo a unificar as lutas contra o genocídio da população pobre, compreendendo o recorte de gênero, de raça e de orientação sexual que é recaído àqueles que estatisticamente são os principais alvos desse sistema necropolítico da qual o Estado se apoia para se manter soberano. Resistir como palavra de ordem é trazido pela análise de como as comunidades periféricas se organizam no combate ao seu extermínio e a promoção da paz pública para os seus.

Essa organização é importante para fortalecer a luta contra qualquer tipo de diminuição dos grupos exterminados pelos Estados Penais. Faremos referência a um

coletivo do bairro Terra Firme, região periférica de Belém, que tem o intuito mudar a forma como o lugar é visto e mencionado nos grandes veículos de comunicação de massa – principalmente aqueles programas policiais que já foram mencionados neste trabalho –, que em sua maioria, através das matérias divulgadas, criminalizam o bairro e seus moradores, o que acaba criando estereótipos de um espaço violento.

Achamos interessante mencionar o referido projeto tendo em vista que o mesmo foi criado após ter ocorrido uma chacina no bairro do Tapanã em 2014, que vitimou vários jovens dessa zona periférica de Belém do Pará – caso recorrente em Belém e que foi a principal abordagem deste trabalho de pesquisa. Seus idealizadores produziram um documentário mostrando a indignação da população periférica em relação às mortalidades de jovens e trazendo a retratação de quatro chacinas ocorridas de 1994 à 2014 na região metropolitana da capital, bem como mostrando as coisas e pessoas boas que fazem parte da periferia belenense. Por meio de produção audiovisual, o coletivo Tela Firme veicula seu material através das redes sociais (YouTube e Facebook), com o intuito de mostrar o que há de bom, os valores da periferia e está em sintonia com os diversos movimentos sociais que atuam na defesa da vida e dos direitos humanos.

Como verificado durante todo o trabalho constatamos que o Estado não cumpre com seu dever de proteger a vida de seus cidadãos e cidadãs, mas é o causador do extermínio daqueles indivíduos em vulnerabilidade social e econômica. O breve relato feito sobre o Projeto Tela Firme nos mostra que em decorrência da indiferença e ação letal do Estado é necessário criar meios para que as populações de áreas marginalizadas se mantenham vivas e criem mecanismos de combate aos preconceitos que sofrem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDDT, Hannah. *The origins of totalitarianism*. New York: Harverst, 1966: 444.

FOUCAULT, Michel. *Discipline and punish: The birth of the prison*. New York: Pantheon, 1977.

MAPA DA VIOLÊNCIA. Atlas da Violência de 2017. Disponível em:
http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=30253.
Acesso em: 15 Ago. 2019.

MBEMBE, Achille. *Necropolítica*. São Paulo: Artes & Ensaios – revista do ppgav/eba/UFRJ, n. 32, dezembro de 2016.

_____. *Crítica da razão negra*. Revisão de L. Baptista Coelho. “Critique de la raison negra”. Paris, traduzido por Marta Lança, Lisboa, 3ª edição, setembro 2014.

_____. The age of humanism is ending. Mail e Guardian, South África. Disponível em <https://mg.co.za/article/2016-12-22-00-the-age-of-humanism-is-ending>. Acesso em: 03.jan.2018.

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: CELERIDADE E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Raíssa Arantes Tobbin¹; Valéria Silva Galdino Cardin²

RESUMO: Este trabalho teve por objetivo analisar o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e o uso da inteligência artificial pelo Poder Judiciário, especialmente diante da busca pela celeridade e da necessária efetivação dos direitos da personalidade. Para tanto, utilizou-se o método teórico, fundamentado em pesquisa e revisão bibliográfica de obras, artigos de periódicos, legislação e doutrina. Como resultado, verificou-se que o IRDR é um campo em expansão, que comporta análises acerca da sua aplicabilidade, eficiência e probabilidade de erro na tentativa do deslinde de casos mediante a detecção de similitudes e da solidificação de teses jurídicas que possam ser aplicáveis a vários casos.

PALAVRAS-CHAVE: Celeridade; Classificação Temática; Similaridade de Decisões.

REPETITIVE DEMANDS RESOLUTION AND ARTIFICIAL INTELLIGENCE: CELERITY AND EFFECTIVENESS OF PERSONALITY RIGHTS

ABSTRACT: This paper aimed to analyze or repetitive demands resolution (IRDR) incidents and use artificial intelligence by the judiciary, especially in the search for speed and the enforcement of personality rights. To do so, use the theoretical method, based on research and literature review of works, journal articles, legislation and doctrine. As a result, it has been found that IRDR is an expanding field that includes analysis of its applicability, efficiency, and probability of error in attempting to exclude cases using a similarity detection and solidification of judicial claims that use multiple cases.

KEYWORDS: Celerity; Thematic Classification; Similarity of Decisions.

¹ Pós-Graduanda em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC MINAS); Graduada em Direito pela Universidade Paranaense (UNIPAR); Graduada em Letras – Português/Espanhol pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG); Advogada no Paraná; E-mail: tobbinraissa@hotmail.com

² Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Lisboa; Doutora e mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP); Docente da Universidade Estadual de Maringá e no Doutorado e Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR); Pesquisadora do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI); Advogada no Paraná; E-mail: valeria@galdino.adv.br

1 INTRODUÇÃO

O uso da inteligência artificial está cada vez mais presente no dia a dia da sociedade pós-moderna e é o domínio dos sistemas de automação e de algoritmos é sinônimo de conhecimento, potencial econômico e agilidade. Prova disso é que as inovações desta seara nas últimas décadas revolucionaram a biotecnologia, a indústria, o mercado de consumo, de trabalho e a educação.

Entretanto, é relativamente recente a utilização da inteligência artificial no âmbito do Poder Judiciário. No Brasil, o uso desta tem sido concebido diante da necessidade de otimização do trabalho judicial, destacando-se o Projeto Victor (Supremo Tribunal Federal); o Projeto Sapiens (Advocacia-Geral da União) e Inova PJe (Conselho Nacional de Justiça). Além disso, a inteligência artificial tem sido utilizada no âmbito do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) que tem por objetivo analisar, selecionar e juntar casos com similitudes e cuja discussão gire em torno de uma única tese jurídica, aplicável a todos os processos.

Neste sentido, a inteligência artificial tem por promessa se tornar um instrumento de suporte às decisões judiciais, visto que permite o alcance de maior eficácia e celeridade acerca da busca, armazenamento e transmissão de informações em relação à análise humana, bem como reduzir os custos operacionais e a falta de pessoal e deficiências do trabalho manual. Acima de tudo, o IRDR objetiva desafogar o contexto das varas e secretarias do Poder Judiciário, que estão abarrotadas de processos e não conseguem atender aos anseios da população ou realizar uma prestação jurisdicional célere e justa.

Diante disso, esse trabalho teve por objetivo analisar o IRDR e a utilização da inteligência artificial pelo Poder Judiciário diante dos paradigmas de busca pela celeridade e da necessária efetivação dos direitos da personalidade, uma vez que um processo que muito se prolongue no tempo acaba por deflagrar os direitos das partes e, de igual modo, é necessário investigar se realmente é possível aplicar uma única tese jurídica a um conjunto de processos, que, apesar de semelhantes, podem possuir peculiaridades e características distintas.

Para tanto, utilizou o método teórico, fundamentado em pesquisa e revisão bibliográfica de obras, artigos de periódicos, legislação e doutrina. Como resultado, verificou-se que o IRDR é um campo em expansão, que comporta análise acerca da sua aplicabilidade, eficiência e probabilidade de erro na tentativa de deslinde de casos mediante a detecção de similitudes e da solidificação de teses jurídicas que possam ser aplicáveis a vários casos.

2 DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

O incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) previsto no Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), busca definir uma tese jurídica comum a diversas ações individuais repetitivas, em prestígio à isonomia e à celeridade. O instrumento propõe, ao invés do julgamento individual e da particularização de cada conflito, “a adoção de técnicas que permitam a resolução da questão de forma concentrada, em um ou alguns julgamentos, com posterior aplicação da tese aos casos seriados”. Em outras palavras, “pretende diagnosticar pretensões isomórficas – processos que contenham estratos de discussão comum”. Assim, é possível suscitar “incidente para instância superior a fim de que se resolva questão comum, a qual será incorporada posteriormente como premissa para a solução de todos os casos individualmente”³.

De acordo com Temer, o IRDM, “em vez de seguir o caminho da apreciação e julgamento individual e particularizado de cada um dos conflitos”, adota “técnicas que permitem a resolução da questão de forma concentrada, em um ou alguns julgamentos, com a posterior aplicação da decisão aos casos seriados”⁴. Isso porque, como explica Silva, enquanto algumas demandas sequer chegam ao Poder Judiciário, “outras entram em massa, asoerbandando de trabalho, dificultando uma prestação jurisdicional efetiva e tornando os recursos materiais e humanos insuficientes”⁵.

Como leciona Freitas, são hipóteses desse fenômeno “as ações de servidores públicos que buscam índices de reposição de perdas funcionais remuneratórias aos índices de 11,98%, 28,86%, 13,23%, 3,17%”, e também as ações civis que tratam de gratificações, como a Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-Administrativa (GDATA), a Gratificação de Desempenho de Atividade da Seguridade Social e do Trabalho (GDASST), a Gratificação de Desempenho do Plano Geral de Cargos do Poder Executivo (GDPGPE), a Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-Operacional em Tecnologia Militar (GDATEM), entre outras que se verificam no cotidiano dos fóruns. Também são exemplos de demandas repetitivas “as ações de correntistas de bancos postulando correção de índices governamentais de contas de poupança, ou de consumidores ou contribuintes

³ TUPINAMBÁ, Carolina. O incidente de resolução das demandas repetitivas na Justiça do Trabalho. **Revista de Processo**, v. 270, p. 151-170, 2017. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/146877/2018_tupinamba_carolina_incidente_resolucao.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 13 set. 2019.

⁴ TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. Disponível em: <https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/fd20fc9c80ffa30146448654427157e6.pdf>. Acesso em: 15 out. 2019.

⁵ SILVA, Larissa Clare Pochmann da. O incidente de resolução de demandas repetitivas: tutela coletiva ou padronização do processo. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, v. 18, n. 32, p. 93-114, dez. 2011. Disponível em: <https://www.jftrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/285-1139-3-pb.pdf>. Acesso em: 15 out. 2019.

contra determinado aumento de prestações” ou tarifas, além de outros tipos de ações de direitos homogêneos, “que levam pessoas ao Judiciário pedindo a mesma coisa a juízes diferentes e/ou em comarcas distintas, com os recursos para tribunais ou órgãos diversos”⁶.

O incidente de resolução de demandas repetitivas é regulado pelo Código de Processo Civil de 2015, entre os artigos 976 a 987. De acordo com o CPC, é cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (art. 976)⁷.

Conforme o §3º do art. 976, “A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado”. Ainda, dispõe o §4º que “é incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva”⁸.

De acordo com o art. 977 e seu parágrafo único, do CPC, “o pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal: I - pelo juiz ou relator, por ofício; II - pelas partes, por petição; III - pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição”. Ainda, “o ofício ou a petição será instruído com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente”⁹.

O julgamento do incidente “caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal”. Além disso, o órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente. (art. 978 e parágrafo único). Nos termos do art. 979 do CPC, “a instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica

⁶ FREITAS, 2014, p. 5 *apud* OLIVEIRA, Vallisney de Souza. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas introduzido no Direito brasileiro pelo Novo Código de Processo Civil. **Revista de Informação Legislativa**, ano 53, n. 210, p. 63-80, abr./jun. 2016. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/210/ril_v53_n210_p63.pdf. Acesso em: 15 out. 2019.

⁷ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 out. 2019.

⁸ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 out. 2019.

⁹ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 out. 2019.

divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça”¹⁰.

Para tanto, os tribunais manterão “banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro”. Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterà, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados, aplicando-se tal contexto ao julgamento de recursos repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário. (art. 979, §§1º, 2º e 3º)¹¹.

Segundo o art. 980 e seu parágrafo único, “o incidente será julgado no prazo de 1 (um) ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus”. E, “superado o prazo previsto no caput, cessa a suspensão dos processos prevista no art. 982, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário”¹².

Nos termos do art. 981, §3º, visando à garantia da segurança jurídica, qualquer legitimado mencionado no art. 977, incisos II e III, “poderá requerer, ao tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário ou especial, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado”¹³.

Ainda, conforme o art. 985 do CPC, julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

- I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;
- II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986¹⁴.

¹⁰ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 out. 2019.

¹¹ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 out. 2019.

¹² BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 out. 2019.

¹³ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 out. 2019.

¹⁴ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 out. 2019.

Os §§ 1º e 2º do art. 985 mencionam que se “não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação”. E, “se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada”¹⁵.

A revisão da tese jurídica firmada no incidente “far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados mencionados no art. 977, inciso III”. E o do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso. (arts. 986 e 987). O recurso “tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida”. Além disso, apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça “será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito”. (§§1º e 2º)¹⁶.

Segundo Tupinambá “em sua modelagem tradicional o processo foi pensado para que houvesse atividade jurisdicional singularizada, individualizando-se uma norma para cada caso”. Por outra perspectiva, é possível afirmar que “o próprio sistema, bem como a estrutura judiciária, não foi organizado tampouco se encontra preparado para receber infinito número de processos similares”, comprometendo-se com desfechos razoáveis que “garantam tratamento isonômico à solução de questões ou conflitos idênticos, conservando-se ambiente de segurança e previsibilidade mínima aos jurisdicionados”¹⁷. Em razão disso, como menciona a autora:

nos últimos anos os processualistas têm tentado resolver o problema da quantidade de processos. Foram diversas as vertentes de ataque. Alguns instrumentos processuais tentaram neutralizar diretamente o volume e a quantidade de processos: filtros de relevância recursal como repercussão geral, súmulas vinculantes, súmulas impeditivas de recurso, improcedência liminar do pedido, etc. Outros, as chamadas vertentes de aglutinação, técnicas conhecidas desde o direito romano com viés de agrupar pretensões num mesmo processo para que sejam resolvidas simultaneamente, deflagrando títulos executivos com condão de solucionar diversas relações jurídicas que se cruzam entre si, podem ser ilustrados por institutos como conexão, continência, cumulação objetiva, cumulação subjetiva (litisconsórcio e intervenção de terceiros). As iniciativas não foram capazes de absorver o cenário de litigiosidade de massa, tampouco têm conseguido conter minimamente o tsunami de litigiosidade que os tribunais

¹⁵ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 out. 2019.

¹⁶ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 out. 2019.

¹⁷ TUPINAMBÁ, Carolina. O incidente de resolução das demandas repetitivas na Justiça do Trabalho. **Revista de Processo**, v. 270, p. 151-170, 2017. p. 151. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/146877/2018_tupinamba_carolina_incidente_resolucao.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 13 set. 2019.

enfrentam atualmente. Nem mesmo a tutela coletiva tem se mostrado de todo efetiva para solucionar os problemas relacionados à litigiosidade de massa. Vários pontos são nefrágicos¹⁸.

Ainda, para Mendes; Temer “o cenário atual da litigância judicial revela uma realidade que clama por soluções urgentes”, uma vez que “o aumento populacional, a ampliação do acesso à informação e à educação, somados ao crescimento e padronização das relações jurídicas, com a distribuição seriada de produtos e serviços, tornou exponencial e uniforme o crescimento dos litígios”. Como consequência deste movimento e, diante da democratização dos regimes políticos e do fortalecimento dos órgãos jurisdicionais, “igualmente exponencial e uniforme vem sendo a busca de soluções para tais conflitos perante o Estado-Juiz”. As demandas levadas à apreciação do Poder Judiciário “passaram a ser isomórficas, criando-se uma terceira categoria de causas, ao lado das demandas puramente individuais heterogêneas e das demandas coletivas propriamente ditas”. Tais casos repetitivos caracterizam-se pela ““identidade em tese, e não em concreto, da causa de pedir e do pedido, associada à repetição em larga escala”,1 constituindo um cenário próprio de litigiosidade de massa”¹⁹.

Ademais, conforme ressaltam os autores, no cenário brasileiro, diversos mecanismos processuais “foram estruturados e inseridos por meio de reformas pontuais em leis extravagantes e no CPC/1973, visando racionalizar e aperfeiçoar o julgamento das causas repetitivas”, tais como:

o incidente de uniformização de jurisprudência (art. 476 do CPC/1973); (b) a possibilidade de suspensão de segurança em liminares (Leis 8.437/1992 e 12.016/2009); (c) a uniformização de jurisprudência em âmbito dos Juizados Especiais Federais (Lei 10.259/2001) e nos Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei 12.153/2009); (d) o julgamento imediato de improcedência em casos idênticos (art. 285-A do CPC/1973); (e) as súmulas vinculantes (art. 103-A da CF/1988); (f) o julgamento de recursos repetitivos por amostragem (arts. 543-B e 543-C do CPC/1973), também expressamente aplicáveis aos recursos de revista, no âmbito da Justiça do Trabalho, por força da Lei 13.015/2014²⁰.

¹⁸ TUPINAMBÁ, Carolina. O incidente de resolução das demandas repetitivas na Justiça do Trabalho. **Revista de Processo**, v. 270, p. 151-170, 2017. p. 151-152. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/146877/2018_tupinamba_carolina_incidente_resolucao.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 13 set. 2019.

¹⁹ MENDES, Aluisio Gonçalves; TEMER, Sofia. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas do Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, v. 243, p. 283-331, maio 2015. p. 2. Disponível em: http://www.tepedino.adv.br/wpp/wp-content/uploads/2018/06/incidente_resolucao_demandas.pdf. Acesso em: 15 out. 2019.

²⁰ MENDES, Aluisio Gonçalves; TEMER, Sofia. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas do Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, v. 243, p. 283-331, maio 2015. Disponível em: http://www.tepedino.adv.br/wpp/wp-content/uploads/2018/06/incidente_resolucao_demandas.pdf. Acesso em: 15 out. 2019.

O IRDM brasileiro foi desenvolvido a partir de inspirações do direito comparado, “especialmente dos institutos alemães, notadamente o instituído pela *KapMug*, como se observa da exposição de motivos da Comissão de Juristas nomeada para elaboração do texto do novo Código”. Inserido no novo Código de Processo Civil, “assumiu características de alguns dos institutos já vigentes sob a égide do CPC/1973, notadamente dos recursos especial e extraordinário repetitivos, adaptando-se à realidade brasileira”²¹.

Como visto, o IRDR tem por promessa diminuir o abarrotamento de processos similares que se encontram perante o Poder Judiciário, possibilitando com que este foque na tramitação e deslinde de casos de maior complexidades e de teses que ainda necessitam de apreciação ou aprimoramento na seara jurídica. Mas do que isso, o IRDR também coloca em discussão os desafios da utilização da inteligência artificial pela Justiça, na tentativa de que a prestação jurisdicional seja célere, eficiente e, ao mesmo tempo, adequada e que contemple as peculiaridades de cada caso e relação entre indivíduos.

3 DO USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PELO PODER JUDICIÁRIO

A inteligência artificial, que atualmente é aplicada em diversos setores de atividade humana, ainda pouco é utilizada no contexto do Poder Judiciário, mesmo diante de suas deficiências em relação à agilidade, celeridade e ao acúmulo de processos e procedimentos.

Além disso, no Brasil ainda é recente a utilização de sistemas de processo eletrônico, que permitam a tramitação, o armazenamento e a consulta de dados de determinado caso no meio virtual. Ou seja, até então, a inteligência artificial era utilizada como instrumento e ambiente de acesso e movimentação processual, de forma que as perspectivas de análise e de exame do contexto fático, a reunião de provas, a busca de legislação, doutrina e jurisprudência ainda eram realizadas somente por servidores, magistrados e advogados.

Entretanto, aos poucos, tal realidade começa a mudar, tendo em vista o aparecimento de programas e sistemas dotados de inteligência para realizar tarefas notadamente humanas de apreciação e valoração de teses e demandas judiciais. Conforme Tomasevicius Filho (2018) a inteligência artificial revolucionou o modo com que dados são coletados e armazenados:

²¹ MENDES, Aluisio Gonçalves; TEMER, Sofia. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas do Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 243, p. 283-331, maio 2015. Disponível em: http://www.tepedino.adv.br/wpp/wp-content/uploads/2018/06/incidente_resolucao_demandas.pdf. Acesso em: 15 out. 2019.

o aumento da capacidade de armazenamento de informações nos servidores das “gigantes da Internet”, a maior velocidade de transmissão e circulação de informações e a mudança dos registros de imagens, de analógicas para digitais, produzidas com qualidade a partir de um telefone celular, deixaram a pessoa humana vulnerável dentro e fora do mundo virtual. Assim, o conceito de privacidade sofreu abalos sensíveis. Tornou-se insuficiente, nos dias atuais, imaginar que o direito à privacidade se restringe à ideia tradicional de invasão de privacidade, sintetizada no “direito de estar só” (“right to be let alone”), concebido por Warren e Brandeis (1890). Antes se invadia a privacidade pela procura de informações ou fatos sobre a vida de uma pessoa. Agora é a própria pessoa, vítima das potenciais ou reais violações à privacidade, que, espontânea e alegremente, fornece esses dados, obtidos por meio de pesquisas em sites de mecanismos de busca, “postagens” nas redes sociais e aplicativos de mensagens, o que permite a formação de “big data” e elaboração de dossiers (“profiling”) completos sobre si mesma. Tem-se ainda a ampliação da coleta de dados dos veículos, equipamentos e aparelhos eletrodomésticos das pessoas, por meio da denominada Internet das Coisas (IoT). (TOMASEVICIUS FILHO, 2018, p. 113).

Segundo Reis; Miranda; Damy, a evolução tecnológica se refere ao entendimento de documentos pela máquina e assim pode ser esquematizada nos seguintes níveis: a) primeiro nível: carrega documentos digitalmente e ativa a pesquisa de texto; b) segundo nível: reconhece cláusulas padrão através de regras e aprendizagem mecânica; c) terceiro nível: localiza padrões a partir de modelos especificamente configurados em cenários isolados; d) quarto nível: identifica padrões e desvios em um nível de cláusula por agrupamento, sugerindo redação alternativa para quaisquer áreas de risco²².

No âmbito jurídico, “as novas formas de tecnologia têm sido aplicadas basicamente na advocacia privada, de que é exemplo o aplicativo Ross, ligado ao sistema Watson da IBM, sendo ainda bastante incipiente sua utilização no Poder Judiciário”. Outra experiência bem-sucedida, nesse terreno, “é o sistema Dra. Luzia, plataforma de inteligência artificial aplicada a execuções fiscais, voltada basicamente a Procuradorias Jurídicas estaduais, por meio da qual se faz peticionamento automático a partir de *machine learning*, assim como gestão de processos jurídicos e acompanhamento de resultados”²³.

Ainda, conforme Hildebrandt, importante considerar que, se as técnicas de IA “são capazes de indicar decisões ou reconhecer textos, falas ou imagens visuais, elas não prescindem do fator humano, necessário para avaliar as respostas, a evolução e a própria disciplina da computação cognitiva”. O ser humano “é quem controla a entrada de dados

²² REIS, Henrique Marcelo Guérin; MIRANDA, Luiz Fernando Prado de; DAMY, Antonio Sérgio Azevedo. A inteligência artificial – IA: à disposição dos operadores do direito. *Revista do Curso de Direito do Centro Universitário Brazcubas*, v. 3, n. 1, jun. 2019. Disponível em: <https://revistas.brazcubas.br/index.php/revdubc/article/view/695/725>. Acesso em: 1 ago. 2019.

²³ FERNANDES *et al.*, 2018 *apud* MAIA FILHO, Mamede Said; JUNQUILHO, Tainá Aguiar. Projeto Vcitor: perspectivas de aplicação da inteligência artificial ao direito. *Revista Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 9, n. 3, p. 219-238, set./dez. 2018. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1587/pdf>. Acesso em: 15 out. 2019.

(inputs) e fornece comentários sobre a precisão dos resultados que as máquinas apresentam”. Em outras palavras, “o ser humano gerencia a informação, produto que se tornou valioso diante das tecnologias disruptivas”²⁴.

A experiência brasileira mais conhecida atualmente acerca da utilização da inteligência artificial pelo Poder Judiciário é o Projeto Victor, desenvolvido pelo Supremo Tribunal Federal em parceria com a Universidade de Brasília (UnB) e que envolve o que se denomina “aprendizado de máquina”. A ferramenta tem por intuito realizar o juízo acerca da repercussão geral no STF, “avaliando a totalidade dos recursos extraordinários e agravos em recursos extraordinários que chegam à Corte, e investigar se cumprem o requisito determinado pelo art. 102, § 3º, da Constituição Federal, ou seja, se vinculam a algum tema de repercussão geral”²⁵, atuando, portanto, no controle de constitucionalidade difuso da Corte.

Conforme Maia Filho; Junquillo observam, considerando que a maior parte dos assuntos que chegam ao STF “já passou pelo crivo do duplo grau de jurisdição, passou-se a considerar que, se determinada questão não possuísse relevância social, política, econômica ou jurídica que transcendesse os interesses subjetivos da causa, inexistiria interesse público em discuti-lo”. Os autores explicam como se deu o projeto:

Após o estudo dos dados das repercussões gerais para estruturação e preparação para treinamento dos modelos de aprendizado de máquina supervisionados e não supervisionados, o projeto desenvolverá pesquisa dos possíveis algoritmos e estratégias de treinamento mais eficientes para o contexto estudado, englobando redes neurais artificiais profundas, para, em seguida, realizar a prototipação e treinamento dos algoritmos escolhidos, incluindo a sua avaliação. A etapa seguinte consiste na preparação da arquitetura de comunicação para classificação de processos em tempo real, juntamente com a interface de registro de possíveis erros nas respostas dos modelos e a implantação do módulo dos modelos de classificação de *machine learning* treinados²⁶. O uso de métodos de *machine learning* em contexto jurídico é experiência inovadora e configura tecnologia ainda pouco pesquisada, o que torna o projeto uma iniciativa pioneira e de importância fundamental para o Judiciário, por envolver esforços comuns de distintas áreas do

²⁴ HILDEBRANDT, 2018 *apud* MAIA FILHO, Mamede Said; JUNQUILHO, Tainá Aguiar. Projeto Victor: perspectivas de aplicação da inteligência artificial ao direito. **Revista Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 9, n. 3, p. 219-238, set./dez. 2018. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1587/pdf>. Acesso em: 15 out. 2019.

²⁵ MAIA FILHO, Mamede Said; JUNQUILHO, Tainá Aguiar. Projeto Victor: perspectivas de aplicação da inteligência artificial ao direito. **Revista Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 9, n. 3, p. 219-238, set./dez. 2018. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1587/pdf>. Acesso em: 15 out. 2019.

²⁶ SILVA, 2018 *apud* MAIA FILHO, Mamede Said; JUNQUILHO, Tainá Aguiar. Projeto Victor: perspectivas de aplicação da inteligência artificial ao direito. **Revista Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 9, n. 3, p. 219-238, set./dez. 2018. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1587/pdf>. Acesso em: 15 out. 2019.

conhecimento em prol da modernização e melhoria da eficiência da prestação jurisdicional²⁷.

O Projeto Victor foi desenvolvido para possibilitar “a construção dos modelos de classificação de aprendizagem automática”. Nesse sentido, propicia a compreensão acerca: a) dos litigantes mais frequentes que chegam ao STF; b) dos temas de repercussão geral que têm maior volume de processos vinculados e, conseqüentemente, dos temas recentes que cumprem com maior eficácia os objetivos da repercussão geral; c) de quais questões constitucionais estão sofrendo maior judicialização; d) de eventuais casos excepcionais que são reiterados e similares (podendo formar precedentes), mas ainda não se enquadram em algum tema atualmente existente. Possibilita-se, dessa forma, o diagnóstico atual da repercussão geral, o que potencializa a melhoria no manejo desse importante instrumento²⁸.

No âmbito do Poder Judiciário brasileiro também se destacam os projetos Sapiens (Advocacia-Geral da União)²⁹ e o Inova PJe, esforço do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para a implementação da plataforma Sinapses como um espaço de colaboração entre os tribunais. Além disso, a Portaria CNJ nº 25/2019 contempla a possibilidade de análise de similitude de decisões e exame de demandas repetitivas³⁰. Neste contexto, o IRDR também tem potencial para permitir a redução do tempo de duração dos processos.

4 CELERIDADE E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A grande questão que se mostra atual em relação ao incidente de resolução de demandas repetitivas é se é realmente possível analisar uma multiplicidade de casos com base em apenas uma única tese jurídica, e se casos similares seriam realmente iguais ou comportariam peculiaridades, que os distanciaria de uma possível análise coletiva e não individual.

²⁷ MAIA FILHO, Mamede Said; JUNQUILHO, Tainá Aguiar. Projeto Victor: perspectivas de aplicação da inteligência artificial ao direito. **Revista Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 9, n. 3, p. 219-238, set./dez. 2018. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1587/pdf>. Acesso em: 15 out. 2019.

²⁸ MAIA FILHO, Mamede Said; JUNQUILHO, Tainá Aguiar. Projeto Victor: perspectivas de aplicação da inteligência artificial ao direito. **Revista Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 9, n. 3, p. 219-238, set./dez. 2018. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1587/pdf>. Acesso em: 15 out. 2019.

²⁹ AGU - Advocacia-Geral vai utilizar ferramenta com inteligência artificial e automação de processos em todo o Brasil. **Síntese**, 12 jun. 2013. Disponível em: http://www.sintese.com/noticia_integra_new.asp?id=269117. Acesso em: 15 out. 2019.

³⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Inovações em Inteligência Artificial para o PJe são apresentadas no CNJ**. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/inovacoes-em-inteligencia-artificial-para-o-pje-sao-apresentadas-no-cnj/>. Acesso em: 15 out. 2019.

Além disso, é importante investigar se, em nome da celeridade, não se estaria deixando o correto e maduro exame de cada caso, que antes era examinado pelo juiz e, na perspectiva da inteligência artificial, passaria a ser verificado por sistemas e programas de computação. Isto é, é possível aplicar cada vez mais o incidente de demandas repetitivas em nome do desabarrotamento de varas e secretarias? A celeridade coaduna e se relaciona com a necessária efetivação dos direitos da personalidade do indivíduo? Ainda, a sociedade encarará com bons olhos a análise de casos por máquinas? Ou todo indivíduo espera da Justiça uma prestação individual e efetuada por um ser humano, no caso, um juiz?

Como pontuam Maia Filho; Junquilha, “o processo de redemocratização vivenciado a partir de 1985 e a promulgação da Constituição de 1988 tiveram um impacto positivo no sentido de estimular os indivíduos e os grupos sociais a reivindicar seus direitos e garantias”. Entretanto, por ser uma Constituição “analítica e prolixa, que trata de matérias relacionadas a praticamente todas as áreas jurídicas, a Carta de 1988 acabou por gerar uma excessiva judicialização das relações sociais”³¹.

De acordo com o que leciona Luís Roberto Barroso, (2008), a consequência é que “os órgãos do Poder Judiciário, aí incluído o Supremo Tribunal Federal, foram chamados a dar a última palavra em temas os mais variados, que envolvem direitos fundamentais, políticas públicas, regimes jurídicos dos servidores, sistema político e inúmeras outras questões de menor destaque”. Essa expansão do papel do Judiciário, notadamente do STF, “teve como consequência o aumento exponencial do volume de processos entrantes no sistema judicial”³².

Para Maia Filho; Junquilha, a inteligência artificial poderá, em relativo espaço de tempo, representar um instrumento de suporte e apoio às decisões judiciais, “permitindo maior eficácia na transmissão das informações, expondo analogias e contradições que seriam difíceis de identificar se os dados fossem analisados de forma manual ou separadamente”. Sua adoção facilitará sobremaneira “a interação entre o juiz que analisa o contexto do processo e os dados apresentados pelo instrumental tecnológico. Será mais fluido e fidedigno o trabalho de selecionar a legislação e a jurisprudência aplicável,

³¹ MAIA FILHO, Mamede Said; JUNQUILHO, Tainá Aguiar. Projeto Vctor: perspectivas de aplicação da inteligência artificial ao direito. **Revista Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 9, n. 3, p. 219-238, set./dez. 2018. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1587/pdf>. Acesso em: 15 out. 2019.

³² BARROSO, 2008 *apud* MAIA FILHO, Mamede Said; JUNQUILHO, Tainá Aguiar. Projeto Vctor: perspectivas de aplicação da inteligência artificial ao direito. **Revista Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 9, n. 3, p. 219-238, set./dez. 2018. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1587/pdf>. Acesso em: 15 out. 2019.

auxiliando sobremaneira o processo de fundamentação da decisão a ser tomada”³³. Ainda, conforme Maia Filho; Junquillo:

As tecnologias de computação cognitiva são capazes de selecionar e separar milhões de documentos de texto em frações de segundos, reduzindo os custos operacionais envolvidos. Mais que sistemas de pesquisa focados no armazenamento e processamento de dados, essas tecnologias auxiliarão o trabalho de investigação das leis e dos precedentes judiciais, classificando as informações de interesse e indicando soluções mais adequadas, bem como melhores condições ao juiz para, com base em elementos lógicos, decidir ou despachar. No mesmo sentido, permitirão a aceleração das diversas fases do trâmite processual e a superação de deficiências relacionadas ao trabalho manual e à carência de pessoal e de recursos materiais que caracterizam a Administração Pública, como um todo, e o Poder Judiciário em particular. (MAIA FILHO; JUNQUILHO, 2018, p. 232).

Para Tomasevicius Filho, diversos direitos da personalidade podem ser violados pelo uso indevido da inteligência artificial, entre eles, os relativos:

à vida e à integridade física, disposição do próprio corpo em questões relativas à saúde, além da honra, privacidade, imagem e discriminações referentes às identidades pessoais. Pode-se, até mesmo, do ponto de vista retórico, indagar se inteligência artificial e direitos da personalidade representam contradição em termos, tamanha a vulnerabilidade da pessoa em razão do uso inadequado dessas tecnologias³⁴.

Como aponta Doneda, as decisões automatizadas, referentes a um indivíduo determinado “e que se baseiam em um método estatístico para análise de grande volume de dados e informações, podem ter grande impacto sobre os direitos individuais, especialmente no que se refere à autonomia, igualdade e personalidade”³⁵. Tupinambá acrescenta o seguinte questionamento: será que as demandas repetitivas são julgadas em sua plenitude, respeitando o resultado incidente?³⁶ Para a autora, “a sociedade não mais tolera um sistema caracterizado pela multiplicidade dos centros decisórios, sem que se

³³ MAIA FILHO, Mamede Said; JUNQUILHO, Tainá Aguiar. Projeto Veitor: perspectivas de aplicação da inteligência artificial ao direito. **Revista Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 9, n. 3, p. 219-238, set./dez. 2018. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1587/pdf>. Acesso em: 15 out. 2019.

³⁴ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Inteligência artificial e direitos da personalidade: uma contradição em termos? **Revista da Faculdade de Direito da USP**, v. 113, p. 133-149, jan./dez. 2018. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/156553/152042>. Acesso em: 15 out. 2019.

³⁵ DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal. **Pensar: Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 23, n. 4, out./dez. 2018. p. 4. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/8257>. Acesso em: 15 out. 2019.

³⁶ TUPINAMBÁ, Carolina. O incidente de resolução das demandas repetitivas na Justiça do Trabalho. **Revista de Processo**, v. 270, p. 151-170, 2017. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/146877/2018_tupinamba_carolina_incidente_resolucao.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 13 set. 2019.

apresentem mecanismos para tratar de forma isonômica pessoas com situações similares”. O IRDR é “um relevante mecanismo que pode servir ao processo do trabalho de forma ainda mais eficiente do que estruturado para o processo civil”. Mas “é uma primeira reflexão, apenas”³⁷.

Ainda, será que existe o temido risco de substituição do homem pela máquina? Segundo Baker esta predição ainda se mostra distante, uma vez que “a capacidade da computação não está pronta para substituir profissões altamente qualificadas”. Para o autor, os especialistas concordam que por enquanto, a maior contribuição da IA perante o Poder Judiciário ainda é em relação à realização de tarefas rotineiras e repetitivas. Assim, na medida em que “a pesquisa jurídica não é rotineira nem repetitiva, ela ainda está longe, no curto prazo, de ser inteiramente automatizada”. Para o autor, a pesquisa jurídica, por ser altamente sofisticada, possui uma “habilidade que requer um nível de pensamento mais adequado ao cérebro humano”³⁸.

Conforme Sourdin, necessariamente, a inteligência artificial levanta “questões sobre o papel dos tribunais e juízes no futuro”, bem acerca de “como os dados são gerenciados, categorizados e onde e como as funções executivas e judiciais são executadas e separadas”³⁹. Para a autora, “os juízes fazem muito mais do que julgar ou alcançar um resultado em relação a uma disputa. Eles desempenham um papel fundamental no gerenciamento de casos e na solução de disputas civis”. Os comentários judiciais informam como a sociedade pode operar e “muitos juízes também desempenham um papel no sentido educativo, informando litigantes e advogados sobre as abordagens a serem adotadas e também contribuindo para a educação cívica em um nível mais amplo”. Os defensores da opinião de que os juízes podem ser substituídos pela IA estão, sem dúvida, “faltando o ponto em relação ao que os juízes contribuem para a sociedade que se estende além da adjudicação e inclui questões importantes e muitas vezes não examinadas relacionadas ao cumprimento e aceitação do Estado de Direito”⁴⁰.

³⁷ TUPINAMBÁ, Carolina. O incidente de resolução das demandas repetitivas na Justiça do Trabalho. **Revista de Processo**, v. 270, p. 151-170, 2017. p. 169. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/146877/2018_tupinamba_carolina_incidente_resolucao.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 13 set. 2019.

³⁸ BAKER, 2018 apud MAIA FILHO, Mamede Said; JUNQUILHO, Tainá Aguiar. Projeto Vcitor: perspectivas de aplicação da inteligência artificial ao direito. **Revista Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 9, n. 3, p. 219-238, set./dez. 2018. p. 231. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1587/pdf>. Acesso em: 15 out. 2019.

³⁹ SOURDIN, Tania. Judge v Robot? Artificial Intelligence And Judicial Decision-Making. **UNSW Law Journal**, ano 38, v. 41, n. 4, 1114, 2018. Disponível em: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/UNSWLawJl/2018/38.html>. Acesso em: 1 ago. 2019.

⁴⁰ SOURDIN, Tania. Judge v Robot? Artificial Intelligence And Judicial Decision-Making. **UNSW Law Journal**, ano 38, v. 41, n. 4, 1114, 2018. Disponível em: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/UNSWLawJl/2018/38.html>. Acesso em: 1 ago. 2019.

Logo, é visível que a substituição da figura do magistrado e a análise de casos exclusivamente por máquinas ainda, por enquanto, está longe de ser verificada. Entretanto, é notório que como em todas as outras áreas do conhecimento, a tecnologia tem o poder de revolucionar as atividades humanas, aprimorando-as e, em certos casos, regredindo diante do progresso já observado. Portanto, as discussões acerca da inteligência artificial e o Poder Judiciário, bem como a busca pela celeridade e a necessária efetivação dos direitos da personalidade do cidadão são temáticas em voga, que merecem atenção tanto da comunidade científica e jurídica, que deve proclamar os avanços, bem como evidenciar e ponderar os eventuais limites de sua utilização.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O incidente de resolução de demandas repetitivas, mediante a utilização da inteligência artificial, tem por intuito ser instrumento de suporte às decisões judiciais, visto que permite o alcance de maior eficácia e celeridade acerca da busca, armazenamento e transmissão de informações em relação à análise humana. Logo, com ele, é mais ágil a identificação de teses que já foram contempladas pelos tribunais, o que faz com que os operadores do direito tenham mais tempo para trabalhar em questões que envolvem maior complexidade, sem falar que reduz os custos com operacionais e o problema da carência de pessoal, além de contribuir para que as deficiências do trabalho manual sejam superadas.

O IRDR tem o condão, portanto, de proporcionar uma prestação jurisdicional mais justa, próxima do cidadão e capaz de efetivar e garantir os seus direitos fundamentais e da personalidade, que constantemente são violados pela lentidão do curso dos processos e decisões contrárias à jurisprudência sedimentada pelas Cortes Superiores brasileiras. Todavia, este trabalho também constatou que a utilização da inteligência artificial pelo Poder Judiciário ainda é muito recente, sendo que muitos questionamentos ainda persistem acerca do princípio do devido processo legal, da necessidade ou não de análise individual de cada caso e da utilização de sistemas e máquinas para selecionar, juntar e decidir tendo em vista teses já consolidadas.

Logo, visualiza-se que a utilização da inteligência artificial pelo direito é um campo em expansão, que comporta maiores estudos acerca de seus desafios, aplicabilidade, eficiência, celeridade, probabilidade de erro e efetivação dos direitos fundamentais e de personalidade do cidadão, que muitas vezes vê na Justiça a sua última esperança nas instituições democráticas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Inovações em Inteligência Artificial para o PJe são apresentadas no CNJ**. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/inovacoes-em-inteligencia-artificial-para-o-pje-sao-apresentadas-no-cnj/>. Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 out. 2019.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal. **Pensar: Revista de Ciências Jurídicas, Fortaleza**, v. 23, n. 4, out./dez. 2018. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/8257>. Acesso em: 15 out. 2019.

MAIA FILHO, Mamede Said; JUNQUILHO, Tainá Aguiar. Projeto Vcitor: perspectivas de aplicação da inteligência artificial ao direito. **Revista Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória**, v. 9, n. 3, p. 219-238, set./dez. 2018. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1587/pdf>. Acesso em: 15 out. 2019.

MENDES, Aluisio Gonçalves; TEMER, Sofia. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas do Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, v. 243, p. 283-331, maio 2015. Disponível em: http://www.tepedino.adv.br/wpp/wp-content/uploads/2018/06/incidente_resolucao_demandas.pdf. Acesso em: 15 out. 2019.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas introduzido no Direito brasileiro pelo Novo Código de Processo Civil. **Revista de Informação Legislativa**, ano 53, n. 210, p. 63-80, abr./jun. 2016. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/210/ril_v53_n210_p63.pdf. Acesso em: 15 out. 2019.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SILVA, Roberta Zumblick Martins. **Inteligência artificial e o Direito**. Coleção Direito, Racionalidade e Inteligência artificial. Curitiba: Alteridade, 2019.

REIS, Henrique Marcelo Guérin; MIRANDA, Luiz Fernando Prado de; DAMY, Antonio Sérgio Azevedo. A inteligência artificial – IA: à disposição dos operadores do direito. **Revista do Curso de Direito do Centro Universitário Brazcubas**, v. 3, n. 1, jun. 2019. Disponível em: <https://revistas.brazcubas.br/index.php/revdubc/article/view/695/725>. Acesso em: 1 ago. 2019.

SILVA, Larissa Clare Pochmann da. O incidente de resolução de demandas repetitivas: tutela coletiva ou padronização do processo. **Revista da Seção Judiciária do Rio de**

Janeiro, v. 18, n. 32, p. 93-114, dez. 2011. Disponível em:
<https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/285-1139-3-pb.pdf>. Acesso em:
15 out. 2019.

SOURDIN, Tania. Judge v Robot? Artificial Intelligence And Judicial Decision-Making. **UNSW Law Journal**, ano 38, v. 41, n. 4, 1114, 2018. Disponível em:
<http://classic.austlii.edu.au/au/journals/UNSWLawJl/2018/38.html>. Acesso em: 1 ago. 2019.

TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. Disponível em:
<https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/fd20fc9c80ffa30146448654427157e6.pdf>. Acesso em: 15 out. 2019.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Inteligência artificial e direitos da personalidade: uma contradição em termos? **Revista da Faculdade de Direito da USP**, v. 113, p. 133-149, jan./dez. 2018. Disponível em:
<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/156553/152042>. Acesso em: 15 out. 2019.

TUPINAMBÁ, Carolina. O incidente de resolução das demandas repetitivas na Justiça do Trabalho. **Revista de Processo**, v. 270, p. 151-170, 2017. Disponível em:
https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/146877/2018_tupinamba_carolina_incidente_resolucao.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 13 set. 2019.

NOVAS PERSPECTIVAS DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Wesley Xavier Leite¹; Jorge Shiguemitsu Fujita²

Resumo: O objetivo desse artigo é abordar a aplicação do direito ao esquecimento na sociedade e, principalmente, suas novas perspectivas. Todavia, demonstraremos a ponderação quando há uma colisão entre o direito a ser esquecido e as liberdades de informação e expressão que, em virtude de possuírem pesos iguais na Constituição, devem ser solucionados pelo juiz. Entretanto, a análise da aplicação vai ser feita através de casos concretos e o último capítulo demonstrará duas perspectivas de como podem ser usadas, seja uma forma justa, seja uma injusta e, ademais, iremos abordar a relação entre esse direito e a efetivação dos direitos dos transexuais/transgêneros, por fim, como esse direito pode ser usado de forma injusta através de uma lei feita por um legislador. Dessa forma, analisaremos o direito ao esquecimento em contraste com propostas de inclusão e como uma forma de injustiça. Além disso, o artigo abordará os temas por meio de análise da doutrina, legislação e a jurisprudência e, destarte, até mesmo os principais desafios que o direito ao esquecimento deve enfrentar no país.

Palavras-chave: Direito ao Esquecimento. Direito da Personalidade. Ponderação. Conflito.

NEW PERSPECTIVES ON THE RIGHT TO FORGETTING IN THE INFORMATION SOCIETY

Abstract: The purpose of this article is to address the application of the right to forgetting in society and, especially, its new perspectives. However, we will demonstrate the balance when there is a collision between the right to be forgotten and the freedoms of information and expression which, by virtue of having equal weights in the constitution, must be resolved by the judge. However, the analysis of the application will be done through concrete cases and the last chapter will show two perspectives on how they can be used, either fair or unfair and, furthermore, we will address the relationship between this right

¹ Graduando do 2º semestre do Curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU (São Paulo). E-mail: wesleysandrim@email.com Fone: +55 11 94959.5717.

² Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Titular de Direito Civil dos Cursos de Graduação e de Pós-Graduação lato sensu do Curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU (São Paulo). Professor Doutor do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Professor do Curso de Pós-Graduação lato sensu da Faculdade de Direito da Universidade Estadual de Londrina – UEL (PR). Professor do Curso de Pós-Graduação lato sensu da Escola Superior de Advocacia (ESA) da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo. Parecerista, consultor jurídico e advogado. E-mail: jorge.fujita@fmu.br. CV: <http://lattes.cnpq.br/5202705522000286>. <https://orcid.org/0000-0002-0354-8974>.

and the realization of transgender rights. / transgender, finally, how this right can be unfairly used through a law made by a legislator. Thus, we will analyze the right to forgetting in contrast to proposals for inclusion and as a form of injustice. In addition, the article will address the issues through analysis of doctrines, laws and jurisprudence, and thus even the main challenges that the right to forget must face in the country.

Keywords: Right to Forgetfulness. Right of Personality. Weighting. Conflict.

INTRODUÇÃO

Na obra grega “Teogonia”, de Hesíodo, o autor apresenta a origem e a genealogia dos deuses. O poema conta que Gaia e Urano produzem uma numerosa descendência e entre eles estava uma titânide chamada Mnemósine que, no grego, significa “fazer-se lembrar”, ou seja, era a personificação da memória. Sobretudo, memória é a faculdade de reter ideias, sensações, impressões, adquiridas anteriormente³. Em contraposição, no livro, foi apresentado o Lete que significa esquecimento, é um rio do Hades que se alguém beber de suas águas amaldiçoadas ou até mesmo somente tocá-la esquecerá de tudo que já viveu e, entretanto, dentro desse rio havia Náíades, que, na mitologia grega, eram ninfas aquáticas com o dom da cura e da profecia.

De maneira análoga, a memória nos faz lembrar de fatos passados que nos ajudam a compreender e entender o que se passou. Segundo George Santayana⁴, aqueles que não se lembram dos erros do passado estão condenados a repeti-los. Em contexto, o passado é importante para compreendermos sobre fatos que foram ruins ou bons e que, de certa forma, podem ser mudados para que não se repitam e os acontecimentos bons possam ser refeitos. Ademais, o rio Lete se refere ao esquecimento, o qual possui um fator importante na sociedade, visto que é um dom de curar (as Náíades) as sombras do passado que perturbam a pessoa e através do mesmo nos faz ter uma ressocialização.

Sendo assim, o surgimento da *internet* trouxe uma série de transformações na sociedade pós-moderna. Hoje, contudo, o mundo digital tornou-se uma fonte de informações e armazenamento de dados como, por exemplo, registros, fontes, documentos, notícias (pessoais ou históricos), tudo em bancos de dados, nos aparelhos eletrônicos e em diversas outras formas de dispositivos. Assim, tudo que fazemos e produzimos está guardado e sendo exposto neste novo mundo. Porém, com a evolução desse meio, surgiram diversos outros problemas relacionados ao Direito no Brasil. Destarte, os direitos da personalidade têm sido objeto de discussão, pois há uma série de

³ <https://www.dicio.com.br/memoria/>

⁴ George Santayana, pseudônimo de Jorge Agustín Nicolás Ruiz de Santayana y Borrás, foi um filósofo, poeta e humanista espanhol.

colisões entre esses direitos e, principalmente, os fundamentais. Entretanto, nesse artigo observaremos a questão do direito ao esquecimento em discordância aos direitos da personalidade.

Ademais, segundo o Ingo Wolfgang Sarlet⁵, o direito ao esquecimento diz respeito a pretensão das pessoas (sejam físicas ou jurídicas) em que determinadas informações que lhes dizem respeito, ora à imagem ou nome, não sejam divulgadas para impedir o acesso de terceiros a tais informações, tudo de modo a favorecer uma espécie de esquecimento social. É indubitável, portanto, que esse direito colide diretamente com as liberdades de informação, expressão e hoje, principalmente, na sociedade da informação⁶.

É evidente, portanto, que a tecnologia trouxe uma hiperinformatização na sociedade atual, visto que, utilizamos diversas ferramentas de comunicação e informação a todo momento, exemplo dos “smartphones”. Logo, o direito ao esquecimento pode ser prejudicado em questão de segundos, por conta da facilidade de comunicação e, principalmente, pelas diversas formas que as mídias possuem em divulgar uma informação. Todavia, quando uma notícia entra na rede, não há como apagá-la por que há diversos locais de armazenamento e, assim, a notícia torna-se *ad eternum* até cair em esquecimento novamente, mas as suas consequências psicológicas ou morais irão - certamente - continuar. Em suma, iremos abordar problemáticas sobre a ponderação de direitos através de três casos concretos e as novas formas do direito ao esquecimento na sociedade da informação.

Sendo assim, o artigo será dividido em 4 grandes trechos, o primeiro deles é a parcela sobre os conceitos, como, onde surgiu e os aspectos básicos do direito ao esquecimento e, outrossim, na segunda parte iremos compreender onde ocorrem as colisões do esquecimento em relação a outros direitos através de explicações de cada caso que aconteceram no país e no mundo. Ademais, na terceira parte iremos demonstrar as novas perspectivas do direito ao esquecimento na sociedade e como esse direito pode ser usado para propiciar injustiça, através de proposta de lei feita por políticos e, por último, as conclusões sobre este direito.

⁵<https://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direito-esquecimento-anterior-internet>

⁶ O termo sociedade da informação surgiu pela voz do então Presidente da Comissão Europeia, Jacques Delors. A sociedade da informação é constituída em tecnologias de informação e comunicação que envolvem a aquisição, o armazenamento, o processamento e a distribuição da informação por meios eletrônicos, como rádio, televisão, telefone e computadores, entre outros. Essas tecnologias não transformam a sociedade por si sós, mas são utilizadas pelas pessoas em seus contextos sociais, econômicos e políticos, criando uma nova estrutura social, que tem reflexos na sociedade local e global, surgindo assim a sociedade da informação.

1. DIREITO AO ESQUECIMENTO

O direito ao esquecimento tem ganhado evidência no mundo ao longo dos anos, visto que a sociedade tem buscado diversos meios de propagação de informações. Aliás, nos últimos 20 anos, surgiram diversos meios de transmissão de informações como os celulares, computadores, *tablets*, através da *internet*, que se juntaram ao lado de outros meios não tão antigos como rádio, televisão e até os jornais. Sendo assim, emergiu uma questão nova na comunidade: se a pessoa não teria direito a permanecer no anonimato e, ainda mais, se um indivíduo que queria esquecer do seu passado não teria esse direito e, por fim, se houver um cumprimento desse direito para assegurar ao anonimato, principalmente, na questão dos indivíduos que cometeram um crime, não haveria uma violação de direitos como a liberdade de informação, expressão, entre outros.

O Ministro Dias Toffoli, no *REsp. 833.248/RJ*, expende o seu entendimento a respeito do direito ao esquecimento:

O denominado direito a esquecimento (ou “ao esquecimento”, como alguns preferem) pode ser entendido como o direito a ser (ou a voltar a ser) anônimo, ou seja, uma pretensão a anonimato, é o direito a ser deixado em paz, o “direito a estar só”, a não ser lembrado de fatos desagradáveis e a não sofrer consequências negativas de fatos recuados no tempo. Em inglês é identificado como *right to be let alone* (ou *right to be left alone*) ou *right to be forgotten*. Em outras línguas as expressões são semelhantes, como *droit à l’oubli*, em francês, *diritto all’oblio*, em italiano, *derecho al olvido*, em espanhol, etc.⁷

Dessa forma, o direito ao esquecimento é a faculdade do indivíduo a não ser lembrado por informações ou consequências do passado. Portanto, cabe mencionar que esse direito está ligado aos da personalidade que, por sua vez, estão relacionados aos direitos à honra, à vida privada e à intimidade da pessoa e sua família. Todavia, a personalidade é atributo inerente ao homem; não requer o preenchimento de qualquer requisito nem depende do conhecimento ou da vontade do ser humano. Mesmo que o indivíduo não tenha consciência da realidade, é dotado de personalidade, pelo simples fato de ser pessoa (PEREIRA, 2001, p. 142). É notório, portanto, que esse direito é inseparável ao ser humano. Logo, o ordenamento jurídico busca uma forma de regular os direitos da personalidade quando há conflito com outras normas, por exemplo, o direito ao esquecimento, que diverge dos direitos à informação e expressão. Assim, há uma necessidade de regular e ponderar quais direitos devem prevalecer em relação aos outros do ordenamento jurídico.

⁷ Referência sobre o Recurso extraordinário com agravo 833.248/RJ e no portal do STF com os detalhes <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4623869>

1.1. Aspectos Básicos em relação ao Direito de Esquecimento

O surgimento do direito ao esquecimento não possui uma data ou um caso específico. Porém, os primeiros casos a possuírem repercussão internacional sobre o direito a ser esquecido foram os casos “Melvin vs. Reid” e “Leubach”. Destarte, o primeiro caso aconteceu nos Estados Unidos em 1919, onde Gabrielle Darley, prostituta, é acusada e absolvida da prática de homicídio. Entretanto, ela refaz sua vida e abandona a prostituição, de tal forma que casa-se com Melvin e tem filhos. Todavia, as pessoas com quem Gabrielle convive desconhecem o seu passado e, certamente, o caso em que foi acusada e inocentada. Porém, em 1925, Doroty Davenport Reid produziu o filme *Red Kimono*, que divulgava de forma precisa a sua vida e o seu nome verdadeiro. Assim, as pessoas que assistiram ao filme ou receberam as informações, ficaram sabendo do seu passado e, destarte, o fator principal foi o seu nome relacionado ao crime de homicídio. Como resultado, Melvin buscou na justiça uma indenização pela violação à vida privada de sua esposa e de sua família. Em 1931, o Tribunal de Apelação da Califórnia julgou procedente o pedido ao argumento de que uma pessoa que vive uma vida de retidão, independentemente de seu passado, tem o direito à felicidade, na qual se inclui estar livre de desnecessários ataques a seu caráter, posição social ou reputação⁸.

Ademais, o caso mais famoso internacionalmente, ocorreu em 1969 na Alemanha. Por sua vez, o caso é conhecido como “Lebach” que, em síntese, diz respeito a quatro soldados que foram brutalmente assassinados, ficando um quinto soldado gravemente ferido durante um roubo de armas e munições no lugarejo chamado *Lebach*. No ano seguinte, os dois principais acusados foram condenados à prisão perpétua. Um terceiro acusado foi condenado a seis anos de reclusão, por ter ajudado na preparação da ação criminosa e esse, por sua vez, cumpriu integralmente a sua condenação e, antes de sair da prisão, ficou sabendo que uma rede televisiva iria exibir um programa especial do crime no qual mostrariam o nome, imagens dos condenados e detalhes da relação dos sentenciados entre si, incluindo uma história em que eles teriam relações homossexuais (JURISPRUDÊNCIA. STF. ONLINE). Diante disso, ele entrou com uma ação na justiça alemã para inibir a transmissão do programa, pois com a divulgação o autor teria grandes desafios para a sua ressocialização. Entretanto, na justiça ordinária, foi negado o seu mérito e, posteriormente, o seu pedido chegou até o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (TCF), que julgou o caso e dispôs que o direito à informação sobre questões de interesse público merece prioridade em alguns casos. No entanto, o TCF deu procedência ao pedido do autor, visto que a divulgação do material da rede televisiva impediria a

⁸ Referência da cit. REsp Nº 1.334.097 - RJ

ressocialização do indivíduo perante a sociedade. Logo, a ponderação deu prioridade ao direito de personalidade em contraposição à liberdade de informação.

É indubitável que não há consenso no direito ao esquecimento, quando há colisões entre direitos, sendo certo que os tribunais possuem uma jurisprudência que demonstra a confusão que esse direito está trazendo à sociedade. Destarte, decorreram algumas décadas para que casos de direito ao esquecimento chegassem aos tribunais ao redor do mundo. Certamente, a partir da década de 1990 começou efetivamente o aparecimento de casos sobre o direito ao esquecimento, como na França e Bélgica. Ademais, na década de 2000, no Brasil, casos como Aida Curi e Chacina da Candelária ganharam repercussão e, posteriormente, na década de 2010 começaram inúmeros casos ao redor do mundo sobre esse assunto por conta de programas e jornais, mas foi principalmente por conta da *internet*.

É evidente, portanto, que o direito ao esquecimento não é recente, porém, possui uma repercussão atual. Ademais, através da *internet* multiplicaram-se os casos do direito a ser esquecido pelo fato da facilidade de propagação das informações, tornando-os mais evidentes. Logo, por conta da ausência de legislação, foi necessário criar uma doutrina sobre esse tema para que a omissão fosse suprida. Portanto, por meio dos casos que chegaram aos tribunais, houve a criação de uma jurisprudência que iremos visualizar no próximo capítulo.

2. DOCTRINA E LEGISLAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO BRASIL

O direito ao esquecimento no Brasil não possui uma lei infraconstitucional que o regule de forma taxativa, porém, existem legislações de forma implícita, onde há necessidade de interpretação. Ressalte-se o Marco Civil de 2013⁹ trouxe um norteamento quanto esse direito. O Enunciado 531 do Conselho da Justiça Federal diz que a “tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”, com a justificativa de que:

Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como uma parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

⁹ <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>

O Brasil não adotou a pena perpétua na Constituição de 1988¹⁰ (CF 88, art. 5º, XLVII, “b”). Desta forma, o indivíduo que tenha cumprido uma sentença não deve sofrer com as lembranças e consequências do seu passado, uma vez que já foi satisfeita a sua pena de forma integral. Todavia, hoje, as mídias podem divulgar informações sobre o passado através de notícias, documentários ou outras formas de informações e, uma vez gerada a notícia, pode perpetuar a condenação do indivíduo na sociedade, impedindo-o de ressocializar-se, gerando, desta maneira, sua morte social.

Ademais, o direito ao esquecimento está materializado pelos direitos da personalidade, quais sejam, o direito à imagem, à honra, à intimidade e à vida privada. Entretanto, esses direitos estão relacionados ao fundamento da dignidade da pessoa humana, ou seja, o direito ao esquecimento possui uma base implícita no ordenamento jurídico, visto que os direitos da personalidade são invioláveis como dispôs a Carta Mãe¹¹ (CF 88, art. 5º, X).

Por último, segundo o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luis Felipe Salomão¹² (Recurso especial nº 1.335.153 - RJ 2011/0057428-0):

Cabe desde logo separar o joio do trigo e assentar uma advertência. A ideia de um direito ao esquecimento ganha ainda mais visibilidade - mas também se torna mais complexa - quando aplicada à internet, ambiente que, por excelência, não esquece o que nele é divulgado e pereniza tanto informações honoráveis quanto aviltantes à pessoa do noticiado, sendo desnecessário lembrar o alcance potencializado de divulgação próprio desse cyberspaço. Até agora, tem-se mostrado inerente à internet - mas não exclusivamente a ela -, a existência de um "resíduo informacional" que supera a contemporaneidade da notícia e, por vezes, pode ser, no mínimo, desconfortante àquele que é noticiado.

É evidente, portanto, que o advento da *internet* trouxe novos desafios ao direito e, principalmente, em relação ao esquecimento, porquanto notícias circulam a todo momento, em todo lugar, seja nos transportes, em casa, no trabalho e na palma da mão. Assim, em questão de segundos qualquer pessoa no mundo pode saber de uma informação que acabou de ser publicada. Porém, alguém que foi condenado e pagou a sua pena possui um grande desafio caso venha ocorrer uma notícia em relação à sua pessoa. Destarte, de acordo com Flávia Teixeira Ortega, podemos contextualizar através da teoria

¹⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XLVII - não haverá penas: **b) de caráter perpétuo;** (grifo nosso)

¹¹ Art. 5º - **X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas**, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (grifo meu)

¹² <https://www.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj-aida.pdf> > p. 12.

do etiquetamento¹³, pela qual a criminalidade não é uma propriedade inerente a um sujeito, mas uma “etiqueta” atribuída a certos indivíduos que a sociedade entende como delinquentes. Em outras palavras, o comportamento desviante é aquele rotulado como tal. Mas a mídia tem um poder de construção da opinião pública e, mesmo inconscientemente, colabora para que o etiquetamento vire um estigma no indivíduo, visto que a mídia o rotula como criminoso, marginal e isso dito uma vez colabora com a teoria. Dessa forma, o cidadão possui uma tendência a praticar novamente a conduta desviante, razão pela qual podemos observar a importância do direito ao esquecimento na sociedade, seja em razão da ressocialização ou por conta dos direitos da personalidade.

3. O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA JURISPRUDÊNCIA

3.1. Caso Aida Curi

O extinto programa de televisão “Linha Direta” da Rede Globo possuía um roteiro de documentário de histórias de crimes que aconteceram no Brasil. No ano de 2004, foi ao ar um documentário sobre o caso Aida Curi. Sua família entrou na justiça contra a rede Globo sustentando na ação o direito ao esquecimento, de vez que a divulgação desse documentário trouxe de volta as dores do passado.

Com efeito, o caso Aida Curi se refere à morte de Aida Jacob Curi, de 18 anos, ocorrido no dia 14 de julho de 1958 no bairro de Copacabana, Rio de Janeiro. A jovem tinha saído do seu curso de datilografia e foi abordada por um grupo de rapazes. Aida Curi foi levada à força por Ronaldo Castro e Cássio Murilo ao topo do Edifício Rio Nobre, tendo sido ajudados pelo porteiro Antônio Sousa para abusarem sexualmente da jovem. De acordo com a perícia, ela foi submetida a pelo menos trinta minutos de tortura com uma luta intensa contra os três agressores até desmaiar. Em uma busca para encobrir o crime, os agressores atiraram a jovem do prédio, tentando simularem um suicídio, ocasionando sua morte em função da queda (GLOBO. *ONLINE*. REPORTAGEM). Houve três julgamentos. Ao final, Ronaldo Castro foi inocentado da acusação de homicídio, tendo sido condenado apenas por atentado violento ao pudor e tentativa de estupro. O porteiro,

¹³ A Labeling Approach Theory ou Teoria do Etiquetamento Social, é uma teoria criminológica marcada pela ideia de que as noções de crime e criminoso são construídas socialmente a partir da definição legal e das ações de instâncias oficiais de controle social a respeito do comportamento de determinados indivíduos. Segundo esse entendimento, a criminalidade não é uma propriedade inerente a um sujeito, mas uma “etiqueta” atribuída a certos indivíduos que a sociedade entende como delinquentes. Em outras palavras, o comportamento desviante é aquele rotulado como tal. Fonte >
<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/322548543/teoria-do-etiquetamento-social> <

Antônio Sousa, também foi inocentado da acusação de homicídio, mas foi condenado pelas outras acusações. Cássio Murilo na época do crime era menor de idade e, considerado o autor do homicídio, foi encaminhado a um sistema de acompanhamento ao menor.

Em 2011, no Recurso Especial o Ministro do STJ, Luis Felipe Salomão, julgou o caso de Aida Curi com o voto baseado na tese do conflito de normas entre a liberdade de expressão/informação e atributos individuais do ser humano (intimidade, honra e privacidade) que, por sua vez, estavam submetidos ao direito ao esquecimento, entendendo o ministro que esse direito poderia ser uma forma de benefício ao indivíduo visando a esquecer o seu passado. Porém, a antítese do ministro foi a parte chave do voto, traduzida da seguinte forma:

“6. Grosso modo, entre outras assertivas contrárias à tese, afirma-se que: i) o acolhimento do chamado direito ao esquecimento constitui atentado à liberdade de expressão e de imprensa; ii) o direito de fazer desaparecer as informações que retratam uma pessoa significa perda da própria história, o que vale dizer que o direito ao esquecimento afronta o direito à memória de toda a sociedade; iii) cogitar de um direito ao esquecimento é sinal de que a privacidade é a censura do nosso tempo; iv) o mencionado direito ao esquecimento colidiria com a própria ideia de direitos, porque estes têm aptidão de regular a relação entre o indivíduo e a sociedade, ao passo que aquele finge que essa relação não existe - um "delírio da modernidade"; v) o direito ao esquecimento teria o condão de fazer desaparecer registros sobre crimes e criminosos perversos, que entraram para a história social, policial e judiciária, informações de inegável interesse público; vi) ou uma coisa é, na sua essência, lícita ou é ilícita, não sendo possível que uma informação lícita transforme-se em ilícita pela simples passagem do tempo; vii) quando alguém se insere em um fato de interesse coletivo, mitiga-se a proteção à intimidade e privacidade em benefício do interesse público e, ademais, uma segunda publicação (a lembrança, que conflita com o esquecimento) nada mais faz do que reafirmar um fato que já é de conhecimento público; viii) e, finalmente, que programas policiais relatando acontecimentos passados, como crimes cruéis ou assassinos célebres, são e sempre foram absolutamente normais no Brasil e no exterior, sendo inerente à própria atividade jornalística. (Op. Cit. RECURSO ESPECIAL Nº 1.335.153 - RJ (2011/0057428-0))”

Fica evidente, portanto, que no caso de Aida Curi a ponderação favoreceu o interesse geral, visto que é um fato intrínseco na sociedade e que o seu esquecimento acarretaria uma censura na mídia. Ademais, o ministro no seu voto destaca a antítese com diversos problemas do direito ao esquecimento no caso. Enfim, o voto do relator é contrário ao recurso especial, em favor da Rede Globo, fazendo prevalecer o direito à informação e expressão, relevando o interesse público.

3.2. Caso Xuxa Meneghel

Maria da Graça Xuxa Meneghel, conhecida como “Xuxa”, foi uma apresentadora de programas televisivos infantis, que entrou com uma ação na justiça, visando a remover pesquisas relacionadas à busca por “Xuxa pedófila”, via *internet* pelo *GOOGLE SEARCH*, requerendo a retirada de todos os resultados de buscas, como também de suas imagens sem vestes, sob pena de multa. Esse pedido era referente ao filme “Amor, estranho amor”, de 1982, onde Xuxa Meneghel, com 19 anos de idade, fez uma participação, vivendo uma prostituta que tinha um envolvimento sexual com um garoto de 12 anos. A artista nesta época não apresentava programas de televisão para público infantil, o que somente aconteceria a partir de 1983. Esse fator a prejudicou inúmeras vezes. Por esse motivo há muito tempo ela tenta a retirada de informações e a ocultação desse filme, porém o advento da *internet* possibilitou a pirataria do filme e a facilidade de distribuição do filme através de *download* e cenas disponibilizadas na *internet*, superando as diversas dificuldades anteriores para a divulgação por conta de que o filme era distribuído e vendido em fitas VHS.

Xuxa entrou com o pedido por diversas vezes na justiça, mas não obteve êxito. Nesse sentido, em 2011, a Relatora, Desembargadora Valéria Dacheux, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na Apelação Cível nº 0024717-80.2010.8.19.0209, proferiu o seu voto:

“Os provedores de pesquisa virtual não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL. Não está se negando à Autora o exercício do direito ao esquecimento, direito que possui de não permitir que um fato, verídico ou inverídico, ocorrido em determinado momento de sua vida, seja exposto ao público em geral, mas, afastando a responsabilidade da Ré de acordo com o entendimento firmado pelos nossos Tribunais, com base, inclusive, ao direito de informação e na ponderação entre direitos.”

A relatora menciona que o marco civil da internet, na Lei 12.965/2014, dispõe, em sua Seção II, arts. 18, 19, §1º, que “o provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros” e, além disso, “com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de *internet* somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.”

Por conseguinte, seus advogados tentaram recorrer, alegando a violação da Súmula Vinculante 10, do STF. O Supremo Tribunal Federal analisou apenas processualmente o pedido, concluindo:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro Celso de Mello (RISTF, art. 37, II), na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator.

O STF, embora sem adentrar ao mérito do debate, analisou apenas processualmente a questão e negou seguimento à Reclamação 15.955 ajuizada por Xuxa. Em suma, os casos de direito ao esquecimento na *internet* mostram-se muito mais complexos que os outros, porquanto, além de haver diversos entraves entre direitos, não há como retirar resultados de pesquisas e informações, visto que qualquer pessoa pode divulgar a notícia em qualquer momento e o provedor não consegue remover todos os dados por conta da quantidade de publicações, podendo divulgá-los novamente.

3.3. Família Teles vs. Ustra

Maria Amélia de Almeida Teles, conhecida como “Amelinha”, foi militante do Partido Comunista do Brasil (PCdoB), durante a ditadura militar. Ela foi presa em 1972 e levada à Operação Bandeirantes (OBan), onde foi submetida a sessões de torturas que, segundo seu depoimento, foram realizadas, pessoalmente, pelo major do exército Carlos Alberto Brilhante Ustra, então comandante do DOI-CODI (Destacamento de Operações de Informação - Centro de Operações de Defesa Interna) de São Paulo. Seu marido César Augusto Teles e seu parceiro de militância Carlos Nicolau Danielli também foram levados ao órgão de repressão. Amelinha testemunhou o assassinato de Danielli. Seus filhos, Edson e Janaína, com 4 e 5 anos de idade, também foram sequestrados e levados à OBan, onde viram os pais serem torturados.¹⁴

Amelinha ingressou com uma ação declaratória juntamente com os seus filhos, Janaína de Almeida Teles, Edson Luis de Almeida Teles e César Augusto Teles, em face de Carlos Alberto Brilhante Ustra, na qual pretendiam que fosse reconhecida “a existência de relação jurídica entre os autores e o réu, para o fim de declarar que ele, por agir com dolo e cometer ato ilícito passível de reparação, causou danos morais e danos à integridade física” dos quatro autores da ação (fl. 47, e-STJ), ou seja, como Ustra não poderia responder criminalmente por conta da lei da anistia, queriam que ele fosse declarado torturador através dessa ação.

¹⁴ <http://memoriasdaditadura.org.br/biografias-da-resistencia/maria-amelia-de-almeida-teles/>

Todavia, a relatora da ação, a Ministra Nancy Andrighi, no RECURSO ESPECIAL Nº 1.434.498 - SP 2013/0416218-0, dispôs que:

15. Nesse cenário, foi editada a Lei da Anistia, pela qual o Estado simplesmente referendou o pacto celebrado entre as forças ideologicamente conflitantes à época. Não sem dor; não sem sacrifícios; não sem deixar cicatrizes, é verdade; mas deram os brasileiros um passo importante e necessário para romper, definitivamente, com aquele triste passado, para reescrever a história pensando no futuro, na construção de uma sociedade livre e democrática.

16. Então, como fruto da mobilização de diversos segmentos da nossa sociedade, a anistia foi uma bênção para o País, na medida em que nos desarmou, libertando-nos das amarras da vingança, sem o que jamais seria possível recomeçar.

Dessa forma, a Ministra entendeu que a sociedade renunciou ao direito de punir em relação aos militares, visto que foi promulgada a lei da anistia, visando à reconciliação nacional, cessando a ditadura militar que estava instaurada havia anos. Além disso, a relatora ainda acrescentou:

23. É preciso reconhecer, ademais, o direito ao esquecimento dos anistiados políticos – sejam eles agentes públicos, sejam aqueles que lutaram contra o sistema posto –, direito esse que, no particular, se revela como o de não ser pessoalmente responsabilizado por fatos pretéritos e legitimamente perdoados pela sociedade, ainda que esses fatos sobrevivam como verdade histórica e, portanto, nunca se apaguem da memória do povo.

24. Insta ressaltar que o direito ao esquecimento não representa leniência com os crimes cometidos, mas o reconhecimento de que a Lei da Anistia, como pacto social firmado e reafirmado, “confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória – que é a conexão do presente com o passado – e a esperança – que é o vínculo do futuro com o presente –, fez clara opção pela segunda” **(grifo nosso) (idem)**

Portanto, a Ministra Nancy Andrighi entendeu que Ustra possuía o direito de ser esquecido por conta da lei da anistia, porquanto, como ela mesma proferiu, “anistia” vem do grego *amnestía*, do latim *amnesia*, que significa esquecer, perdoar, virar a página. Logo, não havia como julgar procedente a ação declaratória, visto que não tinha o interesse em agir.

Porém, no julgamento, a análise do mérito foi dada em favor dos autores, por 3 votos a favor e 2 contra. Assim, o reconhecimento da tortura foi superior ao direito ao esquecimento, haja vista a relevância do caso, seja por conta da história que marcou o país ou, até mesmo, em razão da tortura que foi praticada contra a senhora Teles. Deste modo, sobre o direito ao esquecimento não há consenso em quais situações ele deva prevalecer. Todos os casos relevantes necessitam de análises minuciosas, não podendo estabelecer uma regra definida para todos. Fica evidente, portanto, que o direito ao esquecimento do Carlos Alberto Brilhante Ustra não pôde ser concretizado, em razão ao valor histórico do

evento e ao fato, principalmente, de ter sido o único meio para que uma parcela de justiça fosse feita, mesmo que pequena.

4. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITOS DA PERSONALIDADE

4.1. Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos que compõem a Constituição Federal. Esse fundamento nos remete a algo de grande valor, um direito que é de suma importância para qualquer pessoa. A dignidade da pessoa humana pertence a cada um e não pode ser perdida ou alienada, pois, deixando de existir, não teria como ser respeitada. Ingo Wolfgang Sarlet descreve esse direito fundamental da seguinte forma:

“[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2001. p. 60)”

É perceptível, portanto, que a dignidade da pessoa humana é um norteador dos demais direitos do nosso ordenamento jurídico. Sendo assim, ela pode ser considerada como qualidade ou valor interior absoluto de cada ser humano que garante os direitos à liberdade, à afirmação, à tutela e à valorização de todas as diferenças de identidade; os direitos sociais à sobrevivência (direitos à saúde e à instrução aos direitos à subsistência e à previdência) e os direitos à redução das desigualdades nas condições da vida (FERRAJOLI, 2011, p. 104)

4.2. Direito à Liberdade de Informação e Expressão

Notadamente, desde o primeiro momento em que o homem passou a viver em sociedade, os seres humanos trocam informações por meio de histórias, desenhos, sinais, etc. É indubitável que os seres humanos buscam diversas formas de propagação de informações. A globalização pela *internet* conectou o mundo todo, sendo certo que hoje os limites territoriais não impedem que as informações cheguem em outros lugares do planeta. As notícias passaram a ser divulgadas em questão de segundos para que o mundo todo veja e ouça. Por conseguinte, a liberdade de informar se traduz pelo direito que a

pessoa tem de informar, de comunicar, enfim, de exteriorizar sua opinião (art. 5º, IV, da CF/1988), logo é a faculdade do indivíduo de expressar as suas liberdades constitucionais.

O conceito e a distinção de liberdade de expressão e informação são bem delineados por Edilson Pereira de Farias (1996, p.128):

A liberdade de expressão e informação hodiernamente é entendida como um direito subjetivo fundamental assegurado a todo cidadão, consistindo na faculdade de manifestar livremente o próprio pensamento, ideias e opiniões através da palavra, escrito imagem ou qualquer outro meio de difusão, bem como no direito de comunicar ou receber informação verdadeira, sem impedimentos nem discriminações.

É relevante a distinção entre liberdade de expressão e informação. O objeto daquela é “la expresión de pensamientos e ideas y opiniones, concepto amplio dentro del que deben incluirse tambien las creencias y juicios de valor”. Esta abarca o direito “de comunicar y recibir libremente información sobre hechos, o tal vez más restringidamente sobre hechos que puedan considerarse noticiables”.

Segundo Chequer (2011, p. 12-17):

liberdade de expressão, em sentido estrito, refere-se a ideias e opiniões e não está necessariamente vinculada à verdade, enquanto que a liberdade de informação tem relevância pública, porque interfere na formação da opinião pública, e, assim, tem compromisso com a verdade. Já a liberdade de imprensa é uma forma de exteriorização das liberdades de expressão e de informação conferidas aos meios de comunicação em geral, abrangendo tanto a liberdade de informação (fatos)”.

É evidente, portanto, que os meios de comunicação possuem uma extrema importância na formação da opinião pública, na medida em que estão condicionados a manifestar opiniões verdadeiras, visando à informação da população. Desse modo, qualquer mínima demonstração de censura à imprensa é combatida pelos mais diversos setores da sociedade.

Ademais, Luís Roberto Barroso destaca a necessidade desta apreciação nos seguintes termos (2010, p. 208):

[...] a liberdade de expressão frequentemente interfere com o direito de privacidade. Como todos os princípios têm o mesmo valor jurídico, o mesmo status hierárquico, a prevalência de um sobre o outro não pode ser determinada em abstrato; somente à luz dos elementos do caso concreto será possível atribuir maior importância a um do que a outro”.

Logo, há uma necessidade de ponderar quando possui embates entre direitos. Uma alternativa surge com a aplicação da preferência de direitos (*preferred of rights*), podendo, assim, o direito ao esquecimento ser efetivado. De acordo com o pensamento de Larenz:

haverão de confrontar-se entre si: de um lado, a importância para a opinião pública do assunto em questão, a seriedade e a intensidade do interesse na informação; de

outro lado, a espécie (esfera priva ou apenas esfera profissional) e a gravidade (modo deformado e injurioso da reportagem) do prejuízo causado ao bem da personalidade. (LARENZ, 1997, p. 39).

Sendo assim, aplicar-se-á o princípio da proporcionalidade, verificando, no caso concreto, quais sacrifícios haverá entre os direitos da personalidade em detrimento ao direito de informação, visando ao caráter individual e ao coletivo (no caso, o interesse público sobre determinado assunto).

4.3. Direito à Honra, à privacidade, e à Intimidade da Pessoa e sua Família

Segundo Anderson Schreiber, a doutrina penalista descreve o direito à honra entre a distinção de (i) honra objetiva, assim entendida a reputação de que goza a pessoa no meio social, e a (ii) honra subjetiva, consubstanciada no sentimento que a própria pessoa ostenta em relação à sua integridade moral (2013, p. 72). De outra parte, a privacidade é o direito que os indivíduos possuem em manter sob exclusivo controle informações sobre sua vida. Entretanto, o direito à privacidade abrange não apenas a proteção à vida íntima do indivíduo, mas também a proteção de seus dados pessoais. Em outras palavras: direito à privacidade hoje é mais amplo que o simples direito à intimidade. Não se limita ao direito de cada um de ser “deixado só” ou de impedir a intromissão alheia na sua vida íntima e particular (SCHREIBER, 2013. p. 136-137). Transcende essa esfera doméstica para alcançar qualquer ambiente onde circulem dados pessoais do seu titular, aí incluídos suas características físicas, seu código genético, estado de saúde, crença religiosa e qualquer outra informação pertinente à pessoa. Nesse sentido, a privacidade pode ser definida sinteticamente como o direito ao controle da coleta e da utilização dos próprios dados pessoais (Idem, 2013, p. 74).

É inegável que os direitos colidentes (imagem, intimidade, vida privada, honra x liberdade de expressão e de informação) são fundamentais, constitucionais e de suma importância para concretização dos direitos básicos das pessoas. Tais características evidenciam a responsabilidade que recai sobre o intérprete que irá solucionar o conflito. E assim buscar a efetivação do direito ao esquecimento em relação aos direitos de imagem, honra e intimidade. Destarte, tornou-se um grande problema a proteção desses direitos atualmente, visto que os avanços tecnológicos resultaram em uma vigilância de 24 horas por dia e as câmeras, satélites, redes sociais, entre outras formas de captação de imagens fizeram esses direitos ser diariamente ultrapassados. Porém, o direito a ser esquecido pela sociedade é de difícil ponderação, haja vista que o direito de informar e expressar é fundamental em uma democracia, no entanto, como nenhum direito é absoluto, cabe ao judiciário analisar cada caso concreto visando à solução do embate através de uma forma mais justa.

5. UMA ANÁLISE DO DIREITO AO ESQUECIMENTO: DESAFIOS E NOVAS PERSPECTIVAS

5.1. Projeto de lei do ex-deputado federal Eduardo Cunha

O direito ao esquecimento pode ser usado para efetivar os direitos de uma classe minoritária ou pode ser usado para promover injustiça. Dessa forma, em 2014, o ex-deputado federal Eduardo Cunha apresentou um projeto de lei que visava à remoção de *links* dos mecanismos de busca da *internet* que fizessem referência a dados irrelevantes ou defasados sobre o envolvido que, todavia, baseava-se no direito ao esquecimento. Por conseguinte, o projeto de lei passou por votação e o ex-deputado Jean Wyllys (PL 7881/2014) descreveu que:

A proposição está inserida no contexto do conflito entre o direito à informação e os direitos da personalidade, tais como a honra, a imagem e a privacidade. O problema é que essas duas categorias de direitos possuem status de tutelas constitucionais e integram os chamados direitos fundamentais, porém os valores que revestem cada um desses dois grupos (direitos da personalidade e liberdade de expressão e comunicação) muitas vezes são opostos. Por mais essenciais que sejam os direitos à liberdade de expressão e de comunicação, por um lado, e os direitos da personalidade, por outro, não deve qualquer deles ser considerado como um direito absoluto. E, ao entrarem em conflito, somente encontram seus limites por meio da técnica de ponderação dos valores em questão.

O direito à informação a um só tempo abrange a garantia de acessar o conteúdo da informação e, aos veículos de comunicação, o direito de difundir-la e repassá-la ao público. De um lado tem-se a liberdade decorrente da livre manifestação do pensamento (art. 5º, IV, da CF), a qual se imbrica diretamente com a liberdade de expressão (art. 5º, IX, CF); de outro, as barreiras entrincheiradas nos direitos da personalidade.¹⁵

Em síntese, o ex-deputado Jean Wyllys baseava o seu voto na colisão entre direitos e, ao final do relatório, rejeitou o projeto de lei, pois, a seu ver, o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) já previa mecanismos para tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente não apenas para os mecanismos de busca, mas para todos os provedores de aplicação da *internet*. O autor, Eduardo Cunha, justificava o seu projeto de lei com base em uma reportagem feita pela rede Globo, na qual diz:

Aprovada em maio na Europa, a chamada “lei do direito de ser esquecido” permite que cidadãos do continente possam pedir a remoção de links dos mecanismos de busca da internet que façam referência a dados “irrelevantes” ou defasados sobre eles. Pois agora, de acordo com o site “The Observer”, a Wikipédia teve o seu primeiro verbete removido devido à nova legislação.

¹⁵ PRL 1 CCULT => PL 7881/2014

O deputado federal Jean Wyllys dizia que o parlamento Europeu possuía um regulamento legal com a garantia a esse direito.

Posteriormente, ele mencionou que na Europa diversos veículos de comunicação estavam alegando que:

[...] “direito ao esquecimento” está sendo preponderantemente utilizado para eliminar links para informações verdadeiras a respeito de práticas criminosas, como, por exemplo, pedofilia, abuso sexual, tentativas de homicídio, fraudes, imperícia médica, estelionatos e golpes.¹⁶

Nessa forma, é notório que esse projeto de lei poderia beneficiar políticos que cometeram crimes no passado, que, após decorrido certo tempo, poderiam pedir a remoção de conteúdos que se tornaram para eles insignificantes através do tempo. Logo, o direito ao esquecimento poderia ser invocado na justiça, trazendo, porém, mais injustiça para a sociedade. O projeto do deputado Eduardo Cunha poderia beneficiar diversos políticos que cometeram ou tiveram os seus nomes envolvidos em crimes no passado, mas as remoções de informações dos políticos criminosos produziriam uma divergência com o interesse público, visto que cabe ao cidadão o direito de saber sobre os fatos passados dos políticos.

5.2. Direito ao Esquecimento: Efetivação dos Direitos dos Transgêneros

O direito ao esquecimento ao longo dos anos passou a ter novas perspectivas e esse novo olhar passou à efetivação dos direitos dos transgêneros na sociedade. De acordo com Jaqueline Jesus (JESUS, 2012, p. 89), os indivíduos transgêneros são:

“aquelas pessoas que vivenciam uma realidade psicossocial que culmina em uma quebra no paradigma binário de gênero. Feito apenas com a finalidade de fundar um conhecimento didático acerca das diversas identidades, essa denominação não é fixa, estagnada e/ ou imutável. Outra das características dos sujeitos transgênero é a sua constante metamorfose, em que há uma recusa pela fixação determinista com base nos padrões normativos de gênero.”

Contudo, o direito ao esquecimento não se limita aos casos de ponderação dos direitos de liberdade de imprensa e informação frente aos direitos de personalidade. Tal direito expandiu-se, beneficiando as pessoas travestis, transexuais e os transgêneros, na medida em que possibilita “[...] um novo começo para aquelas pessoas que resolvem mudar o seu plano existencial, alterando ou adequando a sua identidade pessoal [...]” (MOREIRA; ALVES, 2015, p. 81). Destarte, o direito ao esquecimento em uma nova perspectiva pode promover o bem-estar dessa minoria, pois, como eles têm sofrido

¹⁶ <http://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2017/02/PRL-1-CCULT-PL-7881-2014.pdf>

diversos preconceitos na sociedade e a efetivação dos seus direitos, o direito ao esquecimento pode se efetivar através do esquecimento do seu passado, pois eles podem alterar o seu nome e o seu gênero (com ou sem cirurgia).

Logo, a tutela do direito ao esquecimento pode ser usada quando há uma violação do direito da personalidade do indivíduo que, no caso, gerou um retorno ao passado e causou um dano no presente por conta de informações que deveriam ter sido apagadas, mas foram divulgadas. Outrossim, esse direito pode ser motivado através de informações que desrespeitaram a sua identidade, expondo ao público fatos e imagens sobre o seu gênero inexato nas mídias digitais, visto que são armazenados dados antigos em *sites*, etc.

Entretanto, mesmo com a mudança do seu gênero e nome no registro civil, a pessoa pode sofrer com diversos empecilhos e entre eles está a informação sobre o seu antigo registro disponível na *internet* e a constante lembrança dele. Dessa forma, os bancos de dados na *internet* fornecem eternamente diversas informações. Para dar amparo aos direitos dessa classe, é possível entrar com uma ação na justiça com relação ao direito a ser esquecido por fatos passados e que hoje o prejudicam. Logo, o direito ao esquecimento pode ir além de esquecer algo, mas sim, pode ser usado para efetivar os direitos de pessoas que estão há anos buscando espaço na sociedade e lutando contra as amarras dos preconceitos para ter o direito de todos, no caso, de ser feliz.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O escopo da pesquisa foi traçar as diversas outras formas de utilizar o direito ao esquecimento, além das formas que estão sendo utilizadas como o direito a ser esquecido por fatos passados. Destarte, as formas que o direito ao esquecimento pode moldar são para efetivar alguns direitos e, além disso, pode ser usado de uma forma controversa. Foi perceptível analisar através do artigo que o direito ao esquecimento protege alguns direitos de personalidade que, muitas vezes, confrontam com os direitos de liberdade de informação e expressão.

É evidente, portanto, que o direito ao esquecimento é um poderoso meio para conquistar a justiça e ao mesmo tempo alçar a injustiça, visto que pode ser utilizado das mais variadas formas. O direito a ser esquecido evoluiu através da sociedade da informação, visto que antes era o direito da pessoa de ser esquecido por fatos que aconteceram no passado, como o caso da Aida Curi. Por conseguinte, esse direito passou a ser de desindexação de informações sobre a pessoa na *internet*, visando a remover informações que estão a prejudicar. A nova perspectiva que mais evoluiu foi a efetivação dos direitos das pessoas transgêneros, pois estas podem remover dados sobre a sua vida antes da cirurgia (ou até mesmo sem cirurgia de acordo com a ADI 4275) e, assim,

promover a sua integração na sociedade, a sua felicidade individual e ver respeitado o seu direito à dignidade humana.

Esse direito alcançou novos patamares em relação à efetivação dos direitos dos transexuais, de vez que, após alteração da identidade da pessoa no registro público e, por consequência, nos outros documentos, há uma possibilidade de esquecer todas as informações sobre a sua vida passada que, muitas das vezes, podem trazer dor e sofrimento. Dessa forma, é perceptível como o direito a ser esquecido pode trazer uma dignidade de vida para uma classe de pessoas ou para outras, dependendo da forma que for usada.

Entretanto, uma das diversas formas como esse direito pode ser usado é contraditória, pois houve diversos projetos de lei baseados no direito ao esquecimento, mas no artigo foi visto o projeto de lei proposto por Eduardo Cunha. O projeto do ex-deputado foi barrado não porque pode ser usado de forma contraditória, mas pelo fato de haver um embate com o direito do consumidor. Dessa forma, podemos perceber que o direito a ser esquecido é utilizado das mais diversas formas, cabendo ao legislador garantir um projeto que vise à justiça na sociedade, evitando todos os projetos que busquem a sua utilização de forma ambígua.

O direito ao esquecimento é um avanço na proteção da dignidade da pessoa humana, mas, como os demais direitos fundamentais, não é absoluto, podendo ser restringido em casos de grande repercussão social que construíram a história do país, de modo que é impossível a lembrança do acontecimento sem deixar de lembrar dos nomes dos envolvidos. Assim, há uma necessidade de olhar cada caso concreto de uma forma detida e talvez diferente, buscando construir um Brasil melhor, com os seus direitos sendo respeitados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Rubens Valtecídes e MOREIRA, Rodrigo Pereira. **Direito ao Esquecimento e o Livre Desenvolvimento da Personalidade da Pessoa Transexual**, Revista de Direito Privado | vol. 64/2015 | p. 81 - 102 | Out - Dez / 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Câmara dos Deputados: Projeto de Lei PL 7881/2014**. Autor: Eduardo Cunha. Relator: Jean Wyllys. Disponível em: <
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=621575> >
Acessado em: 27/09/2019.

BRASIL. **Conselho da Justiça Federal, VI Jornada de Direito Civil, Brasília.** Disponível em: < <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142> >. Acesso em: 22/09/2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça STJ - RECURSO ESPECIAL : REsp 1316921 RJ 2011/0307909-6.** Relator: Ministra Nanci Andrichi. Recorrida: Maria das Graças Xuxa Meneguel. Recorrente: Google Brasil Internet LTDA. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22026857/recurso-especial-resp-1316921-rj-2011-0307909-6-stj/inteiro-teor-22026859> > Acessado em: 23/09/2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça STJ - RECURSO ESPECIAL: REsp 1434498 SP 2013/0416218-0.** Relator: Ministra Nanci Andrichi. Recorrente: Calor Alberto Brilhante Ustra. Recorridos: Janaina de Almeida Teles, Edson Luis de Almeida Teles e César Augusto Teles. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/165437937/recurso-especial-resp-1434498-sp-2013-0416218-0/relatorio-e-voto-165437953> > Acessado em: 24/09/2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal (STF). Agravo regimental da Reclamação 15.955,** Rio de Janeiro. Relator: Ministro Celso de Mello. Recorrido: Google Brasil Internet LTDA. Recorrente: Recorrente: Maria das Graças Xuxa Meneguel. em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10241477> > Acessado em: 27/09/2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Boletim de Jurisprudência Internacional.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaInternacional/anexo/BJI5DIREITOAQESQUECIMENTO.pdf> > Acesso em: 22/09/2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário em agravo 833.248/RJ.** Relator: Ministro Dias Toffoli. Agravantes: Nelson Curi, Roberto Curi, Waldir Cury e Maurício Curi Agravada: Globo Comunicação e Participações S/A. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/7/art20160712-11.pdf> >. Acesso em: 21/09/2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário em agravo Nº 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7).** Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Recorrente: Globo Comunicações e participações S/A. Recorrido: Jurandir Gomes de França. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf> >. Acesso em: 21/09/2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário em Nº 1.335.153 - RJ (2011/0057428-0).** Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Recorrente: Globo Comunicações e participações S/A. Recorrido: Nelson Curi e outros. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj-aida.pdf> >. Acesso em: 22/09/2019.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0024717-80.2010.8.19.0209.** Relator: Valéria Dacheux. Apelante: Maria da Graça Xuxa Meneguel. Apelado: Google Brasil Internet LTDA. Disponível em: <
<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000464418ACE030ED63B527CAF48D0DB41A3C50626305033&USER=> > . Acesso em: 24/09/2019.

CHEQUER, Cláudio. **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial *prima facie*:** (análise crítica e proposta de revisão do padrão jurisprudencial brasileiro). Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

FABRIS. Sergio Antônio. **Colisão de Direitos a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem vs. A liberdade de expressão e informação.** 2ed. Porto Alegre: Fabris Editor, 2000.

FARIAS. Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos: a honra a intimidade a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação.** Porto Alegre: Fabris Editor, 1996.

FERRAJOLI. Luigi. **Por uma teoria dos Direitos e dos bens fundamentais.** Tradução Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior e Sérgio Cademortori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos.** 2. ed. Brasília: Autor, 2012.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

ONLINE. **Memórias da Ditadura: Quem foi Amelinha.** Disponível em: <
<http://memoriasdaditadura.org.br/biografias-da-resistencia/maria-amelia-de-almeida-teles/> > Acessado em: 25/09/2019.

ONLINE. **Linha Direta: Aida Curi.** Disponível em: <
<http://redeglobo.globo.com/Linhadireta/0,26665,GIJ0-5257-215780,00.html> > Acessado em: 24/09/2019.

ORTEGA, Flávia Teixeira. **Teoria do Etiquetamento Social.** Artigo, 2016. Disponível em: <
<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/322548543/teoria-do-etiquetamento-social> >. Acesso em: 24/09/2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** 19. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. 1.

SCHEREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

WOLFGANG, Ingo (2015). **Tema da moda, direito ao esquecimento é anterior à internet.** ConJur, 22 de maio de 2015. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direito-esquecimento-anterior-internet> >. Acesso em: 20/09/2019.

O DIREITO À PRIVACIDADE NA ERA DIGITAL

Beatriz Ferraioli Carvalho Leite¹; Jorge Shiguemitsu Fujita²

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo percorrer a chegada da era digital e seus embates com a personalidade civil, sob o enfoque do direito à privacidade. Com o advento das inúmeras tecnologias presentes nos dias de hoje, torna-se custosa a proteção da intimidade das pessoas, levando em conta as infinitas informações dispersas por meio da liberdade de expressão e que por vezes atacam a esfera privada de cada um. Além disso, outro fator que gera confronto com a vida privada, e que será abordado durante o trabalho, é a vedação ao anonimato, visto por muitos como uma interferência ao direito de se preservar, entretanto é necessário discutir se esse pensamento realmente é válido. Para além disso, o artigo busca reconhecer a defesa da vida íntima dentro do âmbito jurídico, através da doutrina, das leis infraconstitucionais e da Magna Carta.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à Privacidade. Era Digital. Liberdade de expressão.

THE RIGHT TO PRIVACY IN THE DIGITAL AGE

ABSTRACT: This study aims to cover the arrival of the digital age and its clashes with the civil personality, under the focus of the right to privacy. With the advent of countless technologies nowadays, it becomes costly to protect people's privacy by taking into account the infinite of informations scattered through freedom of expression and sometimes hurting one's private sphere. Moreover, another factor that generates confrontation with privacy, and which will be discussing during the work, is the prohibition of anonymity, seen by many as an interference in the right to preserve themselves, however it is necessary to discuss whether this thinking is really valid. In addition, the article seeks to recognize the defense of intimate life within the legal framework, by doctrine, infra-constitutional laws and the Brazilian Constitution.

KEYWORDS: The right to privacy. Digital age. Freedom of expression.

¹ Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU (São Paulo). E-mail: biadireitofmu@gmail.com.

² Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.. Professor Doutor do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Professor do Curso de Pós-Graduação lato sensu da Faculdade de Direito da Universidade Estadual de Londrina – UEL (PR). Professor do Curso de Pós-Graduação lato sensu da Escola Superior de Advocacia (ESA) da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo. Parecerista, consultor jurídico e advogado. E-mail: jorge.fujita@fmu.br. CV: <http://lattes.cnpq.br/5202705522000286>. <https://orcid.org/0000-0002-0354-8974>.

INTRODUÇÃO

O direito à privacidade é garantia constitucional, mas também está presente em leis infraconstitucionais como Código Civil ou indiretamente na Lei de Proteção de Dados e no Marco Civil da *Internet*. Assim também é a liberdade de expressão levando em conta a manifestação de pensamentos, a demonstração artística, intelectual entre outras formas.

No mundo globalizado, as conexões estão cada vez maiores através da rede digital fomentada pelas informações divulgadas a cada segundo. Essa nova era proporciona rapidez no fluxo de notícias e maior aquisição de conhecimento, entretanto também pode ser vista de um lado negativo à medida que se proliferam as chamadas *fake news*.

Ao correlacionar ambos os assuntos, interligando a privacidade às novas tecnologias, presencia-se certo conflito entre direitos de personalidade. Tais embates estão em alta e cada vez mais acentuados, de forma a ferir um direito para garantir a proteção de outro.

Desta forma, o artigo tratará deste conflito desde seu início, abordando o advento da era digital e o surgimento da vida privada até o próprio confronto, de forma a entender as maneiras de solucioná-lo.

Será importante considerar primordialmente que nenhum direito pode ser considerado absoluto e nem hierarquicamente superior a outro. Por isso, deve-se entender a aplicação da ponderação de forma a escolher qual será meio mais apropriado para aplicação no caso concreto.

1. SURGIMENTO DA PRIVACIDADE E SUAS APARIÇÕES PELO MUNDO

A divisão entre público e privado surgiu na antiguidade clássica sendo representada, respectivamente, pela *pólis* - esfera pública dos cidadãos - e pelo *oikos* - esfera privada de cada indivíduo (CANCELIER, 2017). Faz-se importante ressaltar que o título de cidadania era algo restrito apenas aos homens brancos que fossem proprietários de terra e maiores de 21 anos, sendo assim partícipes da vida política. Entretanto, essas definições não eram positivadas.

A privacidade manifesta-se na escrita com Samuel Dennis Warren - advogado - e Louis Dembitz Brandeis - juiz da Corte Suprema norte-americana - ao redigirem um artigo contornando o direito à privacidade e dando-lhe caráter jurídico, ao final do século XIX. Antes disso, já ocorreram traços do assunto no livro *Treatise on the law of torts* do juiz da Suprema Corte, Thomas Cooley, a partir da expressão *the right to be let alone* (direito de estar só) (MARTINS; PEREIRA, 2015, p. 90).

A partir dessas primeiras aparições, o termo foi evoluindo nas legislações de diferentes países, como, por exemplo, na jurisprudência francesa, que ocupou espaço no art. 9º do Código Napoleônico, no final do último século. Ou também visto no art. 3º do Código Civil de Québec (1994) que redige sobre os direitos de personalidade. Além disso, há no art. 80 do Código Civil português, de 1996, um resguardo à intimidade e à vida privada, assim como no art. 18 da Constituição espanhola de 1978.

Ademais, de todas as legislações individuais dos países europeus, há a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), que abrange todos os membros da União Europeia, dispendo em seu art. 8º sobre o direito ao respeito pela vida privada e familiar (MARTINS; PEREIRA, 2015, p. 91-92).

No Brasil, há certo resquício de privacidade pela primeira vez em sua primeira Constituição (1824), influenciada por ideais liberais como os de Locke, visto que, em seu artigo 179, é elencado:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte:

[...] VII. Todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel.

[...] XXVII. O Segredo das Cartas é inviolavel. (BRASIL. Constituição 1824)

Como visto, a vida privada é garantida em sua casa e as informações contidas no meio de comunicação mais comum à época - as cartas.

Posteriormente, com a chegada da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, em 1891, o direito à vida privada passa a fazer parte da “Declaração de Direitos” em seu artigo 72, trazendo basicamente o mesmo que a Constituição anterior:

Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade nos termos seguintes:

[...] § 11. A casa é o asylo inviolavel do individuo; ninguem póde ahi penetrar [...]

[...] § 18. E' inviolavel o sigillo da correspondencia. (BRASIL, Constituição 1891).

Em 1916, há o advento da primeira codificação civil brasileira, entretanto, não houve qualquer referência à vida privada.

Nas posteriores Constituições mantêm-se artigos referentes ao direito à privacidade, sendo que em 1937, devido ao autoritarismo no Estado Novo, não há mais menção à inviolabilidade da casa, porém logo ela retornará no texto constitucional de 1946.

Além disso, durante todo o século passado foram necessárias adaptações sociais ao Código Civil de 1916, devido às inúmeras transformações no cenário brasileiro. Em meio à essas adequações, em relação à privacidade como direito de personalidade, publica-se, em

1955, o sétimo volume do “Tratado de Direito Privado”, por Pontes de Miranda, abordando tal assunto e advertindo a falta deles em legislação civil. Como definição a essas garantias:

Direitos de personalidade são todos os direitos necessários à realização da personalidade, à sua inserção nas relações jurídicas. O primeiro deles é o da personalidade em si-mesma, que bem se analisa no ser humano, ao nascer, antes do registro de nascimento de que lhe vem o nome, que é direito de personalidade após o direito de ter nome, já êsse a seu turno, posterior, lógicamente, ao direito de personalidade como tal. (COLOMBO, 2017)

Por fim, surge o Código Civil de 2002, o atual regente, traz em seu Capítulo II, “Dos Direitos da Personalidade”, o seguinte artigo:

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

A partir deste histórico, será possível desenvolver o tema do direito à privacidade, garantia constitucional em cláusula pétrea e também norma infraconstitucional.

2. CONCEITUANDO A PRIVACIDADE

A privacidade é um direito garantido pela Constituição Federal em seu artigo 5º, X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, e no artigo 21 do Código Civil: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

No âmbito civil, essa garantia está dentro dos direitos de personalidade, sendo assim, é “*post mortem*” e “*ad eternum*”, ou seja, perduram após a morte sendo eternos.

É um assunto abordado por diversos autores. Canotilho defende que a privacidade é um espaço que assegura as liberdades do indivíduo em relação ao seus pensamentos, sua cultura e todos os âmbitos passíveis de discussão, de acordo com o seguinte trecho:

Privacidade fomenta e encoraja a autonomia moral do cidadão, assegurando a liberdade de convicção política e de associação, criando espaços para o diálogo cívico e um ambiente de proteção à liberdade de manifestação de pensamento, o que possibilita ao indivíduo contemplar e discutir mudanças políticas, criar contracultura e engajar-se em protestos, bem como desenvolver opiniões sem divulgá-las prematuramente à sociedade, evitando julgamentos antecipados e críticas destrutivas. (CANOTILHO *apud* PICCELLI, 2018, p. 27)

Uma posição interessante sobre o tema é a mencionada por Fernanda Ferrarini G.C. Cecconello ao afirmar que o próprio titular desse direito “pode reduzir a esfera de sua intimidade, seja por dinheiro, por sensacionalismo ou exibicionismo, conjugando fatos privados com os públicos [...] É atitude típica das...artistas..., que clamam para a imprensa noticia-las e, após tornarem-se populares, reclamam a falta de pudor dos *paparazzi*.”. Tal pensamento se faz coerente, haja vista que a privacidade é um direito, e não um dever, há a faculdade pertinente à cada indivíduo (CECCONELLO *apud* TAVARES DA SILVA, 2007, p 30).

Segundo José Afonso da Silva, a privacidade é a faculdade de manter dados ou informações sobre seu exclusivo controle, longe da indiscrição alheia. Em concordância, Costa Andrade acrescenta que seria a prerrogativa de subtrair da observação alheia fatos e eventos de sua vida particular (ANDRADE *apud* MARTINS; PEREIRA, 2005, p. 125).

Ademais, uma ressalva importante é dada por José Adércio Leite Sampaio ao mencionar que o direito à privacidade tem seu fundamento na preservação do direito de liberdade. Tal pensamento se faz coerente, percebendo-se que as decisões em relação à discrição da vida se faz particular a cada um e com direito de escolha através dessa liberdade concebida (SAMPAIO *apud* MARTINS; PEREIRA, 2005, p. 126).

É interessante ressaltar que ao se tratar de vida privada não se abrange apenas o indivíduo, ou pessoa natural, como denominado no direito civil, mas também a pessoa jurídica. Essa questão é dissipada em diferentes artigos de diferentes leis, sendo assim necessária a interpretação, como por exemplo no artigo 150 do Código Penal, que estabelece o crime de violação de domicílio que seria um local de privacidade de um indivíduo ou de um grupo, como visto em seu inciso III, do § 4º, “compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade”.

Também é passível de análise o artigo 5º, XII, da Constituição Federal, que trata da inviolabilidade do sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, sendo assim formas de proteção à privacidade da pessoa natural ou jurídica.

Em seguida, é necessário distinguir os termos privacidade, intimidade e segredo.

A privacidade, como já visto anteriormente, é o direito a preservar informações pessoais de observações alheias. Já a intimidade é uma esfera mais profunda da pessoa, relações mais subjetivas que agregam indivíduos mais próximas. E por fim, o segredo diz respeito aos documentos e informações de vários tipos que devem ser preservados (HIRATA, 2017).

Em relação a isso, há a Teoria das Esferas que determina níveis para cada um dos termos acima. Por conseguinte, a vida privada é a primeira e maior esfera que engloba

todos os outros, seguida pela intimidade como esfera de intermédio e logo ao centro, sendo a de menor alcance, configura-se o segredo.



Fonte: Anotações de Direito, 2016. (HIRATA, 2017)

3. O DIREITO À PRIVACIDADE NAS LEGISLAÇÕES

3.1. A CARTA MAGNA

O direito à privacidade está inserido no artigo 5º, X, da Constituição Federal de 1988, em que seus dizeres preceituam:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (BRASIL, Constituição 1988)

Em seguida, faz-se de extrema importância entender que o direito à privacidade não é absoluto, aliás, não existe direito que seja absoluto, segundo entendimento da doutrina do STF. Para tal, a solução, em caso de conflito entre direitos, será a partir dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, ou seja, em primeiro lugar equilibrando-os com os anseios da sociedade e assim utiliza-se também do senso comum.

3.2. LEIS INFRACONSTITUCIONAIS

A questão da vida privada não é abordada apenas pela Carta Magna, mas também está inserida em leis infraconstitucionais.

Como exemplo primordial há o artigo 21 do Código Civil dentro do capítulo II que trata justamente dos direitos de personalidade, que entra em um teor psíquico:

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Além disso, há a Lei de Proteção de Proteção de Dados, nº 13.709, de agosto de 2018, que entrará em vigor em agosto de 2020. Sancionada pelo então presidente Michel Temer, pretende regulamentar o tratamento de dados pessoais de clientes e usuários por parte de empresas públicas e privadas, ou seja, a partir de sua vigência qualquer informação que o cliente forneça a alguma corporação deverá seguir o estabelecido na lei, caso contrário aplicar-se-á multa que pode chegar até R\$50 milhões de reais.

O referido tratamento engloba todos os processos que envolvem os dados pessoais do usuário, desde sua captação até a provável eliminação final. De acordo com a nova lei, nos procedimentos serão necessárias as presenças de três figuras: o controlador, o operador e o encarregado. O primeiro orienta o regime de dados para que o segundo possa executar, sendo eles os agentes de tratamento. Por fim, o encarregado faz a ligação entre o controlador, a pessoa dona dos dados e a agência governamental fiscalizadora, sendo que a vigilância ficará sob os cuidados da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD).

Esse novo regimento será de extrema importância, uma vez que possibilita que os usuários possam entender qual será o caminho dos seus dados e assegurar-se da confiança deles. Entretanto, as empresas precisarão se adaptar à nova regulamentação (PASSARELLI, 2019).

3.3. MARCO CIVIL DA INTERNET

O Marco Civil da *Internet* é a Lei n. 12.965/2014, que entrou em vigor a partir de 23 de junho de 2014, com o objetivo de regulamentar o uso da *internet* no Brasil a partir de princípios, garantias, direitos e deveres, como prevê o artigo 1º desta:

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.

Em seu fundamento, propõe o respeito à liberdade de expressão, à pluralidade e diversidade, à manifestação de pensamento, garantindo, em contrapartida, a privacidade, a proteção de dados, a segurança e funcionalidade da rede e outros pontos importantes.

Ademais, em seu artigo 5º, traz por meio de incisos alguns conceitos para a aplicação da lei. Exemplificando, no primeiro inciso, traz a *internet* como “o sistema

constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes”, ou ainda determina que a conexão à *internet* seja “a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela *internet*, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP”.

A lei ainda traz direitos e deveres dos usuários da rede. Como garantias, o utilizador da *internet* tem a proteção de sua privacidade e intimidade trazendo indenização pelo dano material ou moral caso haja violação, assim como, em caso de conteúdos ofensivos, obriga-se a retirada de todos os meios sociais através de ordem judicial. Além disso, preservam-se os dados pessoais, para que não sejam passados adiante sem consentimento da parte fornecedora, sendo também necessárias informações completas e claras sobre o tratamento dos dados e a política de uso dos provedores (MARTINS, Geiza, 2018).

Ainda assim, foram estabelecidos alguns deveres para os usuários, em que também entra a proteção da vida privada de terceiros, assim como aos direitos autorais e reforça-se a proibição de comércios ilegais como compra e venda de armas de fogo ou drogas.

Um dos principais pontos desta lei e que gerou maior repercussão, sendo o Brasil pioneiro na adoção deste princípio, foi a neutralidade, ou seja, que todos os usufruidores da rede teriam a mesma qualidade de acesso. Entende-se que foi uma questão importante para frear o mal uso dos recursos que eram feitos por algumas pessoas. Desta forma, cada um deverá pagar por aquilo que consumir de volume e velocidade na *internet*, sem haver limitações no serviço, gerando um ambiente mais democrático (LEC NEWS, 2019).

4. O ADVENTO DA ERA DIGITAL

4.1. HISTÓRICO

A era digital chega em menor escala durante os anos 1950 com o advento das novas tecnologias de guerra necessárias nos grandes combates mundiais, sendo taxada por terceira revolução industrial. Entretanto, atualmente, percebem-se avanços com proporções muito maiores caracterizadas por uma quarta revolução industrial que traz inteligências artificiais, armazenamentos em nuvem, *smartphones* cada vez mais elaborados entre outras inovações.

Para compreender sua chegada faz-se necessário voltar na história como forma de perceber os avanços que foram acontecendo.

Ao final do século XVIII, na Inglaterra, iniciam-se novas formas de produção industrial, objetivando a produção em massa das mercadorias para ampliar as vendas e

facilitar o transporte. Sendo assim, as montagens se tornam mecanizadas, e como exemplo temos a criação da máquina a vapor.

Posteriormente, em meados do século XIX e XX ocorre uma Segunda Revolução Industrial que aumenta ainda mais a comercialização. Por conseguinte, ao final dos anos de 1950, a ciência e a tecnologia se unem cada vez mais e proporcionam a chegada do computador, da robótica e de várias ferramentas que facilitaram o cotidiano da população à época.

O início do século XXI trouxe, entretanto, a maior explosão de modernização e investimento, caracterizando a Quarta Revolução Industrial, e marcando um período de grande personalização das pessoas, em que cada um tem suas próprias escolhas através das inúmeras opções que lhes são fornecidas.

Essa nova era traz incontáveis benefícios, como otimização dos processos, o aceleração da propagação das informações, aumento da produtividade, incrementa o consumo pela facilidade em comprar, aproxima as pessoas e traz novas oportunidades de acesso à maior parte da população (RAMOS, 2017).

Contudo, é importante ressaltar que existem também desafios que ainda precisam ser melhorados como as notícias facilmente espalhadas e sem comprovar sua veracidade (*fake news*), ou então, e talvez mais importante, a hierarquia que se cria por alguns terem maiores oportunidades de adquirir informações e utilizá-las como lhes convém.

4.2. A INTERNET – CONCEITO E UTILIZAÇÃO

A *internet*, entre um de seus conceitos, é uma rede internacional de computadores ligados entre si, como um meio de comunicação mundial alcançando infinitas proporções e sendo a principal causa das duas últimas revoluções industriais (TAVARES DA SILVA, 2007, p. 56).

Ao ser colocada como mundial, entende-se que não existe órgão que a regule por completo e exerça domínio sobre ela, sendo assim cada país possui liberdade para normatizar o uso da rede, como visto anteriormente com o Marco Civil da *Internet*, por exemplo.

Seu funcionamento ocorre a partir do sistema TCP/IP (*Transmission Control Protocol/Internet Protocol*) que permite o intercâmbio de informações entre os computadores. O Protocolo divide os informes em pacotes e após sua transmissão eles serão reunidos novamente de forma originária. Cada um dos pacotes é caracterizado com endereço do destinatário para chegar ao destino correto e pela melhor rota possível (PFIZER, 2016).

As rotas dessas informações podem ser inúmeras e isso possibilita maiores riscos a alguns direitos fundamentais, assunto que será abordado posteriormente.

5. PRIVACIDADE NA ERA DIGITAL E SEUS CONFLITOS COM OUTROS DIREITOS

5.1. OS DIREITOS DE PERSONALIDADE E SEUS EMBATES COM A TECNOLOGIA

Os direitos de personalidade são garantias presentes tanto na Magna Carta quanto no Código Civil, sendo eles *post mortem* e *ad eternum*, ou seja, perduram após a morte e não têm fim.

A priori, é importante entender que esses são divididos em três categorias, quais sejam: direitos físicos, morais e psíquicos.

Sua primeira divisória se refere à proteção do corpo, das partes separadas do corpo, do cadáver e das partes separadas do cadáver, destacando que entende-se por partes separadas as amputações e órgãos para doação. Em relação à pessoa viva, os principais resguardos são a integridade física, a voz e a imagem, assim também, ao morto se defende uma destinação digna.

Por outro lado, existem os direitos morais relacionados à honra, à identidade, aos direitos sociais - como educação, saúde, emprego, cultura - e a proteção das criações intelectuais.

Por fim, chega-se às garantias psicológicas na defesa da integridade psíquica - seja pelo desenvolvimento da *psique* humana ou pela convivência íntegra - e dos direitos à intimidade, sigilo e privacidade.

Dentre as principais características destes direitos personalíssimos estão: originalidade, pertencentes aos seres humanos desde o nascimento; serem extrapatrimoniais, por não terem valor econômico; indisponíveis e intransmissíveis; imprescritíveis e impenhoráveis.

Em virtude da abundância desses direitos, sempre haverá conflitos entre eles, principalmente quando interligados através das redes sociais, podendo violar especialmente a honra, a imagem e a vida privada, a partir da liberdade de expressão ou da vedação ao anonimato.

5.2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade é um termo com conceitos subjetivos acertados por inúmeros autores.

No ramo da filosofia, alguns teorizam diversas ideias, como Aristóteles que acredita que “a liberdade é a capacidade de dedicar-se a si mesmo para um determinado agir ou sua omissão”, assim como para Sócrates é sua célebre frase “Conhece-te a ti mesmo”, colocando a liberdade como a dominação do homem de seus pensamentos, sentimentos e de si próprio.

Na Idade Moderna, Descartes acredita que liberdade é associada ao livre-arbítrio, ou seja, o direito de escolher fazer ou não determinada coisa. Já Jean-Paul Sartre diz que “estamos condenados a ser livres”, colocando a liberdade como característica essencial da existência (SARTRE *apud* CUNHA, 2019).

Segundo o dicionário Priberam, seria um derivado da palavra *libertas*, no latim, podendo significar:

1. Direito de proceder conforme nos pareça, contanto que esse direito não vá contra o direito de outrem;
2. Condição do homem ou da nação que goza de liberdade;
3. Conjunto das ideias liberais ou dos direitos garantidos ao cidadão;
4. [Figurado] Ousadia;
5. Franqueza;
6. Licença;
7. Desassombro;
8. Demasiada Familiaridade.

Levando em conta o primeiro verbete colocado pelo dicionário, pode-se entrar em contato com a liberdade que vai até o ponto em que se começa o direito de outro. Neste caso, observa-se a linha tênue entre a liberdade de expressão e a privacidade que será abordado mais à frente.

Em relação ao campo dessa autonomia, para fins deste artigo destaca-se a Liberdade de Expressão que está inserida e conceituada na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso IX: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. Sendo assim, pode-se considerar como um “pressuposto essencial da autenticidade do sujeito”, segundo o livro *Direito à privacidade* (MARTINS; PEREIRA, 2005, p. 225).

Apesar de ser uma garantia constitucional devem ser impostos limites em sua aplicação como forma de não ferir direitos de outrem. Segundo Archibald Cox, em seu livro *Freedom of expression*, professora que “a liberdade de expressão, apesar de sua fundamentalidade, não pode nunca ser absoluta. Em tempos de guerra ou de crises similares, certas publicações podem ameaçar até mesmo a sobrevivência da Nação.” (MARTINS; PEREIRA, 2005, p. 226)

Como parte dessas limitações, a Magna Carta assegura:

- a) indenização material e moral em caso de desrespeito à imagem das pessoas (artigo 5º, inciso V);
- b) inviolabilidade da intimidade e vida privada (artigo 5º, inciso X);
- c) garantia de que as pessoas ou famílias possam defender-se contra programas de rádio e televisão quando violar seus valores éticos e sociais (artigo 220, § 3º, inciso II e artigo 221, inciso IV);
- d) proibição em casos de a liberdade do jornalismo investigativo ir de encontro ao princípio da presunção de inocência, no qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (artigo 5º, inciso LVII) (MARTINS; PEREIRA, 2005, p. 257).

Esses conflitos de privacidade e liberdade de expressão serão resolvidos a partir de uma ponderação entre os direitos, de forma que nenhum fique hierarquicamente superior a outro, sendo assim se considera o mais razoável e que esteja de acordo com o interesse social. Vale ressaltar que esta razoabilidade se dá apenas para notícias verídicas, pois, se em seu conteúdo não houver autenticidade, não será de importância para o interesse público.

Uma das questões mais discutidas quando se trata deste assunto é em relação à intimidade da pessoa pública. Neste caso, não se retiram os direitos a reservar-se do conhecimento alheio, sendo também utilizada a concepção do interesse coletivo em face do individual. Tenha-se o exemplo dado por Ives Gandra da Silva Martins e Antonio J. Pereira:

Não é lícito divulgar que um governador adoentado gravemente, depois de falecido, frequentava o banheiro com assiduidade tal ou qual por incontinência mictúria. Mas é lícito, porque necessário ao esclarecimento do administrado, explicitar que o mesmo e perseverante enfermo ausentou-se do comando executivo porque colhido por grave e incurável moléstia em virtude da qual suas chances de recuperação eram essas ou aquelas, continuamente comunicadas incontinenti a sua variação ou evolução. Nada mais, nada menos. (MARTINS; PEREIRA, 2005, p. 99)

Ademais, para lesionar ao mínimo a privacidade, em caso de a liberdade de expressão ser mais coerente, é relevante adequar a notícia dispensando o uso de imagens ou qualquer coisa sensível ou chocante, de forma que se transmita apenas o necessário para a compreensão da informação.

Em caso de ameaça ou lesão a algum direito de personalidade, aplicam-se ações inibitórias e de remoção de ilícito através de tutelas reparatórias. Entretanto, mesmo com essas demandas entende-se que não há como restaurar as garantias de personalidade, não há como eliminar totalmente os efeitos de tal divulgação ilícita da informação. Um exemplo clássico é o crime virtual de pornografia de vingança, casos em que são compartilhadas imagens íntimas sem o consentimento da vítima. Um dos casos que

influenciou na inclusão desta conduta no Código Penal foi o da jornalista Rose Leonel que teve suas fotos privadas divulgadas, entre 2006 e 2010, por um ex-namorado que não aceitou o fim do relacionamento. Nesses fatos é possível inferir a possível dificuldade para remover totalmente as sequelas da disseminação dessas fotos, sendo que na era digital as informações se espalham de forma rápida através de *likes*, compartilhamentos e comentários em toda a rede (MARTINS; PEREIRA, 2005, p. 101).

5.3. VEDAÇÃO AO ANONIMATO

O anonimato se configura como não-identificação e não-localização, sendo dividido em duas espécies, quais sejam: absoluto e relativo. No primeiro caso, entende-se por aquele que se esconde completamente sem possibilidade alguma de identificação. Já na segunda divisória, compreende-se como quem é anônimo apenas para determinada pessoa ou situação (ANHERT, 2019).

A vedação ao anonimato entrou na esfera constitucional pela primeira vez na Magna Carta de 1891, em seu artigo 72, §12:

Art.72 - §12 Em qualquer assumpto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependencia de censura, respondendo cada um pelos abusos que commetter, nos casos e pela fórma que a lei determinar. Não é permittido o anonymato.

Ao chegar em 1988, a Constituição vigente determina, em seu artigo 5º, “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.”

É notável a intenção da pessoa ao optar pelo anonimato, como forma de preservar sua imagem, nome, localização entre outros dados. Segundo o Ministro Celso de Mello, da Suprema Corte Constitucional:

O veto constitucional ao anonimato, como se sabe, busca impedir a consumação de abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento, pois, ao exigir-se a identificação de quem se vale dessa extraordinária prerrogativa político-jurídica, essencial à própria configuração do Estado Democrático de Direito, visa-se, em última análise, a possibilitar que eventuais excessos, derivados da prática do direito à livre expressão, sejam tornados passíveis de responsabilização, *a posteriori*, tanto na esfera civil, quanto no âmbito penal.

De acordo com sua fala, ao vetar o anonimato o texto constitucional visa a evitar os excessos referentes à liberdade de expressão, pois, desta forma, com a necessidade de reconhecer seus atos, a pessoa se limita para não entrar em ilicitude.

Ao ser desautorizado o anonimato, entra-se em conflito com a privacidade da pessoa que deseja manter suas informações em sigilo. Entretanto, este embate é solucionado ao levar em conta que só se proíbe a não identificação, quando houver fato

típico acontecendo, ou seja, caso haja a criação de conta/*emails fake* sem resultar em conduta ilícita assim será permitido.

Um quesito relevante é a busca da vítima pelo agressor anônimo, sendo que alguns chegam a considerar como violação à privacidade da pessoa não identificada. Todavia, levando-se em conta a ponderação de direitos, a proteção da intimidade da vítima se faz mais relevante neste momento, inclusive ao entender que esconder-se por trás da *internet* com a intenção de lesionar direito alheio demonstra falta de princípios e respeito para com a sociedade (ROCHA, 2014).

Caso seja necessária a identificação do anônimo há certos procedimentos a se realizar. A princípio é importante entender que todo computador, para se conectar à rede, precisa fornecer informações ao provedor de serviços, tornando-o localizável por aquele que recebe seus dados e autoriza a navegação através do “endereço”/IP que é gerado por meio do TCP (*Transmission Control Protocol*) o qual já foi visto em capítulos anteriores.

CONCLUSÕES

A partir do referido artigo, pode-se concluir que o direito à privacidade está em defasagem nos dias de hoje em prol da liberdade de expressão e do direito ao conhecimento. Assim também está em relação ao anonimato, para aqueles que entendem que a vedação seja uma interferência à vida privada.

Ao aplicar tal direito ao caso concreto, percebe-se que há variações de decisões de acordo sempre com a particularidade dos casos. A mídia acaba por intervir na vida privada de muitas pessoas, utilizando-se do interesse público como justificativa, a fim da divulgação das notícias que lhes são pertinentes. Entretanto, essa intervenção pode ser feita até certo ponto, pois, como já dito anteriormente, nenhum direito é absoluto, sendo, portanto, necessários a ponderação e o respeito com o limite de cada direito.

Desta forma, fica entendido que o advento das tecnologias proporciona esse embate, mas o direito deve estar sempre atento de maneira a interferir quando necessário em prol dos direitos das pessoas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANHERT, Raffaella F.B. **Direito Digital – O Direito à Privacidade e a Vedação ao Anonimato na Era Digital**. Disponível em:
https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/direito-digital-direito-privacidade-vedacao-ao-anonimato-na-era-digital.htm#capitulo_3.2.1.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 20 de set. 2019.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Imperio do Brazil**. Rio de Janeiro, RJ: Imperador Dom Pedro I.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro – RJ: Congresso Constituinte.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei 12.965**, de 23 de abril de 2014.

CANCELIER, Mikhail V.L. **O Direito à Privacidade hoje: perspectiva histórica e o cenário brasileiro**. Florianópolis: 2017. Disponível em:

<http://www.scielo.br/pdf/seq/n76/2177-7055-seq-76-00213.pdf>. Acesso em: 20 de set. 2019.

COLOMBO, Cristiano. **Antecedentes históricos sobre o direito de privacidade no direito brasileiro**. Rio Grande do Sul: 2017. Disponível em:

<http://direitoeti.com.br/artigos/antecedentes-historicos-sobre-o-direito-de-privacidade-no-direito-brasileiro/>. Acesso em: 20 de set. 2019.

CUNHA, Carolina. **Filosofia – o tema da liberdade**. Disponível em:

<https://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/filosofia-o-tema-da-liberdade.htm>. Acesso em: 28 de set. 2019.

HIRATA, Alessandro. **Direito à Privacidade**. 2017. Disponível em:

<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/71/edicao-1/direito-a-privacidade>. Acesso em: 20 de set. 2019.

LEC NEWS. **Entenda a importância do Marco Civil da Internet**. Disponível em:

<http://www.lecnews.com.br/blog/entenda-a-importancia-do-marco-civil-da-internet/>. Acesso em: 20 de set. 2019.

LIBERDADE. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/liberdade>. Acesso em: 28 de set. 2019.

MARTINS, Geiza. **O que é o Marco Civil da Internet?** Disponível em:

<https://super.abril.com.br/mundo-estranho/o-que-e-o-marco-civil-da-internet/>. Acesso em: 20 de set. 2019.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEREIRA, Antonio J. **Direito à Privacidade**. São Paulo: Ideias & Letras, 2005.

PASSARELLI, Vinícius. **LGPD: entenda o que é a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/lgpd-entenda-o-que-e-a-lei-geral-de-protecao-de-dados-pessoais/>. Acesso em: 20 de set. 2019.

PFIZER, Erga. **Estudos, legislação e informações sobre a Privacidade na era digital**. Disponível em: <https://ergapfizer.jusbrasil.com.br/artigos/404937864/estudos-legislacao-e-informacoes-sobre-a-privacidade-na-era-digital>. Acesso em: 20 de set. 2019.

PICCELLI, Roberto R. **A dimensão política da privacidade no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

RAMOS, Waldemar. **Era da informação e a evolução pela busca de conhecimento acontece!** Disponível em: <https://nossosaber.com.br/era-da-informacao-e-evolucao-pela-busca-de-conhecimento-acontece/>. Acesso em: 20 de set. 2019.

ROCHA, Gustavo. **Privacidade ou Anonimato?** Disponível em: <https://domtotal.com/artigo/4555/15/10/privacidade-ou-anonimato/>.

TAVAES DA SILVA, Regina Beatriz; et al. **Responsabilidade Civil na Internet e nos demais Meios de Comunicação**. São Paulo: Saraiva, 2007.

O DIREITO DE RESPOSTA CONTRA O ESTADO

João Gabriel Lemos Ferreira¹

RESUMO: Este artigo busca a seguinte pergunta: é possível usar o direito de resposta contra o Estado? O direito de resposta pode ser encontrado em nossa Constituição (art. 5º, V) e deve ser aplicado a todos os meios de comunicação, inclusive ao Estado. Isso significa que a pessoa pode usar esse direito para se defender de mentiras e ofensas públicas. Além disso, o direito de resposta protege a verdade, porque a mídia comum e o Estado podem espalhar notícias falsas sobre qualquer pessoa. Então, o que a vítima pode fazer sobre isso? Isso é simples. A Constituição garante o direito de resposta e permite a proteção da honra e da imagem das pessoas. Esses aspectos do direito de resposta serão abordados adequadamente no decorrer deste artigo.

PALAVRAS-CHAVE: direitos humanos, direitos fundamentais, liberdade de discurso, mercado de idéias, direito de resposta.

THE RIGHT OF REPLY AGAINST THE STATE

ABSTRACT: This paper seeks the following question: is it possible to use the right of reply against the state? The right of reply can be found in our Constitution (art. 5º, V) and it should be applicable to all media, including the state. It means the person can use this right to defend himself against lies and public offenses. Besides that, the right of reply protects the truth, because the common media and the state can spread fake news about anyone. So, what victim can do about it? That's simple. The Constitution ensures the right of reply and it enables the protection of people's honor and image. These aspects of the right of reply will be properly addressed in the course of this paper.

KEY WORDS: human rights, fundamental rights, freedom of speech, free market for ideas, right of reply.

¹ Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos (ITE/SP). Especialista em Direito Tributário pela Fundação Eurípedes Soares da Rocha. Procurador jurídico municipal. Professor de Direito Administrativo da OAPEC Superior. Advogado. Consultor jurídico da Soluções em Gestão Pública.

INTRODUÇÃO

A finalidade deste trabalho é a apresentação de um breve estudo sobre o direito de resposta em face do Estado, matéria de extrema relevância para a livre circulação de ideias verdadeiras e não ofensivas.

A abordagem tem como referência o artigo 14, item 1, da Convenção Interamericana dos Direitos Humanos, que dispõe:

Toda pessoa atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral, tem direito a fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, nas condições que estabeleça a lei².

O tema também será apreciado à luz do artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

No âmbito infraconstitucional, o direito de resposta está contido na Lei nº 13.188/15³.

O estudo do direito fundamental à resposta tem relevância na medida em que a veiculação de informações verdadeiras e não ofensivas permite um mercado de ideias livre e hígido para a população.

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Em primeiro lugar, não há dúvidas de que a liberdade de expressão possui um destaque dentro do ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição Federal garante a livre circulação de ideias e, em regra, não admite obstáculos ao exercício desse direito.

José Joaquim Gomes Canotilho e Jónatas Eduardo Mendes Machado tratam a liberdade de expressão como um “*direito mãe ou cluster right*”⁴.

Luís Roberto Barroso, Ministro do Supremo Tribunal Federal, explica que “*A liberdade de expressão desfruta de uma posição preferencial no Estado democrático brasileiro, por ser uma pré-condição para o exercício esclarecido dos demais direitos e liberdades*”⁵.

² Organização dos Estados Americanos. Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 18 out. 2019.

³ BRASIL. **Lei 13.188, de 11 de novembro de 2015**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 nov. 2015.

⁴ CANOTILHO. José Joaquim Gomes. MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. “**Reality Shows**” e **Liberdade de Programação**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 13.

⁵ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Reclamação nº 24.760. Relator: Min. Roberto Barroso. DJe 28 out. 2016.

Para Clemerson Martins Clève, “[...] no contexto da Constituição brasileira há lugar para o livre fluxo de ideias, para a disputabilidade intersubjetiva, para o debate forjador da opinião pública e para a formação de uma razão pública moldada a partir dos discursos que circulam livremente no espaço público”⁶.

Por sua vez, Juan Carlos Cassagne leciona que, “No plano da lógica política, não pode haver dúvidas sobre a transcendência que reveste a liberdade de expressão para a democracia nem para o regime republicano tão ligado ao princípio que prega a publicidade dos atos de governo”⁷.

A ausência de entraves para o exercício da liberdade de expressão é a regra predominante, pois uma sociedade de ideias acorrentadas não evolui em qualquer sentido. A criação de obstáculos à liberdade de expressão é sinal de enfraquecimento da democracia, conforme escólio de Carlos Alberto Menezes Direito: “O preço do silêncio para a saúde institucional dos povos é muito mais alto do que o preço da livre circulação de ideias”⁸.

Conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, existe um verdadeiro “direito ao dissenso”⁹ até mesmo em relação ao “pensamento eventualmente prevalecente em dado meio social” ou em relação à “corrente majoritária de pensamento em determinada coletividade”.

O voto do Ministro Celso de Mello exprime com exatidão a importância do denominado livre mercado de ideias:

O pluralismo (que legitima a livre circulação de ideias e que, por isso mesmo, estimula a prática da tolerância) exprime, por tal razão, um dos fundamentos estruturantes do Estado Democrático de Direito! É o que expressamente proclama, em seu art. 1º, inciso V, a própria Constituição da República.¹⁰

Em decisão análoga, a mesma Corte Suprema proclamou a “inadmissibilidade da proibição ao dissenso”¹¹. Afinal, “Democracia pressupõe dissenso”¹², conforme leciona Alexandre Assunção e Silva.

⁶ CLÈVE, Clemerson Martins. Liberdade de Expressão, de Informação e Propaganda Comercial. **Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 212.

⁷ CASSAGNE, Juan Carlos. **Os Grandes Princípios do Direito Público: Constitucional e Administrativo**. Tradução Marly Peres. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, p. 318.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. nº 130. Relator: Min. Carlos Britto. DJe 6 nov. 2009.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Relator: Min. Edson Fachin. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 146.303**. J. 6 mar. 2018. Voto do Ministro Celso de Mello.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Relator: Min. Edson Fachin. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 146.303**. J. 6 mar. 2018.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187. Relator: Min. Celso de Mello. DJe 29 mai. 2014.

¹² SILVA, Alexandre Assunção e. **Liberdade de Expressão e Crimes de Opinião**. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 91.

Um cenário livre de obstáculos discursivos é útil para o aperfeiçoamento das vivências sociais. Nenhuma hostilidade à liberdade de expressão é oportuna, salvo se causar ofensa a outros bens juridicamente relevantes e positivados no ordenamento jurídico. Uma comunidade democrática só se sustenta com a troca de ideias e com a circulação das informações.

LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Ainda que de *status* diferenciado, a liberdade de expressão não pode ser exercida em descompasso com a própria Constituição. Há regras que exigem a compatibilização desse exercício com outros valores de alçada constitucional.

É realmente importante traçar diretrizes jurídicas que privilegiem e protejam o exercício da liberdade de expressão em situações de conflito com outros bens constitucionais, mas essa valoração diferenciada não possui um caráter absoluto e inatacável.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, explica:

Não obstante, a mera preferência da liberdade de expressão (ao invés de sua prevalência) decorre do fato de que nenhum direito constitucional é absoluto, tendo em vista que a própria Constituição impõe alguns limites ou algumas qualificações à liberdade de expressão, como por exemplo: a) vedação do anonimato (art. 5º, IV); b) direito de resposta (art. 5º, V); c) restrições à propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos e terapias (art. 220, § 4º); d) classificação indicativa (art. 21, XVI); e e) dever de respeitar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, X)¹³.

Não é só. O mesmo Ministro Luís Roberto Barroso ainda defende a aplicação de critérios para a ponderação entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade:

(i) veracidade do fato; (ii) licitude do meio empregado na obtenção da informação; (iii) personalidade pública ou privada da pessoa objeto da notícia; (iv) local do fato; (v) natureza do fato; (vi) existência de interesse público na divulgação em tese; (vii) existência de interesse público na divulgação de fatos relacionados com a atuação de órgãos públicos; e (viii) preferência por sanções a posteriori, que não envolvam a proibição prévia da divulgação¹⁴.

Neste mesmo compasso, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Reclamação nº 24.760**. Relator: Min. Roberto Barroso. DJe 28 out. 2016.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Reclamação nº 24.760**. Relator: Min. Roberto Barroso. DJe 28 out. 2016.

[...] a liberdade de expressão, compreendendo a informação, opinião e crítica jornalística, por não ser absoluta, encontra algumas limitações ao seu exercício, compatíveis com o regime democrático, quais sejam: (I) o compromisso ético com a informação verossímil; (II) a preservação dos chamados direitos da personalidade, entre os quais incluem-se os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade; e (III) a vedação de veiculação de crítica jornalística com intuito de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa (*animus injuriandi vel diffamandi*)¹⁵.

Da referida Corte Superior, também é possível colacionar:

Embora seja livre a manifestação do pensamento - mormente em épocas eleitorais, em que as críticas e os debates relativos a programas políticos e problemas sociais são de suma importância, especialmente para formação da convicção do eleitorado -, tal direito não é absoluto. Ao contrário, encontra rédeas tão necessárias para a consolidação do Estado Democrático de Direito quanto o direito à livre manifestação do pensamento. São os direitos à honra e à imagem, ambos condensados na máxima constitucional da dignidade da pessoa humana¹⁶.

Consta da mesma decisão:

A liberdade de se expressar, reclamar, criticar, enfim, de se exprimir, esbarra numa condicionante ética, qual seja, o respeito ao próximo. O manto do direito de manifestação não tolera abuso no uso de expressões que ofendam à dignidade do ser humano; o exercício do direito de forma anormal ou irregular deve sofrer reprimenda do ordenamento jurídico¹⁷.

Sobre o tema, manifestou-se, também, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, em Recurso Ordinário em Habeas Corpus: “[...] a incitação ao ódio público contra qualquer pessoa, povo ou grupo social não está protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão”¹⁸.

Isto significa que o exercício da liberdade de expressão não comporta a violação aos direitos da personalidade, não se coaduna com o discurso de ódio e não deve amparar os crimes contra a honra.

É evidente que a sociedade e as instituições devem desestimular o discurso excessivamente antijurídico. O exercício da liberdade de expressão não pode servir como ponto de fuga para deslealdades, desumanidades e crueldades. O discurso de ódio,

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. **Recurso Especial nº 801.109**. Relator: Min. Raul Araújo. DJe 12 mar. 2013.

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. **Recurso Especial nº 1.169.337**. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. DJe 18 dez. 2014.

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. **Recurso Especial nº 1.169.337**. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. DJe 18 dez. 2014.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Relator: Min. Edson Fachin. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 146.303**. J. 6 mar. 2018.

caracterizado pela discriminação e pelo preconceito, jamais deve ser acobertado pelo manto da liberdade de expressão.

Um alerta: se, por um lado, a liberdade de expressão não abrange o discurso de ódio, não é possível hostilizar a afirmação divergente, ainda que deselegante. O mero discurso proselitista, comparativo e com caráter de superioridade não basta para cercear a liberdade de expressão ou punir a pessoa¹⁹. A “explicitação de aspectos de desigualação”²⁰ é legítima e amparada pela Constituição Federal. Vale lembrar: o mercado livre de ideias é a regra.

A INFORMAÇÃO GOVERNAMENTAL E A VERDADE

A publicidade governamental tem um compromisso com o caráter educativo, informativo ou de orientação social, sendo vedada a promoção pessoal de agentes públicos, conforme dispõe o art. 37, § 1º, da Constituição Federal.

Além disso, a publicidade institucional deve ser veiculada com base na honestidade e na verdade, pois os agentes públicos estão obrigados a informar de modo correto sobre os fatos e atos administrativos. O Poder Público não pode divulgar informações incorretas, mentirosas e ofensivas.

De um modo geral, a primeira limitação do direito de informar é a imposição de divulgação da informação verdadeira e não ofensiva. Sérgio Cavalieri Filho afirma que

[...] a verdade é como um manto sem costura, não tem adjetivos. Quem informa tem primeiramente compromisso com os fatos tal como ocorreram, compromisso com o fato e não com a sua versão²¹.

Luigi Ferrajoli trata do assunto como “um direito negativo à não desinformação”, ou seja, existe uma “imunidade às desinformações e às manipulações das notícias”²².

Na visão de Guilherme Döring Cunha, “À falsidade não se pode dar carta de cidadania, sob pena de se prejudicarem bens pessoais e comuns do máximo valor”²³.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 134.682**. Relator: Min. Edson Fachin. DJe 29 ago. 2017.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 134.682**. Relator: Min. Edson Fachin. DJe 29 ago. 2017.

²¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 123.

²² FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Selvagens: a crise da democracia italiana**. Tradução de Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 56. O autor também usa a expressão “direito passivo à não desinformação”.

²³ PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. **Liberdade e Responsabilidade dos Meios de Comunicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 90.

O Superior Tribunal de Justiça referendou essa compreensão sobre o dever de veracidade em relação ao exercício da liberdade de expressão:

A liberdade de informação deve estar atenta ao dever de veracidade, pois a falsidade dos dados divulgados manipula em vez de formar a opinião pública, bem como ao interesse público, pois nem toda informação verdadeira é relevante para o convívio em sociedade²⁴.

De acordo com Simone Schreiber, a proteção especial da liberdade de expressão

[...] tem como contraponto a exigência do cumprimento de regras éticas e a possibilidade de responsabilização por veiculação de fatos inverídicos ou de ‘notícias fabricadas’, especialmente no contexto de colisão com direitos fundamentais das pessoas retratadas²⁵.

Portanto, a circulação das informações deve ser pautada pela verdade e pela lealdade, em homenagem ao que o Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo tratou como o “princípio fundamental da veracidade da informação”²⁶.

Dessa forma, a presença de afirmação inverídica ou ofensiva dará ensejo à concessão do direito de resposta, que “está encravado no direito à informação”²⁷. Há um dever jurídico imposto àqueles que fazem circular as informações em respeitar a verdade e a honorabilidade das pessoas.

A VOCAÇÃO DO DIREITO DE RESPOSTA

O direito de resposta tem como vocação o exercício do contraditório diante do uso disfuncional da liberdade de expressão. De acordo com Darcy Arruda Miranda, “O direito de resposta não é pena nem humilhação”²⁸, e pode ser considerado como um “ato de justiça social” e um “dever social”²⁹.

De acordo com o Tribunal Superior Eleitoral,

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. **Recurso Especial nº 1.297.567**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJe 2 ma. 2013.

²⁵ SCHREIBER, Simone. **A Publicidade Opressiva de Julgamentos Criminais – Uma investigação sobre as conseqüências e formas de superação da colisão entre a liberdade de expressão e informação e o direito ao julgamento criminal justo, sob a perspectiva da Constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008, pp. 99-100.

²⁶ São Paulo. Tribunal Regional Eleitoral. **Recurso nº 2.239**. Relatora: Marli Marques Ferreira. Publicado em Sessão 20 set. 2016.

²⁷ ARAUJO, Luiz Alberto David Araújo. **A Proteção Constitucional da Própria Imagem Pessoa Física, Pessoa Jurídica e Produto**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1996, p. 111.

²⁸ MIRANDA, Darcy Arruda. **Comentários à Lei de Imprensa**. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 562.

²⁹ MIRANDA, Darcy Arruda. Op. cit., p. 560.

O direito de resposta não se conforma como sanção de natureza civil ou penal, e não se contrapõe ao direito à liberdade de expressão. Pelo contrário, esse direito, da forma como estruturado na Constituição Federal, também é composto pelo direito de resposta³⁰.

Não é censura, portanto, pois não impede o direito de informar. Conforme o voto do Ministro Eros Grau, do Tribunal Superior Eleitoral, “[...] o direito de resposta não é uma condenação à crítica, mas é simplesmente dar-se a possibilidade até mesmo de esclarecimento do fato”³¹.

Vital Moreira é certo em sua lição:

O direito de resposta é portanto um específico direito de expressão, ou seja, uma pretensão juridicamente protegida de fazer publicar ou difundir uma outra contra-mensagem no mesmo órgão de comunicação onde apareceram a público as declarações que tenham posto em causa o interessado. [...] O direito de resposta traduz-se num contraditório entre o órgão de comunicação e o titular do direito de resposta.

Para José Afonso da Silva,

O direito de resposta não constitui pena nem humilhação para o emitente do pensamento retificando, mas apenas, para os meios de comunicação conscientes, uma forma de correção de equívocos naturais na elaboração da emissão do pensamento por tais meios³².

Vidal Serrano Nunes Júnior ensina que a resposta serve como uma “espécie de contracrítica”, ou seja,

[...] oferece uma oportunidade para o estabelecimento de uma relação contraditória entre o crítico e o criticado, que, na resposta, pode não só retificar um erro de informação, mas também contraditar a crítica que lhe foi dirigida, esclarecendo seu posicionamento e o enquadramento pretendido pelo seu trabalho³³.

Por sua vez, Uadi Lammego Bulos explica que o direito de resposta tem por objetivo “resguardar os valores éticos e sociais do homem e da família” e equivale às “exigências deontológicas norteadoras da atividade dos meios de comunicação e de todos quantos dela participem”³⁴. E prossegue: “A verdade jornalística é um *prius* do estado

³⁰ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Representação nº 131.217**. Relator: Min. Admar Gonzaga Neto. Publicado em Sessão 25 set. 2014.

³¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Representação nº 1.074. Relator: Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira. Publicado em Sessão em 13 set. 2006.

³² SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 92.

³³ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito e Jornalismo**. São Paulo: Editora Verbatim, 2011, p. 107.

³⁴ BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª edição. São Paulo, Saraiva, 2015, p. 570.

Democrático de Direito, enquanto a inverdade é a deteriorização da democracia e da confiança que a população deposita nos meios de comunicação de massa”³⁵.

De acordo com o Supremo Tribunal Federal,

O direito de resposta/retificação traduz, como sabemos, expressiva limitação externa, impregnada de fundamento constitucional, que busca neutralizar as consequências danosas resultantes do exercício abusivo da liberdade de expressão, especialmente a de imprensa, pois tem por função precípua, de um lado, conter os excessos decorrentes da prática irregular da liberdade de informação e de comunicação jornalística (CF, art. 5º, IV e IX, e art. 220, § 1º) e, de outro, restaurar e preservar a verdade pertinente aos fatos reportados pelos meios de comunicação social³⁶.

Na mesma decisão, o Ministro Celso de Mello alerta para a “dupla vocação” do direito de resposta:

preservar tanto os direitos da personalidade quanto assegurar, a todos, o exercício do direito à informação exata e precisa”, e funciona como um “instrumento concretizador do convívio harmonioso entre as liberdades de informação e de expressão do pensamento e o direito à integridade moral e ao respeito à verdade³⁷.

Ainda de acordo com a Suprema Corte, serve o direito de resposta para: (a) impedir que uma ofensa ou inverdade seja transmitida; (b) possibilitar o exercício do contraditório pelo ofendido; (c) resguardar a honra do ofendido; (d) resguardar a qualidade e o conteúdo ético da informação; e (d) restaurar e preservar a verdade. Pode-se dizer, ainda, que se trata de direito fundamental cuja eficácia ocorre no plano horizontal, pois pode ser oposto a particulares, tais como órgãos de informação privado e contra candidatos que tenham proferido a ofensa ou a inverdade³⁸.

Nesse diapasão, decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo: “O direito de resposta é um direito de réplica do ofendido, para refutar a veiculação que entende inverídica, ou ofensiva”³⁹.

E ainda:

³⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 7ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 135.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Cautelar nº 2.695**. Relator: Min. Celso de Mello. DJe 01 dez. 2010.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Cautelar nº 2.695**. Relator: Min. Celso de Mello. DJe 01 dez. 2010.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática. **Recurso Extraordinário nº 683.751**. Relator: Min. Celso de Mello. DJe 1 jul. 2015.

³⁹ São Paulo. Tribunal de Justiça. 5ª Câmara de Direito Privado. **Apelação nº 1067011-30.2017.8.26.0100**. Relator: Des. Moreira Viegas. J. 14 mar. 2018.

O direito de resposta objetiva não só corrigir uma informação equivocada ou inverídica, mas também contrapor uma opinião, que tenha eventualmente ofendido qualquer dos direitos de personalidade do indivíduo. Sob este aspecto, o direito de resposta pode ser entendido como um limite legítimo à liberdade de expressão. A contrario sensu, alguns autores entendem o direito de resposta como próprio elemento integrante do direito à liberdade de expressão⁴⁰.

Erra quem afirma que o direito de resposta é censura. A resposta ao agravo é algo totalmente diferente, pois endireita rumos e afasta desacertos.

O direito de resposta contribui para a construção de uma mensagem mais hígida e tem o condão de corrigir distorções, refutar o caráter ofensivo ou inverídico eventualmente divulgado, bem como resgatar a honra e a imagem da vítima. Trata-se de uma justa medida contra as deformidades do debate público.

O direito de resposta auxilia na recomposição da verdade e da honra, além de restabelecer o equilíbrio entre os atores envolvidos na mensagem falsa ou ofensiva. A permissão para que o ofendido contribua com o seu próprio relato sobre os fatos restaura o prejuízo anteriormente causado pela informação inverídica ou juridicamente inapropriada, em evidente homenagem ao contraditório.

A LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO NO DIREITO DE RESPOSTA

Não há dúvidas que o rol de legitimados passivos do direito de resposta na esfera privada é amplo. Mas, e se a ofensa for praticada por uma pessoa governamental?

O direito de resposta também pode ser solicitado em face de um ente público, aqui entendida a locução em sentido *lato*. Isto porque as divulgações oficiais também podem conter inverdades ou ofensas contra pessoas, o que autoriza o direito de resposta, conforme visto acima.

Muito embora a publicidade institucional deva ser veiculada com a observância da impessoalidade, ou seja, sem favorecimentos ou perseguições, é possível que haja abusos e, conseqüentemente, a necessidade de reparação por meio desse direito fundamental.

Se o Estado divulga uma informação inverídica sobre uma condenação judicial de uma pessoa em seu sítio eletrônico, por exemplo, o direito à resposta poderá ser pleiteado.

⁴⁰ São Paulo. Tribunal de Justiça. 5ª Câmara de Direito Privado. **Apelação nº 1067011-30.2017.8.26.0100**. Relator: Des. Moreira Viegas. J. 14 mar. 2018.

Nesse sentido, decidiu o Tribunal Regional Federal da 2^a Região, que concedeu o direito de resposta contra a União em razão de informação inverídica produzida pelo Ministério Público Federal, que acusou injustamente uma pessoa por nepotismo⁴¹.

A ofensa pode, portanto, ser divulgada por uma pessoa governamental. Caberá ao ofendido fazer uso do direito de resposta para exigir do Estado o contraditório como forma de corrigir as distorções ou reparar as inverdades.

Essa possibilidade também atende o direito da população em ser devidamente informada pelo Estado, cabendo a correção se houver mau uso do instrumento de divulgação.

Portanto, se o Estado ofendeu ou veiculou uma informação inverídica sobre determinada pessoa, o direito de resposta poderá ser exercido em seu desfavor em homenagem ao dever de veracidade exigido de quem informa.

CONCLUSÃO

O direito fundamental à resposta, de alçada constitucional, não é censura, nem sanção. Trata-se de uma faculdade assegurada à vítima de uma informação mentirosa ou ofensiva colocada em circulação por veículos de comunicação social.

Entretanto, a legitimação passiva não é exclusiva dos órgãos de comunicação privados. O Estado também pode figurar como legitimado passivo do direito de resposta se eventualmente divulgar informação ofensiva ou inverídica sobre determinada pessoa.

Essa legitimação decorre da análise do próprio texto constitucional, que não limita os personagens do direito de resposta e tampouco limita os sujeitos dessa relação.

Nada impede que uma pessoa ofendida pelo Estado exija a reparação por meio da resposta garantida pelo art. 5^o, inc. V, da Constituição Federal. O dever de veracidade exige o respeito à honestidade e à lealdade por qualquer agente que possua ferramentas de comunicação social.

⁴¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2^a Região. 1^a Turma Recursal. **Recurso nº 0001791-76.2009.4.02.5050/02**. Relatora: Juíza Federal Aline Alves de Melo Miranda Araújo. e-DJF2R 6 jul. 2015, pp. 387/388. A matéria foi elaborada pela Secretaria de Comunicação Social da Procuradoria Geral da República. Na decisão de 1^a instância consta o seguinte trecho: “[...] o requisito da verdade deve ser compreendido como a exigência de que a informação veiculada seja a conclusão de um atento processo de busca de reconstrução da realidade, que se traduz, pois, num dever de cautela àquele que divulga a notícia”. O direito de resposta foi veiculado no sítio eletrônico do Ministério Público Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David Araújo. **A Proteção Constitucional da Própria Imagem Pessoa Física, Pessoa Jurídica e Produto**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1996.

BRASIL. Lei 13.188, de 11 de novembro de 2015. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. **Recurso Especial nº 1.297.567**. Relatora: Ministra Nancy Andriighi. DJe 2 mai. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. **Recurso Especial nº 801.109**. Relator: Min. Raul Araújo. DJe 12 mar. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. **Recurso Especial nº 1.169.337**. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. DJe 18 dez. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 134.682**. Relator: Min. Edson Fachin. DJe 29 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Relator: Min. Edson Fachin. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 146.303**. J. 6 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática. **Recurso Extraordinário nº 683.751**. Relator: Min. Celso de Mello. DJe 1 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Cautelar nº 2.695**. Relator: Min. Celso de Mello. DJe 01 dez. 2010.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Reclamação nº 24.760**. Relator: Min. Roberto Barroso. DJe 28 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. nº 130**. Relator: Min. Carlos Britto. DJe 6 nov. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187**. Relator: Min. Celso de Mello. DJe 29 mai. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. 1ª Turma Recursal. **Recurso nº 0001791-76.2009.4.02.5050/02**. Relatora: Juíza Federal Aline Alves de Melo Miranda Araújo. e-DJF2R 6 jul. 2015.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Representação nº 1.074**. Relator: Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira. Publicado em Sessão em 13 set. 2006.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Representação nº 131.217**. Relator: Min. Admar Gonzaga Neto. Publicado em Sessão 25 set. 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 7ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª edição. São Paulo, Saraiva, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **“Reality Shows” e Liberdade de Programação**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Os Grandes Princípios do Direito Público: Constitucional e Administrativo**. Tradução Marly Peres. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

CLÈVE, Clemerson Martins. **Liberdade de Expressão, de Informação e Propaganda Comercial. Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Selvagens: a crise da democracia italiana**. Tradução de Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

MIRANDA, Darcy Arruda. **Comentários à Lei de Imprensa**. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito e Jornalismo**. São Paulo: Editora Verbatim, 2011.

Organização dos Estados Americanos. **Convenção Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 18 out. 2019.

PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. **Liberdade e Responsabilidade dos Meios de Comunicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

São Paulo. Tribunal de Justiça. 5ª Câmara de Direito Privado. **Apelação nº 1067011-30.2017.8.26.0100**. Relator: Des. Moreira Viegas. J. 14 mar. 2018.

São Paulo. Tribunal Regional Eleitoral. **Recurso nº 2.239**. Relatora: Marli Marques Ferreira. Publicado em Sessão 20 set. 2016.

SCHREIBER, Simone. **A Publicidade Opressiva de Julgamentos Criminais – Uma investigação sobre as conseqüências e formas de superação da colisão entre a liberdade**

de expressão e informação e o direito ao julgamento criminal justo, sob a perspectiva da Constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.

SILVA, Alexandre Assunção e. **Liberdade de Expressão e Crimes de Opinião.** São Paulo: Editora Atlas, 2012.

SILVA. José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição.** 6^a edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

PORNOGRAFIA DE VINGANÇA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Luís Filipe Fernandes Ferreira¹

Resumo: Na Sociedade da Informação, o uso da Internet de alta velocidade e das mídias sociais permitiu o encurtamento de distâncias entre pessoas e facilitou o acesso à informação, ampliando também o comércio entre pessoas e entre organizações tanto local como de forma internacional. Essas facilidades permitem também a transferência de informações variadas com rapidez e acionando vários destinatários ao mesmo tempo, trazendo grandes vantagens econômicas e desenvolvimento de negócios. Porém essa tecnologia pode trazer grandes danos como quando usada de forma incorreta para propagar material ofensivo à honra e imagem de terceiros e distribuído sem o consentimento do terceiro visando apenas uma vingança pessoal como ocorre nos casos de pornografia de revanche, mostrando um desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, fica a questão se a tutela jurisdicional está respondendo adequadamente no combate a este delito que fere a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: pornografia de revanche; publicações ofensivas na Internet; dano à honra; dano à imagem; dignidade da pessoa humana.

REVENGE PORN AND THE DIGNITY OF HUMAN BEING

Abstract: In the Information Society, the use of high-speed Internet and social media has shortened distances between people and facilitated access to information, as well as expanding trade between people and between organizations both locally and internationally. These facilities also allows everyone connected to transfer varied information quickly and trigger multiple recipients at the same time, bringing great economic advantages and business development. However, this technology can cause great harm as when misused to propagate offensive material to the honor and image of others and distributed without the consent of the third party seeking only personal revenge as occurs in cases of revenge pornography, showing a disrespect for the principle of dignity of human person. Thus, the question remains whether the judicial protection is responding adequately in combating this crime that hurts the dignity of the human person.

Keywords: revenge pornography; offensive publications on the Internet; damage to honor; damage to the personnel image; dignity of human person.

¹ Mestrando em Direito da Sociedade da Informação pelas Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU; Especialista em Direito de Família e Sucessões pela IBMEC-Faculdades Damásio; Bacharel em Direito pela Universidade Paulista - UNIP. MBA em Gestão Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV-SP). Especialista em Análise de Sistemas - Informática pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Graduado em Tecnologia de Processamento de Dados pela Faculdade de Tecnologia de São Paulo (FATEC-SP). Advogado.

INTRODUÇÃO

A Sociedade da Informação hoje nos traz novas formas de comunicação através do uso das tecnologias que agora dispomos. A Tecnologia da Informação utilizando-se notadamente da Internet, propicia acesso às redes sociais como whats app, twitter, linkedin, skype, snpachat, facebook, youtube, e-mail dentre outros além de blogs e sites pessoais e diversas outras ferramentas de informática que nos permitem entrarmos em contato com pessoas a muitos quilômetros de distância para fazermos negócios, pesquisas ou apenas para relacionamentos.

Todas essas opções trazidas com as tecnologia atuais permitem a propagação e o consumo de informação em larga escala, e por vezes dificulta saber o que é real e o que é ficção, facilitando a distribuição de *fake news* (notícias falsas) quer seja com objetivos de pilhéria ou mesmo com intenções de prejudicar a terceiros ou se favorecer de alguma forma.

Assim, com a Internet como base e as diversas plataformas de distribuição de informação, qualquer pessoa conectada à rede mundial através de um notebook, computador, tablet ou smartphone torna-se um repórter, podendo divulgar informações, até em tempo real (transmissões ao vivo) sobre acontecimentos variados e com isso atingindo um número incalculável de pessoas.

Toda essa tecnologia e interesse pessoal podem auxiliar quando estamos focados em fazer o bem como compartilhar conhecimento, localizar familiares de alguém recolhido a um hospital sem documentos, informar sobre interrupções de tráfego em rodovias por quedas de barreiras, alertar pessoas sobre um novo golpe de estelionato por exemplo.

Porém, o lado negativo é quando essa tecnologia é usada com más intenções como na divulgação de notícias falsas (*fake news*), envio de mensagens não solicitadas, além de invasão da privacidade de terceiros (acessos não autorizados a dispositivos eletrônicos), ou a transmissão não autorizada de materiais ofensivos à honra, imagem e intimidade de terceiros.

Estes casos são atos ilícitos e como tal deveriam ser devidamente tratados em nossa legislação. Contudo, certos delitos perpetrados pela Internet sequer têm previsão legal como delitos em nosso Código Penal, que é da década de 1940, muito antes portanto da criação da informática e dos dispositivos de computação como temos hoje. Assim, busca-se amoldar o evento aos tipos penais existentes para dar o devido tratamento.

Nos casos de divulgação de conteúdo não autorizado de terceiros, uma das piores formas é quando o agente divulga material com conteúdo sexual (fotos, vídeos, gravações) a respeito de sua ex-companheira após o término de um relacionamento amoroso. Assim a imagem desse terceiro acaba sendo prejudicada por veiculação na Internet e nas mídias

sociais por expor publicamente a intimidade da vítima, a título de uma vingança pelo fim da relação. Assim, por ter esse objetivo, conteúdo sexual de terceiro com quem tinha intimidade e por não haver consentimento da vítima, denomina-se de pornografia de revanche (*revenge porn*).

Neste artigo procuramos analisar se os danos causados às vítimas da pornografia de revanche têm a devida proteção legal pelos atuais mecanismos judiciais ou se há necessidade de criação de novos tipos penais ou endurecimento das penas para uma maior prevenção e combate a este delito.

Ainda nessa linha, busca identificar se o ressarcimento por danos morais sofridos pela vítima está em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, que é dos pilares de nossa sociedade e protegido pela nossa Constituição Federal de 1988.

Nas seções a seguir apresentamos como a Internet facilita a comunicação entre as pessoas e como permite a divulgação instantânea de diversos tipos de conteúdo. Tratamos também do princípio da dignidade da pessoa humana e a proteção legal conferida a este direito fundamental em nossa Constituição, e sua relação com as sentenças proferidas.

Tocamos na previsão legal quanto às penalidades aplicáveis nos casos desses delitos como crimes contra a honra e imagem envolvendo a Internet. Ao final apresentamos algumas conclusões sobre este tema e como o princípio da dignidade da pessoa humana junto com a análise da extensão do dano sofrido no tempo e espaço devem ser os norteadores da decisão judicial com efeito pedagógico para uma sociedade mais responsável e fraterna.

Para este artigo utilizamos a pesquisa bibliográfica, pesquisa documental jurídica e método dedutivo, conforme abaixo:

A pesquisa bibliográfica foi realizada através do levantamento de livros, revistas, artigos científicos, teses, dissertações, textos obtidos através da Internet e demais fontes documentais disponíveis.

Quanto à pesquisa documental jurídica, tratamos do levantamento da legislação em vigor, doutrina e jurisprudência existentes no Brasil, análise de algumas decisões, e com base no estudo de informações e doutrina, buscamos esclarecer as questões levantadas no artigo.

E por fim o uso do método dedutivo que sintetiza o referencial teórico-metodológico e sua relação com os fenômenos jurídicos estudados.

A INTERNET COMO FERRAMENTA DE COMUNICAÇÃO E DISSEMINAÇÃO DE INFORMAÇÃO

Talvez o maior efeito colateral do uso massivo da Internet na sociedade da informação seja a perda da individualidade e da privacidade dos usuários. Porém ao usarmos o termo “usuários” não podemos nos esquecer de que estes são pessoas, ainda que se apresentem em várias plataformas com apelidos, nomes fictícios ou sejam conhecidos apenas por um código.

A perda da privacidade do indivíduo na Sociedade da Informação vai se consolidando como uma moeda de troca para que o usuário tenha acesso a vários tipos de conteúdo. Explicando: A cada momento em que um usuário da rede mundial se conecta a um determinado site, este para permitir o acesso a certo conteúdo exige que o internauta “concorde com os termos de aceite”. Em geral, o usuário não lê os termos e condições, e sem perceber deu várias permissões para que dados pessoais referentes à sua conexão, navegação, sites visitados, padrões de comportamento na Internet etc. sejam usados por aquele site ou seus parceiros.

A rede mundial de computadores - Internet - acaba por trazer várias facilidades para a comunicação entre pessoas, empresas e, também, promove muito o comércio tanto local como externo. Gustavo Corrêa² define a Internet como:

... um sistema global de rede de computadores que possibilita a comunicação e a transferência de arquivos de uma máquina a qualquer outra máquina conectada na rede, possibilitando, assim, um intercâmbio de informações sem precedentes na história, de maneira rápida, eficiente e sem a limitação de fronteiras, culminando na criação de novos mecanismos de relacionamento.

Nesse espaço da Internet ou ciberespaço, muitos entendem ser um território onde são livres para disseminar materiais sobre diversos assuntos, ainda que sejam ofensivos à honra e imagem de terceiros.

Parte dos usuários pensa ser livre, sem regras de conduta e sem penalidades para excessos cometidos. E é essa falsa sensação de liberdade no mundo virtual que pode trazer problemas aos agentes que atuarem na divulgação de conteúdo não autorizado por terceiros, como nos casos de pornografia de revanche, trazendo grande sofrimento para as vítimas.

² CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da Internet**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005, p 135.

Segundo Pierre Lèvy, o ciberespaço é definido como “o espaço de comunicação aberto pela interconexão mundial dos computadores e das memórias dos computadores”³.

Para auxiliar nessa sociedade do espetáculo – termo usado por Guy Debord⁴, temos grandes facilidades de comunicação colocadas à disposição dos usuários como Internet de alta velocidade, conexões 4G e 5G, smartphones com elevada capacidade de processamento, redes sociais para várias tribos, notebooks e tablets com web câmeras dentre outras possibilidades.

Toda essa tecnologia é muito útil e permite a conexão imediata através de vídeo chamada entre pessoas que estão a quilômetros de distância, ou ainda conecta pesquisadores de diferentes universidades que estão trabalhando juntos na busca de cura de uma determinada doença. Permite também que uma testemunha morando em uma unidade da federação possa ser ouvida e inquirida por um juiz em outra localidade do país economizando tempo e recursos da testemunha em seu deslocamento, gerando celeridade e economia processual. Ou ainda que uma parte em um processo seja intimada por “whats app” acerca de uma audiência a ocorrer para uma ação judicial em curso.

Estes simples exemplos mostram um bom uso da tecnologia na comunicação entre as pessoas, gerando a transmissão imediata de conteúdo e com isto permite economizar tempo e recursos de todos os envolvidos.

Essa mesma tecnologia também pode facilitar enormemente a disseminação de notícias falsas ou mesmo divulgar vídeos, fotos e fatos não autorizados de terceiros causando grande dor e sofrimento às vítimas, como no caso da pornografia de revanche, um crime de cunho sexual, divulgando a privacidade de ex-parceiros como forma de vingança pelo fim do relacionamento.

Apesar de tais delitos acontecerem num ambiente virtual, as consequências são percebidas pelas vítimas no mundo real e assim, os agentes devem ser enquadrados nos tipos penais conforme a legislação existente.

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

O princípio da dignidade da pessoa humana, segundo Maria Berenice Dias⁵ “é o maior fundante do Estado Democrático de Direito, sendo afirmado já no primeiro artigo

³ LÉVY, Pierre. Ciberultura. São Paulo: Editora 34, 1999, p 92.

⁴ DEBORD, Guy. A Sociedade do Espetáculo. Rio de Janeiro. Ed. Contraponto, 2000.

⁵ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p 43.

da Constituição Federal” que o declara no Artigo 1º, III e tem por base o respeito que entre os membros de uma sociedade.

Este princípio tem uma aplicação maior do que apenas buscar uma reparação por dano moral nos crimes contra os direitos de personalidade. Envolve também a honra objetiva e a honra subjetiva.

Carlos Roberto Gonçalves a dignidade da pessoa humana vincula-se aos direitos de personalidade e “o grande passo para a proteção dos direitos da personalidade foi dado com o advento da Constituição Federal de 1988”⁶, em função desses direitos estarem previstos no art. 5º, X: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, bem como garante direito à indenização conforme o dano sofrido, de acordo com o inciso V: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

Para Rodrigo da Cunha Pereira, o princípio da dignidade da pessoa “é um dos esteios de sustentação dos ordenamentos jurídicos contemporâneos e funciona como vértice do Estado democrático de Direito. Não é mais possível pensar em direitos desatrelados da ideia e conceito de dignidade”⁷. Desta forma, ele é um pré-requisito para justiça.

Assim, devemos entender que a ofensa a este princípio afeta não só a vítima de forma imediata, como também a todo um grupo social de forma mediata e que deve ser eficazmente combatida, como nos traz Célia Zisman:

Encontra-se, a humanidade, em estágio tal de desenvolvimento que se faz necessário reconhecer que a violação da dignidade de um único indivíduo afeta ao grupo social universalmente, ensejando atitude de ordem internacional que não se limite a punir os tiranos ou adverti-los na prática de crimes brutais, mas que tenha a capacidade de interromper, fazer cessar a violência.⁸

Immanuel Kant, em sua obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* tratou do que viria a ser a dignidade humana, defendendo que as pessoas deviam ser tratadas e

⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil 1 Esquematizado: Parte geral – obrigações – contratos*. São Paulo: Saraiva, 2014. p 157.

⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de Direito de Família e Sucessões*. São Paulo: Saraiva. 2015. p 557.

⁸ ZISMAN, Célia Rosenthal. A dignidade da pessoa humana como princípio universal. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 96, jul 2016. p. 8.

respeitadas como fim em si mesmas (pela sua unicidade) e não como mero objeto substituível para obtenção de outra finalidade⁹.

O princípio citado está ligado aos direitos de personalidade e conforme Bittar, estes são “direitos inatos (originários), absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis erga omnes”¹⁰.

No que toca ao direito de imagem da pessoa, trata-se de um direito inviolável pela Constituição Federal, e conforme Carlos Roberto Gonçalves, “a reprodução da imagem é emanção da própria pessoa e somente ela pode autorizá-la”, sendo imagem a “representação pela pintura, escultura, fotografia, filme etc. de qualquer objeto e, inclusive, da pessoa humana, destacando-se, nesta, o interesse primordial que apresenta o rosto”¹¹. Assim nos casos de uso indevido ou danos sofridos à imagem, cabe a devida indenização.

O Código Civil Brasileiro, artigo 21, também protege a intimidade e a vida privada: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

Ainda, Carlos Roberto Gonçalves, ainda, aduz que as medidas judiciais adequadas à proteção da imagem da pessoa podem ser de natureza preventiva, cominatória e repressiva, cabendo pedido de antecipação de tutela para cessar o dano e pedido de indenização por danos morais ou materiais, conforme o caso¹².

No caso do ressarcimento por dano moral, em deve considerar três aspectos: uma compensação à vítima pelo seu sofrimento; uma punição ao autor do delito; e o exemplo para a sociedade de que tal procedimento não é aceito, como ensina Nehemias Melo:

(...)o instituto do dano moral, expressamente previsto na Constituição Federal (art. 5º, V e X), deve ser visto como instrumento eficaz no sentido de assegurar o direito à dignidade humana (CF, art. 1º, III), e precisa ser aperfeiçoado, de tal sorte que podemos afirmar que a sua efetividade somente ocorrerá, de forma ampla e cabal, quando se puder dotar o juiz da liberdade plena na aplicação “da teoria da

⁹ KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 134.

¹⁰ BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos da Personalidade. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p.11.

¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil 1 Esquematizado: Parte geral – obrigações – contratos. São Paulo: Saraiva, 2014. p 167.

¹² Idem. p. 160-161.

exemplaridade", pela qual se possa apenar o ofensor com a tríplice finalidade: punitivo, compensatório e exemplar.¹³

SOBRE O CRIME:

Marcelo Crespo define pornografia de revanche como:

uma forma de violência moral (com cunho sexual) que envolve a publicação na Internet (principalmente nas redes sociais) e distribuição com o auxílio da tecnologia (especialmente com smartphones), sem consentimento, de fotos e/ou vídeos de conteúdo sexual explícito ou com nudez. As vítimas quase sempre são mulheres e os agressores, quase sempre são ex-amantes, ex-namorados, ex-maridos ou pessoas que, de qualquer forma, tiveram algum relacionamento afetivo com a vítima, ainda que por curto espaço de tempo¹⁴

Segundo a ministra do STJ, Nancy Andrighi, a pornografia de revanche envolve:

A divulgação não autorizada desse tipo de material íntimo ou sexual recebeu a alcunha de 'exposição pornográfica não consentida' ou 'pornografia de vingança', em razão de ser particularmente comum nas situações de fins de relacionamento, quando uma das partes divulga o material produzido durante a relação como forma de punição à outra pelo encerramento do laço afetivo.¹⁵

A maioria desses crimes é praticado contra mulheres (segundo o SAFERNET BRASIL¹⁶ são 81% dos casos em 2014) deixando claro que se trata de um crime de gênero, a exemplo do que ocorre com o feminicídio. Cabe ressaltar que tais crimes contra a mulher já existiam, porém as facilidades trazidas pela tecnologia permitem que mais crimes sejam praticados ou ainda que a extensão desse crime seja muito maior do que em épocas com menor acesso à Internet.

Sobre a maior incidência deste crime tendo as mulheres como vítimas, a ministra Nancy Andrighi declarou:

¹³ MELO, Nehemias Domingos. Fundamentos da reparação por dano moral trabalhista e uma nova teoria para sua quantificação. Portal JusLaboris – Biblioteca Digital da Justiça do Trabalho. Revista Eletrônica. Agosto de 2013. s.p. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/96337>.

¹⁴ CRESPO, Marcelo. Revenge Porn: A Pornografia da vingança. JUSBRASIL. sp. Disponível em <https://marcelocrespo1.jusbrasil.com.br/artigos/153948423/revenge-porn-a-pornografia-da-vinganca>

¹⁵ Superior Tribunal de Justiça STJ - RECURSO ESPECIAL: REsp 1679465 SP 2016/0204216-5 - julgamento recurso Google em caso envolvendo uma adolescente que teve fotos íntimas vazadas, depois que o cartão de memória do seu celular foi furtado. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/557633921/recurso-especial-resp-1679465-sp-2016-0204216-5/relatorio-e-voto-557633975?ref=juris-tabs>.

¹⁶ SaferNet Brasil: é uma associação civil de direito privado, com atuação nacional, sem fins lucrativos ou econômicos, sem vinculação político partidária, religiosa ou racial. Fundada em 20 de dezembro de 2005, com foco na promoção e defesa dos Direitos Humanos na Internet no Brasil. Disponível em: <https://new.safernet.org.br/content/pornografia-de-revanche#mobile>

A 'exposição pornográfica não consentida', da qual a 'pornografia de vingança' é uma espécie, constitui uma grave lesão aos direitos de personalidade da pessoa exposta indevidamente, além de configurar uma grave forma de violência de gênero que deve ser combatida de forma contundente pelos meios jurídicos disponíveis.¹⁷

Deve-se reforçar ainda que tal delito pode ser praticado a partir de qualquer dispositivo com acesso à Internet, e em especial a partir de dispositivos móveis como celulares inteligentes uma conexão à Internet. (*smartphones*). Estes dispositivos facilitam a realização do intento pelo autor que necessita de alguns minutos ou segundos para enviar às suas redes de relacionamento qualquer material de cunho íntimo da vítima que permitiu ser filmada ou fotografada por ter confiança no seu parceiro à época.

A título de informação, a ANATEL¹⁸ apurou em agosto de 2019 havia no Brasil 228,2 milhões de celulares, gerando uma densidade de 108,28 celulares para cada 100 habitantes¹⁹.

Em abril de 2019, a Fundação Getúlio Vargas (FGV – SP) realizou sua 30^a Pesquisa Anual de Administração e Uso de Tecnologia da Informação nas Empresas²⁰, e entre os resultados identificou que há no Brasil 420 milhões de dispositivos digitais ou informáticos (*smartphones*, computadores, notebooks e tablets). A princípio todos estes equipamentos podem ser usados para acesso à Internet e prática de delitos como a pornografia de vingança.

O que mais assusta é que este crime é de fácil e rápida execução pelo agente, visto o grande acesso à Internet, mas causa, à vítima, danos de longo prazo como constrangimento, depressão, isolamento social, rompimento de vínculos sociais, familiares e de trabalho, podendo levar à exclusão digital, ou em casos extremos até ao suicídio da própria vítima. Podemos dizer que se trata de um crime de ação imediata com resultados permanentes para a vítima.

¹⁷ Superior Tribunal de Justiça STJ - RECURSO ESPECIAL: REsp 1679465 SP 2016/0204216-5 - julgamento recurso Google em caso envolvendo uma adolescente que teve fotos íntimas vazadas, depois que o cartão de memória do seu celular foi furtado. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/557633921/recurso-especial-resp-1679465-sp-2016-0204216-5/relatorio-e-voto-557633975?ref=juris-tabs>.

¹⁸ ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações - agência reguladora de telecomunicações no Brasil, criada em 05/11/1997 como uma autarquia vinculada ao Ministério das Comunicações. Cabe à Anatel adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade. Disponível em <https://www.anatel.gov.br/institucional/>

¹⁹ “Total de telefones Celulares Ago/2019: 228,2 milhões” – Teleco – Consultoria especializada em mercado de telecomunicações. Disponível em : <https://www.teleco.com.br/ncel.asp>

²⁰ Pesquisa Anual de Uso de TI - Fundação Getúlio Vargas - FGV-SP - 2019. Disponível em: <https://eaesp.fgv.br/ensinoconhecimento/centros/cia/pesquisa>.

Isto pois, uma vez que o conteúdo é postado em qualquer página da Internet ou nos sites de mídias sociais, esse conteúdo pode ser replicado para diversos outros endereços eletrônicos (URL) na web espalhando-se rapidamente como um vírus e dificultando a identificação de todos os sítios em que tal material está disponível. Assim, a vítima nem sabe onde está o conteúdo indevido e ao buscar o amparo da justiça vê-se obrigada a ter que identificar todos os sites em que o material se encontra para que a justiça possa ordenar a retirada em cada local. Assim, pela impossibilidade de executar tal tarefa, a vítima vê-se eternamente exposta em sua intimidade pelo ato nefasto de seu ex-companheiro.

Legislação para o combate à pornografia de revanche

Na Constituição Federal de 1988, temos o Artigo 5º, X que estabelece que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

Na mesma direção o Artigo 5º, V da Constituição prevê: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. Desta forma, a Constituição Federal demonstra que a privacidade e a intimidade são valores por ela protegidos e que o seu desrespeito sujeita os agentes às penalidades legais.

De forma semelhante, o Código Civil²¹ nos Artigos 186, 187 e 927 prevê que deve haver a reparação do dano por aquele que, por ato ilícito causar danos a terceiros, conforme pode se verificar na redação abaixo:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (grifo nosso)

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

...

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. (grifo nosso)

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

²¹ Lei 10.406/2002 – Instituiu o Código Civil Brasileiro.

Cabe ressaltar que, se o agente para divulgar os materiais de cunho sexual ou pornográfico da vítima necessitou acessar materiais que estavam armazenados em dispositivo eletrônico da vítima através de violação de sistema de segurança do dispositivo, então cabe também a aplicação da Lei 12.737/2012²² que trata da tipificação criminal dos delitos informáticos. Neste caso, o agente irá responder pela violação do dispositivo eletrônico juntamente com o crime de pornografia de revanche.

A Lei 12.737/2012 denominada *Lei Carolina Dieckmann* alterou o Código Penal Brasileiro com a criação dos artigos 154-A e 154-B, e modificou os artigos 266 e 298, permitindo uma tipificação para os crimes cibernéticos e a aplicação de penas mais específicas aos agentes destes delitos.

A título de exemplo trazemos o Artigo 154-A do Código Penal Brasileiro:

Invasão de dispositivo informático Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

§ 1º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no **caput**

§ 2º Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico.

§ 3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido: Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave. § 4º Na hipótese do § 3º, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos.

§ 5º Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra: I - Presidente da República, governadores e prefeitos; II - Presidente do Supremo Tribunal Federal; III - Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou IV - dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal.

A Lei 12.737/2012 tem pontos bastante positivos ao tipificar o crime de invasão de dispositivo informático para obter acesso não autorizado a informações e obter vantagem ilícita, amoldando-se para o cometimento posterior do crime de pornografia de revanche.

²² Lei n.º 13.727/2012. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal e dá outras providências.

Há, porém, dúvidas sobre sua efetividade no combate aos delitos, pois em algumas situações podem ser enquadrados nos procedimentos dos Juizados Especiais, o que evitaria a reclusão do agente, como nos casos contemplados no artigo 154-A, caput, (pena de detenção de 3 meses a um ano acrescida de multa).

Seria adequado que as penalidades previstas fossem mais severas para servir de efeito pedagógico aos agentes e a outros que pretendam cometer este tipo de delito. Esse aumento das penas atuais serviria ainda para dificultar a transação destas penas por outras penas alternativas.

Por fim, mostraria ainda que a dignidade da pessoa humana é, de fato, um valor fundante de nossa sociedade e um princípio dos mais importantes em nosso ordenamento jurídico devendo, portanto, ser prestigiado quando da definição da pena ao agente.

Por sua vez, o Código Penal, até setembro de 2018, na ausência de tipo penal específico, usava da analogia e tratava o delito como difamação ou injúria e aplicava as punições previstas nos artigos 138 ao 145.

Sobre o uso da analogia, Fernando Capez ensina que:

A aplicação da analogia em norma penal incriminadora fere o princípio da reserva legal, uma vez que um fato não definido em lei como crime, estaria sendo considerado como tal". Imagine considerar típico o furto de uso (subtração de coisa alheia móvel para o uso), por força da aplicação da analógica do artigo 155 do Código Penal (subtrair coisa alheia móvel com animo de assenhoramento definitivo). Neste caso, um fato não considerado criminoso pela lei passaria a sê-lo, em evidente afronta ao princípio constitucional do art. 5º, XXXIX (reserva legal).²³

O uso da analogia do delito como difamação (imputar fato ofensivo à reputação) ou injúria trazia mais um problema. No caso de enquadramento no crime como difamação (imputar fato ofensivo à reputação) ou de injúria (ofender a dignidade ou decoro), as penas vão até dois anos de detenção, e desta forma, o crime cometido podia ser tratado como crime de menor potencial ofensivo, passando pelo procedimento do Juizado Especial Criminal²⁴, como já citado. o que permitia a transação. Assim, ao fim de tudo a pena aplicada ao infrator resultaria apenas no pagamento multa ou a transação da pena por prestação de serviços comunitários ou penas restritivas de direito.

²³ CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 3: Legislação Penal Especial; 12 ed. – São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p 49.

²⁴ Definido pela Lei 9.099/1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm

Temos ainda a Lei 12.965/2014²⁵ (Marco Civil da Internet) que prevê em seu artigo 21 que a vítima possa se valer da via extrajudicial para, solicitar ao provedor de aplicações de Internet a retirada de material impróprio envolvendo a sua pessoa. No entanto a vítima deve apontar todos os elementos necessários para a correta identificação da URL onde o material esteja hospedado. Cabe ressaltar que é necessário o contato com cada provedor de acesso de cada site onde o material for localizado, o que não é tarefa de fácil execução, visto que materiais publicados em um site são propagados para outros sem que haja um controle disso.

Mais recentemente tivemos a aprovação da Lei no. 13.718/2018²⁶ que alterou o Código Penal, tipificando os crimes de importunação sexual e da pornografia de revanche para melhor apenar a conduta do agente.

A Lei traz aspectos bem interessantes como a reclusão até 8 anos para os casos de pornografia de revanche. Entretanto esta Lei ficou aquém de outros projetos apresentados que previam inclusive penas maiores no caso de a vítima tentar suicídio e pena maior ainda caso o suicídio se consumasse.

Outro ponto importante a ressaltar é que pela recência da entrada em vigor da lei, a sua aplicação para os casos concretos com sentença transitada em julgado ainda não se verificou e, por isso, devemos aguardar os resultados para analisar que tipos de benefícios reais trouxe para as vítimas do delito.

O dano sofrido versus a reparação

A grande facilidade de acesso à Internet permite divulgar materiais não autorizadas sobre privacidade e intimidade de terceiros, e em especial os relativos caso de pornografia de revanche, reconhecidos como ato ilícito, gerador de grandes danos às vítimas.

O que temos em situações envolvendo a pornografia de revanche é uma total afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, que é um dos princípios basilares de nossa sociedade e de nosso direito. A vítima é exposta de forma vil pelo seu agressor apenas para o prazer deste de expô-la em sua intimidade como forma de se vingar pelo fim de uma relação que ambos mantinham e que a vítima decidiu terminar.

O Código Penal Brasileiro ²⁷ prevê como uma agravante pena a motivação fútil para o delito cometido: “Artigo 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando

²⁵ Lei 12.965/2014 – Marco Civil da Internet. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm.

²⁶ Lei 13.718/2018 - Tipifica os crimes de importunação sexual, pornografia de revanche e outros. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm.

não constituem ou qualificam o crime: II - ter o agente cometido o crime; a) por motivo fútil ou torpe;”. Assim o que temos é que crimes como a pornografia de revanche devem ser tratados com a devida rigidez em função da motivação atroz do agressor, além dos danos que são causados de forma permanente às vítimas e seus familiares. Há que se reforçar que também é vítima, de forma indireta, toda a sociedade, visto que se um indivíduo foi agredido em sua dignidade, qualquer membro deste grupo social também o pode ser.

Ao analisarmos as decisões finais da justiça, vemos que ainda não é possível notar o resultado da implantação da Lei 13.718/2018 com a tipificação da pornografia de revanche. Assim, a maioria dos casos em andamento no judiciário é tratada pelo Código Penal através da analogia e enquadrando o delito como difamação ou injúria e com as consequências já relatadas.

O fundamento das decisões judiciais diz prestigiar a dignidade da pessoa humana e seu direito à privacidade como valores de uma sociedade democrática de direito. Mas as penalidades aplicadas aos infratores são pequenas tanto na extensão da pena como no ressarcimento por dano moral às vítimas. A razão apresentada é que um ressarcimento de elevada monta geraria enriquecimento sem causa. Fica evidente portanto que não há caráter pedagógico na pena nem no ressarcimento, pois está sendo privilegiado o aspecto financeiro ao invés do aspecto moral envolvendo a dignidade da pessoa.

Um dos pontos importantes a ressaltar é que não há critérios objetivos para a graduação da pena a ser aplicada ao agente em função do dano sofrido pela vítima, ficando a critério do juiz decidir o *quantum* conforme o caso em análise. Isto tem grande impacto pois se a divulgação das imagens se refere a uma pessoa de vida pública haverá uma repercussão das imagens em maior grau do que no caso de uma pessoa comum. Porém deve-se frisar que qualquer divulgação de material pela Internet tem alcance que não se pode dimensionar e não há meios de se garantir a retirada do material de toda a Internet.

De toda forma, é necessário punir exemplarmente os atos ilícitos envolvendo os direitos de personalidade e em especial a intimidade de terceiros. E assim, devem ser condenados os responsáveis por sites e demais plataformas que tolerem a invasão e divulgação da privacidade de terceiros, ou que instados a remover o conteúdo, se neguem a fazê-lo.

²⁷ Decreto Lei 2848/1940 – instituiu o Código Penal Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm

Quanto à divulgação das imagens, as decisões são a favor da vítima para remoção do conteúdo não autorizado, porém cabe à vítima indicar todos os lugares em que o conteúdo está para que uma ordem judicial específica seja emitida para cada site remover o conteúdo. Reforce-se que o dano sofrido só cessaria se todos os materiais indevidos fossem removidos da Internet, o que não é viável, pois a propagação do conteúdo ocorre de forma quase automática com um site reproduzindo e armazenando o conteúdo de outro site de forma automática e assim segue de maneira exponencial. Desta forma, não se tem acesso a todos os locais onde os materiais estão armazenados ou mesmo onde estão disponíveis para visualização e divulgação.

Pela impossibilidade de tal procedimento, a vítima não consegue seu intuito para remover todo o material ilícito publicado, ficando refém permanente de uma exposição indesejada. O que acaba acontecendo é a concentração de esforços na identificação e remoção nos sites de maior visitação, bem como nos mecanismos de pesquisa da Internet para ordenar que estes abstenham de exibir resultados para pesquisas referentes ao material.

Mais tarde, outros sites são identificados e as ordens de retirada vão acontecendo aos poucos, porém sem garantia de que todo o material impróprio foi eliminado da Internet.

CONCLUSÃO

O acesso facilitado hoje à Internet de alta velocidade junto com o barateamento dos smartphones e demais dispositivos informáticos permitiu que mais pessoas pudessem ingressar no mundo digital, e assim tornou mais fácil a comunicação entre pessoas separadas por longas distâncias, a compra e venda de produtos e serviços, pesquisas acadêmicas entre outras coisas.

Porém esse potencial de comunicação causa grandes danos quando usado para crimes como pornografia de revanche. Uma vez que o crime é comunicado compete à autoridade competente enquadrar o delito e dar seguimento ao devido processo legal, buscando ao final, aplicar a devida pena ao agente e ressarcir (no que for possível) os danos sofridos pela vítima.

As decisões judiciais para este tipo de delito informam sobre a importância do princípio da dignidade humana, do respeito à intimidade e dos direitos de personalidade, porém o resultado visto ao final até agora não tem sido nessa direção, pois as penas impostas aos agentes são muito brandas quando não são transformadas em outras penas através da transação ou ainda com a aplicação de multas em baixo valor.

Apesar do crime de pornografia de vingança trazer consequências permanentes para as vítimas, ele ainda é tratado como sendo um crime de menor potencial ofensivo, pelo seu enquadramento como caso de difamação ou de injúria. Não se trata de querer uma punição extrema aos infratores, mas sim que um dos princípios basilares de nossa sociedade seja respeitado como tal para que a dignidade da pessoa possa ser percebida como um valor de extrema importância se quisermos trabalhar para uma sociedade mais justa e fraterna.

Os resultados até agora mostram que a justiça não está sendo feita, pois na visão das vítimas, os agressores sequer chegam a cumprir pena em regime fechado, e quando há algum ressarcimento a título de danos morais, o valor recebido é ínfimo não servindo para compensar o dano sofrido.

Sabe-se que a Lei 13.718/2018 é recente em sua aplicação e ainda não temos casos com trânsito em julgado onde a tipificação penal tenha se iniciado pelo previsto no Artigo 218-C, §1º (pornografia de revanche). Será necessário termos decisões definitivas dos tribunais acerca do assunto para podermos verificar se a Lei citada auxilia no combate a este crime ou se há necessidade de endurecimento das penas previstas ou ainda se há necessidade de novos tipos penais como melhor combater este crime.

Quer a tipificação do crime dê-se como difamação, injúria ou pornografia de revanche, entende-se que um ponto de difícil equação diz respeito ao estabelecimento do *quantum* indenizatório envolvido no ressarcimento por dano moral. Em tese, as decisões deveriam buscar a individualização da pena analisando a situação no caso concreto e aferir o *quantum* de forma justa para que este represente uma compensação para a vítima pelos danos sofridos. Além disto a quantificação deve ser percebida pelo agente com uma punição educativa que o desestimule de praticar delitos desse tipo.

Porém o crime em questão traz consequências permanentes para a vítimas, visto que o conteúdo em circulação na Internet não consegue ser removido na sua totalidade. Assim, a aflição e medo do conteúdo impróprio voltar a ser exibido são reais, duradouros. E isto também é um componente novo para os juízes lidarem em suas sentenças, dificultando uma dosimetria mais equilibrada quanto ao ressarcimento. Como dimensionar o dano sofrido por uma jovem expulsa de casa pelo pai que declarou o rompimento do vínculo familiar? Ou ainda como definir um ressarcimento justo para uma mulher que se vê obrigada a largar seu emprego, mudar de cidade, carregando seu filho, por ter tido sua intimidade exposta na pequena cidade em que morava?

Há, ainda outros aspectos envolvendo danos emocionais, síndrome do pânico e quadros depressivos que impedem a vítima de sair de casa ou se relacionar socialmente. Situações de rompimento de laços sociais ou mesmo familiares, necessidade de deletar todos os perfis em mídias sociais por não aguentar a exposição indesejada de sua

intimidade. Ocorrem ainda situações extremas, onde as vítimas se sentem cansadas de tanto sofrimento, vergonha e humilhação para si e para seus familiares e por conta disto decidem tirar a própria vida, vindo a gerar uma segunda situação de dor familiar que também não cessa, que é a dor da perda de um membro da família.

Assim, se há dificuldade na quantificação do ressarcimento pelos danos sofridos, uma alternativa pode ser um aumento da pena de reclusão para mostrar ao agente a gravidade de seus atos por expor indevidamente a intimidade e vida privada de outrem a título de vingança pelo fim de um relacionamento.

Uma pena mais severa também impossibilitará a troca desta por penas alternativas como as PRD (Penas Restritivas de direitos) ou ainda pela prestação de serviços comunitários, que, normalmente, acabam sendo transformadas em pagamento de cestas básicas. A dosimetria da pena deve levar em conta a intenção sórdida do agente movido pelos seus motivos mesquinhos pelo fato do parceiro não mais querer continuar com o relacionamento; além de avaliar a extensão do dano causado à vítima tanto de cunho material como emocional e psicológico. Apesar do sofrimento ser algo muito pessoal, quando uma vítima se vê obrigada a largar seu emprego, mudar de cidade, mudar os filhos de escola, a e utilizar de psicólogos ou psiquiatras para auxiliar no tratamento do problema, estes impactos podem ser avaliados de forma objetiva para auxiliar na apuração do quantum indenizatório a ser fixado.

Assim, além de receber uma pena elevada para o agente tenha clara a extensão de seu delito, deve este ser compelido ao pagamento de uma multa de alto valor a título de reparação do dano moral causado à vítima.

Porém para que se evite uma interpretação equivocada de que um ressarcimento elevado ensejaria enriquecimento sem causa para a vítima, um complemento neste alternativa seria uma alteração antiga, proposta mas não aprovada no Código Civil que, previa que, além do adequado ressarcimento à vítima, o agressor fosse condenado ao pagamento de uma indenização adicional para o Fundo Estadual de Assistência Judiciária.

REFERÊNCIAS

ANATEL – **Agência Nacional de Telecomunicações**. Disponível em <https://www.anatel.gov.br/institucional/>. Acesso em 17 out 2019.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 11 out. 2019.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Institui o Código Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em 12 out. 2019.

BRASIL. Lei 9.099/95. Lei que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm. Acesso em 30 set 2019.

BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. Lei n. 12.737 de 30 de novembro de 2012. **Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112737.htm. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Lei n 13.718/2018 - Tipifica os crimes de importunação sexual, pornografia de revanche e outros. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm. Acesso em 16 out. 2019.

CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da Internet**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005.

DEBORD, Guy. **A Sociedade do Espetáculo**. Rio de Janeiro. Ed. Contraponto, 2000

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS - Pesquisa Anual de Uso de TI - FGV-SP - 2019. Disponível em: <https://eaesp.fgv.br/ensinoeconhecimento/centros/cia/pesquisa>. Acesso em 16 out 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil 1 Esquematizado: Parte geral – obrigações – contratos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo. Editora 34. 1999.

MELO, Nehemias Domingos. Por uma nova teoria da reparação por danos morais. **Portal Boletim Jurídico**. Uberaba, a. 3, n. 114. Disponível em:

<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/519/por-nova-teoria-reparacao-danos-morais>. Acesso em: 15 out. 2019.

MELO, Nehemias Domingos. Fundamentos da reparação por dano moral trabalhista e uma nova teoria para sua quantificação. **Portal JusLaboris – Biblioteca Digital da Justiça do Trabalho**. Revista Eletrônica. Agosto de 2013. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/96337>. Acesso em 16 out. 2019.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de Direito de Família e Sucessões**. São Paulo: Saraiva. 2015.

SAFERNET BRASIL – **Comportamento online / Pornografia de Revanche**. Disponível em: <https://new.safernet.org.br/content/pornografia-de-revanche#mobile>. Acesso em 16 out 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA STJ - **RECURSO ESPECIAL: REsp 1679465 SP 2016/0204216-5** – julgamento recurso Google em caso envolvendo uma adolescente que teve fotos íntimas vazadas, depois que o cartão de memória do seu celular foi furtado. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/557633921/recurso-especial-resp-1679465-sp-2016-0204216-5/relatorio-e-voto-557633975?ref=juris-tabs>. Acesso em 16 out 2019.

TELECO - Consultoria especializada em mercado de telecomunicações. **Total de telefones Celulares Ago/2019: 228,2 milhões**” – Teleco –. Disponível em: <https://www.teleco.com.br/ncel.asp>. Acesso em 15 out 2019.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ZISMAN, Célia Rosenthal. A dignidade da pessoa humana como princípio universal. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 96, jul 2016.

UMA ANÁLISE DO FILME “XXY”: DIREITO À IDENTIDADE

Jamille Bernardes da Silveira Oliveira dos Santos¹; Valéria Silva Galdino Cardin²

Resumo: O presente trabalho decorre da análise do filme “XXY” que aborda a situação de uma adolescente de 15 (quinze) anos, Alex, que é intersexual. A proposta deste artigo é, por meio de recortes da narrativa do filme expor uma discussão acerca da intersexualidade e dos direitos da personalidade, evidenciando a sexualidade como parte do direito à identidade. E, em decorrência disto, todo e qualquer discurso que viole o reconhecimento das pessoas intersexuais está em desacordo com o ordenamento jurídico pátrio, posto que, ao reconhecer a dignidade humano como um princípio basilar do Estado, o Brasil, implicitamente reconheceu o direito de toda pessoa escolher e viver de acordo com a percepção que possui de si mesma. Este artigo se desenvolveu por meio de revisão de literatura e justifica na falta de pesquisa, em especial na seara jurídica, que tratem da temática proposta e, como consequência, permitem que pessoas intersexuais continuem a ser marginalizadas socialmente.

Palavras-chave: Intersexualidade. Direitos da Personalidade. Direito à Identidade.

AN ANALYSIS OF “XXY” FILM: RIGHT TO IDENTITY

ABSTRACT: The present work stems from the analysis of the movie “XXY” which deals with the situation of an intersexual 15-year-old teenager, Alex. The purpose of this article is, through clippings of the film narrative to expose a discussion about intersexuality and personality rights, highlighting sexuality as part of the right to identity. And as a result, any discourse that violates the recognition of intersex persons is in disagreement with the national legal system, since, by recognizing human dignity as a fundamental principle of the state, Brazil implicitly recognized the right of all One chooses and lives according to one's perception of oneself. This article was developed through literature review and justifies the lack of research, especially in the legal area, that deal with the proposed theme and, consequently, allow intersexual people to continue to be socially marginalized.

KEYWORDS: Intersexuality. Personality rights. Right to Identity.

¹ Mestranda em Ciências Jurídicas, com ênfase em Direitos Da Personalidade, pelo Centro Universitário de Maringá - UNICESUMAR (Bolsista CAPES/PROSUP). Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Paranaense – UNIPAR. Graduada em Direito pela mesma instituição (Bolsa ProUNI). Advogada. E-mail: jamillebernardes@gmail.com

² Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Lisboa; Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP); Docente da Universidade Estadual de Maringá e do Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (UniCesumar); Pesquisadora pelo ICETI; Advogada.

INTRODUÇÃO

Este trabalho analisa o filme “XXY”, produção francês-espanhola-argentina de 2008, dirigida por Lucia Puenzo, que aborda a intersexualidade. Nesta obra cinematográfica o espectador se depara com a história de uma adolescente de 15 (quinze) anos, chamada Alex. Esta possui uma genitália ambígua, ou seja, é um intersexual.

Em decorrência de Alex possuir características físicas relacionadas à ambos os sexos, seus pais, mudaram da Argentina para o Uruguai, na tentativa de “esconder” a criança. Decidiram ainda, que não seria realizada nenhuma cirurgia para “corrigir” a genitália da menor e optaram por fazer uso de medicamentos para que as características masculinas não se desenvolvessem.

Passados 15 anos, a mãe de Alex acredita que seja hora da filha realizar a cirurgia “corretiva” e, em decorrência disto, chama um médico cirurgião e sua família para passarem um tempo com eles no Uruguai. Neste mesmo período, Alex toma consciência do próprio corpo e de sua sexualidade e se vê emocionalmente envolvida com o filho do médico que está hospedado em sua casa.

Ao longo deste artigo, será demonstrado que o filme conduz a uma discussão acerca da complexidade da sexualidade humana, uma vez que os corpos rompem com quaisquer paradigmas estruturantes, bem como os direitos da personalidade que estão envolvidos.

O trabalho está estruturado em 3 (três) tópicos: o primeiro que conceitua o que é intersexualidade; o segundo que aborda como esta é tratada juridicamente e pelos médicos e, por fim, discorre acerca da identidade sexual enquanto um direito da personalidade, representando o direito de toda pessoa poder escolher o que deseja ser.

Para elaboração deste artigo utilizou-se o método teórico que consiste na consulta de obras, artigos de periódicos, documentos eletrônicos, bem como da legislação pertinente, destacando que todos os intersexuais devem ter seus direitos resguardados.

1 A SINGULARIDADE DO SER E A INTERSEXUALIDADE

Compreender o ser humano e suas múltiplas facetas é tarefa árdua e que não pode ser visualizado apenas sob uma ótica, e sim nas várias áreas do saber. São Tomás de Aquino ao conceituar pessoa (2001, p. 3) afirma que esta é “o que há de mais perfeito em toda a natureza, a saber, o que subsiste em uma natureza racional”.

Edgar Morin, ao discorrer acerca da Teoria da Complexidade³, entende que os seres humanos são:

[...] seres ao mesmo tempo físicos, biológicos, sociais, culturais, psíquicos e espirituais, é evidente que a complexidade é aquilo que tenta conceber a articulação, a identidade e a diferença de todos esses aspectos, enquanto o pensamento simplificante separa esses diferentes aspectos, ou unifica-os por uma redução mutilante. Portanto, nesse sentido, é evidente que a ambição da complexidade é prestar contas das articulações despedaçadas pelos cortes entre disciplinas, entre categorias cognitivas e entre tipos de conhecimento. De fato, a aspiração à complexidade tende para o conhecimento multidimensional” (MORIN, 2014, p. 176-177).

Dentre a complexidade que cerca a formação humana, o filme XXY faz com que seja analisada a importância do sexo, a sexualidade e o gênero para a construção do indivíduo enquanto ser singular em si mesmo, ao propor um debate sobre os corpos intersexuais.

Enquanto o sexo se liga às características físicas, biológicas e morfológicas da pessoa, por outro lado, o conceito de gênero não se restringe a esta compreensão e se coloca como uma construção particular de cada ser.

Ana Amélia Oliveira Reis de Paula e Márcia Maria Rosa Vieira (2015, p. 73) apontam que “o conceito de gênero não inclui apenas um estado biológico, como homem e mulher, mas também remete à questão do reconhecimento íntimo, à atribuição social, ou legal”. E continuam ao dizer que gênero, “não está apoiado exclusivamente nas distinções genitais, abrangendo o corpo e os critérios de comportamento”.

Heloísa Helena Barboza (2012, p. 136) diferencia sexo e gênero esclarecendo que:

[...] enquanto o gênero corresponde ao papel que é atribuído a cada sexo, configurando o que é masculino e feminino, de acordo com regras preestabelecidas, o sexo encontra-se atrelado francamente ao determinismo biológico, ou melhor, genital, sendo estabelecido por ocasião do nascimento. A partir deste momento, é designado o que compete ao recém-nascido fazer ao longo de sua vida, os âmbitos privado e público, em razão do seu sexo.

Nesta perspectiva, “o gênero e as sexualidades são reflexos das ingerências advindas das diversas instâncias sociais e culturais; trata-se de um processo contínuo, sutil, inacabado, de constantes e frequentes descobertas” (COSTA, 2019, p. 44). Insere-se nisto, a descoberta e identificação com o próprio corpo, pertencer a si mesmo e também a um grupo.

³ Teoria que tem por objetivo analisar determinado assunto pelos mais variados ângulos, sem descartar nenhum ou tentar responder à todas as vertentes. Surgiu com a sociedade globalizada e, possui aplicação em várias áreas do conhecimento. Vide obra: Ciência com consciência de Edgar Morin, 2014.

A intersexualidade se coloca como um desafio neste sentido, porque implica na existência de corpos que física e biologicamente possuem características relacionados à ambos os sexos conhecidos e aceitos: masculino e feminino – e, na seara médica isto é visto como uma Anomalia da Diferenciação Sexual (ADS), ou seja, corpos defeituosos.

A Resolução n. 1664/2003, do Conselho Federal de Medicina (CFM) estabelece que serão considerados casos ADS “as situações clínicas conhecidas no meio médico como genitália ambígua, ambigüidade genital, intersexo, hermafroditismo verdadeiro, pseudo-hermafroditismo (masculino ou feminino), disgenesia gonadal, sexo reverso, entre outras” (BRASIL, 2003).

Dentre as situações acima transcritas, a que interessa para o desenvolvimento desta pesquisa se relaciona com o que foi exposto no filme que são os casos de genitália ambígua, em que o órgão genital apresenta tanto características femininas quanto masculinas, não sendo possível determinar se a criança é uma menina ou menino quando é observado o órgão sexual.

Ana Carolina Gondim de Albuquerque Oliveira, conceitua a intersexualidade como “a condição corporal das pessoas que nascem com órgãos reprodutivos e anatomia sexual em desconformidade com o modelo masculino e feminino. Atualmente denominada de ‘anomalia ou distúrbio do desenvolvimento sexual’ (2015, p. 2).

A existência intersexual põe em xeque os paradigmas de “normalidade, fragiliza o discurso científico biologizante, evidencia a complexidade de significar o corpo sexuado e ameaça a corporalidade comum que mantém a previsibilidade e a ordem tão desejadas em uma sociedade em que a tecnologia de poder é centrada na gestão da vida” (GAUDENZ, 2018, *online*).

O filme XXY, ao retratar a intersexualidade sob o ponto de vista da Alex, uma adolescente de 15 anos, apresenta a dificuldade vivida pelas pessoas intersexuais na busca por dar significado ao próprio corpo, enquanto todo o discurso à sua volta implica que a intersexualidade é uma condição que demanda correção.

A intersexualidade evidencia a complexidade do ser humano, marca a sua singularidade e, em decorrência disso sofre resistência para ser aceita e, desde logo é marcada por estigmas como será exposto no tópico seguinte.

2 A ABORDAGEM MÉDICA E JURÍDICA DA INTERSEXUALIDADE

O Conselho Federal de Medicina determina nos casos em que for verificada a presença da ADS “deve ser assegurada uma conduta de investigação precoce com vistas a uma definição adequada do gênero e tratamento em tempo hábil” (BRASIL, 2003). Ou seja,

realizados exames complementares, deverá o recém-nascido ser submetido à uma cirurgia para correção da genitália ambígua.

Acerca da abordagem médica, Paula Sandrine Machado salienta:

[...] no que se refere à cirurgia, a principal preocupação é com o resultado ‘estético’ ou ‘cosmético’ dos genitais construídos. As técnicas cirúrgicas são empregadas no sentido de tornar a genitália da criança ‘o mais próximo possível do normal’, de acordo com determinados padrões de tamanho, forma, ‘terminação do trajeto urinário’ (mais na ponta do pênis para os meninos; mais abaixo nas meninas) e uso (construir vaginas ‘penetráveis’ e pênis ‘que penetrem’) (MACHADO, 2005, p. 2).

Já Fabiano de Souza Gontijo (2018, p. 129) destaca que “o discurso biomédico de “tratamento” da intersexualidade se baseia e se legitima na ideia de limitação da dor psicológica que seria causada à criança, caso fosse criada com o corpo “defeituoso”, fora do padrão”. Todavia, o real desconforto provém dos pais, da própria equipe médica e da sociedade como um todo que não se vê preparada para conviver com aquilo que foge aos ‘padrões’ (FAUSTO-STERLING, 1993).

Inclusive, na exposição de motivos endereçada à Endocrine Society pelo National Institutes of Health (NIH) em dezembro de 2013 (*apud* GUIMARÃES; BARBOZA, 2014, p. 2182) resta firmado que:

(...) pouco se sabe em relação aos efeitos no curto e longo prazo das atuais intervenções médicas ou psicossociais para os casos de DDS em crianças e em suas famílias nos diferentes períodos de seu desenvolvimento, as quais podem ter importantes implicações no tocante a se determinar a idade mais adequada [para a cirurgia] e, também, a natureza dos cuidados clínicos e psicológicos necessários. A multiplicidade de variáveis que afetam o desenvolvimento dessas crianças e a heterogeneidade de condições compreendidas pelos DDS representam desafios metodológicos para o estabelecimento de evidências científicas em relação às questões críticas observáveis nesse período, não apenas para elas, mas também para suas famílias e médicos envolvidos.

Alejandro Granero Andújar e Teresa García Gómez, ao parafrasearem os ensinamentos de Fausto-Sterling e García López, destacam que a cirurgia de normalização sexual se caracteriza por uma imposição para que a pessoa esqueça seu próprio corpo e se encaixe em padrões sociais. Veja-se:

Así, se impone a estas personas olvidar su sexo y condición intersexual para integrarse forzosamente en las categorías hombre o mujer bajo el pretexto de servir a la mejora de su salud física y mental. Decisión sobre la que ni siquiera tienen capacidad de elección, ya que se realiza en un intervalo de horas muy próximas al alumbramiento debido al carácter de emergencia médica que se le asigna a este

tipo de nacimientos y la inminente necesidad de inscribir el sexo del bebé en el registro civil (ANDÚJAR; GÓMEZ, 2019, p. 64)⁴.

A anomalia de diferenciação sexual distorce a ideia da sexualidade biológica pois impossibilita a determinação do sexo por meio de fatores biológicos. Em certas situações, a análise do sexo biológico, morfológico, endócrino e genético ainda não será o bastante para que os profissionais da saúde consigam determinar o indivíduo como pertencente ao sexo masculino ou feminino. A intersexualidade se revela, assim, como uma sexualidade em si mesma, um corpo que não pode ser encaixado em outra denominação que não em si próprio (GAUDENZI, 2018, *online*).

Ana Karina Cangaçu-Campinho, Ana Cecília de Sousa Bittencourt Bastos e Isabel Maria Sampaio Oliveira Lima (2009, p. 1154) asseveram que a visão da intersexualidade “como enfermidade ou desvio é marcada pela visão cultural da sociedade moderna ocidental, que estigmatiza o corpo que não segue os padrões ditos masculinos ou femininos, como um corpo distorcido, anormal, estranho”.

Esta postura médica e a opção pela imediata “correção” da genitália do bebê é uma conduta reforçada pela abordagem jurídica acerca da intersexualidade, haja vista que no Brasil não existe a possibilidade de uma criança ser registrada como intersexo ou indefinida. A indicação do sexo da criança como masculino ou feminino é requisito obrigatório para o assentamento do documento conforme disposto da Lei n.º 6.015/1973 (Lei de registros Públicos).⁵

Roberta Tourinho Dantas Fraser e Isabel Maria Sampaio Oliveira Lima tecem importantes considerações acerca da intersexualidade e o tratamento jurídico dispensado:

Ocorre que o nascimento de crianças intersexuadas muitas vezes impõe um limite objetivo ao Assentamento Civil destes indivíduos, em face da impossibilidade da declaração imediata do sexo e, conseqüentemente, do prenome dessas crianças. No Brasil, o sexo civil tem como base unicamente o sexo morfológico do indivíduo e, em casos de crianças com genitália ambígua, torna-se inviável o seu registro imediato, em razão da incerteza quanto ao sexo e ao nome, feminino ou masculino, do neonato (FRASER; LIMA, 2012, p. 07).

⁴ Assim, impõe-se a essas pessoas esquecer seu sexo e condição intersexual para integrar-se necessariamente nas categorias masculino ou feminino sob o pretexto de servir para melhorar sua saúde física e mental. Decisão sobre a qual eles nem sequer têm a possibilidade de escolher, pois é realizada em um intervalo de horas muito próximo ao nascimento devido à natureza da emergência médica atribuída a esse tipo de parto e à necessidade iminente de registrar o sexo do bebê em o registro civil (ANDÚJAR; GÓMEZ, 2019, p. 64). Tradução livre.

⁵ Art. 54 da Lei n.º 6.015/1973: “O assento do nascimento deverá conter: §2º o sexo do registrando”.

A ausência de previsão do assentamento do registro civil de crianças consideradas intersexuais coopera para que procedimentos cirúrgicos de cunho “corretivos” irreversíveis continuem ocorrendo, e conduz os pais a concordarem com este tipo de abordagem médica, uma vez que por não conseguirem enquadrar seu bebê como menina ou menino, acreditam que ao optarem pela cirurgia de designação sexual estarão realizando um bem para o filho (a).

O registro de nascimento é documento indispensável para que uma pessoa, não só exista no mundo fático, como seja reconhecida juridicamente, o que lhe garante o acesso aos direitos básicos inerentes a toda pessoa, como por exemplo: saúde e educação.

Esta lacuna faz com que os pais sejam obrigados a indicar o sexo (masculino ou feminino) para conseguirem efetivar o registro de nascimento, uma vez que os exames para designação do sexo da criança demoram mais de 15 (quinze) dias (que é o prazo legal para que o registro de nascimento seja feito).

Esta indicação ultrapassa o campo do documento assentado e gera efeitos no cotidiano daquela família, que em decorrência disto, se apega àquela criança como sendo do sexo apontado para efeitos legais. Assim, se este (sexo) for, eventualmente, refutado depois pelos exames, os pais sofrerão a quebra de expectativas, bem como enfrentarão problemas para alterar os documentos, uma vez que não há previsão de mecanismos para alterar o registro via administrativa.

Diferente do tratamento jurídico brasileiro dispensado aos casos de intersexualidade, vários países, como por exemplo: a Austrália, a Alemanha, Bangladesh, a Nova Zelândia, o Nepal, o Paquistão, a Índia, o Canadá, Malta e o Quênia adotaram a possibilidade de um terceiro gênero como saída para o registro de pessoas que se enquadrem como intersexuais. (ARPEN BRASIL, 2017).

No Brasil, por hora, há 3 (três) projetos que visam sanar esta lacuna judicial acerca do assentamento do registro de nascimento das crianças intersexuais, um deles é o Projeto de Lei n.º 5002/2013 que prevê a possibilidade de alteração do nome no documento em casos em que reste comprovado a discordância entre a identidade de gênero e a autopercepção da pessoa⁶.

Este segundo Projeto de Lei (n.º 5255/2016) é mais específico e visa alterar o artigo 54, §4º, da Lei de registros Públicos e, acrescentar a possibilidade de que quando

⁶ Art. 58º. O prenome será definitivo, exceto nos casos de discordância com a identidade de gênero auto percebida, para os quais se aplicará a lei de identidade de gênero. Admite-se também a substituição do prenome por apelidos públicos notórios. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2013).

constatada a ADS o registro civil poderá ser lavrado com a indicação do gênero como “intersexo” ou “indefinido”⁷.

E por último, consta em fase de tramitação do Projeto de Lei n.º 134/2018 que institui o Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero prevê que cirurgias de caráter definitivo como a da correção da genitália passam a ser proibidas dado o seu caráter irreversível, bem como a possibilidade de retificação do nome e gênero, por via administrativa, no registro civil nos casos que envolvam pessoas intersexuais.

No filme XXY, a jovem Alex não foi submetida à cirurgia corretiva ao nascimento, pois, o pai não quis autorizar. Contudo, a mãe, por desejar uma menina, criava esta desta forma e, ela precisava fazer uso de medicamentos para impedir que as características relacionadas ao sexo masculino se desenvolvessem. Além disso, o filme se passa no período em que a mãe convida um médico cirurgião e sua família para ficarem um tempo com eles, no intento de convencer Alex sobre a importância de que ela opte por fazer a cirurgia para “normalizar” a genitália.

A falta de apoio e informações adequadas quanto à intersexualidade levam às famílias a acreditarem que estão fazendo um bem maior ao optarem pela realização da intervenção cirúrgica.

Houl e Lee alertam para o fato de que:

permanece inadequada a compreensão científica das questões relacionadas aos DDS, [o que acaba por comprometer o desenvolvimento] de linhas de cuidado [guidelines] sólidas para o enfrentamento de suas questões mais controversas. Persiste a necessidade de mais estudos, de modo a que médicos possam ter esclarecida uma resposta para a questão mais premente que lhes é apresentada: qual é a relação entre a decisão por eles tomada no tocante à realização de cirurgias genitais e redesignação sexual e a futura qualidade de vida e adaptação das pessoas intersexo nas quais tais procedimentos foram realizados (HOUK; LEE, 2012, p. 28)

Faz-se necessário que famílias que possuem membros intersexuais recebam acompanhamento psicológico profissional adequado, no intento de que consigam ofertar condições mínimas de uma educação neutra capaz de respeitar a singularidade do ser até que haja a definição.

Como se nota, a abordagem dispensada à intersexualidade, seja pelo meio médico ou jurídico acarreta em inúmeros afrontas aos direitos destas pessoas, eis que, seu direito

⁷ O sexo do recém-nascido será registrado como indefinido ou intersexo quando, mediante laudo elaborado por equipe multidisciplinar, for atestado que as características físicas, hormonais e genéticas não permitem, até o momento do registro, a definição do sexo do registrando como masculino ou feminino (BRASIL, 2016).

ao nome, à imagem, à integridade física e psicológica, à imagem e à identidade são afetados pelas condutas de terceiros. Em virtude disto, no tópico a seguir serão tecidos breves comentários aos direitos da personalidade, com ênfase a destacar como a ausência de reconhecimento das pessoas intersexuais afeta no seu direito à autodeterminação e identidade.

3 DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE: O DIREITO DE ESCOLHER A SI MESMO

Primeiramente, conceitua-se que os “direitos da personalidade são os que decorrem da personalidade, preenchendo-a. Envolve aspectos físicos e psíquicos, abrangendo, pois, a integridade física e moral das pessoas” (GODINHO, 2009, p. 19). Ou seja, são os responsáveis por permitirem que toda a pessoa seja considerada em sua dignidade, como tenha assegurado o seu direito ao livre e pleno desenvolvimento.

Os direitos da personalidade abrangem “[...], a garantia de uma proteção mínima à personalidade é fruto da preocupação afirmada pelo avanço cultural do ser humano que, atualmente, repele toda e qualquer ideia que possa comprometer sua plena integridade” (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p.171).

Neste contexto, tem-se que a sexualidade humana e a identificação com o próprio corpo são elementos indispensáveis para o desenvolvimento da personalidade do indivíduo e, por isto, ensejam serem amparadas pelos direitos da personalidade, uma vez que compõe o direito à identidade pessoal. Rubens França (1968, p. 21), esclarece que “o direito à identidade pessoal é aquele que tem a pessoa de ser conhecida como aquela que é e de não ser confundida com outrem”.

Nas palavras de Elimar Szaniawski (1997, p. 34), a identidade sexual se insere como um dos aspectos da identidade pessoal e “possui uma estreita ligação com uma pluralidade de direitos, que permitem o livre desenvolvimento da personalidade que possui em seu conteúdo, a proteção à integridade psicofísica, a tutela à saúde e o poder de disposição de partes do próprio corpo, pela pessoa”.

Acerca da noção de corpo, Lino Batista de Oliveira leciona que:

Somos, não em sentido reducionista, a nossa sexualidade e a nossa corporeidade, que revelam ser o homem e a mulher não apenas construção subjetiva, mas igualmente dados objetivos, que independem da capacidade de construção de nós mesmos. São fatos naturais as diferenças entre homem e mulher, realidade biologicamente inegável (OLIVEIRA, 2019, p. 50).

Em que pese o discurso de Lino seja uma tentativa de refutar a noção de que homem e mulher são conceitos mutáveis que se formam a partir das experiências

individuais e sociais de cada pessoa, o autor está certo ao destacar a importância da sexualidade e do corpo na formação do indivíduo. É justamente em virtude desta concepção que se defende o direito do ser humano possuir o corpo com o qual se identifica, sob o risco de passar a vida toda com a sensação de estar aprisionado em si mesmo.

Permitir “a sexualidade como algo inerente ao ser humano é atribuir a ela um valor de generalidade, que reside em todo e qualquer ser humano. O direito de personalidade à sexualidade seria então, adquirido ao nascer” (RÊGO, 2017, p. 8).

A concepção de que os direitos da personalidade englobam o direito à identidade e que este, por sua vez, abrange o direito à sexualidade, implica no reconhecimento de que a sexualidade de um recém-nascido intersexual não pode ser escolhida por terceiros, mas antes, demanda sua própria manifestação de vontade.

Os procedimentos médicos realizados e aceitos como corretos no que tange à intersexuais, nada mais representam do que a ânsia social por eliminar corpos que não são vistos como aceitáveis e, tão pouco são eficazes para garantir o bem-estar da criança e de sua família.

Ana Carolina Gondim de Albuquerque Oliveira (2015, p. 19) expõe que:

As intervenções médico-cirúrgicas sobre os corpos intersexuais, por si só, não garantem o restabelecimento da saúde da criança (futuro adulto) intersexual. Somam-se às cirurgias, hormonioterapias, psicoterapias e a participação de uma equipe interdisciplinar, composta de pediatras, cirurgiões, ginecologistas e urologistas, psicólogos, psiquiatras, endocrinologistas, assistentes sociais, enfermeiros, dentre outros profissionais, que irão monitorar o corpo refeito durante muitos anos ou até mesmo toda a vida do paciente OLIVEIRA, 2015, p. 19).

A busca por corpos sexualmente aceitos coloca em risco os direitos das pessoas intersexuais de escolherem sobre suas próprias identidades, além de as fazerem refém de uma decisão que não foi sua, visto que, conforme transcrito acima, as intervenções médicas não se encerram no ato cirúrgico, mas se estendem por todos os anos da vida daquela pessoa.

Faz-se necessário refletir que, “a pessoa não é um ser acabado, mas um processo, um vir-a-ser. Como tal, deve ter o poder de fazer as escolhas que desejar. Dentre essas escolhas deve estar incluída a possibilidade de manipular livremente o próprio corpo, de utilizá-lo como espaço de autorrealização (FAVIER, 2013, p. 76).

No filme, ainda que a jovem Alex não tenha sido operada quando recém-nascida, a não aceitação do seu corpo por parte daqueles que a rodeavam, a levaram à ter uma vida

condicionada, sempre tendo que se esconder, ou fazer usos de medicamentos para alterar sua aparência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A persistente visão de que os corpos intersexuais são defeituosos e, diante disso carecem de readequação, levam as pessoas sob esta condição a serem estigmatizadas e marginalizadas pela sociedade, as quais veem seu comportamento reforçados pela forma como o direito e a medicina lidam com esta questão.

Faz-se necessária a compreensão de que a sexualidade compõe elemento essencial na formação do ser humano e, como tal, não pode deixar de ser vista como um direito da personalidade, advindo do próprio direito à identidade e, em decorrência disto, nenhuma pessoa poderia ter este aspecto de sua formação decidido por terceiros.

Os procedimentos médicos de abordagem da intersexualidade são frutos do preconceito social e da busca por corpos perfeitamente aceitos, onde tudo aquilo que fuja à construção dos discursos “normalizantes” devem ser refeitos.

De igual modo, a ausência de legislação específica para a elaboração da certidão de nascimento das pessoas intersexuais se mostra como algo alarmante, isto porque, cria uma situação de dupla vulnerabilidade, pois é afrontosa aos direitos das crianças que devem ter sua integridade física e psíquica asseguradas, como impede que as pessoas intersexuais sejam reconhecidas, afrontando, mais uma vez, os direitos básicos inerentes a toda pessoa, a começar pelo nome.

Ao se declarar como um Estado Democrático e elencar a dignidade humana como um dos elementos basilares para a constituição do Estado brasileiro, o ordenamento jurídico asseverou que toda pessoa deverá ter salvaguardado o direito de ser quem entende ser, desde que isto não implique em violação o direito de outrem.

A não aceitação das pessoas intersexuais evidencia um direito preocupado em proteger apenas certas pessoas, e não o ser humano como um todo. O discurso pela sexualidade como um direito da personalidade e a narrativa intersexual, nada mais representa do que o reconhecimento de que toda pessoa em sua essência.

Conforme demonstrado, é necessário que o direito à sexualidade seja incorporado e compreendido como um direito decorrente do direito à identidade e, assim, seja tutelado como um direito da personalidade, isto porque, deste modo, à sexualidade passaria a ser protegida como um direito indisponível do indivíduo e, nenhuma ação redutora e/ou de caráter definitivo como as cirurgias corretivas poderiam ser realizadas sem o consentimento do indivíduo. A exceção para este tipo de procedimento médico nos casos

dos intersexuais passaria a ser válida apenas nas situações em que houvesse risco à vida ou integridade física da criança.

Frisa-se também a urgência do ordenamento jurídico brasileiro sancionar uma lei que supra a lacuna legislativa existente no tocante ao assentamento do registro civil dos neonatos intersexo, como forma de reconhecer estes indivíduos.

A intersexualidade acarreta uma situação delicada no ambiente familiar e, demanda dos pais uma atitude difícil frente ao novo, por esta razão, é que se necessita de mais hospitais e clínica especializadas em prestar atendimento para estes casos, afim de, não só a criança, mas os pais também recebam o devido acompanhamento psicológico.

É garantido constitucionalmente que ninguém poderá ser discriminado em razão do seu sexo e, o não reconhecimento das pessoas intersexuais é circunstância que confronta diretamente com esse fundamento do Estado Democrático Direito. Não é mais sustentável que os intersexuais sejam vistos como doentes apenas porque seus corpos não corresponderem às exigências sociais. É necessário que se garanta o direito ao pleno e livre desenvolvimento destas pessoas.

REFERÊNCIAS

ANDÚJAR, Alejandro Granero; GÓMEZ, Teresa García. Intersexualidades: desconocimiento teórico-práctico en la educación formal. **Profesorado, Revista de Currículum y Formación del Profesorado**, [s.l.], v. 23, n. 1, p.61-82, 31 mar. 2019. Editorial de la Universidad de Granada. <http://dx.doi.org/10.30827/profesorado.v23i1.9144>. Disponível em: <http://revistaseug.ugr.es/index.php/profesorado/article/view/9144/7668>. Acesso em: 13 out. 2019.

AQUINO, Tomás. **Suma Teológica**. São Paulo: Loyola, 2001.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS REGISTRADORES DE PESSOAS NATURAIS (ARPEN BRASIL). Clipping – Jornal Deutsche Welle (Alemanha) - **Onde o terceiro gênero é reconhecido no mundo**. Disponível em: <http://arpenbrasil.org.br/noticia/6024>. Acesso em: 13 out. 2019.

BRASIL. Câmara Dos Deputados. **Projeto de Lei n.º 5255 de 23 de maio 2016**. Acrescenta § 4º ao art. 54 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que “dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências”, a fim de disciplinar o registro civil do recém-nascido sob o estado de intersexo. Deputada Federal Laura Carneiro. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1456906. Acesso em: 13 out. 2019.

BRASIL. Câmara Dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5002/2013, de 20 de fevereiro de 2013.** Dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o art. 58 da Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565315>
Acesso em: 13 out. 2019.

BRASIL. Conselho Federal De Medicina. **Resolução n.º 1.664 de 13 de maio de 2003.**

Define as normas técnicas necessárias para o tratamento de pacientes portadores de anomalias de diferenciação sexual. CFM. Disponível

em:http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2003/1664_2003.htm. Acesso em: 11 out. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973.** Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm. Acesso em: 13 out. 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n.º 134/2018.** Institui o Estatuto da

Diversidade Sexual e de Gênero. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7651096&disposition=inline>. Acesso em: 13 out. 2019.

BARBOZA, Heloísa Helena, Disposições do próprio corpo em face da bioética: o caso dos transexuais. *In*: GOZZO, Débora; LIGEIRA, Wilson Ricardo (Org.). **Bioética e direitos fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 2012.

CANGUÇU-CAMPINHO, Ana Karina; BASTOS, Ana Cecília de Sousa Bittencourt; LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira. O discurso biomédico e o da construção social na pesquisa sobre intersexualidade. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, [s.l.], v. 19, n. 4, p.1145-1164, 2009. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0103-73312009000400013>.

Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312009000400013&lng=pt&tlng=pt>. Acesso em: 13 out. 2019.

COSTA, Lorena Silva. **A invisibilidade da intersexualidade na saúde pública: reflexões a partir da inserção do psicólogo na saúde.** 2012. (dissertação). Centro Universitário de Brasília. Psicólogo da Faculdade de Ciências da Educação e Saúde. Orientadora: Prof^a. Dr^a. Tatiana Lionço. Disponível em:

<https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/123456789/2722>. Acesso em: 12 out. 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil.** 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

FAUSTO-STERLING, Anne. The Five Sexes: why male and female are not enough. **The Sciences**, March/April, 1993, p. 20-25. Disponível em:

https://www.researchgate.net/publication/239657377_The_Five_Sexes_Why_Male_and_Female_are_not_Enough. Acesso em: 12 out. 2019.

- FAVIER, Yann. A Inalcançável Definição de Vulnerabilidade Aplicada ao Direito: Abordagem francesa. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 85, n. 22, p.15-23, jan./fev. 2013. Disponível em: https://mpma.mp.br/arquivos/biblioteca/sumarios_correntes/1921_rev._de_direito_do_consumidor.pdf. Acesso em: 14 out. 2019.
- FRANÇA, Limongi Rubens. Institutos de proteção à personalidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 57, n. 391, p. 20-25, maio 1968.
- FRASER, Roberta Tourinho Dantas; LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira. Intersexualidade e direito à identidade: uma discussão sobre o assentamento civil de crianças intersexuadas. **Journal of Human Growth and Development**, v. 22, n. 3, p. 1-7, 2012. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rbcdh/v22n3/pt_12.pdf. Acesso em: 13 out. 2019.
- GAUDENZI, Paula. Intersexualidade: entre saberes e intervenções. **Cadernos de Saúde Pública**, [s.l.], v. 34, n. 1, 5 fev. 2018. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/0102-311x00000217>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2018000105007#?. Acesso em: 13 out. 2019.
- GODINHO, Adriano Marteleto. Pessoa, personalidade e direitos da personalidade. **Phronesis, Revista do Curso de Direito da FEAD**, n. 5, p. 9-40, jan./dez., 2019. Disponível em: <https://eds.a.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=0&sid=20d8594d-7957-4e9d-835e-0d0f0acaa72c%40sessionmgr4006>. Acesso em: 13 out. 2019.
- GONTIJO, Fabiano. Biologia, direito, perspectiva queer e intersexualidade. **Revista Teoria Jurídica Contemporânea**, [s.l.], v. 3, n. 1, p.120-139, 26 dez. 2018. Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. <http://dx.doi.org/10.21875/tjc.v3i1.18105>. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/view/18105#?>. Acesso em: 12 out. 2019.
- GUIMARÃES, Anibal; BARBOZA, Heloísa Helena. **Designação Sexual em crianças intersexo**: uma breve análise dos casos de “genitália ambígua”. **Caderno Saúde Pública**, Rio de Janeiro, p.p. 2177-2786, 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v30n10/0102-311X-csp-30-10-2177.pdf>. Acesso em 17 out. 2019.
- HOUK Christopher P.; LEE Peter A. Update on disorders of sex development. **Curr Opin Endocrinol Diabetes Obes**. vol. 19. n. 1, fev./2012; p.p. 28-32. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/22157406>. Acesso em: 17 ago. 2019.

MACHADO, Paula Sandrine. O sexo dos anjos: um olhar sobre a anatomia e a produção do sexo (como se fosse) natural. **Cadernos Pagu**, n. 24, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/%0D/cpa/n24/n24a12.pdf>. Acesso em: 13 out. 2019.

MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014.

OLIVEIRA, Ana Carolina Gondim de Albuquerque. OS corpos refeitos: a intersexualidade, a prática médica e o direito à saúde. **Revista de Gênero, Sexualidade e Direito**, Minas Gerais, v. 2, n. 1, p.1-25, jan./dez./2015. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistagsd/article/view/935/PDF>. Acesso em: 13 out. 2019.

OLIVEIRA, Lino Batista de. **Questão de gênero**: uma introdução à luz da visão cristã. São Leopoldo: Oikos, 2019.

PAULA, Ana Amélia Oliveira Reis de; VIEIRA, Márcia Maria Rosa. Intersexualidade: uma clínica da singularidade. **Revista Bioética**. vol. 23. n. 1. Jan/abr. 2015, p.p 70-79. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422015000100070&lng=pt&tlng=pt. Acesso em: 12 out. 2019.

RÊGO, Yago Lemos. Sexualidade como direito da personalidade: a relação entre o livre desenvolvimento da personalidade de Alexy e a sexualidade inerente de Freud. **Ideias, Revista dos estudantes da Faculdade de Direito do Recife (UFPE)**; v. 19, n. 1, 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ideias/article/view/230456/25007>. Acesso em: 13 out. 2019.

SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e possibilidade do direito de redesignação do estado sexual. Estudos sobre o transexualismo – aspectos médicos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

2^o INFORMATION SOCIETY AND LAW

FMU
CENTRO UNIVERSITÁRIO

GT - DIREITO INTERNACIONAL

A PROTEÇÃO DO DIREITO DE IMAGEM DA MODA NA ERA DIGITAL: UMA ANÁLISE DO CASO LOUBOUTION V. YVES SAINT LAURENT

Bernardo Pereira de L. Rodrigues Guerra¹; Camile C. Ghensev Barberan²

Resumo: O presente artigo tem como objetivo a breve análise do caso litigioso *Louboutin v. Yves Saint Laurent* na Corte de Nova York, a respeito do direito de imagem da moda na era digital, como marcas de luxo de respeito internacional sob o fundo jurídico segundo as decisões proferidas pelo juiz Victor Marrero. A Convenção de Paris de 1883 é trazida por ser o primeiro acordo internacional sobre propriedade industrial das marcas, de modo a entrar em comparação com o *Lanham Act* a fim de demonstrar que a propriedade da marca não se encontra na somente singularidade de uma cor, recebendo apoio da *Tiffany* como *Amicus Curiae*. Os princípios de liberdade de competição justa, livre concorrência e liberdade de inovação são apresentados como essenciais para tratar dos direitos das marcas na era digital e abordar a probabilidade de confusão que a mesma pode gerar devido ao fácil acesso à informação.

Palavras-chave: Propriedade Intelectual. Direito da moda. Direito internacional. Propriedade industrial. Moda na era digital.

THE PROTECTION OF FASHION IMAGE RIGHTS ON INTERNET ERA: AN ANALYSES OF LOUBOUTIN V. YVES SAINT LAURENT

Abstract: The present article aims at a brief analysis of the litigious case *Louboutin v. Yves Saint Laurent* at the New York Court regarding the image rights of fashion in the digital age, as luxury brands of international respect under the legal background according to the rulings of Judge Victor Marrero. The 1883 Paris Convention is brought to be the first international agreement on industrial property of trademarks to compare with the *Lanham Act* to demonstrate that trademark ownership is not only in the uniqueness of one color, but is *Tiffany's* support as *Amicus Curiae*. The principles of fair competition, free competition and freedom of innovation are presented as essential for addressing trademark rights in the digital age and addressing the likelihood of confusion that can arise from easy access to information.

Key-words: Intellectual Property. Fashion Law. International Law. Industrial Property. Fashion on Digital Era.

¹ Doutor e Mestre em Filosofia do Direito pela PUC - São Paulo; <http://lattes.cnpq.br/0667179455390949>; bernardoguerra@yahoo.fr.

²Graduanda da Escola de Direito da Universidade Anhembi Morumbi; <http://lattes.cnpq.br/7559601062303032>; E-mail: camilebarberan@gmail.com.

INTRODUÇÃO

O tema ser tratado no presente artigo situa-se na área do Direito Internacional, englobando as questões mais específicas de Fashion Law e Propriedade Industrial dentro do ramo da Propriedade Intelectual, apresentando a atualidade da questão em expansão nos estudos sobre direito e moda ao redor do mundo, mais em específico, o posicionamento da Corte de Nova York nos Estados Unidos.

O caso *Louboutin v. Yves Saint Laurent* é utilizado como metodologia de abordagem para apresentação da questão de que o registro de propriedade de uma marca quanto à estética e história de produção devem ser resguardados e são protegidos por leis nacionais e convenções internacionais.

O tema fashion law é intrínseco aos processos da indústria da moda que na era digital, ganham proporções em escala mundial. O objetivo central será o estudo da decisão proferida pela Corte de Nova York que se tornou exemplo no tratamento do tema para a busca de uma solução adequada e justa tanto para autor quanto para réu, no que concerne a importância da propriedade intelectual de uma marca de luxo, e a influência que a mesma exerce no público consumidor atual dentro das mídias sociais presentes na Era Digital. O *Lanham Act* e a Convenção de Paris são de extrema importância na demonstração do papel de *Amicus Curiae* que a Tiffany exerceu no momento pré-decisivo.

A problemática a ser discutida concentra-se na seguinte ideia: em que medida a não proteção do registro da propriedade intelectual das marcas causa maiores danos na era digital? De que maneira pode-se apresentar a propriedade intelectual no momento de atingir os consumidores, para que não haja probabilidade de confusão de marcas. Marcas que jamais teriam a possibilidade de acesso a informação, se não fosse o consumo na era digital.

1.A QUESTÃO DE FUNDO JURÍDICO DO CASO

O termo *Fashion Law* envolve desde a perspectiva da área criacional de vestuário, sapatos e objetos até a área financeira, englobando a produção industrial e o setor administrativo.

O Negócio de Moda traz uma rica bagagem cultural de origem muito anterior a da invenção e produção da roda, pois essa acompanha de maneira íntima a evolução tecnológica de diferentes histórias, culturas de costumes antigos e atuais para que, constantemente, possa estar em evidência aquilo que deseja oferecer de maneira a conquistar o interesse público de forma contínua.

Devido ao cenário abordado no *Fashion Law* ser extenso e abranger o contexto da comunidade internacional para atender à demanda da globalização³, ou seja, um setor de rápido e contínuo desenvolvimento, somado que, ao que atualmente o qual denominamos de “era da informação digital”, o *Institute for Research on Internet and Society* afirma que o mercado de novidades da moda gerou um capital estimado em mais de U\$ 1.4 trilhão de dólares no mundo⁴. O tema começou a gerar grande interesse em advogados após o processo mencionado permitir que fossem tratados assuntos específicos da área de proteção da imagem, da produção, de marcas e de patentes do mundo da moda nas cortes norte-americanas.

O termo *Fashion Law* começou a ser estudado como disciplina jurídica nos Estados Unidos com mais força em 2011, a partir de um litígio instaurado pela marca contra a marca americana *Yves Saint Laurent* na Corte de Nova York, alegando danos à imagem da primeira com o lançamento de um salto alto monocromático vermelho na coleção sazonal de 2011, demonstrando que se atingem tanto a propriedade intelectual quanto, principalmente, os direitos à propriedade industrial da *Louboutin*. O pedido de indenização foi fixado em mais de U\$1 milhão (um milhão) de dólares.

Nas palavras de Susan Scafidi, professora e diretora acadêmica do *Fashion Institute* na *Fordham University School of Law*, o direito da moda inclui quatro pilares básicos para a sua formação: a propriedade intelectual, negócios e finanças, com subcategorias de trabalhadores e vendas; comércio internacional e regulação governamental, incluindo questões de sustentabilidade e segurança; e cultura de consumo e direito civil⁵. Para análise do caso, é necessário focar nos pilares que tratam sobre a propriedade intelectual e sobre comércio internacional e regulação governamental.

Instaurado o processo número 11-3303⁶, *Christian Louboutin S.A., Christian Louboutin, L.L.C. & Christian Louboutin* como autores, em face de *Yves Saint Laurent America Holding*, traz sobre si muito além de uma simples discussão sobre cores de sapatos, mas sim um

³ IBAIXE JR, João; SABÓIA, Valquíria. Direito da moda e o caso Christian Louboutin. Comissão 2010, OAB SP. Disponível em <http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/gestoes-antiores/estudos-direito-literaturafilosofia/artigos/01_Direito%20da%20Moda%20e%20o%20caso%20Christian%20Louboutin.pdf>. Acesso em: 10 de set. 2019.

⁴ Instituto de referencia em internet e sociedade. Propriedade Intelectual e a moda: a ascensão do Fashion Law. 8 de agosto de 2016. Disponível em <<http://irisbh.com.br/propriedade-intelectual-e-a-moda-a-ascensao-do-fashion-law/>>. Acesso em: 10 de set. de 2019.

⁵ FURI-PERRY, Ursula. *The Little Book of Fashion Law*. American Bar Association. 2013. P. ix

“As a occurs, we defines fashion law to include four basics pillars: intellectual property; business and finance, with four subcategorias ranging from empolymment law to real estate; Internacional trade and governamental regulation, including questions of safety and sustainability; and consumer culture and civil rights.”

⁶ *Christian Louboutin S.A. et al v. Yves Saint Laurent America, Inc. et al.* US District Court for the Southern District of New York. Disponível em <<https://dockets.justia.com/docket/new-york/nysdce/1:2011cv02381/377601>>. Acesso em: 10 de set. 2019.

status social de poder perante a sociedade, ao carregar sob os pés o símbolo de um trabalho de arte de uma marca comercial própria.

O design produzido pela *Louboutin* é mundialmente conhecido pelo solado vermelho de coloração própria denominada “*chinese red*”, classificado pelo “ sistema inovador de identificação, combinação e comunicação para resolver problemas associados com produção”⁷ “é mundialmente conhecido pelos seus sistemas e tecnologias de ponta criadas para os processos que envolvem cores com reprodução precisa”⁸ PANTONE pelo código 18-1663TP, que atualmente tem sua proteção internacional registrada no Registro Federal de Marca. A patente do solado vermelho foi conquistada no ano de 2008, nos Estados Unidos da América, entretanto sua exclusividade não foi alcançada na época do processo.

Como primeiro ato judicial, a *Louboutin* entrou com o pedido preliminar com o intuito de impedir a *YSL* de utilizar o vermelho no solado do salto alto lançado. Ato que segundo Victor Marrero, juiz do caso, entendia que a *Louboutin* desejava o direito de exclusividade sobre a cor e apenas e, somente isso, o indeferimento do pedido.

O indeferimento do pedido trazia o entendimento que Christian desejava a não concorrência pelo uso da cor vermelha, fato que o juiz não permitiu para que o princípio da liberdade de inovação no mercado mundial fosse mantido. Fazendo-o por achar ser impossível a proteção legal unicamente da cor.

A Convenção de Paris de 1883 foi o primeiro acordo internacional assinado a respeito da propriedade industrial, sendo que os Estados Unidos da América o ratificou a fim de trazer a sua implementação para ser aplicada em conjunto com as leis nacionais, para assim reconhecer o país como um dos países pertencentes à União da Convenção.

O artigo 1, item 2 prevê a matéria a ser tratada no âmbito da proteção da propriedade industrial dentro da Convenção:

Art. 1o (2o p.)

“A proteção da propriedade industrial tem por objetivo os privilégios de invenção, os modelos de utilidade, os desenhos e modelos industriais, as marcas de fábrica ou de comércio, o nome comercial e as indicações de procedência ou denominações de origem, bem como a repressão da concorrência desleal.”⁹

O direito de propriedade da *Louboutin* foi protegido perante todos desde o momento de origem, ou seja, de seu pedido de reconhecimento da marca no registro

⁷ Sobre a Pantone. Disponível em <<https://www.pantone.com.br/sobre-a-pantone/>>. Acesso em: 10 de set. 2019.

⁸ *Ibid.*

⁹ Artigo 1, item 2, da Convenção de Paris de 1883. Disponível em <<http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/cup.pdf>>. Acesso em: 11 de set. 2019.

nacional. Traz, então, o dever de a União respeitar a marca desde o seu pedido de registro até a efetivação dele.

De maneira alguma, durante o processo, poderia ser considerado caducado o direito do uso do modelo/desenho industrial da marca, por falta de exploração, pois tal modelo já era de conhecimento mundial sob atrelação ao nome de *Christian Louboutin*, ainda mais após a expansão do desenvolvimento da era digital e o mesmo se tornar acessível para a população por meio das mídias sociais.

O ideal do solado vermelho não representava apenas o fator cor, mas fazia parte do modelo de desenho da produção industrial, estando portanto, protegido não somente pela lei nacional de registro de marcas como a “marca do solado vermelho”, mas antes de tudo, protegido pela Convenção de Paris de 1883.

Como argumento o juiz utilizou:

“Whether inspired by a stoke of original genitor or, as competitor YSL retorts, copied from King Louis XIV’s red-heeled dancing shoes, or Dorothea’s famous ruby slippers in the Wizard of Oz, or other styles long available in the contemporary marketing – including those sold by YSL – Christian Louboutin from industrial custom.”¹⁰

Em primeira perspectiva o juiz do caso não trouxe como entendimento tal ação, pois adotou somente alguns fatores externos, e não todos, em ampla análise do contexto histórico e subjetivo da criação, em conjunto com atos ratificados pelo país em anos anteriores.

É necessário que seja apresentada uma diferenciação sobre o conceito de propriedade industrial e propriedade intelectual no caso em questão para que se entenda o reflexo da marca a ser reconhecida como proprietária do solado vermelho, não só esteticamente mas em todo o seu teor subjetivo.

Segundo a *WIPO (World Intellectual Property Organization)*, datada de 1967, a propriedade intelectual se refere às criações, assim como as invenções, podendo ser elas literárias ou artísticas, os designs, os símbolos, nomes e imagens utilizados para fins comerciais. Recebem, por exemplo, proteção legal, os direitos de criação e registro da marca para que sejam realizadas de maneira segura as patentes.¹¹

¹⁰FURI-PERRY, Ursula. *The Little Book of Fashion Law*. American Bar Association. 2013 p. 34.

¹¹ WIPO. World Intellectual Property Organization. Disponível em <<https://www.wipo.int/about-ip/en/>>. Acesso em: 13 de set. 2019.

Por meio da *WIPO*, os proprietários que se utilizam dela possuem o direito de receber reconhecimento pessoal e/ou financeiro sobre suas produções e invenções nas áreas abordadas.

O sistema de proteção de propriedade intelectual tem como objetivo central a busca do equilíbrio perfeito sobre os interesses tanto daqueles que já produziram seu material e possuem a proteção legal do mesmo, quanto daqueles que estando em produção ou vindo a produzir, tenham também seu direito de liberdade de inovação econômica. Tal sistema designa a proteção contra a competição injusta.¹²

Os Estados Unidos fazem intenso uso da *WIPO*, pois é por meio dela que os registros de marcas e patentes são efetivados.

Pode-se então considerar que a propriedade intelectual é o gênero do qual a propriedade industrial se encontra como espécie, ao lado dos direitos autorais.

Em seu site, a *WIPO*, em 2016, disponibilizou um estudo aprofundado para melhor análise dos direitos da propriedade intelectual, o qual traz a previsão da definição da propriedade industrial.

“Industrial property takes a range of forms, including patents for inventions, industrial designs (aesthetic creations related to the appearance of industrial products), trademarks, service marks, layout-designs of integrated circuits, commercial names and designations, geographical indications and protection against unfair competition.”¹³

A primeira decisão da Corte Distrital é analisada como inconsistente se tomada como base a decisão proferida pela Suprema Corte dos EUA (no caso *Qualitex Co. v. Jacobson Products Co.*, 514 U.S. 159, 162, 115 S.Ct. 1300, 131 L.Ed.2d 248 (1995), ao afirmar que apenas uma cor não poderia ser motivo de marca registrada na corte dentro da indústria da moda¹⁴, fato que, posteriormente, ensejou a recusa do pedido preliminar de impedimento das vendas do salto alto monocromático durante o andamento do processo.

A Corte em si, em momento algum, deixou de afirmar que os autores não possuíam associação de seu nome com os solados vermelhos. Muito pelo contrário, deu reconhecimento de que todo o marketing comercial dentro do círculo social da moda admitia que o solado vermelho faz parte do nome *Louboutin*.¹⁵

¹² Ibid.

¹³ World Intellectual Property Organization. Understanding Copyright and Related Rights. 2016. p. 6. Disponível em <https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_909_2016.pdf>. Acesso em: 13 de set. 2019.

¹⁴ H2O Case Administrative. Christian Louboutin S.A. v. Yves Saint Laurent America Holding, Inc.. April of 2012. p. 3. Disponível em <<https://h2o.law.harvard.edu/cases/4776>>. Acesso em: 14 de set. 2019.

¹⁵ FURI-PERRY, Ursula. The Little Book of Fashion Law. American Bar Association. 2013. p. 34.

Em sua descrição inicial, os autores apresentavam as seguintes afirmações – não necessariamente nessa ordem - à Corte: (1) falsa designação de origem e competição injusta sob o *Lanham Act*¹⁶; (2) transgressão da marca comercial e falsificação sob o *Lanham Act*; (3) dissolução da marca comercial sob o *Lanham Act* ; (4) competição injusta sob a lei do Estado de Nova York; (5) transgressão da marca comercial sob a lei de Nova York; (6) infringimento da marca comercial sob a lei de Nova York e; (7) atos ilegais e práticas fraudulentas sob a lei do Estado de Nova York.¹⁷

Como resposta, a *YSL* alegou o: (1) pedido do cancelamento da marca do solado vermelho com o argumento de que é (a) não característico, (b) ornamental, (c) funcional e, (d) foi garantida fraude na tomada de força, assim como (2) danos por (a) interferência tortuosa nas relações de negócios e (b) competição injusta.¹⁸

Tanto a *Louboutin* quanto a *YSL* são marcas que interagem com o mercado interno e internacional. São marcas que se preocupam em desenvolver a venda e o aumento de sua propaganda de forma progressiva.¹⁹ Por meio dos investimentos no mercado global, utilizam de publicidade através das mídias sociais como principal meio de divulgação de seus produtos.

Mesmo com a anteparo conferido pela Convenção de Paris de 1883, sentia-se a carência de algo além daquilo do já proposto nos artigos. O problema não se encontrava no fato que a Convenção não era suficiente para o tratamento e resolução de questões entre duas nações, mas sim no respaldo de uma legislação específica de nível internacional, que fosse uniforme e sistêmica para validação dos registros de marca na comunidade internacional e interna.²⁰

¹⁶ O *Lanham Act* é uma Lei Federal datada de 1946, a respeito da marca registrada nos Estados Unidos. Aborda a falsa publicidade; a sua aplicabilidade; proibição de atividades; transgressões no registro de marca; aplicação segundo as convenções internacionais; a proteção da lei no Protocolo de Madrid e; sua proteção internacional, entre outras.

¹⁷ SON, Rachany. Chasing Rainbows: Exposing the Role of Color in Trademark Law through Christian Louboutin S.A. v. Yves Saint Laurent America, Inc. *Science and Technology Law Review* Volume 15, Number 2 Article 12. 2012. P. 314. Disponível em <<https://scholar.smu.edu/scitech/vol15/iss2/12>>. Acesso em: 15 de set 2019.

¹⁸ Decision and Order at 2, *Louboutin v. Yves Saint Laurent* (2011). UNITED STATES DISTRICT COURT SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK. P. 7. Disponível em <[https://www.ie-forum.nl/backoffice/uploads/file/IEForum%20US%20District%20Court%20Southern%20District%20of%20New%20York%2010%20August%202011,%2011%20Vic_%202381%20\(VM,%20Christian%20Louboutin%20S_A_%20e_a_%20tegen%20Yves%20Saint%20Laurent%20America,%20Inc_%20e_a_\).pdf](https://www.ie-forum.nl/backoffice/uploads/file/IEForum%20US%20District%20Court%20Southern%20District%20of%20New%20York%2010%20August%202011,%2011%20Vic_%202381%20(VM,%20Christian%20Louboutin%20S_A_%20e_a_%20tegen%20Yves%20Saint%20Laurent%20America,%20Inc_%20e_a_).pdf)>. Acesso em: 15 de set. 2019.

¹⁹ LADAS, Stephen P. . The Lanham Act and the International Trade. 2017. P.1 . Disponível em <<https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2408&context=lcp>>. Acesso em: 16 de set. 2019.

²⁰ *Ibid.*

As nações começaram a ponderar que necessitavam de uma proteção interna além da internacional, para que tivessem garantias e direitos aos registros de suas marcas nos negócios.

Pela sugestão de Edward S. Roger, o seguimento no momento de preparação de uma provisão legal que esteja com base nas garantias internacionais é necessária para o asilo dos registros de marca, nomes das marcas e para fim de diminuição das competições injustas.²¹

Para definir a registrabilidade no plano central de registro, a marca necessita explicar a “identificação de aplicação de seus bens, somada ao ponto principal que a distingue das aplicações das outras marcas presentes no mercado”.²²

Nesse ponto é definida a determinação, ou não, da capacidade da marca exercer o seu registro no local desejado. Todas as destinações de aplicação da marca possuem o mesmo fim na distinção das demais marcas, tais atos tornam-a detentora pioneira do direito de registro.

A *Louboutin* destinava, no momento de registro de marca, que todos os seus produtos possuíssem o solado na cor vermelha, distinguindo-os de tudo o quanto o mercado mundial oferecia na área de moda. Ou seja, todos os seus produtos tinham o solado vermelho, como ideal subjetivo de representação, ao afirmar que a pessoas que os fossem usar transpareceriam o ideal único do vermelho ser a exteriorização da sensualidade no andar e feminilidade

A aplicação do *Lanham Act* tem como objetivo no momento de registro que nenhuma outra pessoa, sob nenhuma circunstância, possui o direito de usar aquela marca e a matéria de objeto de seus bens, para obtenção de lucro.

O direito de obtenção de lucro é resguardado ao proprietário de registro de marca e somente a ele.²³

Nesse sentido, é de suma importância trazer a contribuição da joalheria *Tiffany* no presente processo. *Tiffany* foi fundada em 1837 e é uma das mais respeitadas joalherias no mundo. Com o passar dos anos desenvolveu-se no ramo de seus bens de luxo por oferecer produtos além das jóias. Um total – na época do processo – de 87 lojas espalhadas no território estadunidense, somado à disponibilidade de vendas *online*.²⁴

²¹ Ibid, p . 2.

²² Ibid, p. 10.

²³ Ibid.

²⁴ Case 11-3303- CV. United Stes Court of Appels for the Second Circuit. CHRISTIAN LOUBOUTIN S.A., CHRISTIAN LOUBOUTIN, L.L.C., CHRISTIAN LOUBOUTIN, Plaintiffs-Counter-Defendants-Appellants– v. –YVES SAINT LAURENT AMERICA HOLDING, INC., YVES SAINT LAURENT S.A.S., YVES SAINT LAURENT AMERICA, INC., Defendants-

Em 2011 a *Tiffany* interviu no processo judicial na condição de *Amicus Curiae* de modo a oferecer suporte de apelação ao apelante “*Louboutin*” (englobando, de forma genérica, os 3 autores), quando lhes foi negado o pedido de moção preliminar contra a YSL.²⁵

Sobre a utilização da cor singular que a marca utiliza:

“In advertising and packaging its products, Tiffany uses a distinctive shade of blue, similar to robin’s-egg blue. Specifically, once a consumer purchases an item from a Tiffany store or on-line, the product is packaged in a robin’s-egg blue box. Tiffany uses the same shade of blue on shopping bags, on the cover of its mail-order catalogs, in the background of much of its advertising, on its annual reports to shareholders and other publications, on its website, and in countless other ways. Tiffany has recently begun using its signature blue color on jewelry and on its fashion accessories, including gloves, scarves and handbags.”²⁶

A *Tiffany* utiliza tal cor e por ela é reconhecida pelo público mundial, tanto consumidores quanto não consumidores, como marca registrada.

A classificação de cor no *Pantone Matching System* dá-se como PANTONE 1837, acompanhado ao lado da cor o nome “*Tiffany Blue*”. A determinação do número e nome oficial deram-se devido à fundação e lançamento da marca.

É latente o interesse da *Tiffany* em proteger a cor cuja exteriorização da marca é evidente e de fato associada, que visa a garantia contra transgressões externas.

Desde suas embalagens (como caixas, sacolas e fitas), até na cor de fundo de seus catálogos, todos possuem o seu registro de marca conforme coloração própria no *United States Trademark and Service Mark Registration*.

A este requisito, convém trazer trecho extraído:

“Tiffany files this amicus curiae brief because the District Court’s opinion in this case adopted a sweeping and unprecedented per se rule against granting trademark protection to any single color that is used on any “fashion item,” even where the color has achieved “secondary meaning” and is associated with a single brand. Amicus curiae respectfully submit that adoption of such a blanket rule was unnecessary to a resolution of the preliminary injunction motion below and should

Counter-Claimants-Appellees, YVES SAINT LAURENT (an unincorporated association), JOHN DOES, A TO Z (unidentified), JANE DOES, A TO Z (unidentified), XYZ COMPANIES, 1 TO 10,(unidentified), Defendants-Appellees. ON APPEAL FROM THE UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK. BRIEF OF AMICUS CURIAE TIFFANY (NJ) LLC AND TIFFANY AND COMPANY IN SUPPORT OF APPELLANTS’ APPEAL SEEKING REVERSAL OF THE DISTRICT COURT’S DECISION DENYING APPELLANTS’ MOTION FOR PRELIMINARY INJUNCTION. 24 de outubro de 2011, p. 7. Disponível em < <http://www.trademarkandcopyrighlawblog.com/uploads/file/Tiffany%20Brief.pdf>>. Acesso em: 17 de set. 2019.

²⁵ Ibid.

²⁶ Ibid, p. 8.

be rejected by this Court. As the Supreme Court and this Court have made clear, whether any given mark has achieved secondary meaning or is subject to a defense of functionality is to be decided on a case by case basis, and there is no need to issue a broad edict forbidding trademark protection for color marks in an entire industry. Further, this Court has held that functionality is to be decided only after other issues, such as likelihood of confusion, have been resolved. Accordingly, the District Court should have attempted to resolve the preliminary injunction motion on narrower grounds, and had no need for the broad rule it adopted.

Tiffany therefore urges this Court to reject the District Court's adoption of sweeping per se rules concerning the protectibility and functionality of single colors in the fashion industry, and instead reaffirm and endorse a case-by-case analysis of these issues."²⁷

A maneira como a *Tiffany* se disponibilizou como *Amicus Curiae* concerne à respeito da aplicabilidade e funcionalidade das cores singulares, endossando que a avaliação fosse baseada no caso-a-caso pois possui suas particularidades de entendimento (subjetivas no mundo da moda) quando apresentadas perante o juízo da Corte de Nova York.²⁸

2. OS DIREITOS INERENTES À CHRISTIAN LOUBOUTIN NA ERA DIGITAL

No século atual, o setor de vendas tem o poder de compartilhar, de modo digital, o material que deseja para com os que o consomem, sem se preocupar com divisão de lucros com intermediários comerciais.

Plataformas de uso comum da sociedade, assim como o fluxo contínuo de *networking* oferecido pelas mídias sociais, dividem o tempo e a atenção do público usuário que os acessam. Os meios de busca competem por espaço com excessivas propagandas a fim de manter a atenção do consumidor, enquanto realiza sua busca, informado sobre as novidades de criacionismo daquilo que comumente o atrai no mercado da moda.²⁹

O último desafio que a indústria fashion teve, e continua a ter, é enfrentar a transformação digital de modo a acompanhá-la lado a lado.

Roger Lay, líder de marketing com experiência na indústria da moda, inclusive com marcas globais que lidam com o mercado de luxo, afirma que a especialização na área de

²⁷ Ibid, p. 9 e 10.

²⁸ Ibid, p. 28.

²⁹ LAY, Roger. *Digital transformation – the ultimate challenge for the fashion industry*. Disponível em <chrome://external-file/Safari%20-%2017%20de%20set%20de%202019%2018:34.pdf>. Acesso em: 20 de set. 2019.

inovação organizacional é necessária para a definição e a implementação de novas estratégias digitais.³⁰

Com a digitalização da moda e o reconhecimento do importante significado na economia mundial que esse setor possui, a responsabilidade sob a moda é grande pois sofre constante pressão para que se adeque rapidamente às mudanças propostas, de modo a fornecer geração de capital superior à produzida anteriormente, sem que o fator sustentabilidade decresça, além de dever atender, principalmente, às expectativas geradas em seus consumidores.³¹

O princípio da liberdade de inovação, princípio da livre concorrência de mercado e o princípio da competição justa são pilares para os quais uma marca transnacional deve estar atenta para que não transgrida os direitos de propriedade industrial e intelectual, em uma perspectiva geral, no momento de lançamento de um novo produto.³²

O advento dessas novas plataformas de busca para compra de um bem por meio de sites eletrônicos tem se alargado, e como consequência, tem sido visto como um mercado de vendas saturado e de extrema competição.³³

As palavras interação e identificação são a base para que um produto (seja ele qual for) tenha sucesso em sua venda através de mídias sociais como o *Instagram* e o *Twitter*. Por meio de *Digital Influencers*, essas palavras se expressam para que o público final tenha o desejo de os adquirir com base no que viram e leram a esse respeito.

Décadas se passaram desde a fundação da *Louboutin*, mas o seu conceito de vendas não tem mudado, permanecendo uma marca que não oferece seus produtos de presente a *digital influencers*³⁴ tampouco a muito menos celebridades, levando todas as pessoas que desejam adquirir o produto, o façam com sua própria renda.

Assim como dezenas de anos decorreram desde o período de fundação das empresas ditadoras de moda até sua tomada de forma, seus ideais vem se tornando cada vez mais fortes, assim como os tradicionais clássicos vêm se mantendo e adquirindo força. Marcas de luxo como a *Louboutin* permanecem a estimular a venda de uma demonstração imperativa de superior *status* social na sociedade.

³⁰ Ibid.

³¹ Ibid.

³² Ibid.

³³ Ibid.

³⁴ Influenciadores digitais por meio de ferramentas de mídias sociais, usados para realizar *marketing* de determinado produto ou ideia a ser passada ou vendida.

É bastante ilustrativa a afirmação de Lipovetsky nesse sentido: “O segmento de luxo tem o significado de acumulação exibicionista de objetos raros e caros, a fim de demonstrar status” (LIPOVETSKY, 2004).³⁵

O conceito de luxo congrega vários aspectos intangíveis, assim podemos dizer que o conceito de luxo deixa de estar ligado unicamente a um objeto, para se associar a valores estéticos, ao prazer e ao requinte, a um código, a um comportamento, à vaidade, ao conforto, a um estilo de vida (BRAGA & FELDMAN, 2004).

O *design* de Christian, com o poder da história da criação de sua icônica marca, atraído pela paixão ao desenho criacional de sapatos únicos, tem seu marco retratado na “Coleção Folha Moda de A a Z” da Folha de São Paulo.

“Aprende as técnicas de calçados, e o design torna-se seu ofício. Como freelancer, colabora com Chanel, Yves Saint Laurant e Roger Vivier. No final dos anos 1980, decide tentar o design de jardins, chegando a escrever sobre o assunto na Vogue Paris. Mas esse desvio é curto: em 1991, abre uma boutique na Passagem Véro-Dodat, em Paris. O encontro fortuito com Caroline de Monaco, uma de suas primeiras clientes, firma-o como designer. A icônica sola vermelha é invenção de 1992: Christian sente que falta algo nos seus calçados, então pega o esmalte de uma assistente do usa para cobrir os sapatos, criando assim sua inconfundível assinatura”³⁶

“Tendo seu nome fortemente ligado ao salto agulha”³⁷ tornou-se de fácil acesso realizar uma busca sobre sua história pessoal e de sua marca. Que ao fim da pesquisa, nota-se que os dois estão intimamente ligados, levando a se remeter ao processo da marca ser um reflexo da história subjetiva e pessoal de Christian Louboutin.

Os ideais expõem os desejos íntimos de seu criador, devendo, de forma íntima, ter sido protegidos pela Segunda Corte Distrital de Nova York durante o processo.

“They are no longer content with simply buying fashion products; exponential growth in the use of digital technologies has empowered them. They want to interact, belong, influence and be the brands from which they buy. Informed, selective, and in charge, they care about how they look in public and on social media, and about the perception of the goods they buy and own. The vast majority

³⁵ BARBOSA, Joaquim Carlos da Silva; CORRÊA, Victor Aquino Gomes. Sapatos femininos Christian Louboutin: como a estética no design de sapatos Louboutin, permite que se criem apelos irresistíveis e diferenciados, induzindo as mulheres o desejarem tanto?. Aurora: revista de arte, mídia e política, São Paulo, v.9, n.25, p. 114-136, fev.-mai.2016. Disponível em <<https://revistas.pucsp.br/aurora/article/download/26994/21066>>. Acesso em: 21 de set. 2019.

³⁶ Coleção Folha Moda de A a Z. Folha de São Paulo. Vol. 13. 2015. p, 19.

³⁷ Ibid, p. 22.

of consumers use digital channels before, during or after making their purchases.”³⁸

A facilidade às informações de determinada marca de luxo seguem desde a trajetória de história, com a localidade das primeiras lojas, seguidos de informações como códigos de conduta da empresa e se essa se encontra não inserida nas “listas sujas” de trabalho escravo contemporâneo.

3. O ARGUMENTO DA PROBABILIDADE DE CONFUSÃO AOS CONSUMIDORES

Em virtude da tamanha visibilidade que a marca possui e devido à ligação entre saltos agulha e solados de coloração vermelha, não é necessário que o consumidor da marca veja o nome de firma da empresa para associá-lo ao produto.

O lançamento do salto monocrático da *Yves Saint Laurent* na época do processo foi relacionado como ato que poderia gerar confusão ao consumidor, já que é marca de propriedade registrada e patenteada pela *Louboutin*, estava sendo lançada pela *YSL* na Semana de Moda.

Marcas que, é importante ressaltar, pertencem a de grupos diferentes. A *Yves Saint Laurent* faz parte do grupo *Kering*.

“Founded in 1961, Yves Saint Laurent is one of the most prominent fashion houses of the 20th century. Originally a House of Haute Couture, Yves Saint Laurent revolutionized modern fashion in 1966 with the introduction of luxury ready-to-wear under the name Saint Laurent Rive Gauche.”³⁹

O grupo *Kering* foi formado em 1963. “ *Kering’s* identity is the product of a rich and diverse history, driven by the exceptional heritage of the Houses that make up the Group and by the natural links between Art, Culture, and Heritage.”⁴⁰ Carrega, em si, um diferente pertencente à um proprietário diferente do proprietário.

A *Louboutin*, por sua vez, é uma marca independente, sendo que o próprio estilista assina suas criações como proprietário da marca.

³⁸ LAY, Roger. *Digital transformation – the ultimate challenge for the fashion industry*. Disponível em <chrome://external-file/Safari%20-%2017%20de%20set%20de%202019%2018:34.pdf>. Acesso em: 20 de set. 2019.

³⁹ *History of house Yves Saint Laurent. Kering Group*. Disponível em <https://www.kering.com/en/houses/couture-and-leather-goods/saint-laurent/history/>. Acesso em: 20 de set. 2019.

⁴⁰ Culture and Heritage. *Kering Group*. Disponível em <https://www.kering.com/en/group/culture-and-heritage/>. Acesso em: 20 de set. 2019.

“Ao se criar uma identidade para um marca de luxo, são exigidas ações consistentes, em relação aos aspectos tangíveis nos produtos como: Design; Estética; Materiais refinados e raros; e quando ao lado intangível do produto, temos: Origem e tradição da marca; 120 Imagens do usuário alvo; Personalidade da marca. A personalidade está ligada a interpretação que um consumidor faz com uma determinada marca específica (BLACKWELL, MINIARD, ENGEL, 2005). A marca tem a função de produzir uma identidade ao produto tornando-o de fácil reconhecimento e de fácil diferenciação de seus concorrentes. A ideia de identificação sempre esteve presente nas marcas. Os valores das marcas transitam de modo sensível numa determinada concepção estética, contatando o consumidor em vários pontos.”⁴¹

A era digital com seus inúmeros benefícios, dentre os quais se destaca o da reafirmação de identidade, gerou, no caso apresentado, a dificuldade da diferenciação do valor transmitido pelo produto na hora do lançamento.

A identidade da marca *Louboutin* tornou-se mais sensível ainda durante o trâmite do processo pois ao consumidor que acompanhava o litígio houve uma interpretação extensiva sobre a quem pertenceria o “*Red Sole Mark*”, que somente deu-se assim por conta dos vastos e saturados meios digitais de comunicação que tornam o público consciente dos acontecimentos.

Antes de ser apresentada uma decisão, durante todo o decorrer a *YSL* tentou alegar que o vermelho usado para a criação do sapato não foi o pertencente na coloração PANTONE denominada “*Chinese Red*”, mas mesmo assim a *Louboutin* insistia em afirmar que a cor usada estava “confusamente perto”, sem conseguir trazer uma explicação satisfatória à Corte.⁴²

A *Louboutin* propôs que se a marca quisesse utilizar um tom avermelhado, deveria primeira adentrar com uma ação declaratória perante um juiz ou um arbitro de *design* da moda em Nova York, afirmando que o vermelho proposto não estaria perto o bastante do “*Chinese Red*”, para que de forma alguma transgredisse sua marca.⁴³

No tangente aos efeitos de probabilidade de confusão nas mídias digitais, estudando tal caso, o objeto material principal é o uso da marca registrada.

⁴¹ BARBOSA, Joaquim Carlos da Silva; CORRÊA, Victor Aquino Gomes. Sapatos femininos Christian Louboutin: como a estética no design de sapatos Louboutin, permite que se criem apelos irresistíveis e diferenciados, induzindo as mulheres o desejarem tanto?. *Aurora: revista de arte, mídia e política*, São Paulo, v.9, n.25, p. 114-136, fev.-mai.2016. Disponível em <<https://revistas.pucsp.br/aurora/article/download/26994/21066>>. Acesso em: 21 de set. 2019.

⁴² Decision and Order at 2, *Louboutin v. Yves Saint Laurent* (2011). UNITED STATES DISTRICT COURT SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK. P. 24. Disponível em <[https://www.ie-forum.nl/backoffice/uploads/file/IEForum%20US%20District%20Court%20Southern%20District%20of%20New%20York%2010%20August%202011,%2011%20Vic_%202381%20\(VM,%20Christian%20Louboutin%20S_A_%20e_a_%20tegen%20Yves%20Saint%20Laurent%20America,%20Inc_%20e_a_\).pdf](https://www.ie-forum.nl/backoffice/uploads/file/IEForum%20US%20District%20Court%20Southern%20District%20of%20New%20York%2010%20August%202011,%2011%20Vic_%202381%20(VM,%20Christian%20Louboutin%20S_A_%20e_a_%20tegen%20Yves%20Saint%20Laurent%20America,%20Inc_%20e_a_).pdf)>. Acesso em: 15 de set. 2019.

⁴³Ibid, p. 26.

Segundo Vanja Vidackovic, o elemento final central é a sofisticação de seus consumidores como sendo sábios conhecedores do *design* sofisticado do mercado de calçados de luxo.⁴⁴

Ambas as marcas participam no mesmo “roll” de consumidores sofisticados, entretanto, pelos fatores de alta qualidade e luxo estarem presentes em seus produtos, tornou-se difícil distinguir a familiaridade que possuíam.⁴⁵

O *Lanham Act* aduz que a probabilidade de confusão vai além da interpretação tradicional e que esse assunto não pode ser somenete abordado sobre o ponto de vista de vendas.⁴⁶

As Cortes têm entendido que determinadas atitudes de pré-venda (como o oferecimento de desfiles para apresentação das novas peças ao público), se adotadas, podem ainda vir a gerar uma possível confusão ao consumidor.⁴⁷

Mesmo contrariando todos esses argumentos, a Corte de Nova York decidiu que a *YSL* não transgrediu nenhuma lei sobre o registro de propriedade de marca, afirmando que o uso monocromático da cor vermelha não infringe a constituição do “*Red Sole Mark*” mas mantém a liberdade do princípio de inovação de mercado que o conceito monocromático traz.

Por fim, a transformação digital na moda, é firmada no momento em que a marca passa a entender melhor os seus consumidores, desde o momento de produção ao planejar produtos que podem dar continuidade ao seu ideal de marca trazendo junto a subjetividade intelectual da marca, tanto na hora do oferecimento na Semana de Moda quanto no momento da venda.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo conclui que a disciplina *Fashion Law* somente passou a ser abordada após o litígio impetrado pela *Louboutin* na Corte de Nova York em face da *Yves Saint Laurent*, o qual se insere na matéria de Direito Internacional para disciplinar a propriedade intelectual e que, ainda hoje, carece de legislação mais específica no tratar da

⁴⁴ VIDACKOVIC, Vanja. Christian Louboutin v. Yves Saint Laurent: "Trademark Use" Stomps Its Red Heels on "Likelihood of Confusion". DePaul Journal of Art, Technology & Intellectual Masthead Logo Property Law. Volume 23. Issue 2, Spring, 2013. Article 7. p, 26.

⁴⁵ Ibid, p. 26.

⁴⁶ MAYNARD, Bryce J. . The Initial Interest Confusion Doctrine and Trademark Infringement on the Internet. Washington and Lee Law Review. Volume 57. Issue 4. Fall 9-1-200. Article 7. p, 1313.

⁴⁷ Ibid.

subjetividade material que a propriedade intelectual possui dentro da era digital, pois ainda gera discussões contradizentes sobre o tema.

O caso em questão é específico ao trazer abordagens de análise no momento de decisão do processo, entendendo-se que a moda não consiste somente na parte de criação e venda de peças, mas que esse processo abrange uma cadeia de produção que necessita estar delimitada de modo a propiciar um respeito baseado na dignidade intelectual e direito de imagem, sem que de alguma maneira transgrida a marca de propriedade industrial de outras empresas.

Devido à proteção do direito de imagem na propriedade intelectual ainda carecer de contornos mais precisos, a concorrência desleal encontra-se muito presente no ramo da internet, que por achar que não haverá consequências, passa a consistir em declaração de probabilidade de confusão ao público consumidor que deseja produtos mais exclusivos e de qualidade superior com status de imperatividade de poder no momento de uso.

Tanto a WIPO, como a Convenção de Paris e o *Lanham Act* são instrumentos nacionais e internacionais que busca uma proteção do registro de marca e patente como um todo, defendendo a *Louboutin* e a *Tiffany* o ideal de que uma marca pode se utilizar de uma cor singular para ter seu “lembrete de marca registrada” nos olhos e mente do público consumidor, de modo que a cor não representa apenas o domínio único da mesma, mas que tal uso estético carrega toda a história de subjetividade intelectual da marca e característica única de “status social hiperssuficiente”.

Portanto, o não respaldo adequado advindo das Cortes no âmbito da proteção dos registros de propriedade intelectual de uma marca, como no caso da “Red Sole Mark” da *Louboutin* na era digital, pode acarretar a confusão mental de associação do monocrático da Yves Saint Laurant à mente do consumidor e dos conhecedores da área de moda, quando pesquisado o tema, em associação da imagem à empresa que a criou. Pois se não há uma proteção efetiva àqueles que construíram a marca e seu imperio com base nela, novos produtos podem facilmente se apropriar da mesma e realizar vendas no meio de compras digital, facilitados pelo acesso à informação sem que sejam responsabilizados perante Cortes.

Portanto, é necessário que haja um diálogo entre a legislação internacional de propriedade intelectual e a legislação nacional de proteção de imagens das marcas quando colocadas no ramo da internet, de modo a respeitar a liberdade de inovação de vendas, sem que se inicie ou propague a concorrência desleal.

Deve-se então, partir das próprias marcas de luxo o de respeito à propriedade de marca alheia, por meio de códigos de conduta disponíveis em seus sítios eletrônicos, de maneira que suas novas produções não transgridam sua propriedade intelectual.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Joaquim Carlos da Silva; CORRÊA, Victor Aquino Gomes. Sapatos femininos Christian Louboutin: como a estética no design de sapatos Louboutin, permite que se criem apelos irresistíveis e diferenciados, induzindo as mulheres o desejarem tanto?. Aurora: revista de arte, mídia e política. São Paulo, v.9, n.25, p. 114-136, fev.-mai. 2016.

BOLLIER, David. *Intellectual Property in the digital age. Key Issues in the Arts and Entertainment Industry. Chapter 5. From Key Issues in the Arts and Entertainment Industry, edited by Ben Walmsley. Oxford, England. Goodfellows Publishers Ltd. 2011. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/a90c/f9a4dac97318571cf0bd150bab0f015369d0.pdf>.*

BRANDT, Nicolette. *Louboutin's Trademark Suit Against Yves Saint Laurent: Creating a Color War in the Fashion Industry. Oklahoma Journal of Law and Technology: Vol. 8 : No. 1 , Article 4. 2012. Disponível em : <https://digitalcommons.law.ou.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1022&context=okjolt>.*

Case 11-3303- CV. United Stes Court of Appels for the Second Circuit. CHRISTIAN LOUBOUTIN S.A., CHRISTIAN LOUBOUTIN, L.L.C., CHRISTIAN LOUBOUTIN, Plaintiffs-Counter-Defendants-Appellants– v. –YVES SAINT LAURENT AMERICA HOLDING, INC., YVES SAINT LAURENT S.A.S., YVES SAINT LAURENT AMERICA, INC., Defendants-Counter-Claimants-Appellees, YVES SAINT LAURENT (an unincorporated association), JOHN DOES, A TO Z (unidentified), JANE DOES, A TO Z (unidentified), XYZ COMPANIES, 1 TO 10,(unidentified), Defendants-Appellees. ON APPEAL FROM THE UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK. BRIEF OF AMICUS CURIAE TIFFANY (NJ) LLC AND TIFFANY AND COMPANY IN SUPPORT OF APPELLANTS' APPEAL SEEKING REVERSAL OF THE DISTRICT COURT'S DECISION DENYING APPELLANTS' MOTION FOR PRELIMINARY INJUNCTION. 24 de outubro de 2011, p. 7. Disponível em: <https://iplegalfreebies.files.wordpress.com/2012/07/louboutinbrief.pdf>.

Christian Louboutin S.A. et al v. Yves Saint Laurent America, Inc. et al. US District Court for the Southern District of New York. 2011. Disponível em: [https://www.ie-forum.nl/backoffice/uploads/file/IE-Forum%20US%20District%20Court%20Southern%20District%20of%20New%20York%2010%20August%202011,%202011%20Vic_%202381%20\(VM,%20Christian%20Louboutin%20S_A_%20e_a_%20tegen%20Yves%20Saint%20Laurent%20America,%20Inc_%20e_a_\).pdf](https://www.ie-forum.nl/backoffice/uploads/file/IE-Forum%20US%20District%20Court%20Southern%20District%20of%20New%20York%2010%20August%202011,%202011%20Vic_%202381%20(VM,%20Christian%20Louboutin%20S_A_%20e_a_%20tegen%20Yves%20Saint%20Laurent%20America,%20Inc_%20e_a_).pdf).

CONVENÇÃO DE PARIS. Paris. 1883. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/cup.pdf>.

Folha de São Paulo. *Christian Louboutin*. Coleção Folha Moda de A a Z. São Paulo. Vol. 13. 2015. p, 19.

Decision and Order at 2, Louboutin v. Yves Saint Laurent. UNITED STATES DISTRICT COURT SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK. 2011. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/11-3303/11-3303-2012-09-05.html>.

FURI-PERRY, Ursula. *The Little Book of Fashion Law. American Bar Association.* 2013. p. ix.

H2O Case Administrative. *Christian Louboutin S.A. v. Yves Saint Laurent America Holding, Inc.*. April of 2012. p. 3. Disponível em: <https://h2o.law.harvard.edu/cases/4776>.

IBAIXE JR, João; SABÓIA, Valquíria. *Direito da moda e o caso Christian Louboutin.* OAB SP. 2014.

Instituto de referência em internet e sociedade. *Propriedade Intelectual e a moda: a ascensão do Fashion Law.* 2016. Disponível em: <http://irisbh.com.br/propriedade-intelectual-e-a-moda-a-ascensao-do-fashion-law/>.

Kering Group. Disponível em: <https://www.kering.com>.

_____ *History of house Yves Saint Laurent. Kering Group.*

LADAS, Stephen P.. *The Lanham Act and the International Trade.* 2017. p.1 . Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2408&context=lcp>.

LAY, Roger. *Digital transformation – the ultimate challenge for the fashion industry.* 2019. Disponível em: <https://www2.deloitte.com/ch/en/pages/consumer-industrial-products/articles/ultimate-challenge-fashion-industry-digital-age.html>.

MAYNARD, Bryce J. . *The Initial Interest Confusion Doctrine and Trademark Infringement on the Internet. Washington and Lee Law Review. Volume 57. Issue 4. Article 7. Fall 9-1-200.* p, 1313. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1333&context=wlulr>.

SKIBINSKI, Franciele Huss. *O fashion law no direito brasileiro.* ABAPI. 2014. Disponível em: <http://www.abapi.org.br/abapi2014/pdfs/monografias/Monografia%20Francielle%20Huss.pdf>.

SON, Rachany. *Chasing Rainbows: Exposing the Role of Color in Trademark Law through Christian Louboutin S.A. v. Yves Saint Laurent America, Inc. Science and Technology Law Review. Volume 15, Number 2 Article 12.* 2012. p. 314. Disponível em: <https://scholar.smu.edu/scitech/vol15/iss2/12/>.

WIPO. *World Intellectual Property Organization.* Disponível em: <https://www.wipo.int/portal/en/index.html>.

_____ *Understanding Copyright and Related Rights*. 2016. p. 6.

2^o INFORMATION SOCIETY AND LAW

II Congresso Internacional Information Society and Law
Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU)
São Paulo - SP - 6 a 8 de novembro de 2019

2^o INFORMATION SOCIETY AND LAW

FMU
CENTRO UNIVERSITÁRIO

GT - TRATADOS INTERNACIONAIS

TRIPS E O COPYRIGHT AMERICANO: O QUE O BRASIL PODE APRENDER

Felipe Otávio Moraes Alves¹

RESUMO: Este artigo busca identificar e comparar os principais e mais eficientes procedimentos de patenteação de propriedade intelectual e as leis que os asseguram com o procedimento brasileiro, focando nas diretrizes do Acordo TRIPS e a eficácia das leis de copyright dos Estados Unidos. Assim, o maior problema a ser desenvolvido será o de comparar devidamente a realidade jurídica de outros países ao do Brasil e não fazer meramente uma adaptação forçada de realidades tão distintas, identificando um meio termo entre um engessamento mercantil pela patenteação excessiva e uma sociedade sem estímulo econômico às melhorias industriais. O trabalho almeja encontrar reais e eficazes meios de melhorar seus procedimentos de patenteação ao observar os contextos internacionais de melhor eficácia para seus atores. O Direito Comparado será a principal ferramenta de análise destes procedimentos. Com o uso do método indutivo, do direito comparado, da lógica, costumes, bom senso e a moderação fático-lógica, deve-se alcançar conclusões com a devida transparência, finalidade legítima e proporcionalidade.

Palavras-chaves: Propriedade Intelectual. Direito Internacional. Direito Comparado.

TRIPS AND AMERICAN COPYRIGHT: WHAT BRAZIL CAN LEARN

ABSTRACT: This article seeks to identify and compare the main and most effective intellectual property patenting procedures and the laws that enforce them with the brazilian procedure, focusing on the TRIPS Agreement guidelines and the effectiveness of United States copyright laws. Thus, the biggest problem to be developed will be to properly compare the legal reality of other countries with the Brazil's reality and not merely to make a forced adaptation of such different realities, identifying a half term between a market plastering by excessive patenting and a society without economic encouragement to industrial improvements. The present study seeks to find real and effective ways to improve its patenting procedures by observing the most effective international contexts for its actors. Comparative law will be the main tool of analysis of these procedures. With the use of inductive method, comparative law, logic, customs, common sense, and phatic-logical moderation, this study must reach conclusions with due transparency, legitimate purpose and proportionality.

¹ Professor Substituto na UNESP da disciplina "Teoria do Estado". Mestrando em Direito pela UNESP. Pesquisador pela UNESP em Direito Digital, correlacionando tecnologia, principalmente a Internet, ao Direito, nas violações de direitos fundamentais. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4562494053832597>. E-mail: felipeotavioma@gmail.com.

Keywords: Intellectual Property. International right. Comparative law.

INTRODUÇÃO

O Direito Internacional Público é regido primordialmente por Tratados e Convenções, multi e bilaterais, controlada a observância de suas normas por órgãos internacionais e regionais, já o Direito Internacional Privado é composto de normas produzidas pelo legislador interno, ou seja, é a projeção do direito interno sobre o plano internacional.

E as proteções internacionais à propriedade intelectual, com suas patenteações, encontram-se nesse Direito Internacional Privado, o ramo do Direito que se ocupa de regular as relações jurídicas que irradiam efeitos em mais do que um ordenamento jurídico. Eles utilizam dois fatos (misto), o fato comum – submetido totalmente ao ordenamento jurídico interno – e o fato estrangeiro – submetido totalmente a ordenamento jurídico estrangeiro ou a ordenamentos jurídicos que não o nacional. A maior parte das normas de Direito Internacional Privado tem origem interna, ou seja, uma norma interna que determina a aplicação de uma norma estrangeira e, assim, o Estado precisa estar disposto a aplicar normas de outro Estado (do direito estrangeiro), o que só irá ocorrer se os Estados se entenderem como parte de um todo e que as pessoas podem ter relações jurídicas com fatos mistos. Os fundamentos deste ramo do Direito são: o sociológico, onde há maior aproximação/intercâmbio entre as pessoas; e o jurídico, onde os fatos são mais próximos do que um ordenamento jurídico. E seu único requisito é a abertura dos Estados a outros ordenamentos jurídicos.²

É neste contexto que o presente trabalho se insere. Para a construção do estudo, é adotado o método teórico-dedutivo. As perguntas abordadas durante o trabalho são elucidadas com apoio de doutrinadores e especialistas na área internacional e digital, com comparações por doutrina, jurisprudência e legislação, principalmente internacional. O referencial teórico, tocante à proteção da propriedade intelectual no direito internacional, é o de Maristela Basso³.

² MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; JUBILUT, Liliana Lyra. **Direito internacional privado**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 21.

³ BASSO, Maristela. **A proteção da propriedade intelectual e o direito internacional atual**. a. 44 n. 126 abr./jun. 2004. Brasília: Revista de Informação legislativa, 2004.

1 REALIDADE JURÍDICA DO BRASIL

No Brasil, temos o Decreto-Lei nº 4.657 (LINDB), de 4 de setembro de 1942, que trata da introdução às normas do direito brasileiro, determinando as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, o domicílio, a capacidade, os direitos de família e o direito dos estrangeiros. Neste ordenamento, para qualificar os bens e regular as relações a eles concernentes, aplicar-se-á a lei do país em que estiverem situados; para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem; as organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações, obedecem à lei do Estado em que se constituírem; e é competente a autoridade judiciária brasileira, quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação. Estes são alguns de seus ditames.

Ao utilizar o Direito Comparado, os juristas brasileiros, na resolução de problemas internacionais, buscam analisar dos sistemas jurídicos e comparar regulamentações, transpondo a experiência (histórico, político e cultural) de outras legislações – fontes – aplicadas no Brasil. Como bem se sabe, o Brasil tem a estrutura jurídica do Civil Law (Romano-germânico) em que as experiências/fatos sociais-éticos selecionam uma norma que deve ser aplicada a outras. E é diferente do Common Law, onde os costumes, jurisprudências, doutrina e equidade são as diretrizes primordiais.

No Brasil, Patentes, Marcas, Desenho Industrial e Indicação Geográfica estão reguladas pela Lei nº 9.279/1996; Direito de Autor e Direitos Conexos estão reguladas pela Lei nº 9.610/1998; Programa de Computador está normalizada pela Lei nº 9.609/1998; Novas variedades de plantas estão delineadas pela Lei nº 9.456/1997, regulamentada pelo Decreto nº 2.366/1997; Topografia de Circuito Integrado está regulamentada pela Lei nº 11.484/2007; Defesa da Concorrência e Concorrência Desleal esta regulada pelas Leis nº 12.529/2011 e nº 9.279/1996; e Contratos de Licenças, Transferência de Tecnologia e Franquias estão regidas pelas Leis nº 4.131/1962, Lei nº 8.884/1994, Lei nº 8.955/1994, Lei nº 9.279/1996 e Portaria do Ministério da Fazenda nº 436/1958.

2 PROPRIEDADE INTELECTUAL E O TRIPS

Desde o início da história da humanidade, “ao mesmo tempo em que o homem talha o sílex preparando seus instrumentos de guerra, manifesta arte já na escolha da forma dessas armas e de seus ornamentos”⁴. Essa arte inconsciente ganha consciência de si

⁴ SILVEIRA, Newton. **Propriedade intelectual**: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares, nome empresarial, abuso de patentes. 5ª ed. Barueri: Manole, 2014. p. 3.

só nos tempos modernos. O modelo de utilidade permuta entre a natureza das invenções e as criações de design, enquanto as obras autorais têm como único requisito a originalidade dependendo do requisito de novidade, objetivamente considerado. Quanto às criações técnicas, não é raro duas ou mais pessoas chegarem, uma independentemente da outra, à mesma solução por terem semelhantes estados de técnica. Tal coincidência já é extremamente rara no campo da criação artística e, por isso, só ao autor compete decidir como e se deve revelá-la no mundo.⁵

Com o aparecimento das organizações internacionais, não era mais possível manter as Uniões com as suas estruturas e características originárias. Assim, a Convenção de Estocolmo (1967) criou a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI/WIPO) com status de Organismo Especializado da ONU, servindo para estimular a atividade de criação dos países membros, facilitando a aquisição de obras e o acesso à informação científica das patentes. A WIPO é o principal organismo internacional de proteção dos direitos de propriedade intelectual, juntamente com o TRIPS (Inclusão Acordo Sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio) no GATT (Acordo Geral de Tarifas e Comércio). Todavia, restringe-se mais aos aspectos técnicos porque inexistem mecanismos de fiscalização do adimplemento das obrigações estatais e de resolução de controvérsias – negociação, mediação, conciliação e arbitragem).⁶

No TRIPS, há alguns exemplos de Direito de Autor (Obras intelectuais e artísticas / Programas de Computador), Direito Conexos (Interpretações), Marcas (Marca de Serviço), Patentes (Invenções e Modelos de Utilidade), Indicações Geográficas (Vale dos Vinhedos) Desenho Industrial (Embalagem), Proteção de Novas Variedades de Plantas (Planta geneticamente modificada) e Topografia de Circuito Integrado (Desenho do Circuito Integrado).

Em particular, a OMC é um acordo maior que se compõe de quatro Anexos e o TRIPS é o Anexo 1C. O TRIPS integra o “Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio – OMC”, também conhecido como “Ata Final da Rodada do Uruguai”. Em alguns países se discute a natureza do “Acordo Constitutivo da OMC”, em seus respectivos ordenamentos internos. Para alguns, esse Acordo implica um *executive agrément*, para outros, um tratado de comércio - *trade agreement*. O “Acordo Constitutivo da OMC” é um tratado-contrato, porque os Estados membros podem determinar como implementar suas regras. Os destinatários das normas do TRIPS são os Estados membros da OMC. Nenhum direito subjetivo resulta para a parte privada. As disposições do TRIPS

⁵ *idem*.

⁶ BASSO, Maristela. **A proteção da propriedade intelectual e o direito internacional atual**. a. 44 n. 126 abr./jun. 2004. Brasília: Revista de Informação legislativa, 2004. p. 290.

constituem padrões mínimos de proteção que devem ser adotados pelos Estados partes, em suas legislações nacionais. Qualquer controvérsia deve ser submetida ao procedimento de solução de controvérsias da OMC. A “Rodada do Uruguai” intermediou três concepções sobre PI: a dos EUA, com proteção da PI como favorecimento da inovação e transferência de tecnologia, independente dos níveis econômicos dos países; a dos países em desenvolvimento, cujo objetivo principal era de assegurar difusão da tecnologia mediante mecanismos de transferência; e a de países desenvolvidos como Japão e a EU, que buscam assegurar a proteção dos direitos de PI, evitando abusos e impedimento ao comércio legítimo. As partes se comprometem a buscar “benefícios recíprocos”, “bem-estar social e econômico” e, sobretudo, o “equilíbrio de direitos e obrigações”. O reconhecimento e a observância dos direitos de propriedade intelectual dependem de valores sociais relevantes e, em particular, do equilíbrio entre os usuários de conhecimento tecnológico.⁷

Os princípios gerais do TRIPS são o *Single Undertaking*: unidade do sistema sem reservas; Tratamento Nacional: cada Membro concederá aos nacionais dos demais Membros tratamento não menos favorável que o outorgado a seus próprios nacionais com relação à proteção da PI; Nação Mais Favorecida: todas as vantagens, favorecimentos, privilégios e imunidades que um Estado parte conceda aos nacionais de outro Estado parte serão automática e incondicionalmente estendidas aos nacionais dos demais Estados partes; Esgotamento Internacional dos Direitos (Exaustão): direito de exclusão comercial do titular do direito de propriedade intelectual se esgota no momento em que ele introduz o produto patenteado no comércio (possibilidade de importar legalmente um produto protegido por direitos de propriedade intelectual, desde que tenha sido introduzido, no mercado de qualquer outro país, pelo seu titular, ou com o seu consentimento); Transparência: os Estados partes se comprometem a tornar públicos as leis de aplicação relativos à matéria objeto do Acordo; Cooperação Internacional: promoção do interesse comum por meio de normas de cooperação mútua, a cooperação “interna” se realiza no âmbito da OMC entre seus membros e a cooperação internacional ou “externa” é a que se estabelece entre o TRIPS e a OMPI e outras organizações internacionais relevantes na proteção dos direitos de propriedade intelectual; Interação entre os Tratados Internacionais sobre a Matéria: o TRIPS é dirigido aos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio internacional, enquanto a Convenção de Paris não tem essa pretensão; Interpretação Evolutiva: a interpretação das suas cláusulas pode mudar de acordo com a evolução do tema e, para evitar diferentes interpretações, cada Estado

⁷ DEL’OLMO, Florisbal; ROSADO, Olivério de Vargas; ARAÚJO, Thiago Luiz Rigon de. **Propriedade intelectual no cenário internacional**: organismos de proteção e o acordo TRIPS. Santa Maria: Revista Eletrônica de Direito UFSM, 2013. p. 132.

incorpora as regras do TRIPS com base no seu próprio sistema e realidade observando os princípios básicos do Acordo (ou seja, ele não é auto-executável).⁸

Na OMC, há um mecanismo de solução de conflitos, o “Órgão de Solução de Controvérsias” (OSC), composto por todos Membros da OMC. No Brasil, temos dois efeitos: o externo, com obrigações assumidas na OMC e aos seus Estados membros; e o interno, com o vigor no direito brasileiro e exequibilidade no Brasil (Decreto Legislativo n.º 30/ 1994). Hoje, transcorrido o período de transição, se houver discrepâncias entre a legislação nacional e o TRIPS, caberá ao legislador nacional dar corpo às disposições do Acordo (o que já vem fazendo), adaptar o direito interno aos padrões fixados pelo TRIPS, sob pena de, não o fazendo, o Brasil violar o Acordo e, conseqüentemente, ficar sujeito a responder perante o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC.

Um caso interessante envolvendo o Brasil foi o DS199 Brazil - Measures Affecting Patent Protection⁹, a reclamante foram os Estados Unidos que, em 2000 através do OSC, pediu que se ponderasse a possibilidade e as causas de relativização da propriedade intelectual e as relações de PI entre Estados do Norte e do Sul global, onde o Brasil aceitou pedir permissão para os EUA toda vez que for quebrar uma patente deles.

2.1 QUAL O CUSTO BENEFÍCIO DA REDUÇÃO DE AUTONOMIA DO BRASIL E DE SEUS EMPRESÁRIOS E INVENTORES?

Primeiramente, é válido notar que quaisquer espécies de normas tuteladoras de propriedade intelectual - mesmo as nossas nacionais - tiram certa autonomia de outros (todos exceto quem patenteia) empresários e inventores brasileiros pois estas e as patentes em si sempre limitá-los-ão naturalmente em suas atividades.

Em segundo lugar, o grande paradigma é que essa limitação, pelo custo benefício, vale(ria) a pena pois seria um incentivo econômico para pesquisarem, produzirem e comercializarem em determinada área, o que, teoricamente, não fariam sem a necessária proteção ao investimento. Ou seja, no papel, esta redução de autonomia dos empresários e inventores brasileiros valeria a pena para o mercado e, portanto, para o país ou população. Este é o único motivo de existência da patente e ser contra a existência da mesma é uma possibilidade, porém é demasiado distante das demandas atuais para ser considerada.

E em terceiro, o país perde algo com isto, sim. O país - e, logicamente, seus inventores e empresários - perde substancialmente em âmbito de criação e pesquisa e, portanto, perde muito em âmbito econômico e, conseqüentemente, perde bastante em

⁸ CORRÊA, Charlene Maria de Ávila. **O direito internacional frente ao Instituto da Propriedade Intelectual: OMC/Trips** (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights). 17ª ed. Ribeirão Preto: Revista Paradigma, 2004. p. 141.

⁹ Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds199_e.htm>. Acesso em: 14 out. 2019.

avanço sociais. Um país desenvolvido tem várias patentes em seu território e estendê-las aos outros países só aumentam suas influências e seus retornos econômicos - ou seja, mais economia que pode ser investida em mais serviços públicos - em detrimento de outros países que poderiam (e aqui entraria uma análise fática do custo benefício) ter estas patentes em seu próprio território.

O quarto ponto é se, e aqui entra a grande questão, vale a pena para a população brasileira limitar seus pesquisadores e investidores em prol do usufruto de produtos e serviços internacionais que tiveram o benefício destas patentes. Numa perspectiva globalizada, a população global ganharia sim com isto, na medida que o tempo limite para quebra de patente fosse justo o suficiente para valer a pena o investimento e, futuramente, poder haver criações dentro de países mais subdesenvolvidos. A maioria dos países africanos, por exemplo, poderia não perder tanto com estas normas internacionais, pois em âmbito tecnológico estariam muito atrasados e, além de oferecer o usufruto e benefício desta tecnologia de outro país (ou empresa de outro país) desde já, após o tempo limite para a quebra de patente, seus empresários se beneficiariam futuramente.

Todavia, e portanto, o Brasil, como um país intermediário economicamente e com alto potencial de investimentos e pesquisas, e seus investidores perdem sim bastante autonomia e limitações econômicas com estas normas internacionais. É interessante estimar o que o Brasil poderia perder caso não se submetesse a estas normas, como já faz bastante a China, e esta não perde tanto com isto, pelo contrário.

3 O COPYRIGHT AMERICANO

Na sociedade em geral, antes mesmo do advento dos meios digitais, a proteção da propriedade intelectual se deu porque, com o passar do tempo, os livreiros lucravam com sua atividade e, então, os autores, sentindo-se mal retribuídos, começaram a abstrair que tinham direitos – obras – que careciam de melhor proteção. Isto por duas razões, as quais até hoje são as mesmas: proteção dos lucros e notoriedade que poderiam obter por elas. Em particular, o Brasil se preocupa com questões como os direitos morais e criatividade da obra pelo autor, ao contrário do *Copyright* que defende mais o direito de reprodução de cópias.¹⁰ Por si só, estes dois pontos já são o suficiente pois em relação ao fundamento mais usado, o da Teoria do Bem-Estar Social (mais utilitária, com princípios da não-rivalidade e não-escassez), para recuperar o investimento ou obter comprovação da personalidade.

¹⁰ PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. *Direitos Autorais*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009. p. 21.

Na Constituição Americana, em seu artigo 1º, inciso oitavo, há a observância do progresso científico (assegurando autores pelas suas descobertas) como questão de segurança nacional e por isso a propriedade intelectual é de competência federal.

Nos EUA, temos algumas leis interessantes sobre o assunto: Lei de Auxílio de Comunicações para Aplicação do Direito, que reforça com que os provedores de internet e telefonia tenham uma política de grampo – sem autorização judicial – sempre que for necessário; Lei de Vigilância Estrangeira, com grampo de grandes potências sem autorização e que o tribunal aceita as solicitações dos congressistas; Lei do Lobo Solitário, onde qualquer pessoa sob vigilância dos EUA tem todos seus dados digitais vigiados; Lei da Escuta sem Destino, que trata do controle contínuo de qualquer pessoa que seja um risco ou que já foi vigiado; Lei de Recolha de Objetos Relevantes, que é o direito dos EUA de recolher qualquer objeto pessoal de qualquer pessoa que mostre no ambiente digital ser um risco para o Estado; Ato específico sobre a privacidade de dados online de crianças (menores de 13 anos e 364 dias), CIPA (Lei de Proteção à Criança da Internet), que obriga todos os sites pornográficos a usar a verificação da idade, proíbe a pornografia pública, exige que as escolas monitorem o uso da Internet por menores de idade e exige que conteúdos com material obsceno e pornográfico devam ser filtrados (menos restritivos para adultos); Digital Millennium Copyright Act, onde há a criminalização de difusão de tecnologias que contornam direitos autorais; Online Copyright Infringement Liability Limitation Act, que trata da limitação da responsabilidade do provedor; Lei Antipirataria das Coleções de Informações (CIAA), que torna ilegal o uso do conteúdo informativo dos bancos de dados e, assim, protegeria fatos não originais que não são protegidos pela lei de direitos autorais; e a U.C.C., no seu artigo 2B da disposição sobre licenças de mercado de massa, há a imposição de disposições contratuais referentes às informações, mesmo que concedam aos proprietários do produto informações muito mais amplos do que a lei de direitos autorais.

Há outras três propostas no Congresso do Senado Americano desde 2010 que poderiam trazer grandes mudanças: SOPA e PIPA, que garantem que o Dep. de Justiça e os Departamentos responsáveis pelos Direitos Autorais consigam ir à justiça para que violações sejam tiradas do ar ao bloquear conteúdo do exterior, suspender o pagamento direitos ou verbas, suspender totalmente a publicidade e responsabilizar os provedores; e SISPA, que busca combater cibercrimes, incluindo sobre atos cometidos no exterior (rebateria o direito ao anonimato e a questão da competência jurisdicional), ao criar Agência de Vigilância Mundial e uma Plataforma de Ciberinteligência com punições bem definidas, inclusive a empresas e governos (divulgando dados sigilosos).

Benkler¹¹ propôs uma análise constitucional desenvolvida para a regulamentação da mídia, a fim de estabelecer os limites dentro dos quais o Congresso e os tribunais deveriam operar ao criar e aplicar direitos de propriedade em produtos de informação. Essa abordagem começaria com a suposição de que o governo não impedirá, em primeira instância, que alguém leia ou use essa parte ou a do ambiente de informações. As informações, nesse sentido, serão “livres como o ar para uso comum”. As partidas desta linha de base devem ser limitadas àquelas instâncias em que o governo tem o tipo de boas razões que justificariam qualquer outra regulamentação de produção e troca de informações: necessidade, razão e um escopo que não seja mais amplo que o necessário. Para ele, a Primeira Emenda exigia um domínio público robusto. Primeiro, analiticamente, os direitos de propriedade das informações significam que o governo proibiu certos usos ou comunicações de informações a todas as pessoas, exceto uma, o proprietário. O domínio público, por outro lado, é a variedade de usos privilegiados para todos. Uma sociedade sem domínio público é uma sociedade na qual as pessoas são livres para falar. Caso contrário, eles têm uma obrigação legal de não falar, exceto com a permissão de outra pessoa. Se eles querem falar sem essa permissão, um tribunal pode impedi-los de falar ou puni-los por terem falado. Segundo, a Suprema Corte afirmou há muito tempo que é central em nossos processos democráticos garantir “a mais ampla disseminação possível de informações de fontes diversas e antagônicas”. O autor sugeriu que, se for assim, os direitos de propriedade das informações são duplamente suspeitos do ponto de vista da Primeira Emenda. Primeiro, eles exigem que o Estado impeça as pessoas de falar para aumentar a produção de informações na sociedade. Segundo, o mecanismo dos direitos de propriedade tende a favorecer um certo tipo de aumento da produção - produção por um número relativamente pequeno de grandes organizações comerciais. Isso, por sua vez, entra em conflito com o compromisso da Primeira Emenda de alcançar um “mercado de ideias” diversificado e descentralizado. Para o autor, o fechamento do domínio público constitui uma ação governamental que reduz a liberdade de expressão. Isso sugere que as reivindicações de direitos autorais de uma pessoa podem entrar em conflito com a Primeira Emenda, tanto quanto as reivindicações de uma pessoa quanto à integridade da reputação. Na medida em que estamos preocupados que o governo não impeça nem castigue o discurso, devemos nos preocupar com as mudanças na lei que comprometem o governo a impedir mais usos e comunicações de informações. Um mundo dominado pela Disney, News Corp. e Time Warner parece ser a resposta esperada e racional ao fechamento excessivo do domínio público. Se meu modelo descritivo estiver correto, o

¹¹ BENKLER, Yochai. **Free as the Air to Common Use**: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain. *Nova Torque: New York University Law Review*. Vol. 74:354, 1999. p. 358-360.

cercos - ou a aplicação contínua e extensiva dos direitos de propriedade das informações - prejudicará, não ajudará, a disponibilidade de informações de "fontes diversas e antagônicas"¹².

Desta lógica, pauta-se o *Copyright* americano.

3.1 É POSSÍVEL CONCILIAR A EXPERIÊNCIA AMERICANA COM A DO BRASIL?

Uma maioria poderia dizer que são possíveis poucas comparações devido às diferenças político-jurídicas. Ao contrário da crença da estimada maioria, é notável a possibilidade desta comparação, pois política pública quanto à fiscalização, seja lá de qual área, é questão de escolha do executivo ou do legislativo, abstraindo uma vontade popular. Poderia o Brasil fiscalizar (mais) seus internautas, a "realidade social, econômica e política" do país não intervêm nesta escolha. Mesmo quanto à proteção de PI, é uma questão de o Brasil, através de seus órgãos, fiscalizar e assegurar melhor suas patentes; e em âmbito internacional, nosso país tem total autonomia de se aderir ou não às convenções internacionais e de se defender quanto aos malefícios de ordenamentos internos e internacionais de outros países. Agora, se há concordância ou não com os métodos americanos, cabe melhor análise destes méritos.

Quanto à PI e ainda sobre a "segurança digital", ambas não têm suas asseguarações estatais proporcionais à uma legislação mais "bem-feita", mas sim às políticas públicas de fiscalização e suas eficácias. Legislações elementares, mas que assegurariam na prática seus patenteadores, poderiam ser suficientes, mesmo que fossem normas principiológicas básicas as quais, em um sistema *Common Law* v.g., juízes teriam como base para formar a segurança jurídica daquele país. Políticas públicas advêm da sua positivização, mas deve ela ir além.

O Brasil possui grande pioneirismo e excelência quanto ao seu ordenamento jurídico, o qual de fato pode assegurar teoricamente até mais direitos - muitos deles fundamentais e democráticos - que o próprio EUA e outros países como Espanha e França¹³ e ainda através de uma análise do Marco Civil, nota-se que traz princípios bem definidos e importantes para a Internet. Todavia, todo este ordenamento benquisto mascara a realidade: um péssimo serviço de patenteação e, pior ainda, um dos piores

¹² *idem*.

¹³ SEGURADO, Rosemary; LIMA, Carolina Silva Mandú de; AMENI, Cauê S. **Regulamentação da internet: perspectiva comparada entre Brasil, Chile, Espanha, EUA e França**. v. 22, dez. 2015, p.1551-1571. Rio de Janeiro: História, Ciências, Saúde, 2015. p. 1569.

asseguradores dos direitos dos ciberusuários¹⁴. De fato, ambos não são inversamente proporcionais; ao contrário, deveriam se coincidir.

Os EUA conciliam ambos da seguinte maneira: fiscalizam o máximo possível todos os internautas globais - inclui-se aqui empresas e outros Estados - através de mecanismos como PRISM, XKeyscore ou ECHELON, todos legitimados pelas já vistas leis CIPA, Online Copyright infringement Liability Limitation Act ou Digital Millennium Copyright Act (e os projetos SOPA, PIPA e SISPA, os quais tão somente positivaria o que já está sendo feito, como bem demonstrou o Snowden); e quanto à proteção de PI, os EUA protegem decentemente suas patentes, comparado com outros países, tanto que são os maiores detentores de patentes junto à China.

Assim, concluindo, o Brasil é ainda carente no tratamento hodierno de suas patentes, com burocracias e morosidades extremas – em 2013 a espera era de 13 anos com uma taxa absurda de 980 pedidos de patentes por examinador; na Europa, eram 77¹⁵ – e, em âmbito internacional, perde em casos como o DS199, que já foi relatado no trabalho, em que nosso país aceitou "pedir permissão" para os EUA toda vez que for quebrar uma patente deles. O Brasil poderia aprender com a asseguaração de patente dos EUA, ao melhorar seus serviços. Numa visão liberal, se os EUA têm mais patentes é porque oferecem um sistema melhor. Numa visão intervencionista, os EUA asseguram devidamente suas patentes com boas políticas públicas e monopólios tais que extraem ótimos benefícios financeiros.

E sobre a necessidade de segurança digital e sua conciliação com as PIs, não há uma correlação diretamente proporcional. Se pautar no medo de que o Estado poderia "furtar" a patente através de escutas então para que também confiar a ele o monopólio de assegurar as patentes? Não faz sentido este argumento. Independente da política de segurança digital, é possível assegurar as PIs como bem demonstra os EUA e pode aprender o Brasil. Quanto ao Brasil adotar as medidas de segurança da Internet dos EUA, poderia nosso país começar aos poucos porque a Polícia Federal consegue resolver apenas algumas dezenas dentro de milhares de casos que chegam a ela, além de polícias civis com taxas de menores que 5% de resolução de casos e ainda um judiciário extremamente moroso, juntamente à dificuldade de se levantar provas digitais no Brasil. Mesmo com todas suas leis bem-feitas, ao se fazer ressalvas de se encontrar "meios termos" ou avaliar e atingir este tal "equilíbrio" jurídico, criar-se um discurso vazio, ilusório e impossível, pois nenhum país chegou perto de encontrá-lo e com uma razão: ou se fiscaliza seus cidadãos ou não fiscaliza. Não existe meio termo. Não existe o tal "equilíbrio" que acompanha

¹⁴ PONEMON INSTITUTE LLC. **2016 Cost of Data Breach Study: Brazil**. jun. 2016.

¹⁵ WIPO. **Statistics Database**. Outubro, 2012.

carentes asseguarações de direitos fundamentais. Nos EUA, por exemplo, descobriram algo que, no Brasil, não descobrimos ainda: a lei não importa tanto, para ela existe interpretações extensivas e principiológicas, o que importa são medidas práticas e eficazes que asseguram os direitos.

Resumindo, o Brasil pode aprender a partir dos EUA esta conciliação ao desfocar sua preocupação com a produção de leis e se direcionar em eficácia de asseguaração e melhores métodos de fiscalização. Curiosamente, nos EUA, ao descobrirem das polêmicas do Snowden e da NSA, a comoção pública foi mínima porque sentem-se seguros. Numa visão de patenteadores ou como internautas, ao patentear e demorar 15 anos e ao ter uma Polícia que demora anos e anos para solucionar um cibercrime que foi vítima, existe alguma segurança?

4 PROPRIEDADE INTELECTUAL NA INTERNET

A regulamentação da internet é um dos temas mais complexos atualmente, pois abarcam Estados, população civil e iniciativas privadas na elaboração de princípios e ordenamentos jurídicos que tutelam ações no ciberespaço. Durante a análise comparada, é possível verificar regularidades e diferenças nas legislações das três diretrizes de países que formaram o TRIPS frente às categorias: neutralidade de rede; privacidade, segurança e vigilância; e propriedade intelectual.

Em relação à neutralidade de rede, o Brasil – com o Marco Civil da Internet – e o Chile – com a Lei nº 20.453/2011 – são os países que apresentam as regulamentações mais avançadas do ponto de vista da garantia de direitos civis, de promoção da cidadania e do uso democrático da internet, com posições mais democráticas quanto à regulamentação da internet, mantendo-o livre, aberto e colaborativo. Por outro lado, Espanha e França se apresentam como os defensores de maior controle dos acessos à rede. Nos EUA, há grandes barreiras jurídicas para impor o fim da neutralidade de rede já que a privacidade, a segurança e a vigilância encontram as posições mais retrógradas com controles de espionagem cada vez maior da internet e de ligações telefônicas, não somente de seus cidadãos, mas de vários países do mundo, incluindo o Brasil.¹⁶

Se a produção de informações é dispendiosa e difícil, enquanto a cópia é barata e fácil, por quê uma empresa faria investimentos para produzir novos softwares? Uma consequência deste paradigma foi que as empresas culturais não são mais concebidas como simples produtores e distribuidores, mas como conglomerados globais de entretenimento integrado, que incluem televisão, cinema, cadeias de discos, redes de

¹⁶ SEGURADO, Rosemary; *et. al. loc. cit.*

concertos e, mais recentemente, a Internet, cabo de transmissão e satélite de transmissão, justamente para não perderem tanto. O Brasil precisaria da criação de novos modelos de exploração de direitos autorais que efetivamente remunerem o autor a partir do pagamento de valores acessíveis aos consumidores. Curiosamente, não vivemos hoje a atuação de uma sociedade à margem da lei e sim, o “drama de uma lei à margem da sociedade”¹⁷.

A complexidade do meio digital tornou a análise e a defesa dos direitos autorais muito mais difíceis. A cultura digital permite que diariamente sejam feitas cópias de músicas, filmes, fotos e livros mediante o download das obras da internet, mesmo em detrimento da lei. Afim de tentar proteger os direitos autorais, são criados mecanismos de gerenciamento de direitos e de controle de acesso às obras, mas são frequentemente contornados. É cada vez mais comum assistirmos à contestação judicial do uso de obra de terceiros. Busca-se o equilíbrio entre a defesa dos titulares dos direitos e o acesso da sociedade ao conhecimento. O regime penal brasileiro é um dos mais severos do mundo quanto à proteção de propriedade intelectual, causando consequências políticas e econômicas, prejudicando inovação e acesso à informação.¹⁸

São quatro (em ordem de destaque e influência) as perspectivas que atualmente dominam a escrita teórica sobre propriedade intelectual: Teoria Utilitarismo, Teoria do Trabalho, Teoria da Personalidade e Teoria do Planejamento Social. Mesmo que as dificuldades específicas de cada uma das três abordagens econômicas pudessem ser resolvidas, um problema ainda mais formidável permaneceria: não existe uma teoria geral que integre as três linhas de investigação. Como a lei deve ser ajustada para simultaneamente: equilibrar otimamente os incentivos à criatividade e as perdas de eficiência concomitantes, enviar a potenciais produtores de todos os tipos de mercadorias sinais precisos sobre o que os consumidores desejam e minimizar a dissipação do “aluguel”. Até o momento, nenhum teórico sequer tentou responder a essa pergunta abrangente. Até que esse desafio seja bem-sucedido, o poder da abordagem utilitarista de orientar os legisladores será bastante limitado. Em vez de tentar obrigar os leitores, por meio de uma combinação de premissas não controversas e lógica inexorável, a aceitar uma interpretação ou reforma particular da doutrina jurídica, o estudioso ou legislador tentaria, empregando uma combinação de teoria e aplicação, encontrar uma corda de

¹⁷ PORCELLI, Adriana Margarita. **(Des) Protección del derecho de autor en la era digital**: principales tendencias legislativas, doctrinarias y jurisprudenciales argentinas sobre la denominada “piratería informática”. vol. 10, no. 04, p. 2339 -2376. Rio de Janeiro: Quaestio Iuris, 2017. p. 2372.

¹⁸ PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. **Direitos Autorais**. 1^a ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009. p. 137.

simpatia em seu público. A resposta procurada não seria: "Não vejo buracos no argumento", mas sim: "Isso soa verdadeiro para mim".¹⁹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atualmente, a medida mais adotada pelas empresas, a fim de resguardar seus direitos, está compreendida na identificação do adquirente de determinado produto, seja através do IP de acesso, impedindo acessos simultâneos e de origens diversas, de CPF vinculado ao produto ou de softwares específicos para o acesso ao conteúdo. Dessa forma, trabalha-se com mecanismos denominados, no direito penal, de prevenção geral, desencorajando a primeira divulgação indevida e reduzindo consideravelmente a propagação ilícita do conteúdo.

Somente com a propriedade intelectual sendo levada realmente a sério no Brasil, com a devida repressão às violações de direitos autorais, é que conseguiremos desencorajar a cultura prevalente na sociedade de desvalorização do trabalho intelectual alheio. Então, os titulares de direitos autorais no mundo digital devem fazer valer suas prerrogativas legais de proteção a sua obra no INPI, a fim de garantir a sua remuneração pelo seu patrimônio intelectual, garantindo o retorno do seu investimento e incentivo a novas criações. Por exemplo, a Digital Millennium Copyright Act pode impedir o acesso às informações, independentemente de o produtor ter ou não um direito legal de controlá-las, ou seja, o Washington Post poderia impedir que usuários de outra linha ideológica os vejam.

Com os avanços desenfreados do mundo digital, no que tange jogos eletrônicos, tem-se notado que fãs em busca de maiores desafios pegam jogos originais e com base nele recriam um jogo mais amplo, em buscas de mais desafios e para também manter vivo o seu game favorito. Deve-se considerar, também, a evolução de diversas plataformas e aplicativos dos mais variados conteúdos, como por exemplo: culturais (streaming e audiovisuais); financeiras (bancos digitais e captação de investimentos); de educação (esta plataforma mesmo que usamos aqui para aprendermos); dentre tantos outros que, com custos muito mais acessíveis e ideias inovadoras, facilitam e melhoram diversas atividades. Dentro de culturais, podemos citar os streamings musicais como o Spotify, Deezer e Amazon Music, od streamings de filmes e séries como a famosa Netflix e a Amazon Prime Video, vídeos como Youtube Pro, além das plataformas de livros como Kindle, da Amazon, e LEV, da Saraiva. Ora, diante destes excessos de proteção no âmbito das tecnologias

¹⁹ FISHER, William. **Theories of Intellectual Property**: New Essays in the Legal and Political Theory of Property. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. p. 28-29.

privadas, há sentido em pensar que diz que “as restrições tecnológicas anticópias acabam por prejudicar os melhores consumidores da indústria cultural, justamente aqueles que pagam corretamente pelos produtos adquiridos”²⁰.

Concluindo, é necessário utilizar essas inovações digitais e aplicá-las na criação de ferramentas que tornem as investigações e os processos de proteção intelectual mais transparentes e ágeis, num trabalho conjunto da sociedade (especialmente, os Estados), pois a legislação já parece estar bem estruturada.

REFERÊNCIAS

- BASSO, Maristela. **A proteção da propriedade intelectual e o direito internacional atual**. a. 44 n. 126 abr./jun. 2004. Brasília: Revista de Informação legislativa, 2004.
- BENKLER, Yochai. **Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain**. New Haven: Yale Law School, 1999.
- CORRÊA, Charlene Maria de Ávila. **O direito internacional frente ao Instituto da Propriedade Intelectual: OMC/Trips (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights)**. 17^a ed. Ribeirão Preto: Revista Paradigma, 2004.
- DEL’OLMO, Florisbal; ROSADO, Olivério de Vargas; ARAÚJO, Thiago Luiz Rigon de. **Propriedade intelectual no cenário internacional: organismos de proteção e o acordo TRIPS**. Santa Maria: Revista Eletrônica de Direito UFSM, 2013.
- FISHER, William. **Theories of Intellectual Property: New Essays in the Legal and Political Theory of Property**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; JUBILUT, Liliana Lyra. **Direito internacional privado**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. **Direitos Autorais**. 1^a ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.
- PONEMON INSTITUTE LLC. **2016 Cost of Data Breach Study: Brazil**. jun. 2016.
- PORCELLI, Adriana Margarita. **(Des) Protección del derecho de autor en la era digital: principales tendencias legislativas, doctrinarias y jurisprudenciales argentinas sobre la denominada “piratería informática”**. Vol. 10, no. 04, p. 2339 -2376. Rio de Janeiro: Quaestio Iuris, 2017.

²⁰ PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. **Direitos Autorais**. 1^a ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009. p. 89.

SEGURADO, Rosemary; LIMA, Carolina Silva Mandú de; AMENI, Cauê S.

Regulamentação da internet: perspectiva comparada entre Brasil, Chile, Espanha, EUA e França. História, Ciências, Saúde – Manguinhos, Rio de Janeiro, v.22, supl. dez. 2015, p.1551-1571.

SILVEIRA, Newton. **Propriedade intelectual:** propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares, nome empresarial, abuso de patentes. 5^a ed. Barueri: Manole, 2014.

WIPO. **Statistics Database.** Outubro, 2012.

2^o INFORMATION SOCIETY AND LAW

FMU
CENTRO UNIVERSITÁRIO

GT - FAMÍLIA, GRUPOS SOCIAIS E INFORMAÇÃO

A PRIVACIDADE DA CRIANÇA NA INTERNET: *SHARENTING*, RESPONSABILIDADE PARENTAL E TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS

Vinícius Garcia Ribeiro Sampaio¹; Jorge Shiguemitsu Fujita².

RESUMO: Este artigo analisa, por meio de pesquisa bibliográfica, a proteção do direito à privacidade da criança na *internet*, com especial atenção (i) aos limites para a coleta e o tratamento de dados pessoais de menores e (ii) à responsabilidade parental, fatores determinantes ao resguardo da intimidade dos infantes. Nesse sentido, as normas de proteção de dados e dos direitos da criança e do adolescente, de um lado, e exemplos de casos de compartilhamentos de imagens de menores por seus pais ou responsáveis em redes sociais, de outro, revelam-se importantes recursos analíticos a essa perspectiva. O problema da pesquisa é a prática que se convencionou chamar de *sharenting*, acrônimo de *share + parenting* (compartilhamento + parentalidade). É perceptível o esforço do legislador para atender à necessária proteção especial dos menores de idade, mas diante da insuficiência dessas normas, é importante verificar a extensão e o papel do consentimento dos pais em relação ao tratamento de dados dos filhos e, mais que isso, os limites de sua liberdade de compartilhar imagens deles.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Sociedade da informação. 2. Proteção de dados pessoais. 3. Criança e adolescente. 4. Direito à privacidade. 5. Internet.

THE CHILDREN'S PRIVACY IN THE INTERNET: *SHARENTING*, PARENTS' RESPONSIBILITIES AND PERSONAL DATA PROCESSING

ABSTRACT: This article analyses, through bibliographic research, the protection of the child's right to privacy in the internet, with special attention to (i) the limits to the collection and processing of under ages' personal data and (ii) parental responsibility, determining factors to safeguard the intimacy of the infants. In this sense, data protection rules, on the one hand, and examples of sharing of minors' images by their parents or

¹ Mestrando e bacharel em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, onde é bolsista. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8462106556704583>. E-mail: vinciussampaio@gmail.com.

² Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Titular de Direito Civil dos Cursos de Graduação e de Pós-Graduação lato sensu do Curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU (São Paulo). Professor Doutor do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Professor do Curso de Pós-Graduação lato sensu da Faculdade de Direito da Universidade Estadual de Londrina – UEL (PR). Professor do Curso de Pós-Graduação lato sensu da Escola Superior de Advocacia (ESA) da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo. Parecerista, consultor jurídico e advogado. E-mail: jorge.fujita@fmu.br CV: <http://lattes.cnpq.br/5202705522000286>. <https://orcid.org/0000-0002-0354-8974>.

guardians on social networks, on the other, are important analytical resources to this perspective. The research's question is the practice that has been called sharenting, an acronym for share + parenting. It is noticeable the legislator's effort to address the special protection needed by minors, but given these norms' insufficiency, it is important to ascertain the extent and role of parental consent regarding to the processing of children's data and, more importantly, the limits to the freedom to share their images.

KEY-WORDS: 1. Information society. 2. Personal data protection. 3. Child and teenager. 4. Right to privacy. 5. Internet.

INTRODUÇÃO

A expansão e popularização da *internet* e das redes sociais tornaram-se tema de especial relevância a diversos ramos do Direito. A democratização da comunicação, isto é, a possibilidade de o receptor ter a capacidade de ser também emissor de informação, foi uma transformação que viabilizou novas formas de relacionamento, atividades, nichos de atuação profissional, etc. Hoje, um professor pode oferecer seu próprio curso num *website* e divulgá-lo em suas contas nas redes sociais. Ao mesmo tempo, no entanto, um grupo organizado pode trabalhar para destruir a reputação de um adversário político, pulverizando desinformação *online* em quantidade e com eficiência inéditas na História. Não obstante, essas são características que, pelo ritmo da expansão das tecnologias da informação, logo estarão obsoletas e serão substituídas por práticas e meios mais eficientes.

Entre os principais riscos proporcionados pelo meio ambiente digital, que têm ocupado a agenda de políticos, profissionais e estudiosos sobre a internet, um de especial relevância é o direito à privacidade. Parece consenso que a segurança das informações pessoais e a garantia da vida privada tendem a ser menos protegidas em detrimento do estímulo à superexposição e à lógica econômica dos dados. Entre as vítimas desses problemas, estão as crianças e os adolescentes, mais suscetíveis às armadilhas da *web* e, ainda em processo de formação, menos conscientes das consequências de suas condutas na rede mundial de computadores.

O problema em relação aos infantes torna-se maior à medida que sua intimidade é publicada no chamado ciberespaço. Isso pode ocorrer por iniciativa das próprias crianças, que já têm acesso a *smartphones* desde muito novas, mas normalmente os *posts* são feitos pelos seus pais ou responsáveis, que muitas vezes compartilham fotografias ou vídeos que consideram engraçados, adoráveis, etc., mas que podem ser, por pouco ou muito tempo depois, tidos como embaraçosos pelos pequenos. Na língua inglesa, por exemplo, já se criou a expressão *sharenting*, acrônimo de *share* + *parenting* (compartilhamento + parentalidade), para designar essa prática, que chega a despertar conflitos entre filhos e

genitores – se anos atrás podíamos sentir vergonha por termos fotos da infância exibidas em casa para amigos e agregados da família, hoje as crianças enfrentam o embaraço de as terem exibidas ao mundo, a todo instante.

A importância dessa questão, no entanto, não está, como uma primeira leitura pode sugerir, apenas no constrangimento dos titulares das imagens compartilhadas (que já deveria ser suficiente a obstar o tal *sharenting*), mas em questões que subjazem à prática do compartilhamento: se por um lado amigos e parentes, ou milhões de internautas, a depender do caso, têm o prazer instantâneo do riso ou da ternura que os pequenos podem provocar, por outro, (i) as crianças têm que lidar com a redução da sua privacidade, (ii) têm seus rastros digitais (seu perfil nas redes) demarcados a partir do perfil comportamental de terceiros (aqueles que compartilham as informações) e (iii) podem ficar sujeitas ao uso indevido de sua imagem, o que amplia possibilidades de riscos mais graves, como *ciberbullying*,³ assédio, entre outros.

Nesse sentido, é importante observar, à luz da especial proteção aos menores provida por nosso ordenamento jurídico, os limites às liberdades do mercado, notadamente aqueles positivados nas Leis 12.968/2014 e 13.709/2018,⁴ bem como aos pais ou responsáveis, aos quais se acrescem as previsões da responsabilidade parental.

O DIREITO À PRIVACIDADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

As primeiras iniciativas de restrição ao acesso a informações individuais de outrem visavam a salvaguardar a vida privada. A partir do século XIX, nos Estados Unidos, houve um movimento de proteção do cidadão contra intromissões estatais em sua vida. Conforme expõe Daniel Solove,⁵ surgiam àquela época riscos à privacidade provenientes dos censos governamentais, da violação do sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas.

Surgiriam, em razão disso, marcos jurisprudenciais importantes, restringindo a ingerência do público sobre o privado, do Estado sobre o indivíduo, o que, aliás, viria a ser uma condição *sine qua non* à convivência numa sociedade liberal, calcada na garantia das liberdades individuais. Logo, os censos, por exemplo, que se justificariam por otimizar a

³ De acordo com o dicionário Michaelis, *bullying* é o “Ato agressivo sistemático, envolvendo ameaça, intimidação ou coesão, praticado contra alguém, por um indivíduo ou um grupo de pessoas. Ocorre geralmente em escolas, porém pode ser praticado em qualquer outro local. Trata-se de ação verbal que pode, em situações extremas, evoluir para agressão física”. *Cyberbullying*, portanto, é a prática dessa conduta em ambientes da *internet*.

⁴ Respectivamente, Marco Civil da Internet, que “Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil”, e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

⁵ SOLOVE, Daniel. A brief history of information privacy law. *GWU Law School Public Law Research Paper*, [S. l.], n. 215, 2016, p. 6. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=914271>. Acesso em 08 mar. 2019.

administração pública, não mais poderiam fazer toda e qualquer pergunta, bem como não poderiam ser disponibilizados ao amplo conhecimento público.

Esse movimento do Judiciário estadunidense caminhou à famosa proposta, sempre citada pela doutrina, de Samuel Warren e Louis Brandeis.⁶ Os autores reagiam a dificuldades que surgiam por conta de novas tecnologias e modelos de negócio – fotografias instantâneas que, publicadas nos jornais, começavam a atormentar políticos e personalidades. Eles sustentavam, em breve síntese, que o Direito deve acompanhar a evolução da sociedade. Àquele tempo, o direito à vida já não consistia somente em estar vivo, assim como o direito à propriedade alcançava bens imateriais. Portanto, deveria haver, segundo eles, um “direito a ser deixado só” (“*right to be let alone*”).

Mais tarde, a doutrina alemã se encarregaria de criar teorias sobre a privacidade, com destaque à das esferas e à dos círculos concêntricos. Aquela compreenderia as esferas da publicidade, pessoal, privada e íntima. Esta, por sua vez, traria três círculos: privacidade, intimidade e segredo.⁷ Em ambas, expõem-se aqui os níveis de privacidade de menor para maior restrição.

Não se pretende, neste estudo, esmiuçar essas teorias. O que importa mais a este olhar é a compreensão de que há informações que se pretende proteger mais que outras, fatos que são mais ou menos íntimos para a pessoa. Trata-se de mais uma transformação do direito à privacidade, que ainda hoje pauta o ordenamento jurídico brasileiro, cuja Constituição prevê privacidade e intimidade, possivelmente interpretáveis por esses critérios. Para José Afonso da Silva,⁸ por exemplo, a privacidade é mais abrangente, enquanto a intimidade compreende sigilo de correspondência, segredo profissional e inviolabilidade do domicílio.

Com o advento da chamada sociedade da informação,⁹ surgiu novamente a necessidade de adequação da tutela jurídica da privacidade. Mais uma vez, o surgimento

⁶ WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. **Harvard Law Review**, Boston, Massachusetts, EUA, v. 4, n. 5, dez. 1890, pp. 193-220. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/pdf/1321160.pdf>>. Acesso em 14 jan. 2018. doi:10.2307/1321160.

⁷ CUNHA, Tiago Barros; SIMÃO FILHO, Adalberto. A teoria dos círculos concêntricos e a preservação da privacidade humana no registro civil das pessoas naturais. **Anais do V Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania**, n. 5, p. 265-282, out. 2017. ISSN 2358-1557, p. 269. Disponível em <http://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/971/937>. Acesso em 20 set. 2019.

⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 206-210.

⁹ “‘Sociedade da informação’, também denominada de ‘sociedade do conhecimento’, é expressão utilizada para identificar o período histórico a partir da preponderância da informação sobre os meios de produção e a distribuição dos bens na sociedade que se estabeleceu a partir da vulgarização das programações de dados utiliza dos meios de comunicação existentes e dos dados obtidos sobre uma pessoa e/ou objeto, para a realização de atos e negócios jurídicos.” (LISBOA, Roberto Senise. Direito na sociedade da informação. **Revista dos Tribunais**, v. 95, n. 847, p. 78-95, mai. 2006, p. 10. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/88264>. Acesso em 07 mai. 2019).

de novas tecnologias e de novos modelos de negócio trouxe problemas até então inéditos. A coleta e o tratamento de dados pessoais elevaram a importância da chamada autodeterminação informativa, consistente no poder de decisão do indivíduo sobre suas informações pessoais. Nesse sentido, Liliana Paesani¹⁰ sustenta que “O desenvolvimento da informática colocou em crise o conceito de *privacidade*” e acrescenta que “passamos a ter um novo conceito de privacidade que corresponde ao direito que toda pessoa tem de dispor com exclusividade sobre as próprias informações mesmo quando disponíveis em bancos de dados”.

Deve-se ter cuidado ao analisar esses fatos: não foi a *internet*, mas a sociedade da informação o que alterou o paradigma. A informática é anterior à rede mundial de computadores. Exemplo disso é o artigo 35 da Constituição da República Portuguesa de 1976¹¹:

Artigo 35.º

(Utilização da informática)

Todos os cidadãos tem o direito de tomar conhecimento do que constar de registos mecanográficos a seu respeito e do fim a que se destinam as informações, podendo exigir a rectificação dos dados e a sua actualização.

A informática não pode ser usada para tratamento de dados referentes a convicções políticas, fé religiosa ou vida privada, salvo quando se trate do processamento de dados não identificáveis para fins estatísticos.

É proibida a atribuição de um número nacional único aos cidadãos.

Essa proteção, historicamente, escora-se na construção dos chamados direitos da personalidade, sobre os quais Carlos Alberto Bittar¹² ensina que:

Diferentes conceitos [de direitos da personalidade] têm sido apresentados na doutrina, como o de que são direitos que têm por objeto os modos de ser físicos ou morais da pessoa (De Cupis); ou são aqueles que concedem um poder às pessoas, para proteger a essência de sua personalidade e suas mais importantes qualidades (Tobeñas e De Castro).

Configuram direitos subjetivos, que, para os autores positivistas (como De Cupis e Tobeñas), têm função especial em relação à personalidade, constituindo o *minimum* necessário e imprescindível ao seu conteúdo. Constituem direitos cuja ausência torna a personalidade uma suscetibilidade completamente irrealizável, sem valor concreto: todos os outros direitos subjetivos perderiam o interesse para o

¹⁰ PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 35.

¹¹ PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. 2 abr. 1976. Disponível em <https://www.parlamento.pt/Parlamento/Documents/CRP1976.pdf>. Acesso em 25 set. 2019.

¹² BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8 ed. rev. aum. mod. por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva: 2015, p. 37.

indivíduo, e a pessoa não existiria como tal. São, pois, direitos ‘essenciais’, que formam a medula da personalidade.

É a partir da garantia desses direitos que se consolidam as normas de proteção de dados pessoais, manifestação mais recente da garantia jurídica da privacidade. Herminia Tomé¹³ aponta que:

O panorama legislativo atual em matéria de proteção de dados e da vida privada frente ao uso da informática é o resultado final dos esforços que, desde os inícios da Comunidade Europeia, os diversos organismos e instituições vêm realizando para fortalecer a proteção dos direitos da pessoa [direitos da personalidade].

Pode-se verificar essa informação na Diretiva 95/46/CE da União Europeia, que influenciou substancialmente o RGPD (Regulamento Geral de Proteção de Dados),¹⁴ que logo em seu fundamento previa: “Considerando que os sistemas de dados estão a serviço do Homem; que devem respeitar as liberdades e os direitos fundamentais das pessoas singulares [...]”. Além disso, o primeiro artigo, ao contemplar o “objecto da diretiva”, dispunha que “Os Estados-membros assegurarão, em conformidade com a presente directiva, a protecção das liberdades e dos direitos fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente o direito à vida privada [...]”.

Delineada brevemente a evolução histórica da proteção do direito à privacidade, é necessário verificar seu panorama atual no País, em sua estrutura constitucional e infraconstitucional. O artigo 5º, incisos X a XII, da Constituição Federal de 1988¹⁵ dispõe que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

¹³ TOMÉ, Herminia Campuzano. **Vida privada y datos personales**. Madrid: Tecnos, 2000, p. 72.

¹⁴ Embora falemos português, um dos idiomas oficiais da União Europeia, é comum encontrar a sigla na língua inglesa (*GDPR* – *General Data Protection Regulation*) em obras brasileiras.

¹⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 5 out. 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 25 set. 2019.

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

A citação direta do artigo ajuda a ilustrar a relação dos seus incisos com a evolução do direito à privacidade, conforme se expôs anteriormente neste estudo. Pode-se dizer, guardadas as proporções, que o inciso X tem relação com a proposta de Warren e Brandeis, enquanto o XI compreende a noção clássica da *common law* de que a casa é o castelo do homem, ao passo que o XII trata do sigilo documental, presente na jurisprudência estadunidense do século XIX e arrolada entre os direitos da personalidade.¹⁶ É possível dizer que, à luz dos princípios e valores constitucionais, pela importância desse direito, a privacidade seria, naturalmente, estendida ao meio ambiente digital. Não é preciso que o Estado nos diga que temos o direito à vida também na nossa casa; não seria necessário, em tese, inovar o ordenamento. Entretanto, é pertinente a observação de Barreto Junior, Sampaio e Gallinaro:¹⁷

Sem olvidar a existência dos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, motivação do nosso estudo, o Marco Civil da Internet nos faz levantar o seguinte debate: se os princípios fossem suficientes, talvez não se tivesse pensado em inovar o ordenamento, repetindo-se diversos elementos já previstos constitucionalmente, mas também acrescentando direitos às pessoas, ainda que não se possa efetivá-los em sua integralidade. Parece-nos que o legislador brasileiro tem por hábito garantir direitos que não são garantidos à população, principalmente à parcela mais pobre dos cidadãos [...].

Ora, se as leis são resultado de processos legislativos de cuja elaboração participam partidos políticos de diferentes ideologias, certo é que diversos anseios estarão nelas compreendidos. Contudo, não há quem negue a importância dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos. Reconhecida sua necessidade por todos, ainda que com diferentes valorações, os direitos à vida, segurança, saúde, e, agora, o acesso responsável à internet, entendemos que encontramos um diapasão comum: a falta de efetividade desses direitos e o reconhecimento expresso de que esta carência é um problema social a ser sanado, aliás, mais um, entre tantos no País.

Nesse diapasão, importa observar as inovações legislativas relativas à proteção da privacidade na rede mundial de computadores. A Lei 12.965/2014, conhecida por Marco

¹⁶ CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Campinas: Romana, 2004, p. 158.

¹⁷ BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco; SAMPAIO, Vinícius Garcia Ribeiro; GALLINARO, Fabio. Marco Civil da Internet e o direito à privacidade na sociedade da informação. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 52, jan./jun. 2018, pp 114-133, p. 121. Disponível em: <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=370&sid=35>>. Acesso em 13 abr. 2019.

Civil da Internet, estabelece três pilares fundamentais¹⁸: a neutralidade da rede, a privacidade dos usuários e a liberdade de expressão. O artigo 3º, inciso II, da Lei estabelece a proteção da privacidade como princípio. O inciso III, a proteção dos dados pessoais. Embora sejam tratadas distintamente – e haja fundamento para isso – é impossível desassociar essas garantias. Já no artigo 7º, os incisos I, II, III, VII, VIII, IX e X contêm previsões assegurando a privacidade e a autodeterminação informativa entre os direitos dos usuários. Além disso, o artigo 8º estabelece que “a garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet”.

A Lei 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD) é mais enxuta que o Regulamento europeu, pois não tem os 173 parágrafos de “Considerando” daquele diploma, mas, ainda assim, sua influência é bastante presente até mesmo na estrutura normativa, que contempla inclusive definições e conceitos. O artigo 1º da LGPD estabelece que seu objeto é “proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural”. Dos sete incisos do artigo 2º, quatro tratam de privacidade, autodeterminação informativa, intimidade e direitos da personalidade. É notável, portanto, a relevância da proteção da privacidade, que desde a ascensão dos valores liberais vem pautando, ao lado de valores como vida e propriedade, ordenamentos jurídicos no Ocidente. E as crianças também são titulares desse direito, mas dependem de apoio especial para sua efetividade.

PROTEÇÃO DA CRIANÇA NA INTERNET

Hoje temos possivelmente o maior grau de proteção aos direitos da criança. Andréa Amin¹⁹ sustenta que os infantes não são mais meros destinatários da norma, mas “sujeitos de direito, beneficiários e destinatários imediatos da doutrina da proteção integral”. Em razão da necessária brevidade deste artigo, não se abordará a evolução histórica da proteção jurídica da criança, mas é importante notar que a Constituição de 1988 inaugurou um novo paradigma, rompendo com a única preocupação de menores abandonados ou delinquentes. O que décadas antes já estava positivado em tratados internacionais foi

¹⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Gaberlini. Metodologia jurídica político-constitucional e o Marco Civil da Internet: contribuição ao direito digital. *In*: MASSO, Fabiano Del; ABRUSIO, Juliana; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio (coord). **Marco Civil da Internet**: Lei 12.965/2014. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 14.

¹⁹ AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 49.

incorporado diretamente pelo constituinte, para além da internalização posterior dessas normas.

O artigo 227 da CF/1988, alterado pela Emenda Constitucional 65/2010, incumbe não apenas a família, mas também a sociedade e o Estado de assegurar, “com absoluta prioridade”, diversos direitos à criança, ao adolescente e ao jovem, “além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Essa mudança é bastante significativa, pois:

Com ela, constrói-se um novo paradigma para o direito infantojuvenil. Formalmente, sai de cena a Doutrina da Situação Irregular, de caráter filantrópico e assistencial, com gestão centralizadora do Poder Judiciário, a quem cabia a execução de qualquer medida referente aos menores que integravam o binômio abandono-delinquência.

[...] Trata-se de um novo modelo, universal, democrático e participativo, no qual família, sociedade e Estado são partícipes e cogestores do sistema de garantias que não se restringe à infância e juventude pobres, protagonistas da doutrina da situação irregular, mas sim a *todas* as crianças e adolescentes, pobres ou ricos, lesados em seus direitos fundamentais de pessoas em desenvolvimento.²⁰

Analisado o panorama maior – ao menos hierarquicamente superior – que orienta a proteção da criança, importa analisar algumas disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) pertinentes a este estudo. O artigo 17 do ECA garante aos menores o direito ao respeito, consistente na “inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crença, dos espaços e objetos pessoais”. Nesse sentido, Rossato, Lépure e Cunha²¹ sustentam que:

Todo ser humano tem direito ao respeito como forma de ser resguardada a sua intimidade, sua identidade e seus valores. Contudo, em relação às crianças e adolescentes, esse direito surge potencializado, pois os danos que podem surgir em razão de sua inobservância são irreversíveis, acompanhando aquelas pessoas por toda a sua vida.

Há clara relação entre o direito ao respeito previsto no ECA e o direito à privacidade, especialmente em relação à preservação da imagem (quando sua divulgação afeta o resguardo), à inviolabilidade da integridade psíquica, dos espaços e objetos pessoais. Trata-se, em parte, da autonomia, do espaço próprio do menor. O fato de uma criança ainda ser criança não mais justifica, pelo recente paradigma constitucional e

²⁰ AMIN, op. cit., p. 57.

²¹ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPURE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente: comentado artigo por artigo**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 129.

internacional, a minoração absoluta desses direitos – aos pais, à família, à sociedade e ao Estado, ao contrário, cabe preservá-los.

No que concerne à *internet*, percebem-se duas perspectivas que afetam negativamente a privacidade do infante: (i) a coleta e o tratamento de seus dados pessoais, que desde os primeiros passos do menor começam a perfilá-lo, a compreender seus gostos, sua atividade, suas redes, com quem se relaciona, que lugares frequenta, etc. e (ii) a disponibilização de informações e imagens, feita por ele próprio em certos casos (publicações *online* e interações com conteúdo de terceiros), mas muitas vezes por seus pais, que compartilham fotografias e vídeos – o que, em excesso, convencionou-se chamar de *sharenting*.

Quanto à coleta e ao tratamento de dados pessoais do menor, é necessário observar as normas que regulam a *internet* e a proteção de dados pessoais. O artigo 29 do Marco Civil da *Internet* faculta aos responsáveis a utilização de programa de controle parental do conteúdo acessado por seus dispositivos, o que pretende assegurar a adequação das informações acessadas pelos menores.

No entanto, especificamente sobre crianças, o legislador reservou a questão à LGPD, cujo artigo 14 determina que “O tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse”. Os parágrafos do referido dispositivo estabelecem (1^o) a necessidade de consentimento específico e em destaque para o responsável, (2^o) o dever de informação, (3^o) exceção para a necessidade de contatar os pais ou o responsável, (4^o) a vedação ao condicionamento da cessão dos dados a jogos ou aplicações além do estritamente necessário, (5^o) o esforço razoável do controlador para verificar a fidedignidade do consentimento – se realmente é dos pais ou responsável – e (6^o) a necessidade de clareza na prestação do dever de informação – fornecida de maneira simples, clara e acessível.

Percebe-se, portanto, que o legislador buscou restringir a possibilidade de coleta e tratamento de dados pessoais dos infantes, já que deve haver o consentimento dos pais ou responsável legal, bem como não podem ser colhidos dados excedentes. E isso se evidencia mais por haver um dispositivo específico para a proteção de dados dos menores. Ora, o artigo 6^o da Lei prevê os princípios para o tratamento de dados pessoais no País. E eles, numa interpretação lógico-sistemática, já seriam, em tese, suficientes a isso. Deve haver adequação (inciso II – “compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento”), necessidade (inciso III – apenas os dados necessários à finalidade da coleta), transparência (inciso VI – “informações claras, precisas e facilmente acessíveis”), entre outras condições.

Não se pretende abordar neste artigo, entretanto, a questão da efetividade da lei. Embora, aparentemente, possa haver certo ceticismo, o fato é que cientificamente só será

possível ter uma ideia concreta de sua aplicação no País a partir de sua entrada em vigor. De todo modo, o texto normativo é razoável e protege o internauta – e traz uma seção específica para a criança e o adolescente. Há, entretanto, uma dificuldade inerente a essa proteção. Parte importante dela, para todos os titulares de dados, é calcada no consentimento – proveniente da noção de autodeterminação informativa, de o titular decidir sobre seus dados –, que, obviamente, embora seja uma solução, não é perfeito, mesmo quando atendidos plenamente seus requisitos, constituindo-se de um consentimento real, consciente e fidedigno.

***Sharenting* e seus efeitos jurídicos: liberdade de expressão dos pais ou prevalência do melhor interesse do menor?**

Observada a problemática referente à proteção de dados pessoais do menor – notadamente quanto à sua coleta e tratamento por agentes na *web*, já que imagens também podem conter dados pessoais, numa interpretação extensiva – cumpre analisar a prática de compartilhamento reiterado de imagens dos infantes por seus pais, o *sharenting*. Anna Brosch²² realizou um estudo sobre a rede social *Facebook* na Polônia em 2015, com 168 participantes, todos tendo no mínimo um filho de até oito anos. 71,4% deles tinham mais de duzentos amigos em suas redes; apenas 7,7% ocultavam suas listas de amigos; o número total de fotografias compartilhadas foi de 25.727, sendo 75,5% delas de crianças de até oito anos; aproximadamente 40% dos pais compartilharam mais de cem fotos dos filhos; 90,5% mencionavam o primeiro nome do filho e 83,9% informavam também sua data de nascimento, além de outras informações que denotam o mesmo: a esmagadora maioria dos pais disponibilizava amplamente imagens e informações pessoais de seus filhos. A autora discute:

Sem dúvida, o *sharenting* pode satisfazer a necessidade de autorrealização e aprovação social. Além disso, o período inicial da parentalidade pode causar isolamento social e a era digital traz a possibilidade de torná-la mais confortável. Portanto, eles estão deixando dezenas de pegadas digitais on-line, que contam histórias da vida privada de seus filhos. Em muitos casos, pais podem compartilhar excessivamente detalhes da intimidade de seus filhos, caso em que essa prática é associada com *oversharenting* (*sharenting* excessivo), como, e.g., publicar cem fotografias de bebê ou ainda mais que isso.²³

²² BROSCH, Anna. When the child is born into the internet: sharenting as a growing trend among parents on Facebook. **The New Educational Review**, [S. l.], 2016, v. 43, p. 229. Disponível em <http://www.educationalrev.us.edu.pl/dok/volumes/43/a19.pdf>. Acesso em 2 out. 2019.

²³ Original em inglês: “*Undoubtedly, sharenting can satisfy parents’ need for self-realization and social approval. Moreover, the early period of parenthood might cause social isolation and the digital era gives a possibility to make this time more comfortable. Therefore, they are leaving scores of digital footprints online, which tell stories of their children’s private lives. In many cases parents excessively share intimate*

Claire Bessant²⁴ sustenta, tratando do contexto das normas da Inglaterra, que:

Pais sempre compartilharam histórias e fotografias com amigos e familiares. O *sharenting*, entretanto, leva o compartilhamento a um nível diferente. Informações compartilhadas dessa forma [*sharented*] têm alcance e longevidade inimagináveis até vinte anos atrás. O *sharenting* pode causar vergonha e ansiedade substanciais às crianças. Nos casos em que terceiros comentam duramente sobre informações compartilhadas [*sharented*], a autoestima da criança pode ser afetada.

[...]

Se as crianças devem ter a possibilidade de efetivamente utilizarem remédios existentes, como o *MOPI Tort* [*Misuse of Private Information* – uso ilegal de informações privadas], para removerem informações que violem sua privacidade, o direito inglês pode ter que ser reinterpretado para reconhecer que as crianças têm um direito à privacidade ‘independente das expectativas de privacidade dos seus pais’.²⁵

A autora traz luz a uma questão importante: a criança tem direito a uma privacidade independente das expectativas dos seus responsáveis? Em outras palavras, a definição dos limites da intimidade do menor cabe exclusivamente aos pais ou responsáveis legais? Além disso, caso esse limite seja excedido, a criança tem recursos à sua disposição para remover as imagens ou informações?

Algumas hipóteses serão apresentadas neste artigo, mas antes é importante notar um ponto nevrálgico: as discussões apresentadas até aqui consideram fotografias e informações consideradas normais, que não extrapolam o razoável pelos conteúdos em si: são representações de filhos em situações cotidianas, que trazem aos pais autorrealização, orgulho, vontade de compartilhar com amigos e parentes etc.

Há, entretanto, duas modalidades de *sharenting* com o potencial de causar muito mais danos às crianças: (i) a exploração comercial de sua imagem, que vem se tornando comum na *web*, por meio de blogueiros e *youtubers* mirins, que auferem renda com anúncios, publicações pagas, patrocínio, etc. – o que já existia nos meios televisivo e musical, por exemplo, mas que, agora, conta com a possibilidade de interação com outros internautas, entre os quais há usuários maliciosos, *trolls*, entre outros –, e (ii) fotografias e

details of their children and then this practice reaches a stage where sharenting is associated with oversharenting, e.g. by posting 100 of baby pictures or even more.”

²⁴ BESSANT, Claire. *Sharenting: balancing the conflicting rights of parents and children*. *Communications Law*, [S. l.], 2018, v. 23, n. 1. ISSN 1746-7616. Disponível em <http://nrl.northumbria.ac.uk/id/eprint/33818>. Acesso em 2 out. 2019.

²⁵ Original em inglês: “Parents have always shared stories and photos with friends and family. Sharenting, however, takes sharing to a different level. Sharented information has a reach and longevity unimagined twenty years ago. Sharenting may cause children substantial embarrassment and anxiety. Where third parties comment harshly upon sharented information this can impact upon the child’s self-respect. / If children are to be able to effectively use existing remedies, such as the MOPI tort, to remove information which violates their privacy, English law may need to be reinterpreted to recognise that children have a right to privacy, ‘independent from their parents’ privacy expectations’.”

vídeos pretensamente bem humorados ou humilhantes (punitivos) que expõem os menores em situações vexatórias, que acabam, intencionalmente ou não, viralizando nas redes sociais e divertindo milhares de internautas à custa da vergonha do infante.

Quanto à primeira hipótese, um caso que se pode tomar por referência é o da cantora mirim MC Melody. Diversas notícias e reportagens denunciam a sexualização da imagem da menina de onze anos, agenciada pelo pai, conhecido por MC Belinho. Apesar da idade, Melody tem 6,1 milhões²⁶ de seguidores na rede social Instagram. Felipe Neto, *youtuber* que conta com 34,6 milhões de inscritos em seu canal,²⁷ costumava publicar vídeos reagindo a videoclipes da MC. Em 16 de janeiro de 2019, publicou em sua página no Twitter:

Galera, infelizmente a Melody está banida do meu canal.
Havia informado ao seu pai q não faria mais react enquanto ela fosse sensualizada.
Ele me prometeu q ia mudar, mas só piorou. E piorou muito.
Ela tem 11 anos. ONZE. E eu tive que censurar uma foto p/ poder exibir.²⁸

A imagem que Felipe censurou e compartilhou é um *frame* publicado por ela num vídeo temporário (compartilhado entre os chamados *stories* do Instagram):



²⁶ Perfil público disponível em: <https://www.instagram.com/melodyoficial3/?hl=pt-br>. Acesso em 10 out. 2019.

²⁷ Perfil público disponível em: <https://www.youtube.com/user/felipeneto>. Acesso em 10 out. 2019.

²⁸ Post público disponível em: <https://twitter.com/felipeneto/status/1085541222549282818/>. Acesso em 10 out. 2019.

Figura 1 - Estrela vermelha censurando (como diz Felipe) o seio da menina. Tarja preta acrescentada neste artigo.

O caso ganhou repercussão porque a denúncia foi feita por um influenciador digital que atinge instantaneamente milhões de usuários, falando sobre uma famosa cantora mirim, abordando um tema sensível, a suposta sexualização precoce da imagem de uma criança em troca dos rendimentos financeiros que a sua superexposição proporciona.

Já em relação à segunda possibilidade levantada nesta discussão (imagens vexatórias que se tornam virais na rede), há centenas de publicações. Para ilustrar, há um vídeo compartilhado por uma mãe, em que ela registrou seu filho visivelmente constrangido, com a orelha inchada pela picada de um marimbondo:



Figura 2 - A imagem mostra um frame de um vídeo publicado pelo canal oficial do programa Melhor da Tarde, da TV Bandeirantes, na plataforma de vídeos YouTube. Os apresentadores comentam, aos risos, sobre o vídeo originalmente publicado pela mãe do menor, que também ri durante a gravação. A expressão facial do garoto é de evidente constrangimento.

Tarja preta acrescentada neste artigo. Disponível em:
<https://www.youtube.com/watch?v=AkFV0fUtthI>.

O caso acima é um exemplo de vídeos que se tornam virais e passam a ser aproveitados inclusive por programas de televisão aberta, que se valem da noção de que imagens compartilhadas na *internet* são públicas, utilizando-as como recurso fácil e barato para angariar audiência e, conseqüentemente, terem um espaço atrativo para anúncios publicitários. Há diversos outros exemplos que retratam, entre outras situações, crianças

com medo de serem castigadas e suas artimanhas para se livrarem de surras – o que denota, além da violação da privacidade, a possibilidade da violação de sua integridade física e/ou de castigos desproporcionais em outras situações, longe das câmeras. Aliás, os castigos são outro exemplo de *sharenting*. Choi e Lewallen²⁹ apontam que:

Os pais também deveriam considerar que essas imagens podem ser usadas contra eles. Por exemplo, houve um aumento de humilhações públicas, em que pais registram como punem seus filhos por suas transgressões na frente da câmera. Mesmo que esses atos tenham a boa intenção de ensinar uma lição valiosa, eles podem render dano psicológico permanente às crianças. Por exemplo, Izabel Laxamana, uma menina de treze anos de idade, cometeu suicídio depois de ser humilhada publicamente em um vídeo publicado por seu pai, que cortou seu cabelo.³⁰

Percebe-se, portanto, que a questão do *sharenting* tem vários níveis de perigo às crianças. Desde o compartilhamento ingênuo e afetuoso de momentos felizes, passando pela exploração comercial, até a humilhação e o castigo que podem levar a criança ao suicídio.

Feita essa consideração, volta-se às perguntas: a criança tem direito a uma privacidade independente daquilo que seus pais consideram adequado? e ela tem meios para protegê-la? Sim, a criança tem direito a um nível de privacidade independente daquilo que seus pais ou responsáveis considerem adequado, um diapasão mínimo, que tem como fundo as disposições da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente. A questão é que essa garantia não é objetiva, mas calcada na moral, naquilo que a sociedade entende adequado, característica intrínseca à aplicação da norma jurídica, conforme se extrai de Miguel Reale:³¹

Realizar o Direito é, pois, realizar os valores de convivência, não deste ou daquele indivíduo, não deste ou daquele grupo, mas da comunidade concebida de maneira concreta, ou seja, como uma *unidade de ordem* que possui um valor próprio, sem ofensa ou esquecimento dos valores peculiares às formas de vida dos indivíduos e dos grupos.

Vários são os elementos que devem coincidir em dada porção ou momento da experiência social para que esta possa adquirir qualificação *jurídica*. É mister, antes

²⁹ CHOI, Grace Yiseul; LEWALLEN, Jennifer. "Say Instagram, kids!": examining sharenting and children's digital representations on Instagram. **Howard Journal of Communications**. [S. l.], 25 jul. 2017, v. 29, n. 2. ISSN: 1064-6175, p. 17. Disponível em <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/10646175.2017.1327380?scroll=top&needAccess=true>. Acesso em 2 out. 2019.

³⁰ Original em inglês: "Parents also should consider how these photos can be used against them. For example, there has been a rise of public shaming where parents capture how they punish their children for their wrongdoings in front of the camera. Even though these acts can have a positive intention to teach a valuable lesson, it can render permanent psychological damage to children. For example, Izabel Laxamana, a 13-year-old girl, committed suicide after she was publicly humiliated in a video by her dad who chopped off her hair."

³¹ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 667, grifo nosso.

de mais nada, uma conexão ou *enlace objetivo*. É o que tem sido expresso de maneiras diversas, mas, no fundo, correspondentes: *constans ac perpetua voluntas*, “vinculação objetiva”, “querer entrelaçante”, “vontade geral” etc. Se varia, nesse ponto, o entendimento dos termos, por se lhes atribuir, ora sentido psicológico ou sociológico, lógico ou deontológico, **o certo é que sempre se reconhece que o Direito não está em função do querer de Fulano ou de Beltrano, mas representa uma exigência do todo coletivo**, ou, como diz Wilhelm Dilthey, é um nexos que se orienta para uma vinculação externa das vontades em uma ordem firme e de validade geral, mercê da qual resultam determinadas as esferas de poder dos indivíduos em suas relações recíprocas, com o mundo das coisas e com a vontade comum.

Nesse sentido, não há uma prevalência absoluta do que os pais ou responsáveis consideram adequado ou não à criança, porque há norma anterior a essa disposição de vontade, atribuindo-lhes o dever de guarda e zelo pelos direitos do menor, entre os quais inclui-se o direito ao respeito, que, conforme sustentou-se neste estudo, compreende honra e privacidade. Entretanto, como aferir esse mínimo razoável é algo que fica reservado à análise de casos concretos, como o exemplo abordado neste artigo, o caso da MC Melody.

Decerto, as diretrizes basilares dessa proteção mínima são as próprias normas do ECA e da CF/1988. Ora, qual seria o sentido de o legislador elevar a proteção de dados do menor na LGPD se se pudesse permitir aos pais expor seus filhos sem medida? Neste caso, o interesse não seria do menor, mas do pai. E isso seria um contrassenso, dissonante das normas que protegem o infante. O pai não é dono do filho.

De outro canto, havendo a aludida violação, o menor tem condições de fazer valer seu direito, em detrimento da vontade de seus genitores ou responsáveis? *A priori*, sim, pelos direitos positivados nos dispositivos normativos tratados neste estudo, bem como pelas possibilidades recentes de direito ao esquecimento.³² Entretanto, o infante enfrentaria, sem sombra de dúvidas, uma enorme dificuldade de ordem prática, porque a efetivação dessas garantias é muito desafiadora – vídeos, fotografias e demais conteúdos são perpetuados na rede por serem replicados a todo momento, instantaneamente, e este é mais um motivo para a cautela em seu compartilhamento: o dano pode ser irreversível e até mesmo amenizá-lo pode se tornar uma tarefa praticamente impossível, que demanda demasiado esforço para pouco resultado. Para os fatos da internet, o Direito ainda é pouco eficaz, conforme sustenta Lawrence Lessig:³³

³² COELHO, Eduardo Salgueiro; SAMPAIO, Vinícius Garcia Ribeiro. Direito à informação e à proteção da memória coletiva e o direito ao esquecimento na sociedade da informação. In: LISBOA, Roberto Senise (Ed.). **Information Society and Law Review: Anais do I Congresso Internacional Information Society and Law**, 26 e 27 nov. 2018. Disponível em <https://informationsocietyandlaw.wordpress.com/edicoes/>. Acesso em 20 abr. 2019.

³³ LESSIG, Lawrence. **Code**: version 2.0. Nova York: Basic Books, 2006, p. 121. Disponível em <http://codev2.cc/download+remix/Lessig-Codev2.pdf>. Acesso em 10 out. 2019.

Nós estamos começando a entender um novo e poderoso regulador no ciberespaço. Ele poderia ser uma ameaça significativa para uma ampla variedade de liberdades, e nós ainda não entendemos a melhor forma de controlá-lo.

Esse regulador é o que eu chamo de ‘código’ [*code*] – as instruções incorporadas no software ou hardware que fazem do ciberespaço o que ele é. Esse código é o ‘ambiente construído’ da vida social no ciberespaço. É sua ‘arquitetura’. E se em meados do século XIX a ameaça às liberdades eram as normas, e no início do séc. XX era o poder do Estado, e durante boa parte de meados do séc. XX era o mercado, então meu argumento é que precisamos entender como no séc. XXI é um novo regulador – *code* – que deveria ser nossa preocupação atual.³⁴

Não se quer dizer que o Direito não alcança a *internet* – muito pelo contrário. No entanto, é inegável que as normas vigentes ainda demandam amplo esforço para terem efetividade sobre fatos jurídicos ocorridos na rede mundial de computadores, principalmente por conta da fluidez informacional que lhe é característica, de modo que, ao tema abordado nesta pesquisa, a viralização das publicações fruto de *sharenting* torna-se um dos grandes óbices à proteção do interesse da criança. Daí a importância da atuação conjunta de pais e responsáveis, provedores de conteúdo, Estado e sociedade.³⁵

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste artigo foi verificar as hipóteses de violação do direito à privacidade da criança na rede mundial de computadores, especialmente a partir da coleta e do tratamento de seus dados pessoais e do compartilhamento de imagens e informações dela por seus pais ou responsáveis legais, prática que se convencionou chamar de *sharenting*.

Observou-se que a evolução do direito à privacidade, ao começar a se adequar à sociedade da informação, passou a compreender a proteção de dados pessoais, calcada sobretudo no princípio da autodeterminação informativa, possibilidade de o titular dos dados decidir sobre a coleta e o uso de suas informações por terceiros, o que, no caso dos

³⁴ Original em inglês: “We are coming to understand a newly powerful regulator in cyberspace. That regulator could be a significant threat to a wide range of liberties, and we don’t yet understand how best to control it. / This regulator is what I call “code” – the instructions embedded in the software or hardware that makes cyberspace what it is. This code is the “built environment” of social life in cyberspace. It is its “architecture.” And if in the middle of the nineteenth century the threat to liberty was norms, and at the start of the twentieth it was state power, and during much of the middle twentieth it was the market, then my argument is that we must come to understand how in the twenty-first century it is a different regulator – code – that should be our current concern.”

³⁵ EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. *Sharenting, liberdade de expressão e privacidade de crianças no ambiente digital: o papel dos provedores de aplicação no cenário jurídico brasileiro*. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, dez. 2017, pp. 256-274. Disponível em <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/download/4821/xml>. Acesso em 2 out. 2019.

infantes, se exerce pela representação de seus genitores ou responsáveis, havendo limites mais estritos pelo sistema normativo para o tratamento dos seus dados.

A pesquisa permitiu a observação de que o *sharenting* ocorre em diversos níveis: (i) pais que compartilham imagens dos filhos com amigos e familiares sem prejudicar diretamente a imagem dos menores, mas ainda assim podendo expô-los a riscos na web, (ii) pais que exploram comercialmente a imagem dos filhos, em detrimento da preservação de sua privacidade, expondo-os a dificuldades na rede, (iii) pais que publicam imagens expondo os filhos em situações vexatórias ou humilhantes, podendo fazê-lo de forma pretensamente bem-humorada ou com a intenção de puni-los publicamente, entre outras possibilidades não esmiuçadas neste artigo.

O estudo permite observar que o Legislador esforçou-se para, coadunando importantes preceitos constitucionais, prestigiar as garantias da criança e do adolescente em relação à sua proteção de dados pessoais e privacidade na *internet*. Por outro lado, a abstração normativa vem sendo acompanhada pelo movimento espontâneo do *sharenting*, o que implica a reflexão acerca dos limites da liberdade de expressão dos pais dados pelos direitos dos filhos.

Nesse sentido, a efetividade das garantias das quais os menores se revestem depende inexoravelmente do esforço coletivo positivado no direito brasileiro, segundo o qual cabe à família, ao Estado e à sociedade zelar pelos infantes, haja vista a dificuldade pragmática de regulação jurídica da rede mundial de computadores, cuja estrutura se normatiza pelo *código* (ou *code*), um conjunto que compreende, além do direito positivo, uma autorregulação baseada nas condutas dos internautas e provedores, na arquitetura da rede, entre outros fatores.

É importante, portanto, que haja (i) informação e educação a pais e responsáveis legais acerca da extensão do seu dever de guarda, que compreende o zelo pela privacidade dos menores, sobretudo à luz da extensão dos danos decorrentes de sua violação e sua latência no tempo, para que possam compartilhar orgulhosamente imagens e informações dos infantes de forma preventiva e responsável, (ii) a atuação constante do Estado e da sociedade civil na fiscalização de práticas negativas de *sharenting* e (iii) o investimento nas possibilidades técnicas de efetivação do direito ao esquecimento, por meio das quais os menores tenham condições reais e pragmáticas de fazerem valer sua privacidade em detrimento das vontades de terceiros.

Para os casos concretos, que podem ser eventualmente levados ao Judiciário, cabe, naturalmente, a aplicação das normas de responsabilidade civil por eventuais danos causados aos menores (que podem ser inclusive *in re ipsa*). Contudo, os elementos colhidos na pesquisa levam a crer que a extensão do problema é complexa e não será esgotada pelo

Direito. A efetividade da proteção da privacidade do menor tende a vir mais da prevenção e do esforço coletivo, pela atuação de diversos campos do conhecimento.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco; SAMPAIO, Vinícius Garcia Ribeiro; GALLINARO, Fabio. Marco Civil da Internet e o direito à privacidade na sociedade da informação. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 52, jan./jun. 2018, pp 114-133. Disponível em <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?inoid=370&sid=35>. Acesso em 13 abr. 2019.

BESSANT, Claire. Sharenting: balancing the conflicting rights of parents and children. **Communications Law**, [S. l.], 2018, v. 23, n. 1. ISSN 1746-7616. Disponível em <http://nrl.northumbria.ac.uk/id/eprint/33818>. Acesso em 2 out. 2019.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8 ed. rev. aum. mod. por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva: 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 5 out. 1988.

BRASIL. **Lei 8.069/1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. 13 jul. 1990.

BRASIL. **Lei 12.965/2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. 23 abr. 2014.

BRASIL. **Lei 13.709/2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, 14 ago. 2018.

BROSCH, Anna. When the child is born into the internet: sharenting as a growing trend among parents on Facebook. **The New Educational Review**, [S. l.], 2016, v. 43. Disponível em <http://www.educationalrev.us.edu.pl/dok/volumes/43/a19.pdf>. Acesso em 2 out. 2019.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 17 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2016.

CHOI, Grace Yiseul; LEWALLEN, Jennifer. "Say Instagram, kids!": examining sharenting and children's digital representations on Instagram. **Howard Journal of Communications**.

[S. l.], 25 jul. 2017, v. 29, n. 2. ISSN: 1064-6175. Disponível em <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/10646175.2017.1327380?scroll=top&needAccess=true>. Acesso em 2 out. 2019.

COELHO, Eduardo Salgueiro; SAMPAIO, Vinícius Garcia Ribeiro. Direito à informação e à proteção da memória coletiva e o direito ao esquecimento na sociedade da informação. In: LISBOA, Roberto Senise (Ed.). **Information Society and Law Review: Anais do I Congresso Internacional Information Society and Law**, 26 e 27 nov. 2018. Disponível em <https://informationsocietyandlaw.wordpress.com/edicoes/>. Acesso em 20 abr. 2019.

CUNHA, Tiago Barros; SIMÃO FILHO, Adalberto. A teoria dos círculos concêntricos e a preservação da privacidade humana no registro civil das pessoas naturais. **Anais do V Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania**, n. 5, p. 265-282, out. 2017. ISSN 2358-1557. Disponível em <http://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/971/937>. Acesso em 20 set. 2019.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Campinas: Romana, 2004.

EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. Sharenting, liberdade de expressão e privacidade de crianças no ambiente digital: o papel dos provedores de aplicação no cenário jurídico brasileiro. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 7, n. 3, dez. 2017, pp. 256-274. Disponível em <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/download/4821/xml>. Acesso em 2 out. 2019.

GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Gaberllini. Metodologia jurídica político-constitucional e o Marco Civil da Internet: contribuição ao direito digital. In: MASSO, Fabiano Del; ABRUSIO, Juliana; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio (coord). **Marco Civil da Internet: Lei 12.965/2014**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LESSIG, Lawrence. **Code: version 2.0**. Nova York: Basic Books, 2006. Disponível em <http://codev2.cc/download+remix/Lessig-Codev2.pdf>. Acesso em 10 out. 2019.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. 2 abr. 1976. Disponível em <https://www.parlamento.pt/Parlamento/Documents/CRP1976.pdf>. Acesso em 25 set. 2019.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SOLOVE, Daniel. A brief history of information privacy law. **GWU Law School Public Law Research Paper**, [S. l.], n. 215, 2016. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=914271>. Acesso em 8 mar. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 95/46/EC do Parlamento Europeu e do Conselho**. Relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Luxemburgo, 24 out. 1995.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento EU 2016/679. **Regulamento Geral sobre a Protecção de Dados**. Bruxelas, 27 abr. 2016.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. **Harvard Law Review**, Boston, Massachusetts, EUA, v. 4, n. 5, dez. 1890, pp. 193-220. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/pdf/1321160.pdf>. Acesso em 14 jan. 2018. doi:10.2307/1321160.

ADOÇÃO À BRASILEIRA

Victória Simões de Souza¹; Jorge Shiguemitsu Fujita²

RESUMO: O referido artigo tem o objetivo de analisar a influência dos processos burocráticos que dificultam a obtenção da guarda de crianças e adolescentes como potência para a prática ilícita da adoção à brasileira. Em paralelo, analisam-se os atuais rumos da jurisprudência, os quais têm se adaptado à realidade informal da adoção e compreendido os fatores sociais, jurídicos e formais que contribuem para a continuidade desse ato. Com a instauração da Lei 12.010/2009, a qual alterou significativamente as disposições dos artigos referentes à adoção previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), coexistente com o atual Código Civil que passou a vigorar em 2003 e o entendimento jurisprudencial, o vínculo afetivo foi tido como prioridade consolidando uma excludente para sua penalidade e uma tolerância com sua ilegalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Adoção. Adoção à brasileira. Filiação Socioafetiva. Parentesco Civil. Estatuto da Criança e do Adolescente.

BRAZILIAN STYLE ADOPTION

ABSTRACT: The objective of this referred article is to analyse the influence of bureaucratic processes which difficult the obtainment of the guardianship of children and adolescents as a trigger to illegal practices of the Brazilian style adoption. Alongside, the current ways of jurisprudence are analysed, and have been adapting to the informal reality of adoption and encompassing the social, legal and formal factors that contribute to this act. With the establishment of Law 12.010/2009, which significantly changed the distribution of articles regarding adoption, found in Child and Adolescent Statute (CAS), coexisting with the Civil Code, in force since 2003, and with the jurisprudential understandings, the affective bond is considered priority, neutralizing and consolidating tolerance to its penalties.

KEYWORDS: Adoption. Brazilian Style Adoption. Socioaffective Link. Civil Relationship. Child and Adolescent Statute.

¹ Graduanda do 4º semestre do Curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU (São Paulo). E-mail: vicky_ssouza@yahoo.com

² Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Titular de Direito Civil dos Cursos de Graduação e de Pós-Graduação lato sensu do Curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU (São Paulo). Professor Doutor do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação do Centro Universitário FMU. Professor do Curso de Pós-Graduação lato sensu da Faculdade de Direito da Universidade Estadual de Londrina – UEL (PR). Professor do Curso de Pós-Graduação lato sensu da Escola Superior de Advocacia (ESA) da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo. Parecerista, consultor jurídico e advogado. CV: <http://lattes.cnpq.br/5202705522000286>.

INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico penal estabelece como crime tipificado a prática da adoção informal (artigo 242 do Código Penal), a denominada adoção à brasileira, a qual consiste no procedimento irregular de subtrair para si filho de outrem e registrá-lo como biológico, sendo tipificado como crime de parto suposto. Entretanto, tal conduta é regularmente praticada no cenário brasileiro, uma vez que o processo legal para a adoção é tido como complexo, ou seja, um procedimento que deve observar minuciosamente o preenchimento dos requisitos legalmente estabelecidos, visto como um processo burocrático e demasiadamente demorado.

A adoção à brasileira, apesar de ser definida como ato ilícito, não pode ser anulada ou revogada por quem efetuou o registro pelo Cartório de Registro Civil e estava ciente de que a criança registrada não era sua.

É indubitável a necessidade de um sistema rigoroso de avaliação de cada processo adotivo, cabendo ao Poder Judiciário analisar meticulosamente o cumprimento de cada um dos requisitos previamente estabelecidos em lei antes de conceder a guarda de uma criança, porém torna-se questionável o posicionamento extremamente burocrático e demorado, uma vez que o convívio familiar é prioridade, como estabelece o artigo 34, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 34. O poder público estimulará, por meio de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, o acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente afastado do convívio familiar.

§ 1º A inclusão da criança ou adolescente em programas de acolhimento familiar terá preferência a seu acolhimento institucional, observado, em qualquer caso, o caráter temporário e excepcional da medida, nos termos desta Lei.

Em contrapartida, a juíza Iracy Manguiera, coordenadora da Infância e da Juventude (CIJ) do Tribunal de Justiça de Sergipe (TJSE), apresenta como uma das principais causas da delonga nos processos adotivos o número de exigências feitas pelos adotantes, levando-os a permanecerem anos na fila de espera.

Para uma melhor elucidação do tema, é essencial uma contextualização histórica sobre a evolução da adoção no Brasil.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA

De acordo com o aspecto jurídico, a adoção consiste no negócio jurídico solene onde se estabelece, através de uma sentença judicial, um laço entre indivíduos que não possuem nenhum parentesco consanguíneo com o adotado, pelo qual pretendem não só a guarda quanto, principalmente, o poder familiar sobre uma determinada criança ou adolescente.

Através desse negócio, estabelece-se o denominado parentesco civil, o qual vincula o adotante e o adotado em situação semelhante ao supracitado parentesco consanguíneo.

As Ordenações Filipinas introduziram o instituto da adoção no Brasil, o qual adquiriu seu caráter formal e sistematizado apenas em 1916 com a chegada do Código Civil Brasileiro, que passou a vigor em 01.01.1917.

Apesar de ter como objetivo a facilitação do procedimento da adoção, o legislador estabeleceu rigorosos requisitos, pois apenas pessoas acima de 50 anos sem descendentes poderiam adotar. Além disso, a adoção por duas pessoas somente poderia ser realizada se as mesmas fossem casadas, ressaltando que o matrimônio apenas era aceito nas uniões de casais heteroafetivos.³

Vista como uma relação jurídica que estabelecia um mero vínculo civil entre adotante e adotado, a adoção facilmente poderia ser revogada por vontade das partes. Portanto, é correto afirmar que a adoção era interpretada como uma espécie de “contrato”, buscando um preenchimento da lacuna hereditária presente em famílias que não possuíam descendente algum.⁴

O atual Código Civil de 2002 estabelece que não há distinção de tratamento entre filhos decorrentes de parentesco consanguíneo ou civil, estabelecendo o princípio da isonomia entre os filhos, portanto filhos biológicos e os adotados gozam de iguais direitos e posições equiparadas dentro do mesmo tronco familiar.

Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Tal garantia também é estabelecida na Constituição Federal, em seu artigo 227, § 6º, entretanto nem sempre o ordenamento jurídico brasileiro assegurou tal tratamento igualitário.

A Lei 3.133/ 1957, em seu art. 377, excluía o adotante da sucessão hereditária. Dessa forma, quando o adotante possuía filhos supervenientes à adoção, predominava o disposto no art. 1.605, § 2º, do Código Civil de 1916, enquanto não havia qualquer direito sucessório por parte do adotado na hipótese de filhos legítimos ou legitimados precedentes à adoção.⁵ Desse modo, a concepção anterior à efetivação da adoção poderia

³ Evolução histórica da adoção no Brasil: Disponível em:

https://www.anoreg.org.br/site/2009/04/17/imported_13004/ Acesso em: 9 de set. 2019.

⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 288.

⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 18. ed. Revista e atualizada por PEREIRA, Tânia da Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 411.

facilmente obstar os efeitos desta. O parentesco limitava-se somente ao adotante e o adotado,⁶ entretanto necessitava-se de um consentimento mútuo entre o adotante e o cônjuge, visando a estabilidade familiar, com exceção da adoção individual.

Outro aspecto relevante da adoção submetida aos parâmetros do referido Código Civil é a continuidade do vínculo familiar entre o adotante e sua família biológica, sendo necessário o prévio consentimento e representação do pai, tutor ou curador que detinha a guarda do incapaz. Caso o adotado já tivesse atingido a maioridade e fosse capaz, comparecia pessoalmente para a efetivação da adoção, a qual ocorria através de escritura pública averbada no Assento de Nascimento.

Na hipótese de falecimento do adotado, que não tivesse gerado descendentes, a herança era primordial e integralmente direcionada aos pais biológicos, e somente na ausência destes, os pais adotivos obtinham direito sobre a herança.

À luz do jurista Caio Mário da Silva Pereira, uma nova interpretação social teve impulso com Constituição Federal de 1988, a qual em seu art. 227, §5º, estabelece que “a adoção será assistida pelo poder público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.” Por conseguinte, o instituto da adoção rompia com o caráter contratual, passando a submeter-se a um caráter impositivo estabelecido por lei; a igualdade entre os filhos adotivos e legítimos foi estabelecida, ao passo em que o Estado compreendia como prioridade o amparo aos direitos e garantias fundamentais dos adotados.

Somente com a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, Lei 8.069/1990) é que se obteve uma nova regulamentação para o ato da adoção e simultaneamente a compreensão de que tal ato deveria dispor-se a estabelecer laços afetuosos, proporcionando às crianças desamparadas a chance de integrarem uma família.

ASPECTOS JURÍDICOS

Adoção no cenário atual

O rigoroso sistema adotivo foi definido com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), sendo recepcionado pelo ordenamento jurídico civil. Entretanto o mesmo estatuto teve significativas alterações com a chegada da denominada Lei Nacional de Adoção (Lei 12.010/2009), que entrou em vigor com o objetivo de impulsionar medidas que incentivassem o convívio familiar, com o retorno para o lar ou com a procura de um novo ambiente harmonioso no qual a criança poderia ser inserida.

⁶ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 275.

Desse modo, diminuindo o tempo de permanência das crianças em abrigos, a nova lei instaurou-se, a fim de que o instituto da adoção fosse juridicamente estabilizado e devidamente regulamentado, inserindo Programas de Acolhimento Familiar e Institucional.

Orientado pelo princípio do melhor interesse da criança, o Estatuto da Criança e do Adolescente deve ser interpretado com a finalidade de priorizar os elos de afetividade e afinidade, sobrepondo-os sobre uma relação limitada de parentesco consanguíneo rodeado pelo desacolhimento e rejeição. A criança é compreendida como ser humano em desenvolvimento, possuindo seus direitos e garantias fundamentais inerentes à pessoa humana amparados pela legislação vigente. Desse modo, compreende-se que o Estado dispõe de ordenamentos jurídicos voltados para a facilitação dos meios que contribuem para o desenvolvimento da criança, sendo estes encontrados na Carta Magna e outras leis infraconstitucionais.

A jurisprudência demonstra o zelo com o bem estar da criança durante uma eventual disputa de custódia e a inconstância de permanência em instituições e lares temporários. Logo, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça entende que “salvo no caso de evidente risco físico ou psíquico ao menor, não se pode conceber que o acolhimento institucional ou acolhimento familiar temporário, em detrimento da manutenção da criança no lar que tem como seu, traduza-se como o melhor interesse do infante”⁷.

Para que o processo de adoção seja iniciado e sucedido é necessária a observância de alguns requisitos, sendo eles: a) o adotante deve ter plena capacidade, ou seja, o indivíduo deve atingir a maioridade civil aos 18 anos de idade e verificar a diferença etária de 16 anos entre adotando e adotante, como estabelece o art. 42 do ECA, sendo improvável a adoção entre irmãos; b) consentimento dos pais ou dos representantes legais do adotando, salvo se os pais forem desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar; e caso o adotando tenha idade superior a 12 anos, deverá depender da sua anuência e oitiva; c) por meio de uma petição endereçada à Vara da Infância e da Juventude ou o fórum regional, anexando dados e documentos como comprovantes de renda e domicílio; d) os candidatos devem ser qualificados nas entrevistas de estudo psicossociopedagógico realizadas por psicólogos e assistentes sociais, os quais elaboram um laudo encaminhando-o ao Ministério Público; e) posteriormente ao preenchimento de

⁷ STJ - AgRg na MC: 18329 SC 2011/0185917-9, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 20/09/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/11/2011.

tais requisitos os interessados em adotar deve estar devidamente inscritos no Cadastro Nacional de Adoção⁸.

Com a efetuação do cadastro, os candidatos têm a possibilidade de informar suas preferências referentes às características da criança ou adolescente que pretendem adotar. Contudo, quanto mais específicas e circunstanciadas as preferências, maior será o tempo de espera, uma vez que é grande a demanda por crianças menores de 6 meses com fisionomia semelhante à dos candidatos.

A Lei n° 13.509 de 2017 prevê o período de 90 dias no máximo para um estágio de convivência, onde o magistrado estabelecerá um acompanhamento do convívio familiar com o auxílio de uma equipe interpessoal ou multidisciplinar. Durante o estágio de convivência a adoção não está efetivada e formalizada, sujeito à desistência do adotante, entretanto, após esse período seguido de sentença constitutiva a adoção adquire caráter irrevogável, sendo inviável a desistência ou tentativa de devolução da criança ou adolescente.

Em 2017, debates na Câmara dos Deputados foram orientados pelo deputado federal Augusto Coutinho (SD-PE), onde foram consideradas sugestões da sociedade civil para uma reforma das regras de adoção no Brasil. Com o advento da Lei n. 13.509/2017, os processos de adoção assumiram um caráter menos burocrático, impulsionando a celeridade procedimental. Segundo o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT), em 2018, 91 crianças e adolescentes foram adotadas, enquanto no ano precedente o número era de 82⁹.

O Cadastro Nacional de Adoção (CNA) foi estabelecido em 2008 pela Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), conduzindo e auxiliando os procedimentos de adoção nas Varas da Infância e da Juventude em todo o território nacional. Entretanto, em agosto de 2019 o CNJ lançou o SNA, Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento, integrando e substituindo os cadastros contidos no CNA, onde evita-se uma demora processual sofrida com meras formalidades. Ademais, novas funções automáticas foram inseridas, como o envio de alertas em casos de morosidade no cumprimento dos prazos processuais que envolvam crianças e adolescentes. Em parceria com o Tribunal de Justiça do Espírito Santo (TJES), o CNJ aprimorou o sistema de cadastro beneficiando crianças e

⁸O processo de adoção no Brasil. Disponível em:

<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/contexto-da-adocao-no-brasil/o-processo-de-adocao-no-brasil.aspx> Acesso em: 01.10.2019.

⁹ “Mudanças legais e atualizações no CNA contribuem para o aumento das adoções”. Disponível em:

<https://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/88937-mudancas-legais-e-atualizacoes-no-cna-contribuem-para-aumento-das-adocoes> acesso em 27 set 2019

adolescentes que se encontravam em situação de espera pelo tão sonhado lar definitivo. Sobre a implementação do SNA, manifestou-se o presidente do CNJ e do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Dias Toffoli:¹⁰

O Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento prestará auxílio na reintegração familiar das crianças e adolescentes acolhidos que não estão aptos para adoção e que correspondem a aproximadamente 90% do número total, distribuídos em 4.560 serviços pelo Brasil. Além disso, contribuirá para otimizar a adoção de 4.900 crianças aptas e que permanecem acolhidas, apesar da existência de 42 mil pretendentes habilitados no cadastro.

O intuito é de que o sistema seja convertido, até 2020, para um microsserviço do Processo Judicial Eletrônico, dispondo de “novas funcionalidades, como upload de arquivos e a possibilidade de cruzamento de dados processuais existentes no PJe.”

ADOÇÃO À BRASILEIRA

Tipificada como crimes de parto suposto, falsidade ideológica e entrega de filho menor de idade a pessoa idônea, a adoção à brasileira, também denominada adoção simulada, é caracterizada como ato ilícito no art. 242 do Código Penal Brasileiro. Tal adoção irregular é determinada pelo registro, efetuado por um indivíduo ou cônjuge, de filho de outrem, como se fosse próprio, sem expor-se aos parâmetros regulamentados de um devido processo judicial.

Contudo, vale ressaltar o caráter irrevogável da adoção irregular quando quem efetivou o registro da criança como seu próprio filho tinha pleno conhecimento do vício. À luz do art 1.604 do Código Civil: “Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro”.

De acordo com Maria Berenice Dias, ainda que o referido Código Civil saliente a possibilidade de anulação ocasionado por erro ou falsidade, é inadmissível a arguição de falsidade proferida por quem deu causa ao vício registral em plena ciência do erro ou falsidade.¹¹ Por ser uma irregularidade praticada há muitos anos dentro do contexto social brasileiro, é indeterminado seu início e até mesmo quantas pessoas foram vítimas e sequer descobriram sobre suas verdadeiras origens e possuem vícios registrais.

¹⁰ https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/sistema-nacional-de-adoacao-e-acolhimento-passara-a-funcionar-em-todo-o-pais-em-outubro/18319

¹¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 425-426.

Fatores que concorrem para a prática da adoção à brasileira

De acordo com dados fornecidos pelo site do CNJ, atualmente existem cerca de 9.600 crianças cadastradas no CNA (Cadastro Nacional de Adoção), enquanto simultaneamente há aproximadamente 46 mil famílias nacionais e 233 na fila. As novas medidas para estimular o encurtamento dos procedimentos nos processos de adoção têm seus reflexos positivos e seus resultados perceptíveis. Em decorrência disto, compreende-se que o número de adotantes é superior ao de crianças disponíveis para serem adotadas. Todavia, a lentidão processual coexistente com as exigências intrínsecas relacionadas ao perfil da criança cooperam para uma delonga nos procedimentos. Maria Berenice pondera que a mudanças criteriosas na regulamentação provenientes das alterações legislativas contribuíram para maiores empecilhos ao direito de adoção.

A chamada Lei da Adoção, em vez de agilizar o processo de adoção e reduzir o tempo de crianças e adolescentes institucionalizados, acabou impondo mais entraves para sua concessão. E, ao invés de esvaziar os abrigos, certamente, vai é esvaziou a adoção. [...] Além disso, a habilitação à adoção transformou-se em um processo altamente burocratizado (ECA 197-A) e se afigura uma demasia condicionar a inscrição dos candidatos a um período de preparação psicossocial e jurídica (ECA 50, § 3º), mediante a frequência obrigatória a programa de preparação psicológica, orientação e estímulo à adoção inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidades específicas de saúde ou com deficiências e de grupos de irmãos.¹²

A situação de carência familiar e o abandono afetivo presente em crianças e adolescentes, que aguardam avidamente por um lar permanente, em paralelo com a questão do desejo das famílias de complementar-se com uma prole são fatores que impulsionam o ingresso daqueles que almejam a inserção de um novo membro no âmbito familiar, mas não o conseguem por vias biológicas, em filas de espera para a adoção. O conceito de “família” tem se tornado cada vez mais abrangente e amplo, uma vez que há adequações legislativas às novas conquistas sociais, como por exemplo os casais homoafetivos.

Outro fator estimulante para a preferência pelos meios irregulares de adoção é a oportunidade de identificação dos pais biológicos da criança que se pretende adotar. Dessa forma estereotipada, as características físicas da criança são elementos decisivos na primazia pela prática da adoção à brasileira. Além de evitar a morosidade processual, os

¹² DIAS, Maria Berenice. **Adoção e o direito constitucional à convivência familiar.**

http://mariaberenice.com.br/uploads/ado%27%2E3o_e_o_direito_constitucional_%20conviv%2EAncia_familiar.pdf
f#_blank Acesso em 27 set 2019

denominados pais ilegais conseguem escolher a criança a ser adotada por sua fisionomia e origem familiar.

Devido ao grande anseio pela concretização do sonho de aumentar-se a composição familiar, muitas famílias optam pela adoção mais exequível, ou seja, a irregular. Mesmo que se compreenda como ato ilícito e tipificado, a referida adoção à brasileira é suscetível de perdão judicial, uma vez analisada a motivação nobre norteadada por uma empatia com a criança rejeitada pelos genitores.

Filiação socioafetiva vs Retificação do registro civil

Nas palavras de Jorge Fujita, a filiação socioafetiva “consiste na relação entre pai e filho, ou entre mãe e filho, ou entre pais e filho, em que inexistente liame de ordem sanguínea entre eles, havendo, porém, o afeto como elemento aglutinador”¹³. Nessa perspectiva, uma vez configurada a relação de filiação socioafetiva entre pais e filhos não cabe ao Estado aplicar a chamada verdade do registro civil, ponderando-se pela consolidação das relações familiares já estabelecidas.

À luz do art. 1.604 do Código Civil, como já dito anteriormente, o registro civil promove legitimidade pública, dando veracidade aos fatos. O mesmo artigo adverte que a anulação registral somente é possível mediante comprovação de erro ou falsidade. Sob o prisma da adoção à brasileira, preservando o elo familiar já estabelecido entre adotado e adotante, seria insensato retificar o registro civil em certidão de nascimento em que se solidificou a relação fática de filiação socioafetiva. À vista disso, cabe o questionamento: afinal, o vício registral deve prevalecer sobre a verdade declarada de acordo com o registro? Certamente que o registro é constituído pela declaração de uma realidade fática, portanto se a falsidade do registro de certa forma condiz com a realidade do liame familiar, o vício passa a ter caráter de verdade declarada.

Por conseguinte, uma eventual anulação registral após o estabelecimento dos vínculos afetivos provocaria danos jurídicos, emocionais e psicológicos nas partes envolvidas. A desconsideração do registro implica não somente na extinção das obrigações sucessórias e alimentares, mas no brusco rompimento do círculo familiar.

Portanto, é imprescindível que, mesmo não havendo disposição legal sobre o questionamento apresentado, o julgador seja instigado por uma empatia, apreciando não somente as formalidades legislativas, mas moldando-as ao contexto social. Em concordância, há o seguinte entendimento do Tribunal de Justiça do Paraná, compreendendo que:

¹³ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 71.

paternidade socioafetiva, estando baseada na tendência de personificação do direito civil, vê a família como instrumento de realização do ser humano; aniquilar a pessoa do apelante, apagando-lhe todo o histórico de vida e condição social, em razão de aspectos formais inerentes à irregular “adoção à brasileira”, não tutelaria a dignidade humana, nem faria justiça ao caso concreto, mas, ao contrário, por critérios meramente formais, proteger-se-ia as artimanhas, os ilícitos e as negligências utilizadas em benefício do próprio apelado.¹⁴

ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás concedeu o perdão judicial ao casal que registrou indevidamente uma recém nascida entregue pela própria mãe, a qual afirmava não possuir condições financeiras para arcar com os cuidados e despesas que teria com a sua filha. O Ministério Público denunciou o casal, ajuizando uma ação condenatória pelos crimes de falsificação de documento público e parto suposto, obtendo êxito com a condenação do casal em primeira instância. Ao recorrer a defesa arguiu que o casal agiu por reconhecida motivação de nobreza, circunstância essa amparada pelo parágrafo único do art. 242 do Código Penal sendo merecedores do perdão judicial.¹⁵ O relator, desembargador Itaney Francisco Campos compreendeu a conduta de caráter ilícito, entretanto à luz do dispositivo legal, reconheceu causa nobre.

EMENTA: APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA. IMPOSSIBILIDADE DE CONCURSO COM O CRIME PREVISTO NO ART. 242 DO CP. ABSORÇÃO DO CRIME PREVISTO NO ART. 299 CP. PARTO SUPOSTO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PERDÃO JUDICIAL. VIABILIDADE. CONSTATAÇÃO DA MOTIVAÇÃO NOBRE E ALTRUÍSTA. desembargador Itaney Francisco Campos

1. Merece reparo a sentença recorrida quanto à condenação dos apelantes no crime de falsidade ideológica previsto no art. 299 do Código Penal, tendo em vista que tal conduta já se encontra inserida no tipo penal do art. 242 do Estatuto Repressor.

¹⁴ NEGATÓRIA DE PATERNIDADE – “ADOÇÃO À BRASILEIRA” – CONFRONTO ENTRE A VERDADE BIOLÓGICA E A SOCIOAFETIVA – TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PROCEDÊNCIA – DECISÃO REFORMADA. (TJPR – AC 108.417-9 – Rel. Des. Accácio Cambi – J. 12.12.2001 – DJPR 04.02.2002/04.2002).

¹⁵ Art. 242 - Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil: (Redação dada pela Lei nº 6.898, de 1981) Pena - reclusão, de dois a seis anos. (Redação dada pela Lei nº 6.898, de 1981)

Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza: (Redação dada pela Lei nº 6.898, de 1981)

Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena. (Redação dada pela Lei nº 6.898, de 1981)

2. Os elementos de convicção constantes dos autos revelam que os acusados, ao registrarem filho alheio como próprio, agiram amparados por motivação nobre, considerando que pretendiam proporcionar uma vida melhor ao recém-nascido, em vista da precária situação econômica que a família natural enfrentava e do contexto social no qual estava inserida. Nesses moldes, de se conceder o perdão judicial aos agentes, com a extinção de sua punibilidade. APELOS CONHECIDOS E PROVIDOS. DECLARADA EXTINTA A PUNIBILIDADE DOS AGENTES PELO PERDÃO JUDICIAL.

(06.03.2018. APR 0362630-89.2015.8.09.0091. 1ª Câm. Crim. TJG. Publ. 14.05.2018)

A jurisprudência brasileira entende como inconcebível a anulação do registro de nascimento quando a relação socioafetiva consolida-se entre adotante e adotado. Uma vez que a paternidade socioafetiva é reconhecida, esta se sobressai sobre a necessidade de uma paternidade biológica, como se pode constatar na seguinte decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Tribunal de São Paulo:

APELAÇÃO. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. Sentença de improcedência. Insurgência pelo autor. **CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO VERIFICADO.** Autor que, após manifestação sobre estudo psicossocial, expressamente requereu o julgamento da lide pela ausência de provas a produzir. Situação, ademais, em que o conjunto probatório era suficiente ao deslinde do feito, não sendo a prova oral capaz de modificar o resultado do processo. **MÉRITO. PATERNIDADE BIOLÓGICA EXCLUÍDA. RECONHECIMENTO ESPONTÂNEO.** Declaração pelo autor de reconhecimento voluntário de um dos infantes, registrando-o como seu filho, com conhecimento de não se tratar do pai biológico. Adoção à brasileira. Aplicação do artigo 1.604 CC, de que resulta a irretratabilidade da declaração consciente, que gerou efeitos irreversíveis em relação a seu declarante. **ALEGAÇÃO DE VÍCIO DO REGISTRO.** Discussão que perdeu importância diante da comprovação da existência do vínculo socioafetivo entre a criança e o pai registrário, que prevalece à vontade do genitor e à realidade genética. Posse do estado de filiação que resultou em construção da convivência e formação de laços afetivos pela criança, que reconhece no autor a condição de seu pai, o que exige a manutenção dessa realidade, em prol da tutela da personalidade humana e defesa dos interesses superiores da parte vulnerável, até que a maturidade lhe assegure a capacidade de decidir pela manutenção ou não do vínculo. Sentença mantida. **RECURSO IMPROVIDO.**

(TJSP - AC: 10067713620158260071 SP 1006771-36.2015.8.26.0071, Relator: Mariella Ferraz de Arruda Pollice Nogueira, Data de Julgamento: 24/09/2019, 9ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 24/09/2019)

Em contrapartida, caso o pai não venha a configurar qualquer vínculo afetivo com o filho e não possua ciência do erro registral, admite-se a concessão da invalidação, como exemplifica Jorge Fujita, “se o pai, por exemplo, foi levado a erro e registrou a criança como sendo seu filho, e com este não criou nenhum elo de afetividade, não há por que se

reconhecer a adoção à brasileira, impondo-se a anulação do registro civil de nascimento”¹⁶. Nessa circunstância, o pai deve propor uma ação negatória de paternidade cumulada com nulidade do registro civil.

Outros arestos jurisprudenciais corroboram o posicionamento pela não anulação do registro civil, como aquela do Superior Tribunal de Justiça, em que foi relatora a Ministra Nancy Andrichi:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. CRIANÇA E ADOLESCENTE. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. INTERESSE MAIOR DA CRIANÇA. AUSÊNCIA DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. A prevalência dos interesses da criança é o sentimento que deve nortear a condução do processo em que se discute de um lado o direito do pai de negar a paternidade em razão do estabelecimento da verdade biológica e, de outro, o direito da criança de ter preservado seu estado de filiação.

2. O reconhecimento espontâneo da paternidade somente pode ser desfeito quando demonstrado vício de consentimento; não há como desfazer um ato levado a efeito com perfeita demonstração da vontade, em que o próprio pai manifestou que sabia perfeitamente não haver vínculo biológico entre ele e o menor e, mesmo assim, reconheceu-o como seu filho.

3. As alegações do recorrido de que foi convencido pela mãe do menino a registrá-lo como se seu filho fosse e de que o fez por apreço a ela não configuram erro ou qualquer outro vício do consentimento, e, portanto, não são, por si sós, motivos hábeis a justificar a anulação do assento de nascimento, levado a efeito por ele, quatro anos antes, quando, em juízo, voluntariamente reconheceu ser o pai da criança, embora sabendo não sê-lo. 4. Recurso especial conhecido e provido.

(STJ - REsp: 1229044 SC 2010/0224824-2, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 04/06/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/06/2013).

Relevante ressaltar que o magistrado deve invariavelmente se orientar pela culpabilidade do agente que efetuou o registro indevido, analisando a motivação da conduta, ora por causa nobre, ora por causa egocêntrica e vaidosa ou para acarretar outra conduta criminosa. Apesar de ser evidente a excludente do referido ato tipificado e comprovada a prevalência de boas intenções, a adoção à brasileira pode ocultar práticas criminosas. Sobreveio a decisão proferida pela Quarta Turma do STJ de encaminhar a criança adotada informalmente a um abrigo em razão da suspeita de tráfico infantil. O caso foi julgado em agosto de 2017, onde o colegiado julgou o caso de uma mãe que entregou voluntariamente a filha recém-nascida a terceiros, os quais permaneceram com a menina por um breve período de dez meses. Em virtude do prazo de permanência da criança com a família não ter consolidado as relações fáticas afetivas, o ministro relator do

¹⁶ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. Filiação, p.80

processo, Marco Buzzi, justificou seu voto: “Dada a pouca idade da criança e em razão de os elos não terem perdurado por período tão significativo a ponto de formar para a menor vínculo indissolúvel, prudente e razoável a manutenção do abrigamento”.¹⁷

Em suma, é indubitável que as decisões proferidas que integram a jurisprudência alicerçam-se na consolidação das relações de filiação socioafetivas decorrentes do tempo de convivência. A solidificação desses laços familiares são fundamentais para a formação das sentenças, sobrepondo a ilicitude da adoção simulada e determinando a permanência das crianças nos respectivos lares. Dessa forma, é notória uma pequena controvérsia jurisprudencial acerca da prática da adoção à brasileira, sendo fator relevante o estabelecimento dos elos familiares e o atendimento ao melhor interesse da criança.

CONSEQUÊNCIAS

Em suma, constata-se uma carência de julgados, decisões e jurisprudência acerca da adoção à brasileira. Pela compreensão da dimensão de sua irregularidade, entende-se a falta de conhecimento dos casos dessa modalidade de adoção pelo Poder Judiciário. Consequentemente a segurança, garantia de um acompanhamento judicial e o bem estar da criança são comprometidos pela ausência do Estado no processo adotivo irregular. Desse modo, a criança adotada irregularmente e desprovida de um monitoramento da convivência e adaptação familiar por parte de uma equipe interprofissional determinada pelo magistrado.

Sem o devido amparo judicial e o crivo pelo qual as pessoas interessadas em adotar devem se sujeitar, precedente ao estudo psicossociopedagógico realizado por psicólogos e durante o período do estágio de convivência, a integridade da criança é comprometida, deixando-a vulnerável a abusos e até mesmo ao tráfico humano.

O juiz Sérgio Kreuz enfatiza que o despreparo dos adotantes pode trazer consequências graves para as crianças. Entretanto, vale ressaltar que a consolidação da relação familiar pode ser fator que implique na permanência da criança no círculo familiar a qual já está habituada, caso contrário, os danos psicológicos podem ser irreversíveis.¹⁸

¹⁷ Julgados sobre a adoção à brasileira. Disponível em:

http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-02-04_08-01_Julgados-sobre-adocao-a-brasileira-buscam-preservar-o-melhor-interesse-da-crianca.aspx

Acesso em 29 set 2019. *Os números dos processos não são divulgados em razão de segredo de justiça.*

¹⁸ Realidade brasileira sobre adoção à brasileira. Disponível em:

<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao/adocao-a-brasileira-ainda-e-muito-comum.aspx> Acesso em 29 set 2019

Ademais, as famílias que estão devidamente cadastradas no Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento, à espera da tão esperada adoção são prejudicadas em razão da irregularidade que possibilita pessoas que sequer passaram pelos procedimentos burocráticos e avaliativos impostos pela lei consigam adotar sem quaisquer empecilhos.

Em posição controversa às de muitas decisões dos Tribunais, Murillo Digiácomo, Promotor de Justiça do Estado do Paraná, pontua a objetificação da criança, ao passo que o Poder Judiciário oficializa os atos de ilegalidade daqueles que burlaram a lei. Dessa forma, não somente a criança é prejudicada, mas também os indivíduos que querem adotar de acordo com os parâmetros e regulamentos previamente estabelecidos em lei. Afirma:

Quem procura criança fora dos meios legais presta um desserviço à lei, à sociedade e à criança. A lei foi pensada sob a ótica interdisciplinar, por especialistas que sabem que o não respeito às normas acarreta problemas. Não há benefício para a criança.¹⁹

Outro ponto importante é o desconhecimento do indivíduo adotado ilegalmente acerca da sua origem. A Lei 12.010/2009 assegura, em seu art. 48, o direito do adotado de conhecer sua origem biológica bem como o acesso ao processo de adoção antes mesmo da maioridade do adotado. Sem a devida sentença de adoção transitada em julgado e o registro declarando como biológicos os adotantes, dificilmente a adoção irregular é descoberta, e quando esta é eventualmente evidenciada, pode causar grande abalo no ambiente familiar.

CONCLUSÃO

Embora tratando-se de conduta ilícita, tipificada no Código Penal, é perceptível a flexibilização da aplicação de penalidades contra aqueles que cometem tal ato. Diante de um cenário de mudanças sociais, onde o conceito de família amplia-se englobando os mais diversos modelos de composições desta, torna-se inconcebível priorizar liame de ordem sanguínea nos casos de adoção irregular. Uma vez que os “pais ilegais” são conduzidos pelo sentimento empático de fornecer um lar seguro e agradável aos pequenos abandonados, longe dos abrigos que não proporcionam afeto e esperança de um futuro em família, é necessário que o magistrado compreenda as motivações nobres e apreciem os casos com maior sensibilidade.

¹⁹ Realidade brasileira sobre a adoção à brasileira. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao/adocao-a-brasileira-ainda-e-muito-comum.aspx> Acesso em 29 set 2019

Fato incontroverso que o Estado tem buscado criar e implementar novas medidas a fim de acelerar o processo de adoção e diminuir o tempo de permanência das crianças em abrigos. Desde a elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente e a chegada da Lei 12.010/2009 as questões referentes aos procedimentos de adoção ganharam visibilidade e amparo legislativo. Os direitos de igualdade entre os filhos, equiparando suas posições independentemente dos elos consanguíneos, foram assegurados com a chegada da Constituição Federal, impulsionando a operação dos órgãos governamentais na elaboração de regulamentos que ordenem o instituto da adoção.

A adoção à brasileira deve ser compreendida, sobretudo, como uma modalidade de filiação, com os mesmos efeitos da adoção regular. Os Tribunais têm compreendido as questões nobres que envolvem a preocupação com a dignidade da criança e sua futura qualidade de vida, entretanto ainda possuem posições relutantes quanto à oficialização das adoções irregulares ocasionadas por nobres pretextos. Atendendo ao princípio do melhor interesse da criança e o zelo desta, depreende-se que a adoção à brasileira visa ao estabelecimento primordial das relações afetivas familiares, realizando o sonho daqueles que buscam complementar a família e possibilitando uma projeção de futuro para os desamparados e rejeitados dentro do ambiente em que nasceram.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **Adoção à brasileira e a verdade do registro civil.** <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/14.pdf> Acesso em: 15.10.2019.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. RODRIGUES, Raphaela Lopes. **Adoção à brasileira: crime ou causa nobre.** Artigo. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI293739,51045-adoacao+a+brasileira+crime+ou+causa+nobre> Acesso em: 15.10.2019.

DIAS, Maria Berenice. **Adoção e o direito constitucional à convivência familiar.** Disponível em: http://mariaberenice.com.br/uploads/ado%20e_o_direito_constitucional_%20conviv%20cia_familiar.pdf Acesso em 01.10.2019

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Esvaziar os abrigos ou esvaziar a adoção?** http://mariaberenice.com.br/uploads/2_-_esvaziar_os_abrigos_ou_esvaziar_a_ado%20.pdf Acesso em: 01.10.2019

Evolução histórica da adoção no Brasil: Disponível em:

https://www.anoreg.org.br/site/2009/04/17/imported_13004/ Acesso em: 9 de set. 2019

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Curso de Direito Civil: Direito de Família.** 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

JULGADOS SOBRE ADOÇÃO À BRASILEIRA BUSCAM PRESERVAR O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. Notícias. Notícias do STJ. Disponível em:

http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-02-04_08-01_Julgados-sobre-adocao-a-brasileira-buscam-preservar-o-melhor-interesse-da-crianca.aspx

Acesso em: 15.10.2019.

MOLON, Gustavo Scaf. **Evolução histórica da adoção no Brasil.** Disponível em:

https://www.anoreg.org.br/site/2009/04/17/imported_13004/ Acesso em 01.10.2019.

Mudanças legais e atualizações no CNA contribuem para o aumento das adoções.

Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/88937-mudancas-legais-e-atualizacoes-no-cna-contribuem-para-aumento-das-adocoes> acesso em 27 set 2019

O processo de adoção no Brasil. Disponível em:

<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/contexto-da-adocao-no-brasil/o-processo-de-adocao-no-brasil.aspx>

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família.** 18. ed. Revista e atualizada por PEREIRA, Tânia da Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. V.

Realidade brasileira sobre adoção à brasileira. Disponível em:

<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao/adocao-a-brasileira-ainda-e-muito-comum.aspx> Acesso em 29 set 2019

SISTEMA NACIONAL DE ADOÇÃO E ACOLHIMENTO: VISÃO INTEGRAL SOBRE A INFÂNCIA. Notícias. **Agência CNJ de notícias.** Disponível em:

<https://www.cnj.jus.br/sistema-nacional-de-adocao-e-acolhimento-visao-integral-sobre-a-infancia/>

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família.** 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CYBERBULLYING: VIOLÊNCIA VIRTUAL COM EFEITOS REAIS NA ATUAL SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Yves Alessandro Russo Zamataro¹; Jorge Shiguemitsu Fujita²

RESUMO: O *bullying* sempre foi uma preocupação mundial, principalmente, no ambiente escolar, mas não restrito a ele. Todavia, uma nova forma de violência surgiu graças ao avanço da tecnologia e uso crescente da *internet* pela sociedade. Trata-se do *cyberbullying*: uma forma de agressão tão ou mais perigosa que o *bullying*. O presente artigo tem como objetivo fazer uma análise dessa realidade, abordando os seus aspectos principais, conceito, agentes, consequências, responsabilidade civil e criminal, além de casos reais e posicionamento dos nosso Tribunais, mediante pesquisa doutrinária e jurisprudencial. Utilizando-se do método dedutivo, demonstrar-se-á a gravidade desse problema e a necessidade urgente de se criarem medidas mais eficazes para preveni-lo e combatê-lo.

PALAVRAS-CHAVE: *cyberbullying*; violência virtual; sociedade da informação.

CYBERBULLYING: VIRTUAL VIOLENCE WITH REAL EFFECTS IN THE CURRENT INFORMATION SOCIETY

ABSTRACT: Bullying has always been a worldwide concern, mainly in the school environment, but not restricted to it. However, a new form of violence has arisen thanks to the advancement of technology and increasing use of the *Internet* by society. This is about cyberbullying: a form of aggression that is just as dangerous as bullying. This article aims to make an analysis of this reality, addressing its main aspects, concept, agents, consequences, civil and criminal liability, in addition to real cases and positioning of our Courts, through doctrinal and jurisprudential research. Using the deductive method will demonstrate the seriousness of this problem and the urgent need to create more effective measures to prevent and combat it.

KEYWORDS: cyberbullying; virtual violence; information society.

¹ Especialista em Direito de Família e Sucessões e em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU. Advogado. E-mail: yvesz@uol.com.br CV: <http://lattes.cnpq.br/3213236945750745>.
<https://orcid.org/0000-0001-8292-1097>.

² Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Titular de Direito Civil dos Cursos de Graduação e de Pós-Graduação lato sensu do Curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU (São Paulo). Professor Doutor do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Professor do Curso de Pós-Graduação lato sensu da Faculdade de Direito da Universidade Estadual de Londrina – UEL (PR). Professor do Curso de Pós-Graduação lato sensu da Escola Superior de Advocacia (ESA) da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo. Parecerista, consultor jurídico e advogado. E-mail: jorge.fujita@fmu.br. CV: <http://lattes.cnpq.br/5202705522000286>. <https://orcid.org/0000-0002-0354-8974>.

INTRODUÇÃO

Com o propósito de aproximar e conectar as pessoas através da *internet*, as redes sociais ganharam espaço na vida da população e estão cada vez mais presentes em nosso cotidiano.

Não há como se negar a existência de todas as vantagens que elas trouxeram a todos os seus usuários. Entre elas: a possibilidade de comunicações instantâneas, possibilidade de conversar com pessoas distantes, uma rapidez inigualável na troca de informações, fazer novos amigos.

Contudo, esse avanço tecnológico também trouxe grandes aspectos negativos aos seus usuários. Muitos têm em mente que a *internet* é, de fato, um território livre, sem leis, onde tudo é possível, podendo causar graves problemas às relações interpessoais.

No Brasil, as redes sociais ganharam uma maior expressividade em 2010, pois o país figurou entre os 10 países que mais acessam redes sociais no mundo. Em pesquisa realizada em 2010, promovida pelo Ibope (Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística) em parceria com a *Worldwide Independent Network ok Market Research* (WIN), o Brasil está entre os dez países que mais acessam redes sociais, mostrando que no país as redes sociais ganharam expressiva dimensão. (RIBEIRO, 2013, p.40)

Um levantamento realizado pelo Instituto de Pesquisa (Ipsos) revelou que Brasil é o 2º país com mais casos de *cyberbullying* contra crianças e adolescentes. Consiste em assediar ou humilhar alguém através de redes sociais, *e-mail*, *chat* ou celular de maneira reiterada e prolongada no tempo.

Embora o *cyberbullying* não consista em agressões físicas, ele é tão ou mais danoso quanto o *bullying* físico.

É comum o assunto *cyberbullying* aparecer na mídia, na maior parte das vezes, infelizmente, relacionado a casos de suicídio motivado pela sua prática.

Frente a este grave cenário, buscou-se, no presente artigo, mediante pesquisas doutrinárias, apresentar o conceito, as características do *cyberbullying*, suas diferenças e semelhanças com o fenômeno *bullying* e as possíveis consequências psicológicas e jurídicas que podem afetar não só as vítimas, mas também todos os protagonistas deste tipo de agressão.

Não há pretensão alguma de se esgotar o tema, pois ele ainda carece de muitos estudos por parte dos profissionais do direito e da psicologia.

Pretende-se, apenas, levar os leitores a uma profunda reflexão acerca desse tema que possa, porventura, acarretar em novas ideias para evitá-lo e também combatê-lo.

2. BULLYING

Em inglês *bullying* é um substantivo derivado do verbo *bully*, que significa "machucar ou ameaçar alguém mais fraco para forçá-lo a fazer algo que não quer".

De acordo com a Lei 13.185/2015, o *bullying* (intimidação sistemática) refere-se a todo ato de violência física ou psicológica, intencional e repetitivo que ocorre sem motivação evidente, praticado por indivíduo ou grupo, contra uma ou mais pessoas, com o objetivo de intimidá-la ou agredi-la, causando dor e angústia à vítima, em uma relação de desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas.

Para Maria Ester Barbosa: (2015)

O *bullying* costuma ser praticado por pessoas de ambos os sexos, por meio de agressões físicas e/ou morais, assédios e ações desrespeitosas, de maneira intencional e recorrente por iniciativa dos agressores, sem, na maioria das vezes, apresentarem razões plausíveis ou justificáveis para tanto. Assim, os mais fortes fazem dos mais frágeis meros objetos de diversão, prazer e poder, com a finalidade de intimidar, maltratar, amedrontar e humilhar suas vítimas, as quais, conseqüentemente, suportam grande dor e sofrimento, o que pode trazer sérios distúrbios psicológicos e traumas, que carregarão consigo por longo tempo, senão por toda a vida.

Comumente associa-se *bullying* a crianças e adolescentes em ambientes escolares. Todavia, o *bullying* vai muito além disso.

Há inúmeras outras formas de *bullying*, não menos agressivas e também passíveis de punição. No trabalho, na relação conjugal, nos esportes, há grande incidência de práticas de intimidação, desmerecimento, degradação moral e psíquica. (Finco, 2013)

De acordo com a psicóloga Claudia Faria: (2019)

O *bullying* pode ser praticado de diversas formas, seja por xingamentos, agressões ou isolamento e, assim, pode ser classificado em alguns tipos principais:

- **Bullying físico**, que é caracterizado por violência física, ou seja, nesse tipo de *bullying* a vítima leva chutes, socos, pontapés ou tem a passagem bloqueada pelo simples fato de usar óculos, aparelho ou estar um pouco acima do peso, por exemplo. Esse tipo de *bullying* é comum, mas passa muitas vezes despercebido pois é pode ser interpretado como brincadeira de amigos, por exemplo;
- **Bullying psicológico**, em que a vítima sofre constantemente intimidações ou chantagens, além de ser frequentemente vítima de calúnias e boatos, além de perseguições no que diz respeito à orientação sexual, religião ou peso. O *bullying* psicológico pode levar à depressão e fobia social, por exemplo;
- **Bullying verbal**, que é o tipo mais comum de *bullying* praticado nas escolas e que começa com um apelido maldoso, normalmente relacionado com alguma característica da pessoa. Além dos apelidos, esse tipo de *bullying* é caracterizado por xingamentos e humilhações constantes, o que pode fazer

com que aquela criança que sofreu *bullying* verbal cresça sem acreditar nas suas competências e tenham medo de se relacionar com outras pessoas;

- **Bullying social**, em que a pessoa é constantemente isolada das atividades e do convívio diário.
- **Bullying virtual**, também conhecido como *cyberbullying*, é caracterizado por ataques verbais e psicológicos pelas redes sociais. Nesse tipo de *bullying* a *internet* é a maior aliada, sendo a principal ferramenta de disseminação de fotos, vídeos ou comentários maldosos sobre a pessoa, deixando-a constrangida.

3. CYBERBULLYING

A utilização dos recursos da informática no cotidiano dos lares e das empresas e a utilização da *Internet* como um dos principais meios de comunicação determinou a formação de uma nova sociedade, na qual o poder da informação passou a desempenhar um papel fundamental para qualquer indivíduo e afetou a vida de milhões de pessoas.

O *Cyberbullying* é, sem sombra de dúvidas, um dos males concernentes à sociedade da informação.

A terminologia *Cyberbullying* é utilizada em sua versão na língua inglesa pelo fato de que tal idioma predomina no mundo da informática. Entretanto, no idioma português adota-se a expressão “assédio virtual”.

Cyberbullying é uma prática que envolve o uso de tecnologias de informação e comunicação para dar apoio a comportamentos deliberados, repetidos e hostis praticados por um indivíduo ou grupo com a intenção de prejudicar outrem.

Consiste no ato de intencionalmente, uma criança, adolescente ou mesmo um adulto, fazendo uso das novas tecnologias da informação, denegrir, ameaçar, humilhar ou executar outro qualquer ato mal-intencionado dirigido a outra criança ou adolescente. (Massarollo, 2011)

Muitos doutrinadores consideram o *cyberbullying* uma versão mais violenta do *bullying*.

Anderson Schreiber explica bem esse ponto: (2018)

Em primeiro lugar, no *cyberbullying*, o agressor pode, pelo uso do computador ou outro meio tecnológico, atuar anonimamente. Enquanto no *bullying* tradicional a vítima identifica seus ofensores claramente, no *cyberbullying* muitas vezes afigura-se difícil identificá-los porque se valem de apelidos, *nicknames*, nomes falsos, perfis falsos e assim por diante. Tudo isso dificulta reações contra a intimidação sistemática sofrida. Além disso, o *cyberbullying* mostra-se mais perigoso que o *bullying* porque é indelével. Enquanto o *bullying* tradicional pode ser uma experiência traumática vivida no passado da infância ou adolescência, o *cyberbullying* mostra-se permanente no sentido de que pode ser “ressuscitado” a qualquer momento, bastando que alguém do seu convívio atual encontre os

registros do *cyberbullying* na internet. Isso também faz com que o *cyberbullying* não tenha fronteiras espaciais, podendo ser acessado e revivido em qualquer local. É como se a vítima não pudesse nem sequer fugir dos seus agressores porque eles estão em todo lugar em que houver conexão à *internet*. Por isso mesmo, ao contrário do *bullying* tradicional que se mantém contido nos limites físicos de uma escola ou vizinhança, tendo um número limitado de expectadores, o *cyberbullying* pode atingir um número potencialmente infinito de expectadores – o que se afigura gravíssimo, na medida em que se sabe que o constrangimento decorrente da intimidação sistemática é tanto maior quanto maior o número de pessoas que testemunham a prática.

A Lei 13.185/2015 trata do tema no parágrafo único do seu artigo 2º, afirmando que “há intimidação sistemática na rede mundial de computadores (*cyberbullying*), quando se usarem os instrumentos que lhe são próprios para depreciar, incitar a violência, adulterar fotos e dados pessoais com o intuito de criar meios de constrangimento psicossocial.”

Aloma Felizardo faz as seguintes distinções entre o *cyberbullying* e o *bullying* tradicional: (2013, p. 61-62)

- a. Anonimato: Não é possível determinar, no início, quem é o sujeito agressor. A criação de páginas pessoais nas redes sociais (*profiles*) não dá certeza de quem esteja por trás da comunicação enviada. Muitas vezes, esses perfis são falsos, o que impede a identificação imediata do dono. Um passo para tentar encontra-lo está na detecção do número de IP do computador do qual partiu a mensagem; contudo, esse processo é demorado e, nesse intervalo de tempo, o desgaste emocional pelo qual a vítima passa, no desconhecimento de seu oponente, aumenta grandemente os danos sofridos.
- b. Acessibilidade: O meio digital é acessível 24 horas por dia, então os acintes e humilhações poderão ocorrer a qualquer hora, tornando a perseguição praticamente ininterrupta.
- c. Censura paterna: As vítimas se privam de comentar fatos com os familiares, pois temem a incompreensão e a censura destes, os quais poderiam associar a ocorrência à imprudência dos filhos no uso dos meios de comunicação tecnológica. As vítimas, por sua vez, receiam que uma possível punição lhes tire o uso desses meios.
- d. Espectadores: Imposta a injúria em páginas da *web*, caracteristicamente em comunidades virtuais, o número de espectadores de uma cena ultrajante pode variar inumeravelmente. Poderá ser a nível global, que é um pressuposto desse meio de comunicação.
- e. Desinibição: O desconhecimento de sua identidade pelos demais dá aos agressores liberdade bastante para expugnar a esfera jurídica alheia. Acrescente-se ainda a circunstância de que, no virtual, essa esfera é mais vulnerável, já que a exposição é maior. Logo, o agente tem duplamente mais liberdade – na verdade, a desinibição seria antes uma consequência do anonimato do que uma característica individual.

3.1. TIPOS MAIS COMUNS DE CYBERBULLYING

Pesquisas mostram os sete tipos mais comuns de *cyberbullying*:

1) **Calúnia:** afirmar que a vítima praticou algum fato criminoso. Um exemplo comum seriam as mensagens deixadas no perfil de determinado usuário de uma rede social ou site de relacionamento, imputando-lhe a prática de determinado crime, como por exemplo, que certa pessoa praticou o crime de furto ou estupro.

2) **Difamação:** é imputar um fato a alguém, que ofenda sua reputação, pouco importando se o fato é verdadeiro ou não, o que importa é que atinja a sua honra objetiva. Ex.: Fulana de Tal é devedora.

3) **Injúria:** é ofender a dignidade ou o decoro de outras pessoas, atingindo a sua honra subjetiva. Geralmente relaciona-se a xingamentos que são postados no *Facebook* da vítima. Uma pessoa que filma a vítima sendo agredida ou humilhada e divulga no *Youtube* também pratica o delito. Se a injúria for composta de elementos relacionados à raça, cor, etnia, religião ou condição de pessoa idosa ou portadora de necessidades especiais, o crime se agrava e a pena a passa ser de reclusão de um a três anos e multa.

4) **Ameaça:** ameaçar a vítima de mal injusto e grave. O mais comum seria a vítima informar a autoridade policial que está recebendo ameaças de morte via SMS, mensagens in Box, telefonemas entre outras. Neste caso a pena será de detenção de seis meses ou multa.

5) **Constrangimento ilegal:** em relação ao *cyberbullying*, esse crime se consuma no momento em que a vítima faz algo que não deseja fazer e que a lei não determine. Por exemplo, se um garoto envia uma mensagem instantânea para a vítima dizendo que vai agredir um familiar da mesma, caso não aceite ligar a câmera do seu computador (webcam). Neste caso a pena é de detenção de três meses a um ano ou multa.

6) **Falsa identidade:** ação de atribuir-se ou atribuir a outra pessoa falsa identidade para obter vantagem em proveito próprio ou de outro indivíduo ou para proporcionar algum dano. Por exemplo, a utilização de perfis falsos em *sites* de relacionamento, no caso uma mulher casada, que se passa por solteira para conhecer outros homens e vice-versa, ou até mesmo utilizar a foto de um desafeto para criar um perfil falso e proferir ofensas contra diversas pessoas, visando a colocar a vítima em situação embaraçosa e constrangedora. A pena prevista para esse caso é de três meses a um ano ou multa.

7) **Molestar ou perturbar a tranquilidade:** Neste caso não estamos diante de um crime, mas sim de uma contravenção penal, que permitirá que seja punido aquele que molestar a tranquilidade de determinada pessoa por acinte ou motivo reprovável, como por exemplo, o indivíduo que envia mensagens desagradáveis, incomodando a vítima. A pena neste caso é de quinze dias a dois meses ou multa.

3.2. MODALIDADES DE CYBERBULLYING

Conte e Rossini (2010, p. 54) entendem que *cyberbullying* é gênero, cujas condutas são subdivididas em espécies.

Algumas das espécies de *Cyberbullying* são: *cyberstalking*, exclusão, *flaming* e *sexting*.

1. *Cyberstalking*: O *cyberstalking* caracteriza-se pela tentativa persistente de um sujeito, o *cyberstalker*, assediar outra, a vítima, recorrendo ao uso da *Internet* e as mais variadas tecnologias. Reynolds, Henson e Fisher (2011) definem o *cyberstalking* como “a repetida perseguição de um indivíduo usando instrumentos com acesso à *Internet* ou eletrônicos.”

Para Sibila Stahlke Prado: (2013, p. 517)

esta modalidade de *cyberbullying* ocorre quando o agressor (*stalker*) persegue a vítima, criando uma verdadeira obsessão dentro de si. O ofensor também assedia, intimida e ataca no espaço virtual. Ordinariamente, os agressores são do sexo masculino, enquanto as vítimas são mulheres.

De acordo com Gisele Truzzi de Lima, em tese, as vítimas são sempre mulheres e os ofensores, homens: (2014)

Acredito que você já tenha passado por isto ou conheça alguém que enfrentou situação semelhante: um indivíduo sempre está visitando seu perfil em uma rede social, deixa recados diários ou envia e-mails com frequência, encaminha mensagens regularmente desejando uma boa noite, por exemplo, insiste em fazer parte de seu círculo social (caso já não o faça), sabe de detalhes de sua vida, sem que sequer você tenha expressado isso, encontra-o em comunidades virtuais e fóruns online que você sequer imaginaria que ele pudesse estar “rondando” por ali... Resumindo: você é “perseguido virtualmente” e isso o incomoda. Sem dúvida, o relativo anonimato propiciado pela *Internet* encoraja os *cyberstalkers*, que podem manter certa distância física da sua vítima, tendo a falsa impressão de que estão protegidos por uma tela de computador. O desconforto, o abalo psicológico causado por esta perseguição virtual acaba por gerar sentimentos angustiantes na vítima, que muitas vezes não sabe quais medidas tomar.

2. Exclusão: “A exclusão também é espécie do gênero *bullying*, onde ocorre um menosprezo da participação de algum ser humano em grupos *online*, devido a suas características e peculiaridades” (Dimario; Souza, 2011, p. 56).

Conforme os ensinamentos de Conte e Rossini (2010, p. 56), a exclusão também é conhecida como *apartheid* digital, na qual há a expulsão de alguém de grupo ou comunidade, sendo o exemplo mais corriqueiro a exclusão de algum indivíduo de uma comunidade, como por exemplo, o *Facebook*.

3. *Flaming*: é aquela famosa troca de ofensas na rede, com mensagens curtas e respostas violentas, a ponto da discussão transformar-se numa guerra de xingamentos (*Flame War*). Para Conti e Rossini : (2010, p.54)

Flaming (ou provocação *online*) – consiste no envio de mensagens vulgares ou que mostram hostilidade em relação a uma pessoa. Essa mensagem pode ser enviada para um grupo on-line ou para a própria pessoa hostilizada – via *e-mail* ou SMS (torpedo). As mensagens são chamadas *flames* (chamas ou labaredas), pois visam provocar a vítima.

4. *Sexting*: *Sex* (sexo) + *texting* (troca de textos e imagens pelo celular) – consiste em espalhar eletronicamente material de conteúdo sexual. *Sexting* é o envio por celular de imagens de alguém nu, seminua ou em ação sexual. O envio pode ser feito pelo próprio protagonista da imagem ou por terceiro. A palavra vem de *sex* mais *texting*, verbo utilizado para designar o envio de SMS (mensagem de texto) por celular. O envio das imagens é feito por meio das tecnologias de comunicação, tais como: mensagens pelo celular ou redes sociais como *Facebook*, *Twitter*. (CONTE; ROSSINI, 2010, p. 56)

Como se pode verificar são inúmeras as formas de violência virtual, mas uma tem sido especialmente desejada entre os jovens estudantes e Lélío Calhau a denomina de Bofetada Feliz ou *Happy Slapping*, e a traduz como sendo: (2010, p.63)

Prática cruel de *bullying* (real) que se mistura ao *cyberbullying* (virtual). No geral, os agressores atacam uma vítima com bofetadas sendo que um comparsa fica a uma pequena distância filmando as agressões com câmera de vídeo de um telefone celular. Os vídeos com as agressões são imediatamente postados em redes sociais (ou enviados para telefones celulares) e visualizados por centenas ou milhares de pessoas em pouco tempo, infelizmente, tem se tornado comum no Brasil também.

3.3. AGENTES

Podemos delimitar em três os agentes envolvidos no *cyberbullying*: agressor (ou *hater*), vítima e o espectador.

Hater é uma palavra inglesa que, em tradução livre significa: “o que odeia” ou “odiador”, tendo se popularizado na *internet* para classificar as pessoas que praticam *bullying* virtual ou *cyberbullying*. Por ter se tornado uma conduta frequente, esse tipo de internauta foi batizado simplesmente de “*hater*”

O agressor é aquele que, de maneira consciente, persiste em seus atos hostis sem se importar com o sentimento alheio. É habitualmente, uma pessoa antipática, arrogante e desagradável.

Tem por objetivo humilhar ou menosprezar a vítima, apresentando-se como parte mais forte daquela relação, e tornando-se popular aos demais que convivem junto ao mesmo. A reação de sofrimento da vítima possibilita a redução da conduta do autor, mas causa satisfação. Existem possíveis fatores desencadeadores que podem explicar o motivo da conduta dos agressores, como conflitos entre membros da família, maus tratos

associados a algum abuso, ou baixa autoestima. Com isso, estas pessoas tendem a descontar a sua raiva em outras mais fragilizadas. (MORENO, 2019)

Os agressores sentem satisfação em causar danos, controlar situações. Não aceitando regras, podem, inclusive, roubar e agredir fisicamente.

A personalidade do agressor é marcada por traços de desrespeito e maldade, eles agem sempre com o intuito de maltratar, intimidar, humilhar e amedrontar suas vítimas.

As vítimas são os que sofrem *bullying*. Podem ser chamadas também de alvos do *bullying*. Em geral são tímidas, inseguras e sensíveis. Tendem a ser mais sozinhas, com poucos amigos. Têm dificuldade para se defender e este é um dos motivos para o *hater* atacá-las.

É comum mostrarem certa dificuldade para formar novas amizades ou para se adequar ao grupo. São constantemente ameaçadas, ficando intimidadas e isoladas. Recebem apelidos e provocações, têm os objetos pessoais roubados ou danificados. No ambiente familiar apresentam comportamento diferente, evitando as pessoas, demonstrando medo ou receio de ir para o ambiente escolar ou profissional.

Geralmente são pessoas diferentes da maioria, ou seja, possuem características que fogem de um suposto padrão imposto por um determinado grupo. São classificadas em três categorias: passiva, provocadora e agressora.

As vítimas passivas, geralmente, são mais inseguras e ansiosas, além de solitárias e sem amigos.

As provocadoras são aquelas que agem por impulso. Provocam outras pessoas e depois não sabem lidar com as reações.

As vítimas agressoras são as que sofreram *bullying* e depois passam para o papel de *bully*, intimidando seu próprio agressor ou outras pessoas. São tidas como as mais perigosas, porque podem desenvolver sentimentos de vingança e um dia cometer atos de loucura contra os próprios agressores ou outras pessoas.

Por fim, temos os espectadores: São aqueles que presenciam o *bullying*, mas permanecem passivos, sem tomarem nenhuma atitude. O *bullying* também afeta os espectadores, deixando-os inseguros ao verem cenas de violência. Podem também desenvolver sentimento de culpa por nada terem feito.

3.4. CONSEQUÊNCIAS

O *cyberbullying* traz marcas profundas e podem resultar em depressão, isolamento social e em casos mais graves pode levar ao suicídio.

Embora o *cyberbullying* não consista em agressões físicas, ele é tão ou mais danoso quanto o *bullying* físico. O abuso sofrido pela vítima de *bullying* virtual, no geral é

psicológico, como em casos em que a vítima tem sua imagem denegrida, sofre retaliação por alguma característica sua, é humilhada no ambiente virtual e exposta ao ridículo. Mas estas agressões podem acabar se tornando físicas, sendo este tipo de violência, aliada a ameaças de morte e à publicação de informações pessoais das vítimas, os meios de *cyberbullying* considerados os mais violentos. (Silveira, 2016)

O que torna as agressões virtuais ainda mais dolorosas às vítimas é o fato do agressor ter sempre a vítima a seu alcance, a qualquer hora do dia ou da noite.

Enquanto quem pratica *bullying* é identificado pela vítima, no caso do *cyberbullying* este reconhecimento é mais difícil, já que no ambiente virtual é possível ter um certo grau de anonimato.

Outra grave consequência é que o abuso sofrido por meio da rede pode atingir grandes proporções, uma vez que as informações jogadas na rede se espalham na velocidade da luz e perde-se o controle de até onde elas podem ir, sem falar que elas se tornam permanentes. Uma vez colocadas na rede, por lá elas permanecerão por tempo indeterminado.

As consequências para a vítima são inúmeras, podendo variar entre uma queda na baixa autoestima, ansiedade, sintomas psicossomáticos causados pelo estresse (dor de cabeça, náuseas, taquicardia etc.), medo, insegurança, angústia, depressão até pensamentos suicidas e assassinatos.

3.5 RESPONSABILIDADE PENAL

O *cyberbullying* consiste na prática de um crime contra a honra, em meio virtual. Os crimes contra a honra, já tipificados no capítulo V do Código Penal, são a calúnia, a injúria e a difamação, cuja pena é aumentada de um terço, acaso cometidos por meio que facilite sua divulgação, como acontece na *internet*.

Para Vanessa Sousa Vieira: (2018)

Além da tipificação prevista no Código Penal, com incidência do aumento de pena, no âmbito dos crimes contra a honra, o *cyberbullying* ensejou a edição da Lei 13.185, de 6 de novembro de 2015, que institui o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (*Bullying*). Segundo esse novo instrumento normativo, considera-se *bullying* todo ato de violência física ou psicológica, intencional e repetitivo, que ocorre sem motivação evidente, praticado por indivíduo ou grupo, contra uma ou mais pessoas, com o objetivo de intimidá-la ou agredi-la, causando dor e angústia à vítima, em uma relação de desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas. Nos termos do parágrafo único do artigo 2º desta lei, ocorre o *cyberbullying* quando há intimidação sistemática na rede mundial de computadores, com utilização dos instrumentos que lhe são próprios, para depreciar, incitar a violência, adulterar fotos e dados pessoais, com o intuito de criar meios de constrangimento psicossocial.

Clarice D'Urso (2014, p. 14) entende que qualquer ato ofensivo realizado virtualmente pode ser encaixado nas disposições legais do Código Penal.

Já Aline Casado, expõe que: (2011, p.1)

Ora, inclusive já nos adiantamos neste ponto quando destacamos que a vítima de *bullying* ou *cyber bullying* tem sua honra atacada ou atingida pelos autores do *bullying*. Todas as condutas dos agressores tais como agredir verbal e fisicamente, com todas as repercussões e desdobramentos possíveis destas condutas, ofendem a integridade física do indivíduo, no caso do *bullying* há guarida no ordenamento jurídico penal com o tipo correspondente à lesão corporal e todos os desdobramentos que destas lesões resultarem. No caso do *cyber bullying* o agressor ofende outro bem jurídico, já que neste caso a violência física está afastada, restando à ofensa apenas à honra, intimidade, imagem ou privacidade do indivíduo. A proteção que se pretende dispensar aos crimes cometidos via internet e que tenha estreita ligação com o *bullying* e que denominamos *cyber bullying* guardam relação com bens jurídicos mais afetos à honra, à intimidade e privacidade. Todas as condutas mencionadas até aqui são capazes de abalar a honra, a dignidade ou o decoro do indivíduo.

O núcleo central do *cyberbullying* está circunscrito à honra do indivíduo mas também pode atingir ainda outros bens, tais como a paz de espírito, a tranquilidade espiritual como é o caso de crimes cometidos através de meios eletrônicos que esteja coadunada com o delito de ameaça, descrito no artigo 147 do Código Penal.

Na verdade, o grande problema para a responsabilização criminal, em se tratando de *cyberbullying* é a prova processual das agressões virtuais, isto porque, embora cada computador possa ser identificado pelo IP (*Internet Protocol*), ou seja, o agressor deixa rastros do crime na rede mundial de computadores, muitas vezes se esconde atrás de *nicknames* (apelidos) utilizados no mundo virtual que podem dificultar a identificação exata do agressor, principalmente se o agressor utiliza várias máquinas (computadores) em lugares diversos como as *lan houses*. (CASADO, 2011)

Nesses casos, medidas simples como imprimir as páginas onde as ofensas e/ou agressões foram postadas, identificar as redes sociais podem auxiliar a descobrir a identidade do agressor.

3.6. RESPONSABILIDADE CIVIL

Além dos crimes acima previstos, as vítimas de *cyberbullying* poderão requerer a reparação civil perante os agressores consistente na indenização por danos morais.

No juízo cível a vítima pode e deve ser compensada monetariamente pelos danos causados, considerando a dimensão dos danos, a extensão do acesso pela *internet* ao caso concreto; devem ainda os agressores arcar com o pagamento de acompanhamento

psicológico da vítima; reparação pública dos danos causados (retratação) e outras tantas possibilidades de esgotar a reparação dos danos causados.

Dispõe o art. 5^o da Carta Magna, *in verbis*:

Art. 5^o Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (...)

Nesse passo, observa-se que o próprio texto constitucional previu antecipadamente a possibilidade de indenização por dano material ou moral decorrente da violação da intimidade, da vida privada, bem como da honra e da imagem das pessoas, pois todos têm direito à liberdade de ser e de se expressar da maneira como quiser, respeitando, contudo, o direito do outro.

Uma das grandes dificuldades em se tratando do *cyberbullying* está no anonimato do agressor que chega, inclusive, a criar falsos perfis nas redes sociais, apenas, para atingir seus objetivos e, por consequência, suas vítimas.

Trata-se de uma questão séria e de tamanha preocupação que o entendimento dos nossos Tribunais já é no sentido de que, havendo atos nos quais a vida privada da pessoa seja violada pelo uso de ferramenta da *internet*, ou por meio delas, ocorrendo atos preconceituosos ou lesivos, e a identidade do agente seja desconhecida, o juízo deverá determinar cautelarmente a quebra do sigilo da rede social utilizada ou do *e-mail*, fazendo com que o provedor de *internet* forneça a maior quantidade de dados possíveis capazes de identificar e localizar o *bully*.

É nítido que o indivíduo que pratica o *cyberbullying* deve indenizar quem sofrer eventuais danos decorrentes de sua atitude, uma vez que há os pilares básicos para se imputar a responsabilização civil nestes casos, qual seja o dano, a conduta e o nexo de causalidade.

No entanto, discute-se, ainda, qual o alcance dessa responsabilização civil.

Ao provedor também poderá ser incumbido esse dever. Na esfera dos provedores, já é pacificado pela doutrina e jurisprudência que a relação entre usuários e provedores é de consumo e, por esta razão, estaria sujeita ao regime do Código de Defesa do Consumidor.

O próprio Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que eventual inércia do provedor, após notificado de conteúdo ilícito – no caso o *cyberbullying* –, gera responsabilização por eventuais danos. Nesta situação, o provedor passaria a responder de forma solidária com o autor do ilícito.

Outra questão que deve ser abordada é a responsabilidade dos genitores quando os agressores forem incapazes civilmente.

Para Dimario e Souza (2011, p. 60), os incapazes, descritos nos artigos 3º e 4º do Código Civil, que porventura venham a praticar o ato ilícito terão de chamar seus responsáveis para responder civilmente pela ofensa, conforme disposição legal dos artigos 932 e 933 do Código Civil.

O Código Civil, no art. 932, I, disciplina que são os pais que deverão se responsabilizar civilmente pelos atos ilícitos perpetrados pelos seus filhos menores de idade. E, ainda, o art. 927 do Código Civil também ratifica a obrigação de reparar o dano. Por fim, o art. 944 do Código Civil também determina que a responsabilidade civil nestas circunstâncias é objetiva, o que significa que independe de culpa.

Por fim, em se tratando de *cyberbullying* ocorrido dentro do ambiente escolar, caberá responsabilização também?

Até o advento da Lei Federal nº 13.185/2015, o *bullying* não era mencionado expressamente na legislação pátria, mas os Tribunais do país, mediante a interpretação conjunta de diversos dispositivos legais vigentes, já imputavam às escolas a responsabilidade civil pela reparação de danos decorrentes de sua prática.

Essa lei, que instituiu o chamado “Programa de Combate à Intimidação Sistemática (*Bullying*) em todo o território nacional” e que, em seu art. 5º, atribuiu aos estabelecimentos de ensino o dever de “assegurar medidas de conscientização, prevenção, diagnose e combate à violência e à intimidação sistemática (*bullying*)”.

Portanto, a partir de 2015 não há mais dúvida quanto à responsabilidade civil da escola pela prática de *bullying*, seja ele físico ou virtual.

Quando ocorre um ato de violência durante o período em que as partes se encontram sob a guarda do estabelecimento de ensino, a escola responde, juntamente com os pais do agressor (quando menor de 18 anos), pelos danos ocasionados à vítima. (RUSSO, 2018)

Todavia, o *cyberbullying*, por sua vez, que acontece fora das circunscrições geográficas da instituição de ensino, não merece o mesmo tratamento taxativo da lei, não havendo que se falar em violação ao dever de coibir o ato e consequente responsabilização direta, já que não se pode controlar o que os alunos fazem fora da escola. Vale ressaltar que, obviamente, o *cyberbullying* não existiria sem a *internet* e, por consequência, os provedores de conteúdo, como o *Facebook*. (COSTA, 2018)

Não se deve olvidar que deverá ocorrer a identificação do nexo de causalidade entre a atividade do educandário e o dano sofrido, devendo-se verificar nos casos concretos se há efetiva presença de nexo causal.

Alguns doutrinadores entendem que, em se tratando de *bullying* e *cyberbullying*, um eventual pedido de reparação específica por meio da implantação de um programa de conscientização dos alunos destinado a evitar casos futuros – cumulado ou não com alguma indenização em dinheiro – pode constituir solução interessante e contar com a simpatia dos nossos tribunais.

A promulgação da Lei 13.663, de maio 2018, vem ao encontro desse entendimento: sem afastar a responsabilidade civil das escolas, afirma que:

os estabelecimentos de ensino, respeitadas as normas comuns e as do seu sistema de ensino, terão a incumbência de (...) promover medidas de conscientização, de prevenção e de combate a todos os tipos de violência, especialmente a intimidação sistemática (*bullying*), no âmbito das escolas”, bem como “estabelecer ações destinadas a promover a cultura de paz nas escolas.

3.7. CASOS REAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO.

Um dos casos mais emblemáticos de violência virtual e que se propagou pelo mundo inteiro, certamente, foi o jogo mortal “baleia azul”. A partir de um convite para uma página privada e secreta no Facebook, um instrutor passava alguns desafios aos seus novos jogadores, iniciando-se assim a participação do internauta. A partir de então, o que parecia um jogo inocente, tornava-se macabro e mortal. No total, eram propostos 50 desafios, tais como: escrever com uma navalha na palma da mão, cortar o próprio lábio, desenhar uma baleia em seu corpo com uma faca, até chegar ao desafio final, que ordenava tirar a própria vida. Consistia em um jogo sem volta, pois após a vítima iniciar os desafios, ela não poderia desistir, pois seria ameaçada pelos administradores do jogo, os *haters*.

Segundo relatos, o jogo teve início na Rússia, aproximadamente no ano de 2015. Estima-se que cerca de 130 jovens já teriam cometido suicídio em razão do jogo, cujas orientações partem de uma pessoa denominada de “curador”.

Os casos de *cyberbullying* são matérias de constante apreciação por parte do Judiciário. Em 2010, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu por bem proferir o seguinte acórdão:

RESPONSABILIDADE CIVIL. *Internet*. Uso de imagem para fim depreciativo. Criação de *flog* - página pessoal para fotos na rede mundial de computadores. Responsabilidade dos genitores. Pátrio poder. *Bullying*. Ato ilícito. Dano moral *in re ipsa*. Ofensas aos chamados direitos de personalidade. Manutenção da indenização. Provedor de *internet*. Serviço disponibilizado. Comprovação de zelo. Ausência de responsabilidade pelo conteúdo. Ação. Retirada da página em tempo hábil. Preliminar afastada. Denúnciação da lide. Ausência de elementos. Apelo do autor da denúnciação da lide. I. Para restar configurada a denúnciação da lide, nos moldes do art. 70 do CPC, necessários elementos demonstrando vínculo de admissibilidade. Ausentes provas embasando o pedido realizado, não há falar em

denúncia da lide. Da responsabilidade do provedor de internet. II. Provedores de *internet* disponibilizam espaço para criação de páginas pessoais na rede mundial de computadores, as quais são utilizadas livremente pelos usuários. Contudo, havendo denúncia de conteúdo impróprio e/ou ofensivo à dignidade da pessoa humana, incumbe ao prestador de serviços averiguar e retirar com brevidade a página se presente elementos de caráter ofensivo. III. Hipótese em que o provedor excluiu a página denunciada do ar depois de transcorrida semana, uma vez ser analisado assunto exposto, bem como necessário certo tempo para o rastreamento da origem das ofensas pessoais - pc do ofensor. Ausentes provas de desrespeito aos direitos previstos pelo CDC, não há falar em responsabilidade civil do provedor. Apelo da ré do dano moral. IV. A doutrina moderna evoluiu para firmar entendimento acerca da responsabilidade civil do ofensor em relação ao ofendido, haja vista desgaste do instituto proveniente da massificação das demandas judiciais. O dano deve representar ofensa aos chamados direitos de personalidade, como à imagem e à honra, de modo a desestabilizar psicologicamente o ofendido. V. A prática de *bullying* é ato ilícito, haja vista compreender a intenção de desestabilizar psicologicamente o ofendido, o qual resulta em abalo acima do razoável, respondendo o ofensor pela prática ilegal. VI. Aos pais incumbe o dever de guarda, orientação e zelo pelos filhos menores de idade, respondendo civilmente pelos ilícitos praticados, uma vez ser inerente ao pátrio poder, conforme inteligência do art. 932, do código civil. Hipótese em que o filho menor criou página na internet com a finalidade de ofender colega de classe, atrelando fatos e imagens de caráter exclusivamente pejorativo. VII. Incontroversa ofensa aos chamados direitos de personalidade do autor, como à imagem e à honra, restando, ao responsável, o dever de indenizar o ofendido pelo dano moral causado, o qual, no caso, tem natureza in re ipsa. VIII. Quantum reparatório serve de meio coercitivo/educativo ao ofensor, de modo a desestimular práticas reiteradas de ilícitos civis. Manutenção do valor reparatório é medida que se impõe, porquanto harmônico com caráter punitivo/pedagógico comumente adotado pela câmara em situações análogas. Apelos desprovidos (BRASIL. TJRS. AC N^o 70031750094, REL. DESA. LIEGE PURICELI PIRES, 2010).

Vale a pena citar, ainda, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que já firmou entendimento no sentido de indenizar as vítimas de *cyberbullying*:

INDENIZATÓRIA. "*Bullying*" virtual. Configurada a responsabilidade da segunda ré (Carolina) e do terceiro réu (*Facebook*). Menor Carolina que admite a autoria em comentário irônico. Conduta omissiva do terceiro réu que deixou de tomar providências mesmo após a denúncia feita através do seu site, quanto já era possível identificar o perfil do autor da ofensa, assim como a própria imagem que gerou o constrangimento. "*bullying*" virtual que é tão agressivo quanto aquele praticado diretamente, com o agravante da exposição ampla e repetida. Não é difícil presumir o constrangimento e a angústia vivenciados pela autora, com apenas 12 anos de idade, ao ser objeto de humilhação pública pelos colegas de escola, que nesta fase, é o local onde se dá a maior parte do convívio social de crianças e adolescentes. Dano moral configurado. Redução do quantum indenizatório ao qual foi condenado o primeiro réu - Flávio. Condenação da segunda ré ao pagamento de indenização no valor de R\$ 2.000,00. Condenação do terceiro réu ao pagamento de indenização no valor de R\$ 10.000,00. Valores que atendem aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Parcial provimento

de ambos os recursos (BRASIL. TJRJ. AC Nº 0002215-71.2012.8.19.0050, Rel. Des. Pedro Saraiva de Andrade Lemos, julg. 29/01/2014).

A controvérsia decorreu do recurso de Apelação Cível interposto contra a sentença proferida pelo Juízo de Direito da 2ª Vara da Comarca de Santo Antônio de Pádua, que julgou procedente a ação de indenização proposta pela autora menor, representada por sua genitora, em face de F. e C., menores, ambos representados por suas genitoras, e de Facebook Serviços Online. A sentença proferida mencionava a condenação somente do primeiro réu. Inconformada, a autora apela, pretendendo a condenação do segundo e do terceiro réu, bem como a majoração do valor indenizatório. O réu, por seu turno, apela alegando tratar-se de brincadeiras e responsabilizando a segunda ré (Carolina). Na ocasião, a autora (Lorena) pleiteou indenização por danos morais sofridos, em razão de *bullying* virtual praticado por parte dos réus, F. e C., por meio da rede social, gerida pelo terceiro réu - Facebook. Segundo ela, foram postados comentários ofensivos à sua imagem, gerando-lhe constrangimento, agravados pelos comentários jocosos dos demais colegas. O terceiro réu foi responsabilizado por sua conduta omissiva porque, após a denúncia feita pela autora, nenhuma providência foi tomada para tentar minimizar a conduta ofensiva.

4. CONCLUSÃO

A *internet* que inicialmente era considerada como uma forma de aproximar as pessoas, tem sido utilizada como instrumento na perpetração de crimes eletrônicos.

O *cyberbullying* ainda é uma violência silenciosa. Muitas vítimas, por medo ou vergonha, sentem-se acuadas e não pedem socorro. São poucas as que admitem o problema e pedem ajuda.

A vítima do *cyberbullying* experimenta dissabores imensuráveis, de vez que a ofensa virtual se propaga no tempo e na memória dos usuários.

Restou comprovado que são danos irreparáveis ou de difícil reparação, pois podem levar, até, ao suicídio da vítima, o que tem provocado a atuação do Poder Judiciário.

Nosso ordenamento jurídico brasileiro possui plenas condições de punir os ofensores por meio de diversos diplomas legais, a exemplo do Código Civil, do Código Penal e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ressalta-se que essa punição deve ser estendida aos genitores, quando o agressor for menor de idade, à escola quando ocorrida em suas dependências e até mesmo, aos provedores da *internet*.

O combate e a prevenção ao *cyberbullying* não cabem somente ao Poder Judiciário. Trata-se de um trabalho em conjunto que deve ser realizado, ainda, por profissionais da área de saúde, educação, além da própria família e da sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm Acesso em: 02/08/2019

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 02/08/2019

_____. Lei nº 13.185, de 6 de novembro de 2015. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113185.htm Acesso em 30/07/2019

_____. > **Lei nº 13.663**, de 14 de maio de 2018. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13663.htm Acesso em: 02/08/2019

_____. **TJRJ. AC Nº 0002215-71.2012.8.19.0050, Rel. Des. Pedro Saraiva e Andrade Lemos, 2013**. Disponível em: tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudência. Acesso em: 07/08/2019.

CALHAU, Lélío Braga. **Bullying O que você precisa saber. Identificação, prevenção e repressão**. 2ª edição. Niterói, RJ: Impetus, 2010,

CONTE, Christiany Pegorari; ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. **Aspectos jurídicos do Cyberbullying**. *Revista FMU Direito*, São Paulo, ano 24, n. 34, p. 46-65, 2010.

Disponível em:

<<http://www.revistaseletronicas.fmu.br/index.php/RMDIR/article/view/94>>. Acesso em: 31/07/2019.

CORREIO, André Finco. **A importância do Direito como instrumento de combate ao bullying escolar**. Disponível em:

<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/9112/pdf> Acesso em: 30/07/2019

COSTA, Otávio Carvalho Napolis. **Responsabilidade civil pela prática do cyberbullying**.

Disponível em: <https://domtotal.com/noticia/1309307/2018/11/responsabilidade-civil-pela-pratica-do-cyberbullying/> Acesso em: 02/08/2019

DIMARIO, Giovana Alexandra; SOUZA, Luiz Felipe Camilo de. **Cyberbullying: estudo jurídico do fato**. *Cadernos de iniciação científica, Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, ano 8, n. 8., p. 52-64, 2011

D'URSO, Clarice. **Cyberbullying, um desafio para o direito.** Disponível em:

<www.oabsp.org.br/comissoes2010/...%20CYBERBULLYING.../>. Acesso em: 02/08/2019.

FARIA, Claudia. **O que é o Bullying e principais consequências.** Disponível em:

<https://www.tuasaude.com/o-que-e-bullying/> Acesso em: 30/07/2019

FELIZARDO, Aloma Ribeiro apud RIBEIRO, Thiago de Lima. **O Direito aplicado ao cyberbullying: honra e imagem nas redes sociais.** Editora Intersaberes, 2013.

LIMA, Gisele Truzzi de. **Cyberbullying, Cyberstalking e redessociais: os reflexos da perseguição digital.** Disponível em: <<http://www.truzzi.com.br/pdf/artigo-cyberbullying-cyberstalking-redes-sociais.pdf>>. Acesso em: 31/07/2019.

MASSAROLLO, Myrian Aparecida Bosco. **O Direito Eletrônico e cyberbullying.** Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6137/O-Direito-Eletronico-e-cyberbullying> Acesso em: 30/07/2019

MORENO, Luciano Sousa. **A relação de causalidade do suicídio decorrente do cyberbullying.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/71777/a-relacao-de-causalidade-do-suicidio-decorrente-do-cyberbullying> Acesso em: 01º/08/2019

REYNS, B., HENSON, B., FISHER, B. (2011). **Being Pursued Online: Applying Cyberlifestyle-Routine Activities Theory To Cyberstalking Victimization. Criminal Justice And Behaviour**, Vo. 38 No. 11, November 2011 1149-1169.

RIBEIRO, Thiago de Lima. **O Direito aplicado ao cyberbullying: honra e imagem nas redes sociais.** Curitiba: InterSaber, 2013, p. 40.

RUSSO, Juliana O. Tinti. **Responsabilidade Civil de escolas por bullying e cyberbullying.** Disponível em: <http://www.tradogados.com/responsabilidade-civil-de-escolas-por-bullying-e-cyberbullying/> Acesso em: 02/08/2019

SCHREIBER, Anderson. **Cyberbullying: Responsabilidade civil e efeitos na família.** Disponível em: http://www.cartaforense.com.br/m/conteudo/colunas/cyberbullying-responsabilidade-civil-e-efeitos-na-familia/18295#_ftn4 Acesso em: 31/07/2019

VIEIRA, Vanessa Sousa. **Cyberbullying é crime contra a honra em meio virtual.** Disponível em: <https://domtotal.com/noticia/1309310/2018/12/cyberbullying-e-crime-contra-a-honra-em-meio-virtual/> Acesso em: 02/08/2019

DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE E A MORTE DIGNA

Denise Souza Amorim¹; Jorge Shiguemitsu Fujita²

Resumo: A morte é sabidamente o fenômeno democrático universal, pois todos viverão esse momento independentemente da crença, filosofia, religião e classe social. A fragilidade do corpo humano nos confere a certeza do fim. Morte não é o antônimo de vida, mas uma fase de processo, e por isso o morrer deve ser cercado de dignidade. A dignidade está fortemente relacionada ao exercício da autonomia, respeito das vontades. Ter reconhecido esse direito permite que, em situações de doença terminal, incurável e progressiva, o indivíduo tenha sua vontade respeitada e não seja exposto à angústia e sofrimento. O presente trabalho analisou a dignidade da morte como direito e a previsão de diretivas antecipadas de vontade como um gênero de documentos protetor desse direito.

Palavras-Chave: Morte Digna. Diretivas Antecipadas de Vontade. Testamento Vital. Bioética.

ADVANCED DIRECTIVES AND WORTHY DEATH

Abstract: Death is known to be the universal democratic phenomenon, for everyone will live in this moment regardless of belief, philosophy, religion, and social class. The fragility of the human body gives us the certainty of the end. Death is not the antonym of life, but a process phase, and so dying must be surrounded with dignity. Dignity is strongly related to the exercise of autonomy, respect for wills. Having recognized this right allows in situations of terminal, incurable and progressive disease the individual has his will respected and not be exposed to anguish and suffering. The present work analyzed the dignity of death as a right and the prediction of advanced directives as a kind of documents that protects this right.

Keywords

Dignity of Death. Advanced Directives. Living Will. Bioethics.

¹ Mestranda pelo Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação – FMU-SP. Especialista em Fisioterapia Pneumofuncional pela Santa Casa de Misericórdia de SP. Advogada. (denisesouzaamorim@gmail.com)
<http://lattes.cnpq.br/9647972985715553>

² Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Titular de Direito Civil dos Cursos de Graduação e de Pós-Graduação lato sensu do Curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU (São Paulo). Professor Doutor do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Professor do Curso de Pós-Graduação lato sensu da Faculdade de Direito da Universidade Estadual de Londrina – UEL (PR). Professor do Curso de Pós-Graduação lato sensu da Escola Superior de Advocacia (ESA) da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo. Parecerista, consultor jurídico e advogado. E-mail: jorge.fujita@fmu.br CV: <http://lattes.cnpq.br/5202705522000286> <https://orcid.org/0000-0002-0354-8974>

INTRODUÇÃO

A vida, uma palavra tão curta, mas com significados densos e complexos, não possui definição precisa, jurídica de seu significado ou do seu início, mas compreendemos que é um processo com começo, meio e fim (pelo menos biologicamente). A vida é cercada por valores morais, culturais, éticos e religiosos e não pode ser vazia apenas nas funções biológicas, mas sim cheia de existência e dignidade. A medicina nasce como uma profissão, quase um sacerdócio, que luta para restaurar, manter e prolongar a vida, em uma luta constante contra a morte.

Morrer representou por muitos anos insucesso para as ciências médicas. Atualmente a morte, representação da finitude da vida, mas não da existência, é aceita como parte do processo de viver e, sendo assim, admite-se que esse momento deva ser cercado de dignidade.

O diagnóstico de uma doença incurável, progressiva, expõe o indivíduo e os que o cercam a conflitos éticos, filosóficos de sua existência. Os avanços tecnológicos e científicos permitem o prolongamento da vida, retardando o processo evolutivo da doença e tratando os sinais e efeitos da moléstia no corpo humano. Ocorre que diversos desses tratamentos não isentam o indivíduo a eles submetido de dores, angústias, sofrimentos, sendo por diversas vezes piores que a própria doença. Outras doenças que afetam o cognitivo progressivamente devoram a existência do indivíduo, fazendo com que a sua mente morra antes do seu corpo, o qual sucumbe lentamente em meio a técnicas invasivas de manutenção das funções biológicas básicas.

O ordenamento jurídico reconhece o direito à vida, e está alicerçado no princípio da dignidade da pessoa humana. Logo, reconhecer a boa morte, ou ortotanásia, é possível, permitindo ao indivíduo decidir ao longo de sua existência as condições aceitáveis diante de uma doença que o leva à morte. No atual cenário brasileiro a incorporação do conceito de ortotanásia foi realizada pelo Conselho Federal de Medicina por meio de resoluções basilares à conduta médica ética diante de tal situação. Contudo, apesar da jurisprudência demonstrar simpatia a esse conceito, não há normas que definam os instrumentos aceitos e as vias para sua elaboração.

As Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV) surgem nos Estados Unidos como gênero de documento que contemplaria as vontades dos indivíduos sobre quais procedimentos, ou limites terapêuticos aceitáveis no fim da vida, discutidos durante a sua existência e que podem ser alterados ou invalidados a qualquer momento durante a vida, como ocorre no testamento vital, apresentado neste artigo. Outra espécie de DAV é o mandato duradouro, pelo qual se nomeia um ou mais representantes da vontade terapêutica em situações em que a consciência está prejudicada.

O presente artigo debruça-se sobre o fenômeno da morte digna, com esse novo olhar da medicina, e depois analisa as possibilidades jurídicas do testamento vital como espécie de diretiva antecipada de vida por meio de uma pesquisa bibliográfica, documental jurídica de método dedutivo.

Os instrumentos de DAV são asseguradores da morte digna, pois fundamentam-se na autonomia do indivíduo, por isso a necessidade de dispositivos legais que abordem o tema.

1. O DIREITO À MORTE DIGNA NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Barroso e Martel (2010, p. 2) afirmam que o início da vida é um fato desprovido de autonomia, a concepção e o nascimento são resultados da vontade alheia, e somente a partir do nascimento o indivíduo vivencia sua condição humana, adquirindo personalidade jurídica e aptidão de direitos e deveres, de modo que o direito à vida é o primeiro direito de uma pessoa: “o direito de todos e de cada um a uma vida digna é a grande causa da humanidade, a principal energia que move o processo civilizatório”.

O ordenamento jurídico pátrio protege a vida, mas, também a dignidade, sendo este um princípio amplo que fundamenta diversos direitos. Logo, esse princípio pela sua amplitude carece de uma conceituação precisa e delimitada. Fernando Aith (2007, p.179) destaca que:

O princípio da dignidade humana adquire um valor jurídico incerto na medida que constatamos a sua múltipla função e/sobretudo, na medida que nos apercebemos de que se trata de um princípio jurídico voltado à proteção de todos, inclusive àqueles que não possuem consciência de sua própria dignidade (como as pessoas idosas que possuem esclerose múltipla, os portadores do mal de Alzheimer, as pessoas em coma, alguns deficientes mentais, etc).

De acordo com Rui Nunes (2016, p.33): “todo o ser humano, pela circunstância de ser parte integrante da nossa espécie biológica, possui uma dignidade própria que impede a sua utilização com outra finalidade que não seja a promoção da sua realização pessoal”. Assim pode-se considerar que, biologicamente, a morte é um processo gradual, relacionado à finitude, porém, segundo Ramos (2013, p.13), “é o fim do ciclo da natureza, com ela ao mesmo tempo em que se destrói algo que existe, se abre espaço para a existência de algo novo”.

A medicina nos seus primórdios teve seu bojo constituído na luta pela vida, onde o sucesso era determinado pelo prolongamento do tempo de vida, vencendo a morte, esse fator impulsionou as pesquisas e o avanço científico nos segmentos de saúde. As novas tecnologias e técnicas propiciaram que a medicina e a ciência expandissem os limites da vida. Daí surgiram novos conflitos éticos, morais e religiosos na sociedade pós-moderna,

onde o núcleo permeia os limites para manutenção da vida diante de um quadro patológico irreversível, a possibilidade do indivíduo exercer a autonomia de escolher o momento de cessar as técnicas terapêuticas fúteis.

Esse entendimento é corroborado por Torres (2012, p.416) que destaca que a cultura da medicalização da vida, justificada pela concepção falaciosa da morte como resultado do fracasso do conhecimento e da técnica médica, gera e legitima abusos da onipotência de muitos profissionais da saúde que acreditam agir sob a égide de um falso dever de prolongar a vida a qualquer custo e de vencer a morte.

Kovacs (2003, p. 116) indaga se na atualidade é possível escolher a forma de morrer, indicando um processo de dignidade no morrer (relacionando a ortotanásia), que não corresponde ao apressamento da morte, eutanásia, ou ao prolongamento do processo com sofrimento ao morrer, distanásia. Segue adiante a conceituação de ortotanásia desenvolvida por Barroso e Martel (2010, p.7):

Trata-se da morte em seu tempo adequado, não combatida com os métodos extraordinários e desproporcionais utilizados na distanásia, nem apressada por ação intencional externa, como na eutanásia. É uma aceitação da morte, pois permite que ela siga seu curso. É prática "sensível ao processo de humanização da morte, ao alívio das dores e não incorre em prolongamentos abusivos com aplicação de meios desproporcionados que imporiam sofrimentos adicionais". Indissociável da ortotanásia é o cuidado paliativo, voltado à utilização de toda a tecnologia possível para aplacar o sofrimento físico e psíquico do enfermo. Evitando métodos extraordinários e excepcionais, procura-se aliviar o padecimento do doente terminal pelo uso de recursos apropriados para tratar os sintomas, como a dor e a depressão

Nesta celeuma, a Comissão Permanente de Protocolos de Atenção à Saúde da SES-DF – CPPAS (2018, p.3) destacou que "morrer com dignidade" inclui a qualidade intrínseca do valor inerente ao ser humano e também qualidades externas de conforto físico, autonomia, significado, espiritualidade e relacionamento interpessoal. De modo que a dignidade seja preservada no morrer.

RESOLUÇÃO CFM 1805/2006

Diante dos conflitos expostos acima e da inércia do sistema legislativo pátrio frente à discussão da morte digna, o Conselho Federal de Medicina publicou a Resolução CFM 1805/2006, permitindo aos médicos limitarem ou suspenderem procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente grave em fase terminal. Destarte, esta resolução garante a esses doentes os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal.

Esta resolução delimitou os limites ético-normativos para a classe médica diante de situações de terminalidade da vida, fundamentando-se no artigo 5, III, da Carta Magna. Anteriormente havia duas correntes doutrinárias que divergiam sobre a ortotanásia: uma que alegava ser a ortotanásia um homicídio, endossando um modelo médico paternalista em que a busca incessante pela vida destitui do paciente a condição de sujeito. Barroso e Martel (2010, p.9) explicam:

(...) tanto a eutanásia quanto a ortotanásia – aí compreendida a limitação do tratamento – constituiriam hipóteses de homicídio. No primeiro caso, na modalidade comissiva e, no segundo, na omissiva. O auxílio ao suicídio é tratado em tipo penal próprio. Nessa interpretação, que corresponde ao conhecimento convencional na matéria, a decisão do paciente ou de sua família de descontinuar um tratamento médico desproporcional, extraordinário ou fútil não alteraria o caráter criminoso da conduta. A existência de consentimento não produziria o efeito jurídico de salvaguardar o médico de uma persecução penal. Em suma: não haveria distinção entre o ato de não tratar um enfermo terminal segundo a sua própria vontade e o ato de intencionalmente abreviar-lhe a vida, também a seu pedido.

Essa interpretação violaria o princípio bioético basilar da autonomia da vontade, expondo o indivíduo portador de moléstia grave e incurável à situação de sofrimento e angústias, assim como o profissional que tem tolhida a sua liberdade de consciência profissional, sendo condicionado a condutas de obstinação terapêutica, promovendo a distanásia.

Na segunda corrente interpretativa, a ortotanásia é descrita como “deixar morrer”, uma conduta omissiva diante da situação específica de irreversibilidade definitiva da doença, como Torres (2012, p. 427-428) bem assevera:

Assim, se o médico não tem a possibilidade material de evitar a morte do doente, a sua conduta de suspender ou limitar determinados procedimentos destinados apenas para prolongar a vida não pode ser enquadrada no tipo do homicídio. Se não há esperada reversibilidade nem possível transitoriedade com relação à doença, não há falar em possibilidade de se evitar o resultado morte. Portanto, obviamente, não haverá tipicidade possível. Não é possível, juridicamente, admitir a caracterização do crime comissivo por omissão nessa hipótese.

Essa foi a linha interpretativa adotada pelo Conselho Federal de Medicina ao publicar a referida resolução que baliza a conduta médica do profissional médico diante de quadros clínicos terminais, possibilitando ainda a licitude dos cuidados paliativos³. Nos

³ A OMS a Organização Mundial de Saúde define cuidados Paliativos como “a assistência promovida por uma equipe multidisciplinar, que objetiva a melhoria da qualidade de vida do paciente e seus familiares, diante de uma doença que ameace a vida, por meio da prevenção e alívio do sofrimento, da identificação precoce, avaliação impecável e tratamento de dor e

cuidados paliativos o doente continuará a receber todos os cuidados, porém as medidas fúteis, ou tratamentos inúteis serão interrompidos, minimizando o sofrimento. Hirschleimer e Constantino (2007, p. 9) aduz: “cuidar inclui controlar os sintomas (medidas de alívio), definir o local onde os cuidados serão ministrados (domicílio, hospital ou serviços de Cuidados Paliativos) e quem irá efetuar-los (familiares ou equipe da instituição)”. Isso não significa abandonar o tratamento.

O entendimento do CFM segue consoante as determinações de órgãos mundiais como a Associação Médica Mundial (AMM), as da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) e as do Conselho Europeu e da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) e ordenamentos jurídicos adotados em países como Estados Unidos da América, Canadá, Espanha, México, Reino Unido, França, Itália, Suíça, Suécia, Bélgica, Holanda e Uruguai (BARROSO E MARTEL, 2010, p.12).

Os fenômenos da medicalização e a judicialização da vida, enfrentados nas questões relacionadas à saúde, especialmente no tocante à terminalidade da vida, são potencializados pelo fenômeno da sociedade espetáculo, como destacado por Barroso e Martel (2010, p.12), em que os meios de comunicação transmitem, em tempo real, os dilemas cotidianos. A ortotanásia é um comportamento validado inclusive pelo Papa João Paulo II que afirmou:

[...] distinta da eutanásia é a decisão de renunciar ao chamado excesso terapêutico, ou seja, a certas intervenções médicas já inadequadas à situação real do doente, porque não proporcionadas ao resultado que se poderia esperar ou ainda porque demasiado gravosas para ele e para a sua família. (...) A renúncia a meios extraordinários ou desproporcionados não equivale ao suicídio ou à eutanásia; exprime, antes, a aceitação da condição humana defronte à morte.⁴

Importa destacar que a referida resolução não contempla e nem legitima a morte com intervenção como seria na eutanásia e no suicídio assistido. O morrer constitui o ciclo da vida e não há que se falar em vida digna se o morrer for marcado por angústias e intenso sofrimento. Surge a possibilidade de exteriorização da vontade dos assuntos que cercam a fase final de vida em um documento reconhecido juridicamente que extrai da família, ou do responsável legal a necessidade de decidir e o sentimento de culpa pois tais conflitos foram dirimidos ao longo da vida.

demais sintomas físicos, sociais, psicológicos espirituais”. Esse conceito foi definido pela OMS em 1990 e atualizado em 2002. PALLIATIVE CARE. **Cancer control : knowledge into action : who guide for effective programmes**. Disponível em: <<http://www.who.int/entity/cancer/media/FINAL-PalliativeCareModule.pdf>>. Acesso em 11 out. 2019.

⁴ Texto extraído do artigo in “O direito de morrer em paz e com dignidade”, in Boletim IBCCRIM n. 172, ano 14, março/2007.

2. DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

As Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV) são um documento no qual uma pessoa registra as suas instruções pessoais relativas aos tratamentos que quer ou não receber numa situação de fim de vida, caso esteja incapaz de expressar a sua própria vontade. Nesse documento deve ainda constar a nomeação de uma ou mais pessoas para representá-la (BURLÁ, AZEVEDO, PY, 2018, p. 66). Constituem um gênero de documento que surgiu nos Estados Unidos da América em 1991, com a *Patient Self Determination Act (PSDA)*, uma lei que dispôs em uma seção sobre as *advanced directives*, gênero de documento de manifestação de vontade para tratamento médico, que possui duas espécies: o *living will* e o *durable power of attorney for health care*. No Brasil, esse documento é denominado Diretivas Antecipadas da Vontade (DADALTO, 2018, p. 224).

No Brasil as espécies de DAV são o testamento vital, documento pelo qual o próprio paciente define os tratamentos que ele deseja ou não ser submetido; e o mandato duradouro que consiste em um documento no qual o paciente nomeia um terceiro para tomar decisões em seu próprio nome, na situação em que não puder fazê-lo. Dadalto (2018, p. 224) destaca que os “documentos como conformadores da autonomia do paciente em fim de vida, que permite o exercício da autodeterminação desses sujeitos mesmo quando eles não puderem mais, autonomamente, manifestar suas vontades, visto a existência de vontade própria”.

Destaca-se a autonomia do indivíduo como pressuposto básico e fundamental das DAV que representam uma conquista civilizacional de uma sociedade democrática e plural (NUNES e MELO, 2011, p. 24). No Brasil não há legislação que regulamenta a aplicação das diretivas antecipadas de vida, causando o sentimento de insegurança jurídica aos profissionais de saúde e nas instituições que prestam assistência de saúde. Buscando direcionar a prática médica, o Conselho Federal de Medicina (CFM) elaborou a Resolução CFM 1.995/2012 que, associada às Resoluções CFM 1.805/2006 e 1.931/2009, reconhece inequivocamente a promoção e respeito da autonomia do paciente:

CONSIDERANDO a necessidade, bem como a inexistência de regulamentação sobre diretivas antecipadas de vontade do paciente no contexto da ética médica brasileira;

CONSIDERANDO a necessidade de disciplinar a conduta do médico em face das mesmas;

CONSIDERANDO a atual relevância da questão da autonomia do paciente no contexto da relação médico-paciente, bem como sua interface com as diretivas antecipadas de vontade;

CONSIDERANDO que, na prática profissional, os médicos podem defrontar-se com esta situação de ordem ética ainda não prevista nos atuais dispositivos éticos nacionais;

CONSIDERANDO que os novos recursos tecnológicos permitem a adoção de medidas desproporcionais que prolongam o sofrimento do paciente em estado terminal, sem trazer benefícios, e que essas medidas podem ter sido antecipadamente rejeitadas pelo mesmo (CFM, Resolução 1995, 2012, p.1)

Burlá, Azevedo, Py (2018, p.68) destacam que, pelas referidas resoluções, agora é possível que a pessoa doente no Brasil mantenha-se como protagonista da sua história até o momento da morte, ditando quais intervenções serão feitas e aquelas que serão evitadas ou suspensas.

O emprego das DAV ainda é tímido e incomum. Apenas uma minoria da população em idade legal tem uma DAV. Acredita-se que, através de campanhas que promovam a redação das DAV e da conscientização profissional quanto à importância do respeito à autonomia do paciente, finalidade máxima desse documento, a aplicação das DAV possa, a pouco e pouco, tornar-se cada vez mais corriqueira. (BURLÁ, AZEVEDO, PY, 2018, p. 68)

2.1 Testamento Vital (*Living Will*)

O testamento vital é definido por Pereira (2015, p. 684) como um "ato jurídico pessoal, unilateral, gratuito e irrevogável pelo qual uma pessoa em pleno gozo de sua capacidade mental, manifesta sua vontade quanto ao tratamento que deseja receber ou deixar de recebê-lo". Essa nomenclatura recebe muitas críticas. Dadalto (2015, p. 97) elucida que "a nomenclatura testamento vital é fruto de errôneas e sucessivas traduções de *living will*. " Destaca a controvérsia que se dá em razão da incompatibilidade das características do testamento vital com a característica principal do testamento civil, que é o de produzir seus efeitos *mortis causa*, ou seja, somente após a morte do testador (DADALTO, 2015, p. 97). Silva (2016) conclui que o testamento vital não tem efeitos de natureza patrimonial e não produz efeitos *post mortem*, mas durante a vida de seu autor.

Nunes (2012, p. 254) apresenta os fundamentos essenciais de Henry Perkins a respeito do Testamento Vital:

1. Contribuição para a autonomia dos doentes, reforçando o exercício do seu legítimo direito à autodeterminação em matéria de cuidados de saúde, nomeadamente no que respeita à recusa de tratamentos desproporcionados;
2. Facilitação do planeamento do cuidado, ou seja, do planeamento do momento da morte, dado que esta, por diversas ordens de razões, é pura e simplesmente ignorada pela maioria das pessoas e por muitos profissionais de saúde.

A validade do Testamento Vital é discutida constantemente nas pesquisas jurídicas pela lacuna legal do ordenamento jurídico pátrio. Silva (2016, s/p) coaduna princípios constitucionais para demonstrar a aceitabilidade desse instrumento:

Com efeito, é assegurado na CRFB as garantias principiológicas que autorizam a validade das denominadas diretivas antecipadas de vontade no âmbito do sistema normativo vigente. Desse modo, tem-se como princípios constitucionais assecuratórios do testamento vital, primeiramente o metaprincípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), combinado com os princípios da autonomia privada, identificado implicitamente no art. 5º e o da proibição a tratamento desumano (art. 5º, III). Os referidos princípios constitucionais expressam de forma peremptória os valores paradigmáticos nos quais são respaldadas as diretivas antecipadas de vontade. A temática do biodireito e da bioética, especialmente no que tange a ordem de princípios éticos-legais que lhes dão substrato, são juntamente com as garantias constitucionais referidas, os instrumentos que inserem o instituto do testamento vital no plano de validade e eficácia do ordenamento jurídico brasileiro.

Apesar do respaldo dado pelo Conselho Federal de Medicina, o cumprimento das Diretivas Antecipadas de Vontade no âmbito hospitalar ainda é cercado de insegurança e dogmas pelos profissionais que estão na linha de frente do cuidado. Bobbio (2016, p. 33) aponta que a “medicina atual se preocupa mais com a doença do que com o doente”, indicando um prolongamento sofrido da vida. Dadalto (2018, p. 227) identifica três pontos que dificultam a aplicabilidade das determinações contidas no testamento vital: 1) morte do paciente como derrota profissional – culturalmente a morte é apontada como insucesso terapêutico; 2) receio das repercussões legais – os profissionais relatam receio de punições legais diante de conflitos suscitados no judiciário; 3) falta de tempo para tratar do assunto – durante as consultas médicas; 4) terminologia ambígua que gera ruídos na comunicação; 5) esperança dos familiares: relacionados a fatores filosóficos, sociais, morais, culturais e religiosos. Os desafios de validação desse instrumento na prática médica decorrem da falta de legislação sobre o tema.

CONCLUSÃO

Considerando a pesquisa realizada:

1. A dignidade no processo de morrer é um direito que surge do princípio da dignidade da pessoa humana, e não uma oposição ao direito à vida, eles se complementam.
2. O indivíduo que recusa uma terapia ou determinada técnica não desiste da vida, apenas desiste do sofrimento e da angústia. As Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV) não significam suspensão do tratamento, mas apenas das medidas fúteis diante de um cenário irreversível e terminal, priorizando a qualidade de vida.
3. Os órgãos internacionais são contundentes em diferenciar a eutanásia, suicídio assistido e ortotanásia, este último reconhecido em diversos países e coerente com valores morais, éticos e religiosos. Em um cenário em que a ortotanásia é adequadamente aplicada, a eutanásia torna-se ineficaz e excepcional.
4. É necessária uma legislação sobre o tema, para que os instrumentos possam ser aplicados e difundidos com segurança.

O tema é amplo e não se esgota com esse artigo, aspectos como a liberdade dos profissionais de saúde e os instrumentos de diretivas são um vasto campo para novas pesquisas.

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando. Morte Digna: direito natural do ser humano. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v.8, n.1, 173-187, mar-jun 2007.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. **A Morte como Ela É: dignidade e autonomia individual no final da vida**. Disponível em: http://osconstitucionalistas.com.br/Artigos/A_Morte_Como_Ela_E-Barroso_Martel.pdf. Acesso em: 05 out 2019.

BOBBIO, Mario. **O Doente Imaginado: os riscos de uma medicina em limite**. São Paulo: Bamboo Editorial, 2016.

BURLÁ, Claudia; AZEVEDO, Daniel; PY, Ligia. **Diretivas Antecipadas de Vontade: Autonomia como Princípio e Cidadania**. Disponível em: http://www.tre-rj.gov.br/eje/gecoi_arquivos/arq_145177.pdf. Acesso em: 05 out 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM n. 1.995/2012**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>. Acesso em: 14 de out.2019.

CPPAS, Comissão Permanente de Protocolos de Atenção à Saúde da SES-DF. **Diretriz Para Cuidados Paliativos Em Pacientes Críticos Adultos Admitidos Em Uti: norteando as prioridades de cuidado**. Disponível em: http://www.saude.df.gov.br/wp-content/uploads/2018/04/6.-Cuidados_Paliativos_em_UTI.pdf. Acesso em: 05 out 2019.

CUNHA, Lorena Rodrigues Belo da; NASCIMENTO, Simone Murta Cardoso do. **Eutanásia como decorrência do Sofrimento Psíquico**. In SÁ, Maria de Fatima Freire de, NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SOUZA, Iara Antunes (coord.). *Direito e Medicina: Autonomia e Vulnerabilidade em Ambiente Hospitalar*. São Paulo: Editora Foco, 2018.

DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DADALTO, Luciana. **Os Desafios Ético-Jurídicos Para O Cumprimento Das Diretrizes Antecipadas de Vontade no Âmbito-Hospitalar**. In SÁ, Maria de Fatima Freire de, NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SOUZA, Iara Antunes (coord.). *Direito e Medicina: Autonomia e Vulnerabilidade em Ambiente Hospitalar*. São Paulo: Editora Foco, 2018.

HIRSCHHEIMER, Mario Roberto; CONSTANTINO, Clovis. Francisco. **O Direito de Morrer em Paz e com Dignidade**. Boletim IBCCRIM, n. 172, mar, São Paulo, SP, p. 9 - 11, 01 mar. 2007.

JOSÉ, Priscilla Curti. **O 'Testamento Vital': Direitos Do Paciente E Os Cuidados Paliativos**. Disponível em: file:///C:/Users/ADMIN/Downloads/41996-121339-2-PB.pdf. Acesso em: 05 out 2019.

KOVÁCS, Maria Julia. Bioética nas Questões da Vida e da Morte. **Psicologia USP**. São Paulo, v.1, n.2, p.115-167, 2003. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/242247769_Bioetica_nas_questoes_da_vida_e_d_a_morte. Acesso em: 05 out 2019.

MASSAROLI, Fabio; FABRO, Roni Edson. **As Diretivas Antecipadas de Vontade na Jurisprudência Brasileira**. Disponível:

<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI257492,51045->

[As+diretivas+antecipadas+de+vontade+na+jurisprudencia+brasileira](https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI257492,51045-As+diretivas+antecipadas+de+vontade+na+jurisprudencia+brasileira). Acesso em: 05 out 2019.

NUNES, RUI. Testamento Vital. **Revista Nascer e Crescer**. Porto, v.XXI n.4, 250-255, 2012.

NUNES, Rui. **Diretivas antecipadas de vontade**. Brasília: CFM / Faculdade de Medicina da Universidade do Porto, 2016.

NUNES, Rui; MELO, Helena Pereira. **Testamento Vital**. Coimbra: Almedina, 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de Direito da Família e Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

RAMOS, Ana Virginia Gabrich Fonseca Freire. **Vida Humana: da manipulação genética à neurogenia**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2015.

SILVA, Sergio Viana da. **Testamento Vital: Perspectivas de admissibilidade no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em:

http://www.editoramagister.com/doutrina_27222030_TESTAMENTO_VITAL_PERSPECTIVAS_DE_ADMISSIBILIDADE_NO_ORDENAMENTO_JURIDICO_BRASILEIRO.aspx.

Acesso em 04 out 2019.

SIQUEIRA, José Eduardo de; PESSINI, Leocir Pessini. **Aspectos Éticos sobre a Terminalidade da Vida no Brasil**. In: CARVALHO, Ricardo Tavares de; PARSONS, Henrique Afonseca. Manual de Cuidados Paleativos ANCP. 2.ed. Porto Alegre: Solos Editoração & Designe Gráfico, 2012.

TORRES, José Henrique Rodrigues. **Ortotanásia não é homicídio, nem eutanásia. Quando deixar morrer não é matar**. In: CARVALHO, Ricardo Tavares de; PARSONS,

Henrique Afonseca. **Manual de Cuidados Paleativos ANCP**. 2.ed. Porto Alegre: Solos
Editoração & Designe Gráfico, 2012.

O PAPEL DA FAMÍLIA NA PROTEÇÃO DA INTIMIDADE E PRIVACIDADE DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES NAS REDES SOCIAIS

Anna Carolina Cudzynowski¹; Jorge Shiguemitsu Fujita²

Resumo: O presente artigo visa a estudar a importância e necessidade de vigilância das redes sociais das crianças e adolescentes no mundo contemporâneo, sendo que tal tarefa é de incumbência da família, da sociedade e do Estado que tem por obrigação legal zelar pela integridade física e psíquica dos menores de idade. Na sociedade da informação, as redes sociais ganharam destaque, eis que se trata de uma das principais formas de se estabelecer o diálogo e de manifestação do pensamento, necessitando assim de cuidados e limites, para se evitar qualquer afronta aos direitos fundamentais dos próprios usuários e de outrem. O método que será utilizado foi o jurídico-teórico e o raciocínio dedutivo.

Palavras-chave: Família; redes sociais; intimidade; privacidade; direitos fundamentais; sociedade da informação.

THE ROLE OF THE FAMILY IN PROTECTING THE INTIMACY AND PRIVACY OF CHILDREN AND ADOLESCENTS IN SOCIAL NETWORKS

Abstract: This article aims to study the importance and need of surveillance of social networks of children and adolescents in the modern world, and this task is the responsibility of the family, which has the legal obligation to ensure the physical and mental integrity of children under age. In the information society, social networks have gained prominence, as one of the main ways to establish dialogue and manifestation of

¹ Mestranda em Direito da Sociedade da Informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU (São Paulo). Pós-graduada em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUCSP. Advogada. Membro do Grupo de Pesquisa “Família, Grupos Sociais e Informação” da FMU, liderado pelo Professor Doutor Jorge Shiguemitsu Fujita. E-mail: anna_cudzynow@hotmail.com CV: <http://lattes.cnpq.br/1010856142782731>. <https://orcid.org/0000-0003-0632-1641>.

² Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Titular de Direito Civil dos Cursos de Graduação e de Pós-Graduação lato sensu do Curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU (São Paulo). Professor Doutor do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Professor do Curso de Pós-Graduação lato sensu da Faculdade de Direito da Universidade Estadual de Londrina – UEL (PR). Professor do Curso de Pós-Graduação lato sensu da Escola Superior de Advocacia (ESA) da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo. Parecerista, consultor jurídico e advogado. E-mail: jorge.fujita@fmu.br. CV: <http://lattes.cnpq.br/5202705522000286>. <https://orcid.org/0000-0002-0354-8974>.

thought, thus requiring care and limits, to avoid any affront to the fundamental rights of users themselves and others. The method that will be used was the theoretical legal and deductive reasoning.

Keywords: Family; social networks; intimacy; privacy; fundamental rights; information society.

INTRODUÇÃO

Segundo prescreve o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA- Lei 8.069/1990), considera-se criança, a pessoa com até doze anos incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade, sendo dever da família, da sociedade e do Estado zelar, de forma prioritária, pelos direitos e garantias fundamentais de tais indivíduos, destacando-se o direito à vida, à dignidade, à educação, à cultura, dentre outros.

Dessa forma, em tempos de Sociedade da Informação, as relações humanas estão sendo cada vez mais digitais do que físicas, e a ferramenta mais utilizada para a troca de ideias, exposição do pensamento, circulação de conteúdos são as redes sociais, que estão cada vez mais populares no mundo contemporâneo. Difícil a pessoa que não possua uma rede social, seja *Facebook*, *Instagram*, *Twitter*, *Tumblr*, dentre outros.

A grande questão é que crianças e adolescentes cada vez mais têm participado das redes sociais, sendo correto afirmar que há aspectos positivos e negativos, destacando-se que são favoráveis e excelentes para comunicação e interação pessoal. Contudo, o uso inadequado pode causar danos na esfera psíquica, física, moral e intelectual dos menores de idade, afrontando direitos da personalidade, tais como a honra, privacidade e intimidade, tendo em vista que ainda não possuem maturidade e desenvolvimento psíquico suficiente para encarar uma rede social tão ampla e heterogênea.

Dessa forma, no primeiro tópico do presente trabalho, é tratada a questão da sociedade da informação, com o advento da *Internet* e das redes sociais, analisando tanto seus aspectos positivos quanto negativos. O segundo tópico estuda a proteção internacional, constitucional e legal que o ordenamento jurídico reserva às crianças e aos adolescentes, demonstrando a relevância e importância do tema. No tópico seguinte, verifica-se a temática do uso das redes sociais pelas crianças e adolescentes, estudando os danos que tal uso pode gerar, definindo de maneira precisa alguns direitos fundamentais que poderão ser afrontados pelo mau uso, tais como a intimidade, privacidade e a honra, assim como os limites que devem ser impostos, especialmente pela família aos jovens usuários das redes.

1. SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO, INTERNET E REDES SOCIAIS

Nas últimas décadas, o mundo tem vivenciado o fenômeno da globalização, que é decorrente dos avanços tecnológicos e que trouxe enormes benefícios para a sociedade como um todo, por meio da facilitação ao acesso à informação e, muitas vezes, ao conhecimento, de forma praticamente imediata, ocasionando, assim, o rompimento das barreiras físicas e geográficas, sendo a *Internet* a ferramenta mais popular e utilizada pelos usuários na era da informação.

Nas palavras de Cineiva Campoli Paulino Tono, a partir da década de 1990, ocorreu a expansão da *internet* em todo o mundo como uma tecnologia dotada de mecanismos para o armazenamento, a troca e a divulgação de dados e informações, aliando os recursos da informática e da telecomunicação.³

Assim, a *internet*, que é meio pelo qual a informação é transmitida, passou a ser considerada um poder nas mãos de quem a possui, tendo em vista a ampla gama de possibilidades que esta proporciona em todas relações existentes, seja pessoal, comercial, etc. A *internet* e os meios tecnológicos necessários a seu acesso atualmente são questões centrais na vida social, econômica e política dos seres humanos, sendo indispensáveis para o exercício dos direitos e liberdades na sociedade pós-moderna.

É possível entender a *internet* como uma criação humana que oferece possibilidades diversas de expressão, sendo um espaço de manifestação multicultural.⁴

Nessa toada, com o amplo acesso à informação, vivencia-se a sociedade da informação, sociedade do conhecimento, ou, segundo o sociólogo espanhol, Manuel Castells, sociedade em rede. Barreto Junior define a Sociedade em rede como um novo padrão de sociabilidade humana, que resulta das transformações dos paradigmas sociais, econômicos, tecnológicos, culturais e jurídicos, inauguradas com o advento da Sociedade da Informação.⁵

Assim, sob o ponto de vista de Pierre Lévy, a cada minuto que passa, novas pessoas passam a acessar a *Internet*, novos computadores são interconectados, novas informações

³ TONO, Cineiva Campoli Paulino. **Tecnologia e Dignidade Humana- Mecanismos de Proteção das Crianças e Adolescentes na era digital**. Curitiba: Juruá, 2017, p. 23.

⁴ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. A sociedade da Informação e o Meio Ambiente Digital em face do Exercício da Cidadania e Dignidade do Adolescente como Pessoa Humana. CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley; LEITE, Flávia Piva Almeida; LISBOA, Roberto Senise (coord). **Direito da Infância, juventude, idoso e pessoas com deficiência**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 91.

⁵ BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Proteção da Privacidade e de Dados Pessoais na Internet: O Marco civil da rede examinado com fundamento nas teorias de Zygmunt Bauman e Manuel Castells. SIMÃO FILHO, Adalberto (org). **Direito E Internet III – Marco Civil Da Internet Lei 12.965/2014 TOMO I**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 407.

são injetadas na rede. Quanto mais o ciberespaço se amplia, mais ele se torna “universal”, e o mundo informacional se torna totalizável.⁶

Nesse sentido, atualmente, por intermédio da conexão à *internet*, uma das formas mais utilizadas para o diálogo, troca de ideias e manifestação do pensamento são as redes sociais, que possibilitam que os usuários se conectem onde quer que estejam de forma instantânea/ imediata.

Segundo Raquel Recuero, as redes sociais são as estruturas dos agrupamentos humanos, constituídas pelas interações, que constroem os grupos sociais. Nessas ferramentas, essas redes são modificadas, transformadas pela mediação das tecnologias e, principalmente, pela apropriação delas para a comunicação.⁷

As redes sociais facilitam a aproximação entre as pessoas, permitem que cada indivíduo faça uma publicação ou postagem de qualquer tipo de conteúdo e que, dependendo do tamanho da sua rede de contatos, irá atingir um número inimaginável de pessoas ao redor do mundo.⁸

Pode-se afirmar que as redes sociais, o mais famoso instrumento de troca de ideias e manifestação do pensamento dos dias atuais, ou seja, da sociedade da informação, possui aspectos positivos e negativos.

No âmbito positivo, as redes sociais possuem a capacidade de aglutinar e reunir pessoas, e exposição de ideias, inclusive de cunho educacional, facilitação de acesso a diversos conteúdos, comércio eletrônico, interação social, dentre outros.

Por outro lado, as redes sociais também apresentam aspectos negativos, e, nessa linha, nas palavras de Faustino:

Elas possuem a capacidade de aglutinar e reunir pessoas; permitem a exposição da vida particular (espetacularização) sem compromisso com os resultados que isso pode implicar; facilitam o exercício de um individualismo exacerbado, mesmo dentro e um ambiente que estimula a interação coletiva; dão outro sentido ao conceito de informação, já que a difusão e criação desse conteúdo pode caber à qualquer pessoa conectada nas redes e; permitem que cada indivíduo em sua própria completude apenas mostre fragmentos do seu próprio eu, criando a possibilidade de não correlação do perfil no interior a rede social com a real manifestação desse indivíduo dentro de uma noção de realidade efetiva.⁹

⁶ LEVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 113.

⁷ RECUERO, Raquel. **Redes sociais na internet**. Porto Alegre: Editora Sulina, 2009, p. 47.

⁸ FAUSTINO, André. **Fake News e a liberdade de expressão nas redes sociais na Sociedade da Informação**. 2018. Tese (Mestrado em Direito), Faculdades Metropolitanas Unidas, São Paulo, 2018, p. 49.

⁹ FAUSTINO, André. **Fake News e a liberdade de expressão nas redes sociais na Sociedade da Informação**. 2018. Tese (Mestrado em Direito), Faculdades Metropolitanas Unidas, São Paulo, 2018, p. 58.

Denota-se que todos que fazem uso das redes sociais estão sujeitos ao seu lado obscuro, caso seja utilizada de forma ilimitada e sem qualquer responsabilidade e senso por parte dos usuários, ou até mesmo de terceira pessoa, que poderá divulgar conteúdos sem autorização, expor a vida do outro, sendo prejudicial a diversas searas da vida, seja na pessoal, profissional, acadêmica, etc.

Assim, conforme será exposto no tópico a seguir, merece total atenção a figura das crianças e adolescentes, bem como o acesso de tais sujeitos às redes sociais, que, mediante o uso de tal ferramenta eletrônica, assumirão um posto de comando ao caminhar da maneira cega e visivelmente inconsequente, valendo-se de recursos praticamente desconhecidos.

2. A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL, INTERNACIONAL E LEGAL DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

A Constituição Federal de 1988 dispõe, por meio de seu artigo 227, que crianças e adolescentes formam um grupo de pessoas que merecem atenção especial, possuindo direitos específicos e demandam proteção especial tanto da família, da sociedade e do Estado. Nesse sentido, segue abaixo a transcrição completa do artigo constitucional em comento:

Artigo 227, caput: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.¹⁰

A Constituição Federal, na linha que estabelece sobre a dignidade da pessoa humana, não se olvidou daqueles que objetivamente necessitam de tratamento desigual, exatamente para assegurar o princípio de “tratar desigualmente os desiguais”, como se depreende do que estabelece o princípio da igualdade em todas as Cartas pós-modernas.¹¹

A Carta Magna dispõe também em seu artigo 229, que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. Conforme preceitua Ives Gandra da

¹⁰ BRASIL, Constituição Federativa da República do Brasil, São Paulo, Saraiva, 2018, p. 158.

¹¹ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. A sociedade da Informação e o Meio Ambiente Digital em face do Exercício da Cidadania e Dignidade do Adolescente como Pessoa Humana. CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley; LEITE, Flávia Piva Almeida; LISBOA, Roberto Senise (coord). **Direito da Infância, juventude, idoso e pessoas com deficiência**. São Paulo, Atlas, 2014, p. 109.

Silva Martins, tal dispositivo constitucional é de conteúdo programático, que, todavia, merece encômios, por veicular princípio de direito natural da obrigação dos pais de cuidarem de seus filhos menores e dos filhos maiores de cuidarem de seus pais na velhice, carência ou enfermidade, vale dizer, valorizando o sentido da união familiar.¹²

Antonio Jorge Pereira Júnior destaca também os documentos de caráter internacional destinados à proteção das crianças e adolescentes e que serviram de moldura à disciplina pátria, em especial para a edição do Estatuto da Criança e Adolescente:

A Declaração de Genebra, de 1924 (onde se declarou a necessidade de proclamar à criança uma proteção especial); a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 8 de dezembro de 1948, que destaca para a criança o direito a cuidados e assistência especiais; a Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1959, na qual se faz menção à proteção especial e se diz que os Estados deverão criar políticas legislativas visando a atender ao interesse superior da criança; a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, ratificada pelo Brasil em novembro de 1992, por meio do Decreto nº 678, dispondo, no art. 19 que “ toda criança tem direito às medidas de proteção que sua condição de menor requer, por parte da família, da sociedade e do Estado”; a Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, de 1989- 30 anos após a Declaração que, diferentemente desta, vinculava apenas moralmente-, assimilada pelo sistema nacional com o Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990; as Regras de Beijyng, estabelecidas na Assembleia Geral da ONU de 29 de novembro de 1985 (Resolução 40.33), definindo normas para a administração da Justiça da Infância e da Juventude; as Diretrizes de Riad, a respeito da prevenção à delinquência juvenil e Regras mínimas das Nações Unidas da ONU de 1990.¹³

Nessa toada, após dois anos da promulgação da Constituição Federal, foi sancionada a Lei 8.069/1990, conhecida como ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) que busca regulamentar de forma detalhada os princípios estabelecidos no artigo 227 da CF, dispondo, dentre outros, do artigo 7º a 14, o direito à vida e à saúde, do artigo 15 ao 18, o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, e, do artigo 19 ao 52-D, o direito à convivência familiar e comunitária.

Em seus artigos, o texto legal do Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA tem como ponto de partida o princípio da proteção integral, ou seja, crianças e adolescentes devem ser protegidos e assistidos pelo Estado, pela família e pela sociedade com prioridade e garantias de direitos básicos.

¹² MARTINS, Ives Gandra da Silva. A Criança, o Idoso e o Deficiente na Constituição Federal. CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley; LEITE, Flávia Piva Almeida; LISBOA, Roberto Senise (coord). **Direito da Infância, juventude, idoso e pessoas com deficiência**. São Paulo, Atlas, p. 19.

¹³ PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge. Sistema e rede de proteção dos direitos da criança e do adolescente. Centralidade do Conselho Tutelar. CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley; LEITE, Flávia Piva Almeida; LISBOA, Roberto Senise (coord). **Direito da Infância, juventude, idoso e pessoas com deficiência**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 65.

Merece destaque o artigo 70, do referido diploma legal que estabelece o direito da prevenção, no sentido de que é dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente.

Nas palavras de Miguel Machado, o Direito da Criança e do Adolescente adotou a Doutrina da Proteção Integral, forçando o reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos, não mais como *res*, dotados de características especiais. Nesse contexto vale mencionar que as crianças e adolescentes são seres completos, mas que se encontram (e tão somente isso) em situação de desenvolvimento.¹⁴

Assim, verifica-se que as crianças e adolescentes possuem atenção especial, uma vez que a infância e a adolescência são períodos críticos, extremamente importantes e muitas vezes decisivos para o desenvolvimento mental e físico de tais sujeitos, de vez que nessa fase de desenvolvimento humano, além das implicações de cunho fisiológico, têm-se também as de cunho psíquico, já que o organismo jovem encontra-se especialmente sensível a influências de fatores ambientais e comportamentos de natureza positiva como negativa.

Segundo Fiorillo, com um capítulo destinado à criança, ao adolescente, pretendeu o Texto Magno assegurar algumas prerrogativas fundamentais às pessoas humanas em períodos particularmente sensíveis de sua existência.¹⁵

Dessa forma, tais sujeitos merecem destaque, haja vista estarem em fase de crescimento, seja físico e mental, ainda não possuindo o discernimento necessário e suficiente para a tomada de decisões e, por intermédio da educação, convivência família, dentre outros fatores, o amadurecimento alcançará o grau máximo e se tornará adulto para a prática dos atos da vida civil.

Portanto, no atual mundo globalizado, mediado pela tecnologia, que ensejou a facilitação de acesso de todos, independentemente da idade, aos conteúdos digitais, merecendo destaque as redes sociais, é dever, especialmente da família, em zelar, monitorar, controlar, ou até mesmo, proibir o acesso a tais conteúdos, pois o mau uso poderá ser irreversível e afetará direitos da personalidade estritamente importantes e condutores da vida humana.

¹⁴ MACHADO, Miguel. A Classificação Etária indicativa e o Direito de Informação no Estado Democrático de Direito. CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley; LEITE, Flávia Piva Almeida; LISBOA, Roberto Senise (coord). **Direito da Infância, juventude, idoso e pessoas com deficiência**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 120.

¹⁵ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. A sociedade da Informação e o Meio Ambiente Digital em face do Exercício da Cidadania e Dignidade do Adolescente como Pessoa Humana. CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley; LEITE, Flávia Piva Almeida; LISBOA, Roberto Senise (coord). **Direito da Infância, juventude, idoso e pessoas com deficiência**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 109.

3. O USO DAS REDES SOCIAIS PELAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Conforme já mencionado no tópico número um, impulsionada pela Revolução Tecnológica, a sociedade da informação é um fenômeno propulsor de mudanças e fez com que grande parte dos relacionamentos humanos seja realizada através da *internet* e, mais especificamente, das redes sociais. Nessa linha, Manuel Catells salienta que:

A mais profunda transformação social promovida pela internet ocorreu na primeira década do século XXI com a passagem da interação individual e empresarial na internet (o uso do correio eletrônico, por exemplo), para a construção autônoma das redes sociais controladas e guiadas por seus usuários. Teve origem em aperfeiçoamentos na banda larga e no software social, e também no surgimento de uma ampla gama de sistemas de distribuição que alimentam as redes de internet.¹⁶

A *internet*, grande teia que anula as distâncias da informação, é responsável por mudanças que se refletem na sociedade como um todo. A inexistência de fronteiras e a impossibilidade de delimitar lugares fazem do ciberespaço uma ferramenta instigante e complexa.¹⁷

Segundo a psicanalista Adela Stoppel Gueller, o acesso ao mundo virtual nos dá a ilusão de um domínio facilitado, o que poupa a subjetividade do trabalho da construção. Não nos faz esperar, alimenta nossos olhos, não nos incomoda com perguntas nem discorda de nossas opiniões. Oferece tudo ao alcance do polegar.¹⁸

Os avanços tecnológicos trouxeram inúmeros benefícios às novas gerações, todavia, percebe-se que nem só benesses essa influência proporciona para a sociedade como um todo. Nesse sentido, segundo Bauman:

A globalização está na ordem do dia; uma palavra da moda que se transforma rapidamente em um lema, uma encantação mágica, uma senha capaz de abrir as portas de todos os mistérios presentes e futuros. Para alguns, “globalização” é o que devemos fazer se quisermos ser felizes; para outros, é a causa da nossa infelicidade. Para todos, porém, “globalização” é o destino irremediável do mundo, um processo que nos afeta a todos na medida e da mesma maneira.

¹⁶ CASTELLS, Manuel. **Redes de Indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2017, p. 201.

¹⁷ AMARAL, Joseane. O ciberespaço: novos caminhos e aprendizagens na geração homo zeppiens. TEIXEIRA, Adriano Canabarro; PEREIRA, Ana Maria de Oliveira; TRENTIN, Marco Antonio Sandrini. **Inclusão Digital tecnologias e metodologias**. Salvador: Editora Edufba, 2013, p.26.

¹⁸ GUELLER, Adela Stoppel. Droga de celular! Reflexões psicanalíticas sobre o uso de eletrônicos. BAPTISTA, Angela; JERUSALINSKY, Julieta (org.) **Intoxicações Eletrônicas- O sujeito na era das relações virtuais**. Salvador: Álgama, 2017, p. 67.

Estamos todos sendo “globalizados”- e isso significa basicamente o mesmo para todos.¹⁹

A psicóloga Jaina SabelScheffer aduz que a *internet* hoje é um espaço aberto, acolhedor e descontraído. As pessoas agem como se estivessem sonhando com os olhos abertos, reduzindo as defesas e o senso crítico. Por isso, é impressionante a quantidade de ações que se pode executar na rede sem pensar muito nas consequências que tais atos podem causar.²⁰

Portanto, o que gera preocupação na atual geração é uso irrestrito e sem controle das redes sociais por parte das crianças e dos adolescentes, haja vista que as redes sociais estão ao alcance de todos, trazendo uma ampla liberdade, em especial dos jovens da atual geração que possuem facilidade no manuseio das ferramentas disponíveis na rede mundial de computadores.

Uma pesquisa divulgada no ano passado pelo Comitê Gestor da *Internet* no Brasil mostrou que 87% das crianças e adolescentes entre 9 e 17 anos têm perfil em redes sociais, e 68% acessam a *internet* mais de uma vez por dia. Segundo o estudo TIC Kids Online Brasil, 11% dos entrevistados entre 9 e 17 anos de idades acessaram a *internet* pela primeira vez antes dos 6 anos de idade.²¹

Assim, Cineiva Campoli Paulino Tono adverte que as crianças e os adolescentes devem ser protegidos até atingirem seu desenvolvimento pleno em todos os aspectos: físico (nas suas facetas constitutivas, motora, endócrina, da própria saúde, como situação dinâmica), psíquico, intelectual (cognitivo), moral, social e artísticos.²²

A mesma autora analisa a condição de uma criança e adolescente e chega à conclusão de que tais pessoas desprovidas do acompanhamento de um adulto responsável para o uso das tecnologias, nota-se o quanto o arcabouço do seu desenvolvimento humano e social está combalido e em risco nos quesitos culturais, educacionais, sociais, éticos, morais e até mesmo emocionais e sentimentais.²³

¹⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: As Consequências Humanas**. Rio de Janeiro, Zahar, 1999, p. 7.

²⁰ WOJCICKI, Jaina SabelScheffer; Adolfo, Luiz Gonzaga Silva. A (im) possibilidade jurídica de culpa concorrente ou culpa exclusiva da vítima na superexposição da própria imagem na sociedade da informação. SIQUEIRA, Natércia Sampaio. **Desafios à concretização dos Direitos fundamentais na sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 82.

²¹ Pais devem acompanhar o acesso de criança á internet, alertam especialistas.
<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-07/pais-devem-acompanhar-o-acesso-de-criancas-internet-alertam-especialistas> Acesso em: 02 out. 2019.

²² TONO, Cineiva Campoli Paulino. **Tecnologia e Dignidade Humana- Mecanismos de Proteção das Crianças e Adolescentes na era digital**. Curitiba, Jaruá, 2017, p. 32.

²³ TONO, Cineiva Campoli Paulino. **Tecnologia e Dignidade Humana- Mecanismos de Proteção das Crianças e Adolescentes na era digital**. Curitiba, Jaruá, 2017, p. 56.

Dessa forma, as crianças e os adolescentes devem ser instruídos, assistidos, orientados, monitorados no que tange ao uso da *internet*, em especial das redes sociais, seja em casa, na escola, na casa de amigos, para qualquer finalidade, até que atinjam a maioridade civil aos 18 anos, conforme preceitua o Código Civil Brasileiro.

Nesse sentido, salienta Tono acerca da acessibilidade na *web* por parte dos menores de idade:

Na atualidade, o desenvolvimento do potencial das crianças e adolescentes tem tido forte influência do uso cada vez mais precoce das tecnologias de informação e comunicação e da *internet*. Precocidade comprovada em mais uma publicação do CGI com os resultados de uma pesquisa que mapeou pela primeira vez os riscos a que os jovens brasileiros de 9 a 16 anos de idade estão expostos com o uso da *internet* na edição TIC Kids Online Brasil relativos ao acesso em 2012. O estudo indicou que o acesso à *internet* por crianças e adolescentes acontece cada vez mais cedo, 42% entre 9-10 anos, do total que acessam na infância. Precocidade extremamente preocupante.²⁴

Resta claro e evidente que as redes sociais são excelentes para comunicação, mas têm os seus riscos, destacando-se, dentre eles, o abuso sexual de crianças e adolescentes, tendo-se em vista que 20% dos casos de abuso começam nas redes sociais e os perfis *online* dão inúmeras informações ao abusador e ainda permitem contato direto com a vítima. Criar um perfil em uma rede social é extremamente fácil, podendo o abusador criar um perfil dentro da faixa etária das vítimas para aproximar-se delas.

Destaca-se também o *cyberbullying*, sendo que a rede permite a propagação rápida de arquivos, documentos, imagens e vídeos, fazendo com que o conteúdo se propague, tornando difícil ou até mesmo impossível a sua exclusão, pois o material pode ter sido enviado para inúmeras pessoas.

Por fim, tem-se também a exposição de conteúdos pessoais, sejam fotos ou arquivos de forma excessiva e pública. Algumas crianças e adolescentes também usam as redes sociais para expor opiniões de forma agressiva ou com linguagem inadequada.

Verifica-se que tais situações, seja o abuso sexual, *cyberbullying* ou até mesmo a exposição de conteúdos pessoais, poderão ocasionar a afronta aos mais variados direitos fundamentais da criança ou do adolescente, destacando-se o direito à vida, à intimidade, à privacidade e à honra, sem a exclusão de outros e, em especial, o da dignidade da pessoa humana. Um jovem que passou por esses sofrimentos poderá ter danos físicos, morais e psíquicos pela vida toda.

²⁴ TONO, Cineiva Campoli Paulino. **Tecnologia e Dignidade Humana- Mecanismos de Proteção das Crianças e Adolescentes na era digital**. Curitiba, Jaruá, 2017, p. 56.

A vida humana é o bem jurídico mais importante dentre todos os direitos constitucionalmente tutelados, afinal, estar vivo é um pressuposto elementar para usufruir dos demais direitos e liberdades garantidos na Constituição Federal.²⁵

No que se refere à proteção da vida digna, que expande o conceito de viver para além da simples subsistência física, temos uma íntima e indissociável relação com a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF).

Tal fundamento deve ser aplicado e respeitado em quaisquer situações, devendo ser o princípio norteador de todas as nações. Salaria Alexandre de Moraes o quanto segue:

O direito à vida, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparecem como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual.²⁶

No que se refere ao direito à privacidade, segundo Nathalia Masson, representa a plena autonomia do indivíduo em reger sua vida do modo que entender mais correto, mantendo em seu exclusivo controle as informações atinentes à sua vida doméstica (familiar e afetiva), aos seus hábitos, escolhas, segredos, etc., sem se submeter ao crivo (e à curiosidade) da opinião alheia.²⁷

Já a honra, nos dizeres de Paulo José da Costa Junior, não é só a consideração social, o bom nome e a boa fama, como o sentimento íntimo, a consciência da própria dignidade pessoal. Isto é, honra é dignidade pessoal refletida na consideração alheia e no sentimento da própria pessoa.²⁸

O mesmo autor ressalta que o direito à intimidade, pelo contrário, é o direito de que dispõe o indivíduo de não ser arrastado para a ribalta contra a sua vontade. De subtrair-se à publicidade e de permanecer recolhido na sua intimidade.²⁹

Dessa forma, um estudo realizado pelo Colégio Mario Schemberg³⁰ entendeu que a melhor forma de conseguir orientar as crianças e adolescentes quanto ao uso da rede social

²⁵ MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 6ª ed. Salvador: Revista dos Tribunais, 2018, p. 250.

²⁶ MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 34ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 60.

²⁷ MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 6. ed. Salvador: Revista dos Tribunais, 2018, p. 256.

²⁸ COSTA JUNIOR, Paulo José. **O Direito de Estar só - Tutela Penal da intimidade**. 4. ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 54.

²⁹ COSTA JUNIOR, Paulo José. **O Direito de Estar só - Tutela Penal da intimidade**. 4. ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 55.

³⁰ Como ensinar seus filhos a usar as redes sociais. Disponível em <http://colegiomarioschenberg.com.br/como-ensinar-seus-filhos-a-usar-as-redes-sociais/> Acesso em: 02 out. 2019.

é por meio do diálogo, explicar e mostrar os riscos à segurança. Também é possível utilizar *apps* para *smartphones* e dispositivos móveis que ajudam no controle parental. Eles são configurados para bloquear o acesso do usuário de acordo com a classificação etária, impedindo que criem contas em redes sociais não apropriadas para sua idade ou acessar *sites* de conteúdo adulto, sendo o monitoramento essencial para garantir a saúde e bem-estar das crianças e adolescentes *online*, mesmo que eles não gostem.

Nessa linha, o Presidente da organização não governamental Safernet, Thiago Tavares, entende que a melhor estratégia é o diálogo, a conversa franca e a relação de confiança que deve existir entre pais e filhos, seguindo com o seguinte entendimento:

Da mesma forma que você conversa com seus filhos sobre os riscos que existem ao sair na rua, na escola, no cinema, você diz para ele não aceitar bala de estranhos, você também deve orientá-lo em relação ao uso seguro da internet”, diz. Ele recomenda também o uso de versões customizadas de sites e aplicativos, que selecionam o conteúdo apropriado para crianças.³¹

A psicóloga Laís Fonenelle orienta aos pais a acompanharem os acessos virtuais dos filhos da mesma forma como é feito no mundo real. O mesmo cuidado que têm de ter na *internet* é o cuidado que têm de ter em um espaço público. Os pais têm de monitorar da mesma forma que monitoram a casa do amigo para a qual o filho vai, a praça que vai frequentar, a festa, porque é como se fosse um espaço público, só que virtual.³²

Com relação às crianças não alfabetizadas, a autora mencionada entende que o acesso à *internet* precisa sempre ser feito com a supervisão de um adulto. A mediação é imprescindível principalmente para crianças que não estão alfabetizadas. Elas vão com o dedinho no *touchscreen* [tela do celular ou *tablet*] e podem cair em um conteúdo que não é adequado para elas, e não têm a maturidade para lidar com o conteúdo que está ali.

Nesse diapasão, é correto afirmar que o uso das redes sociais não está totalmente proibido, devendo ser monitorado pela família, que tem o dever de proteger as crianças e adolescentes e preservar-lhes e garantir-lhes seus direitos, em especial os de caráter fundamental.

³¹Pais devem acompanhar o acesso de criança à internet, alertam especialistas.
<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-07/pais-devem-acompanhar-o-acesso-de-criancas-internet-alertam-especialistas> Acesso em: 02 out. 2019.

³² Idem.

4. CONCLUSÃO

Com o advento da Sociedade da Informação e, conseqüentemente, com a popularização e facilidade de acesso à *internet*, novas formas de relacionamentos foram instauradas, destacando-se assim as redes sociais, ambiente no qual a troca de informações, de ideias, de manifestação do pensamento é possível de forma livre e quase ilimitada.

Contudo, conforme amplamente demonstrado, as redes sociais possuem o lado obscuro na hipótese de não se saber utilizá-la com limites e precaução, restando claro que o acesso não monitorado e sem limites às redes sociais é prejudicial as crianças e adolescentes, algo inadmissível, haja vista ser dever da família, da sociedade e do Estado zelar e proteger tal grupo de pessoas e, em tempos de sociedade em rede, tal proteção se estende, sem sombra de dúvidas, às redes sociais.

Na hipótese de ocorrência de abuso sexual que é mais facilitado pelas redes sociais, de *cyberbullying* ou da exposição de conteúdos pessoais, alguns direitos fundamentais, dentre eles a intimidade, privacidade e honra, serão afrontados e desrespeitados, e, em especial o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, insculpido no artigo 1º, III, da Constituição Federal.

Portanto, pode-se concluir que crianças, ou seja, sujeitos com até 12 anos de idade incompletos deveriam ser proibidos de ter acesso a redes sociais, uma vez que ainda não possuem o discernimento necessário para encarar os conteúdos que as redes sociais disponibilizam, podendo, até sem querer, acessarem *sites* que não condizem com a sua idade. No mais, para se evitar eventual exclusão digital, algo que é totalmente prejudicial em tempos de sociedade em rede, na qual é possível ter acesso a conteúdos de cunho educacional, contribuindo para o conhecimento de cada um, no que tange aos adolescentes, o uso pode ser até liberado, mas devidamente monitorado pelos pais que possuem o dever constitucional e legal de proteger os filhos.

Assim, o uso sadio e controlado, ou seja, sem excessos, proporcionará apenas benesses, ao invés de ser o responsável por eventual afronta aos direitos fundamentais e da personalidade dos jovens usuários das redes sociais.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Angela; JERUSALINSKY, Julieta (org.) **Intoxicações Eletrônicas- O sujeito na era das relações virtuais**. Salvador: Álgama, 2017.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. **Proteção da Privacidade e de Dados Pessoais na Internet: O Marco civil da rede examinado com fundamento nas teorias de Zygmunt**

Bauman e Manuel Castells. SIMÃO FILHO, Adalberto (org). **Direito E Internet III – Marco Civil Da Internet Lei 12.965/2014 TOMO I**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 49. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: As Consequências Humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BENACCHIO, Marcelo; SANTOS, Queila Rocha Carmona. A Lei nº 12.968/14 como instrumento de promoção dos Direitos Humanos. SIMÃO FILHO, Adalberto (org). **Direito E Internet III – Marco Civil Da Internet Lei 12.965/2014 TOMO I**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

CASTELLS, Manuel. **Redes de Indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley; LEITE, Flávia Piva Almeida; LISBOA, Roberto Senise (coord). **Direito da Infância, juventude, idoso e pessoas com deficiência**. São Paulo: Atlas, 2014.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **O Direito de Estar só- Tutela Penal da intimidade**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FAUSTINO, André. **Fake News e a liberdade de expressão nas redes sociais na Sociedade da Informação**. 2018. Tese (Mestrado em Direito), Faculdades Metropolitanas Unidas, São Paulo, 2018.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. A sociedade da Informação e o Meio Ambiente Digital em face do Exercício da Cidadania e Dignidade do Adolescente como Pessoa Humana. CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley; LEITE, Flávia Piva Almeida; LISBOA, Roberto Senise (coord). **Direito da Infância, juventude, idoso e pessoas com deficiência**. São Paulo: Atlas, 2014.

GUELLER, Adela Stoppel. Droga de celular! Reflexões psicanalíticas sobre o uso de eletrônicos. BAPTISTA, Angela; JERUSALINSKY, Julieta (org.) **Intoxicações Eletrônicas- O sujeito na era das relações virtuais**. Salvador: Álgama, 2017.

LEVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 2010.

MACHADO, Miguel. A Classificação Etária indicativa e o Direito de Informação no Estado Democrático de Direito. CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley; LEITE, Flávia Piva Almeida; LISBOA, Roberto Senise (coord). **Direito da Infância, juventude, idoso e pessoas com deficiência**. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINS, Ives Granda da Silva. A Criança, o Idoso e o Deficiente na Constituição Federal. CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley; LEITE, Flávia Piva Almeida; LISBOA, Roberto Senise (coord). **Direito da Infância, juventude, idoso e pessoas com deficiência**. São Paulo: Atlas, 2014.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 6. ed. Salvador: Revista dos Tribunais, 2018.

PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge. Sistema e rede de proteção dos direitos da criança e do adolescente. Centralidade do Conselho Tutelar. CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley; LEITE, Flávia Piva Almeida; LISBOA, Roberto Senise (coord). **Direito da Infância, juventude, idoso e pessoas com deficiência**. São Paulo: Atlas, 2014.

RECUERO, Raquel. **Redes sociais na internet**. Porto Alegre: Editora Sulina, 2009.

SIMÃO FILHO, Adalberto (org). **Direito E Internet III – Marco Civil Da Internet Lei 12.965/2014 TOMO I**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

TEIXEIRA, Adriano Canabarro; PEREIRA, Ana Maria de Oliveira; TRENTIN, Marco Antonio Sandrini. **Inclusão Digital tecnologias e metodologias**. Salvador: Editora Edufba, 2013.

TONO, Cineiva Campoli Paulino. **Tecnologia e Dignidade Humana- Mecanismos de Proteção das Crianças e Adolescentes na era digital**. Curitiba: Juruá, 2017.

WOJCICKI, Jaina SabelScheffer; Adolfo, Luiz Gonzaga Silva. A (im) possibilidade jurídica de culpa concorrente ou culpa exclusiva da vítima na superexposição da própria imagem na sociedade da informação. SIQUEIRA, Natércia Sampaio. **Desafios à concretização dos Direitos fundamentais na sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

Como ensinar seus filhos a usar as redes sociais. Disponível em <http://colegiomarioschenberg.com.br/como-ensinar-seus-filhos-a-usar-as-redes-sociais/> Acesso em: 02 out. 2019.

Pais devem acompanhar o acesso de criança á internet, alertam especialistas. <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-07/pais-devem-acompanhar-o-acesso-de-criancas-internet-alertam-especialistas> Acesso em: 02 out. 2019.

OS REFLEXOS DO AVANÇO DO DIVÓRCIO NA CONTEMPORANEIDADE

Dora Regina Estevam¹; Jorge Shiguemitsu Fujita²

RESUMO: O presente trabalho pretende traçar um breve histórico acerca da Lei Federal que instituiu o divórcio no Brasil: o antes e o depois do divórcio e seus avanços. Serão reportadas pesquisas e estatísticas registradas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas que apontam aumento do divórcio no Brasil, e suas razões. De acordo com a pesquisa Estatísticas do Registro Civil, esse aumento se deu em primeira instância ou por escrituras extrajudiciais. Em conversa com alguns membros do Ministério Público do Estado de São Paulo foi possível extrair alguns depoimentos com relação a essas mudanças nas leis e perceber o quanto as alterações influenciaram a percepção da sociedade e o impacto delas nos processos. As recentes alterações legislativas para atender aos anseios da sociedade em relação ao divórcio. E ainda, não menos importante, o impacto das redes sociais nas separações. Por meio de pesquisa, entrevistas, buscas em portais de *internet*, leis, jurisprudência e livros, este trabalho objetiva mostrar como a sociedade e as leis convergem com relação ao divórcio.

Palavra-Chave: casamento no Brasil; divórcio; redes sociais; sociedade da informação.

THE REFLECTIONS OF DIVORCE ADVANCEMENT IN CONTEMPORARYITY

ABSTRACT: This paper intends to trace a brief history about the Federal Law that instituted divorce in Brazil: the before and after divorce and its advances. Surveys and statistics will be reported by the Brazilian Institute of Geography and Statistics that indicate increased divorce in Brazil, and its reasons. According to the Civil Registry Statistics survey, this increase was in the first instance or by extrajudicial deeds. In conversation with some members of the Public Prosecution Service of the State of São Paulo, it was possible to extract some statements regarding these changes in the laws and

¹ Acadêmica de Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU (São Paulo). Bacharel em Comunicação Social pelas Faculdades Integradas Alcântara Machado – FIAM (São Paulo). E-mail: doraestevam@gmail.com

² Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Titular de Direito Civil dos Cursos de Graduação e de Pós-Graduação lato sensu do Curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU (São Paulo). Professor Doutor do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Professor do Curso de Pós-Graduação lato sensu da Faculdade de Direito da Universidade Estadual de Londrina – UEL (PR). Professor do Curso de Pós-Graduação lato sensu da Escola Superior de Advocacia (ESA) da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo. Parecerista, consultor jurídico e advogado. E-mail: jorge.fujita@fmu.br CV: <http://lattes.cnpq.br/5202705522000286> <https://orcid.org/0000-0002-0354-8974>

to see how the changes influenced the perception of society and their impact on the processes. Recent legislative changes to meet society's aspirations for divorce. And not least, the impact of social networks on separations. Through research, interviews, Internet portal searches, laws, case law and books, this paper aims to show how society and laws converge in concerning to divorce.

Keywords: marriage in Brazil; divorce; social networks; information society.

INTRODUÇÃO

No Brasil, a Lei Federal ³que regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências foi aprovada no Congresso Nacional e sancionada pelo então Presidente da República, em 26 de dezembro de 1977. Trata-se da Lei nº 6.515.

Preceitua em seu artigo 1º:

Art. 1º - A separação judicial, a dissolução do casamento, ou a cessação de seus efeitos civis, de que trata a Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, ocorrerão nos casos e segundo a forma que esta Lei regula.

Em seu capítulo primeiro, a Lei 6.515/1977 ⁴regula os casos em que um casal pode efetivamente dissolver uma relação de sociedade conjugal:

Art. 2º - A Sociedade Conjugal termina:

I - pela morte de um dos cônjuges;

II - pela nulidade ou anulação do casamento;

III - pela separação judicial;

IV - pelo divórcio.

Parágrafo único - O casamento válido somente se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio.

Nesse trabalho, vamos tratar do inciso IV, do art. 2º, que fala do divórcio, propriamente, os demais incisos I, II e III, não serão aprofundados neste artigo.

A procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Ana Maria Napolitano, atuou muitos anos na primeira instância na Vara de Família e Sucessões, na área de separações. Em conversa, que gravamos (em vídeo) para a TV APMP, a procuradora falou sobre a dificuldade da época em que ela atuava como promotora de

³ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6515.htm

⁴ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6515.htm

Justiça. “Nós tínhamos muita dificuldade na legislação do divórcio, porque as pessoas queriam fazer acordos, queriam solucionar (...)”.⁵

De acordo com os relatos do especialista em Direito Processual Civil e Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), João Ricardo Brandão Aguirre⁶, em seu artigo intitulado “Lei do Divórcio - O que mudou em 40 anos no Brasil?”, publicado no Portal LFG, “antes da Lei do Divórcio a dissolução do casamento era pautado pelo vínculo indissolúvel. As pessoas casavam e ficavam atadas até o fim da vida a essa relação”, comparou Aguirre.

Por sua vez, em 13 de julho de 2010, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 66⁷, que deu nova redação ao § 6º, do artigo 226, da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil.

O § 6º, do art. 226, da Constituição Federal passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 226.....
§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.”

Com isso, a possibilidade de se romper definitivamente o casamento civil aumentou. Antes do divórcio, os casais infelizes só podiam se desquitar, mas não podiam se casar novamente. Nem mesmo a separação litigiosa e a separação consensual acabavam com o casamento⁸. Para pedir o divórcio o casal tinha que estar no mínimo três anos separado judicialmente, como previsto no artigo 25 da já referida Lei 6.515/1977. Com a Emenda Constitucional 66/2010⁹, os casais não precisam esperar mais, porquanto todos os lapsos temporais foram revogados.

Com relação ao tema, leia-se a manifestação abaixo extraída do RE 1.167.478, Relator Ministro Luiz Fux¹⁰

A partir da promulgação da Emenda, desapareceu de nosso sistema constitucional o instituto da separação judicial, e, na nossa visão, toda legislação que o regulava,

⁵ <https://www.apmp.com.br/noticias/ana-maria-napolitano-concede-entrevista-a-reportagem-da-apmp/>

⁶ <https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/lei-do-divorcio-o-que-mudou-em-40-anos-no-brasil>

⁷ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm

⁸ Divórcio demorou a chegar no Brasil. Fonte: Agência Senado: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/arquivo-s/divorcio-demorou-a-chegar-no-brasil>

⁹ EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66, DE 13 DE JULHO DE 2010. Consulte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm

¹⁰

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/listarProcesso.asp?PesquisaEm=tema&PesquisaEm=controversia&PesquisaEm=ambos&situacaoRG=TODAS&situacaoAtual=S&txtTituloTema=&numeroTemaInicial=1053&numeroTemaFinal=1053&acao=pesquisarProcesso&dataInicialJulgPV=&dataFinalJulgPV=&classeProcesso=&numeroProcesso=&ministro=&txtRamoDireito=&ordenacao=asc&botao=>

por consequência, teria sucumbido, sem eficácia, por conta de uma não recepção. Com isso, consideramos tacitamente revogados os arts. 1.572 a 1.578 do Código Civil, perdendo sentido também a redação do art. 1.571 no que tange à referência feita ao instituto da separação. Assim, não haveria mais espaço também para o divórcio indireto, pois, com o fim da separação judicial, não há o que ser convertido (art. 1.580) (...). Em síntese, com a nova disciplina normativa do divórcio, encetada pela Emenda Constitucional, perdem força jurídica as regras legais sobre separação judicial, instituto que passa a ser extinto do ordenamento brasileiro seja pela revogação tácita (...), seja pela inconstitucionalidade superveniente com a perda da norma validante. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p. 60-63).

Ainda com relação ao avanço do divórcio no Brasil, em 13 de maio de 2019, surgiu o Divórcio Impositivo, fruto do Provimento 06/2019¹¹, editado na Corte Especial do Tribunal de Justiça de Pernambuco, por meio da Corregedoria Geral da Justiça do TJPE. Trata-se de uma inovação no meio jurídico, uma vez que permite que um dos cônjuges, de forma unilateral, requeira a averbação de divórcio no cartório de registro civil mesmo que o outro cônjuge não concorde com a separação.

O divórcio impositivo poderá ser realizado no cartório de registro civil onde foi registrado o casamento. No entanto, a parte interessada deverá estar acompanhada por um advogado (a) ou defensor (a) público. Após a entrada, o cônjuge tomará conhecimento por meio de uma notificação, no prazo de cinco dias.

No entanto, para realizar este tipo de divórcio é necessário que o casal não tenha filhos ou não tenha nascituro ou filhos de menor idade ou incapazes. Por ser um ato unilateral, entende-se que o requerente optou em partilhar, posteriormente, os bens, caso existam. Outras questões, como alimentos ou medidas protetivas, também deverão ser tratadas em juízo competentes.

Ao tomar conhecimento da dimensão do tema, o Corregedor Nacional de Justiça, ministro Humberto Martins, determinou que o Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE)¹² revogasse o provimento. A corregedoria também expediu recomendação a todos os tribunais de Justiça do país para que se abstivessem de editar atos normativos no mesmo sentido.

A Corregedoria alega que o ordenamento jurídico brasileiro não permite que o divórcio seja realizado extrajudicialmente quando não há consenso entre o casal. Martins

¹¹ TJPE aprova provimento que possibilita o "Divórcio Impositivo". Consulte:

<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6941/TJPE+aprova+provimento+que+possibilita+o+%E2%80%9CDiv%C3%B3rcio+Impositivo%22>

¹² <https://www.cnj.jus.br/corregedoria-nacional-proibe-divorcio-impositivo-em-todo-pais/>

ressaltou que “o provimento de Pernambuco usurpou competência legislativa outorgada à União”. O IBDFAM recorreu da decisão, mas o Corregedor manteve.

Até o fechamento deste artigo, tramitava no Senado Federal o PLS 3457/2019¹³, de autoria do senador Rodrigo Pacheco (DEM-MG), conhecido como o Divórcio Impositivo, inspirado no Provimento 06/2019. Abaixo segue a íntegra da proposta:

Art. 1º. Acrescente-se o art. 733-A à Lei nº. 13.105, de 16 de Março de 2015 - Código de Processo Civil, passando a vigorar com a seguinte redação:

Art. 733-A. Na falta de anuência de um dos cônjuges, poderá o outro requerer a averbação do divórcio no Cartório do Registro Civil em que lançado o assento de casamento, quando não houver nascituro ou filhos incapazes e observados os demais requisitos legais.

§ 1º. O pedido de averbação será subscrito pelo interessado e por advogado ou defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

§ 2º. O cônjuge não anuente será notificado pessoalmente, para fins de prévio conhecimento da averbação pretendida. Na hipótese de não encontrado o cônjuge notificando, proceder-se-á com a sua notificação editalícia, após insuficientes as buscas de endereço nas bases de dados disponibilizadas ao sistema judiciário.

§ 3º. Depois de efetivada a notificação pessoal ou por edital, o Oficial do Registro Civil procederá, em cinco dias, à averbação do divórcio.

§ 4º. Em havendo no pedido de averbação do divórcio, cláusula relativa à alteração do nome do cônjuge requerente, em retomada do uso do seu nome de solteiro, o Oficial de Registro que averbar o ato, também anotará a alteração no respectivo assento de nascimento, se de sua unidade; ou, se de outra, comunicará ao Oficial competente para a necessária anotação.

§ 5º. Com exceção do disposto no parágrafo anterior, nenhuma outra pretensão poderá ser cumulada ao pedido de divórcio, especialmente alimentos, arrolamento e partilha de bens ou medidas protetivas, as quais serão tratadas no juízo competente, sem prejuízo da averbação do divórcio.” (NR)

Segundo informações do Portal do IBDFAM, o texto do referido projeto foi elaborado pelos diretores nacionais do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, Flávio Tartuce e Mário Delgado, com a participação de José Fernando Simão e Jones Figueirêdo Alves.

Na notícia intitulada “Divórcio Impositivo é apresentado como projeto de lei no Senado; texto foi elaborado por membros do IBDFAM”, em 12/06/2019, o advogado Mário Delgado, presidente da Comissão de Assuntos Legislativos do IBDFAM, afirma que

¹³ <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7964616&ts=1567531229403&disposition=inline>

“trata-se de um dos passos mais importantes que já foram dados em direção da desjudicialização e desburocratização do divórcio (...)”.¹⁴

O impacto das leis aprovadas desde 1977 vem sendo registrado anualmente pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). É comum lermos notícias de que o tempo de casamento diminuiu, de que o número de divórcios aumentou. Essa facilidade em se divorciar vem aumentando a cada ano. A Revista: Estatísticas do Registro Civil¹⁵, atualizada em 16.01.2019, traz em sua página 5, notícia acerca dos divórcios. De acordo com o estudo, em 2017, 373.216 divórcios foram concedidos em primeira instância ou por escrituras extrajudiciais. Comparando com 2016, o mesmo estudo apontou o aumento diante dos 344.526 registrados anteriormente.

A procuradora de Justiça Isabella Ripoli Martins¹⁶ que hoje atua na Procuradoria de Justiça Cível do Ministério Público de São Paulo, durante sua experiência de 30 anos na instituição pôde acompanhar o comportamento da sociedade com relação à separação. Durante o encontro, a procuradora comentou as mudanças, na entrevista para a TV APMP, apresentado por Dora Regina Duram, afirmando:

O direito de família, hoje, considerando 30 anos atrás, e agora, sofreu uma modificação imensa, talvez uma pessoa que tenha atuado 30 anos atrás e atue agora vá ter um pouco de dificuldade, vários institutos entraram nesse meio do caminho, houve a modificação do divórcio, nós estávamos vivendo um tempo em que os casamentos eram indissolúveis, em que os casamentos eram únicos, em que união estável era socialmente ‘não reconhecida’, hoje, nós sofremos com a mudança, uma guinada de 180 graus; novas leis surgiram, o divórcio mudou, não precisa discutir culpa, nós discutíamos muita culpa dentro do processo de família, e agora olhando para trás a gente pensa, por que eu preciso saber por que o casal se separou?

O que era difícil ficou mais fácil, o que era impossível, agora é possível, além da facilidade de as leis beneficiarem aqueles que querem se separar, há também outro fator, diria mais emocional. Na obra “Amor Líquido”,¹⁷ o sociólogo polonês Zygmunt Bauman discorre sobre a fragilidade dos laços humanos. Ele fala da tendência líquida nos relacionamentos, da falta de vínculo. Da facilidade de acabar um relacionamento. E do amor ao próximo.

14

<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6965/Div%C3%B3rcio+Impositivo+%C3%A9+apresentado+como+projeto+de+lei+no+Senado%3B+texto+foi+elaborado+por+membros+do+IBDFAM>

¹⁵ https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2017_v44_informativo.pdf

¹⁶ <https://www.apmp.com.br/noticias/isabella-ripoli-concede-entrevista-a-apmp/>

¹⁷ Bauman, Zygmunt. Amor Líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos – Rio de Janeiro: Zahar, 2004, p. 15-19.

Nessa mesma linha, a psicóloga Dorli Kamkhagi, do Instituto de Psiquiatria do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da USP, concedeu entrevista ao Jornal da USP, em matéria intitulada: “Casamentos que se desmancham no ar”¹⁸. A psicóloga analisou dados obtidos pelo IBGE, à época, 2015, com um número relevante de crescimento de divórcio em 160% no país.

Em trecho, a psicóloga ressalta que, “as pessoas já veem com a cultura de que tudo pode ser mudado, de que tudo pode se transformar”. Há uma busca incessante pelo imediatismo e pelo prazer o tempo todo, de modo que, nas primeiras crises, os casais não pensam duas vezes para terminar a relação. A diferença entre os casamentos de 20 anos atrás, argumenta a psicóloga, é que, naquela época, havia mais resiliência, uma maior capacidade de suportar e “de deixar crescer os vínculos afetivos, que necessitam de uma base de confiabilidade”.

E falando em confiabilidade, se o nosso leitor fizer uma busca na *internet*, e colocar as palavras-chave ‘redes sociais e divórcio’ certamente vai se deparar com uma série de notícias intituladas: “Mensagem no celular já é o 2º maior motivo de divórcio”; “Divórcio se espalha por meio de redes sociais na *Internet*”; “as redes sociais podem acabar com o seu relacionamento”; “o que fazer com o cônjuge viciado em redes sociais”; e por aí vai. Diante deste fato, vale citar um estudo da Universidade de Boston, nos EUA, revelando que usuários de redes sociais têm 32% a mais de chances de deixarem suas companheiras do que pessoas que não utilizam as ferramentas. A notícia, inicialmente publicada no portal Manual do Homem Moderno intitulada: “Usuários de redes sociais são 32% mais suscetíveis ao divórcio”,¹⁹ dá conta de que um aumento de 20% nos usuários do Facebook pode estar ligado ao crescimento de 2,18% na taxa de divórcio (pesquisa liderada pelo professor James E. Katz).

Em 2012, a juíza Andrea Pachá²⁰ reuniu na obra “A vida não é Justa”, casos de separações, guarda dos filhos, partilhas de bens, paternidade, histórias de amor, reencontros e desencontros. O livro é fruto de sua experiência de 20 anos na Vara de Família. A obra explora situações em que é difícil definir o responsável: o que sentem os casais que testemunham, impotentes, o fim da própria relação; como partilhar os bens quando não há mais amor para ser dividido; é possível tentar mais uma vez depois que a confiança, antes tão firme, parece escorrer por entre os dedos? Para a juíza, há um vazio que se instala quando o amor acaba e “um abismo vai se instalando entre o casal”.

¹⁸ <https://jornal.usp.br/atualidades/casamentos-que-se-desmancham-no-ar/>

¹⁹ <https://manualdohomemmoderno.com.br/comportamento/usuarios-de-redes-sociais-sao-32-mais-suscetiveis-ao-divorcio>

²⁰ PACHÁ, Andréa Maciel. A vida não é justa. Rio de Janeiro: Agir, 2012, p. 15-23.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Resultado do comportamento da sociedade, vimos nas linhas acima a evolução do divórcio no Brasil e que as leis foram criadas e estão sendo aprimoradas cada vez mais, em razão da mudança de comportamento da sociedade. As recentes alterações legislativas abordadas atentam para a independência na hora de realizar a dissolução do casamento, por meio do divórcio. O que foi dificultoso no passado, tanto por falta de leis como por empecilhos religiosos, na contemporaneidade o que se vê é cada vez mais a facilidade de resolver o que esta incomodando. Em abordagem filosófica a explicação para tudo isso é que as pessoas não estão mais criando vínculos e que os relacionamentos se tornaram frágeis, a qualquer momento eles podem ser desfeitos. Também vimos que as redes sociais são fortes influenciadoras nas dissoluções atuais. Há uma facilidade tão grande de ofertas que a troca ficou bem mais fácil. As redes sociais estão aí para delinear o futuro dos relacionamentos e suas fragilidades.

REFERÊNCIAS

A VIDA NÃO É JUSTA. COM A PALAVRA A JUÍZA ANDREA PACHÁ | LEDA NAGLE. Acesso em: 15/10/2019. Consulte: <https://www.youtube.com/watch?v=i6aRqM9pCd4>

Acrescenta o art. 733-A a Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil e dá outras providências.

Acesso em: 15/10/2019. Consulte: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7964616&ts=1567531229403&disposition=inline>

Ana Maria Napolitano concede entrevista à reportagem da APMP. Acesso em: 15/10/2019. Consulte: <https://www.apmp.com.br/noticias/ana-maria-napolitano-concede-entrevista-a-reportagem-da-apmp/>

BAUMAN, Zygmunt. Amor Líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos – Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

Casamentos que se desmancham no ar. Acesso em: 15/10/2019. Consulte: <https://jornal.usp.br/atualidades/casamentos-que-se-desmancham-no-ar/>

Casamentos que terminam em divórcio duram em média 14 anos no país. Acesso em: 15/10/2019. Consulte: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/22866-casamentos-que-terminam-em-divorcio-duram-em-media-14-anos-no-pais>

Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Acesso em: 15/10/2019. Acesso em: 15/10/2019.
Consulte: <https://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/89128-corregedoria-mantem-decisao-que-proibiu-divorcio-impositivo-em-todo-pais>

Consulte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6515.htm

Corregedoria do CNJ veta “divórcio impositivo”. Acesso em: 15/10/2019. Consulte:
https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/justica/corregedoria-do-cnj-veta-divorcio-impositivo-31052019

Divórcio demorou a chegar no Brasil. Fonte: Agência Senado: Acesso em: 15/10/2019.
<https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/arquivo-s/divorcio-demorou-a-chegar-no-brasil>

Divórcio Impositivo é apresentado como projeto de lei no Senado; texto foi elaborado por membros do IBDFAM, consulte:
<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6965/Div%C3%B3rcio+Impositivo+%C3%A9+apresentado+como+projeto+de+lei+no+Senado%3B+texto+foi+elaborado+por+membros+do+IBDFAM>
M Acesso em: 15/10/2019.

Divórcio Impositivo é apresentado como projeto de lei no Senado; texto foi elaborado por membros do IBDFAM. Acesso em: 15/10/2019. Consulte:
<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6965/Div%C3%B3rcio+Impositivo+%C3%A9+apresentado+como+projeto+de+lei+no+Senado%3B+texto+foi+elaborado+por+membros+do+IBDFAM>
M

Divórcio impositivo. Acesso em: 15/10/2019. Consulte:
<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI302657,81042-Divorcio+impositivo>

Divórcios aumentaram e casamentos estão durando menos. Acesso em: 15/10/2019.
Consulte: <http://www.rodrigodacunha.adv.br/divorcio/>

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66, DE 13 DE JULHO DE 2010. Consulte:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm

Isabella Ripoli concede entrevista à APMP. Acesso em: 15/10/2019. Consulte:
<https://www.apmp.com.br/noticias/isabella-ripoli-concede-entrevista-a-apmp/>

Lei do Divórcio - O que mudou em 40 anos no Brasil? Acesso em: 15/10/2019. Consulte:
<https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/lei-do-divorcio-o-que-mudou-em-40-anos-no-brasil>

LEI Nº 6.515, DE 26 DE DEZEMBRO DE 1977,

O divórcio unilateral ou impositivo. Acesso em: 15/10/2019. Consulte:
<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1342/O+div%C3%B3rcio+unilateral+ou+impositivo++>

PACHÁ, Andréa Maciel. A vida não é justa. Rio de Janeiro: Agir, 2012.

PROJETO DE LEI Nº 3457, DE 2019. Consulte:
<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137242> Acesso em:
15/10/2019.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO CIVIL. DIVÓRCIO. EXIGÊNCIA DE PRÉVIA SEPARAÇÃO JUDICIAL. NECESSIDADE. ARTIGO 1.580 DO CÓDIGO CIVIL. ARTIGO 226, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. SUPERVENIÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010. MANIFESTAÇÃO PELA EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. Acesso em: 15/10/2019. Consulte:
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=8159082>

Separação judicial como requisito para o divórcio e sua subsistência como figura autônoma no ordenamento jurídico brasileiro após a promulgação da EC nº 66/2010. Acesso em: 15/10/2019. Consulte:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaRepercussaoInformacaoGeral/anexo/Edicao82.pdf>

TJPE aprova provimento que possibilita o “Divórcio Impositivo”. Acesso em: 15/10/2019. Consulte:

<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6941/TJPE+aprova+provimento+que+possibilita+o+%E2%80%9CDiv%C3%B3rcio+Impositivo%22>

Usuários de redes sociais são 32% mais suscetíveis ao divórcio. Acesso em: 15/10/2019. Consulte: <https://manualdohomemmoderno.com.br/comportamento/usuarios-de-redes-sociais-sao-32-mais-suscetiveis-ao-divorcio>

2^o INFORMATION SOCIETY AND LAW

FMU
CENTRO UNIVERSITÁRIO

GT - BIODIREITO E DIREITOS INTELECTUAIS

A EUGENIA COMO FATOR DISCRIMINANTE EM *GATTACA*: A *EXPERIÊNCIA GENÉTICA*

Tereza Rodrigues Vieira¹; Nicole Naiara Schmitz²

RESUMO: O filme *Gattaca: A Experiência Genética* delinea como seria a sociedade em que se verifica a valorização de ideias eugênicas. Assim, a película aborda temas como identidade, intimidade e discriminação genética, a partir da noção de que os indivíduos devem nascer com as melhores características da espécie, concepção esta a ser definida por seus genitores, em processo de reprodução humana assistida. O longa-metragem desenvolve uma crítica à sociedade que aceita o padrão intelectual, físico e estético do que seria o “perfeito”, demonstrando que as pessoas não nascem predestinadas a seu fator genético.

PALAVRAS-CHAVE: Aprimoramento genético. *Design babies*. Discriminação genética. Genes. Pleno emprego.

EUGENIA AS A DISCRIMINATING FACTOR IN *GATTACA*: THE *GENETIC EXPERIENCE*

ABSTRACT: The film *Gattaca: The Genetic Experiment* outlines what would be the society in which the valorization of eugenic ideas is verified. Thus, the film addresses themes such as identity, intimacy and genetic discrimination, based on the notion that individuals must be born with the best characteristics of the species, a conception to be defined by their parents, in the process of assisted human reproduction. The feature film develops a critique of society that accepts the intellectual, physical and aesthetic standard of what would be the "perfect", demonstrating that people are not born predestined to their genetic factor.

KEYWORDS: Genetic improvement. *Design babies*. Genetic discrimination. Genes. Full employment.

¹ Pós-Doutorado em Direito pela Université de Montreal, Canadá. Docente do Mestrado em Direito Processual e Cidadania na Universidade Paranaense – UNIPAR, na qual também é Coordenadora do projeto de pesquisa: “*Bioética e cinema: dilemas morais que envolvem saúde e direito na cinematografia*”; Link do Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1171420054286283>; E-mail: terezavieira@uol.com.br.

² Mestranda em Direito Processual e Cidadania na Universidade Paranaense (UNIPAR). Bolsista PROSUP/CAPES. Integrante do PIC, no projeto: “*Bioética e cinema: dilemas morais que envolvem saúde e direito na cinematografia*” desenvolvido na UNIPAR; Link do Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1350157661323784>; E-mail: nika.schmitz@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

A eugenia faz nascer a ideia de indivíduos que ostentam de sua melhor forma e/ou aparência, sendo esta uma realidade vivenciada no longa-metragem. Por isso, as pessoas com os genes mais perfeitos gozam de mais privilégios que outros indivíduos, sobretudo aqueles que foram concebidos segundo a “fé” ou a “vontade de Deus”.

A sociedade, moldada no princípio de superioridade, exclui as pessoas que não passaram por modificação genética, mediante regras e padrões sociais que limitam o exercício de funções, locais de recreação e classe social, por exemplo, que não podem ser frequentadas ou ocupadas por esses sujeitos.

Ademais, a película retrata a banalização do cuidado e preocupação com o genoma humano, tratando o aprimoramento genético com frivolidade, não considerando o valor a ser atribuído a cada pessoa, em prol do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, a alteração da prole segundo o desejo dos genitores é mais do que possível, tornando-se corrente, justificável e, porque não, obrigatória.

Assim, pergunta-se: há pessoas consideradas “melhores” que outras? O ser humano possui e sempre deverá possuir o direito à intimidade genética? O desenvolvimento do embrião não deve sofrer interferência externa ou possui o direito de não ser “melhorado”? Os pais devem respeitar os traços genéticos de seus filhos? O material genético de uma pessoa é realmente o que a define? A identificação humana mediante material biológico por órgãos oficiais e no ambiente de trabalho deve ser permitida? A medicina preditiva é uma prática eugênica? No momento da admissão de pessoal, é possível que a avaliação ocorra pelo material genético do interessado ao emprego? Uma pessoa pode ser considerada “perfeita” aos olhos do homem? O corpo humano pode sofrer modificações físicas para que a pessoa esteja pré-determinada a certo futuro ou profissão?

Inúmeras questões podem ser formuladas a partir da análise do filme, principalmente no que tange a segregação social do protagonista, Vincent, causada pela não ingerência em seu material genético e melhoramento. Isto posto, ele caminha rumo ao seu sonho para demonstrar que a natureza é capaz de criar, por si mesma, seres humanos sublimes, ainda que imperfeitos.

1 SINOPSE DO FILME GATTACA: A EXPERIÊNCIA GENÉTICA

O filme de ficção científica *Gattaca: A Experiência Genética* foi lançado nos Estados Unidos em 1997 e tem em sua direção Andrew Niccol e no elenco Ethan Hawke, Uma Thurman, Jude Law, Loren Dean, Gore Vidal, entre outros.

O filme retrata uma sociedade no futuro, em que os pais recorrem à engenharia genética para aprimorar ou escolher as características físicas e biológicas de sua prole. Assim, poderiam definir a aparência, alterar o nascimento e desenvolvimento de doenças na vida adulta e até mesmo prever o ano da morte de seus filhos.

Nesta sociedade, as pessoas que foram geneticamente modificadas são consideradas “válidas”, enquanto que as pessoas que vieram ao mundo de maneira espontânea e sem ingerência em seu material genético eram apontadas como “inválidas”. As pessoas inválidas não podiam frequentar determinados lugares, tampouco conseguir cargos importantes, de gerência ou comando, sendo as pessoas em minoria na sociedade.

A película conta a luta de Vincent Freeman, um homem concebido de forma natural, isto é, sem qualquer substituição ou melhoramento de genes. Logo em seu nascimento, os enfermeiros procedem à análise de seu material genético e descobrem que ele pode desenvolver algumas doenças, indicando 99% de chance para risco em doença cardíaca. O relatório também apontou que a estimativa de vida do protagonista era de 30 anos.

Ao contrário de Vincent, no segundo filho, Anton, seus pais recorreram à engenharia genética para evitar que viesse ao mundo com as mesmas disposições de saúde de seu irmão. Anton crescia com mais rapidez do que Vincent e superava o irmão nos esportes, sobretudo na natação.

Entre os irmãos sempre existiu grande rivalidade e competiam um com o outro, para testar as suas habilidades: o geneticamente modificado e o que não passou por transformação genética. Sua disputa favorita era, escondido de seus pais, nadar mar a dentro para descobrir quem pediria para retornar à costa primeiro, devido o cansaço físico. Apesar de Vincent não querer demonstrar fraqueza, não conseguia acompanhar o irmão e em todas as vezes era o primeiro a desistir.

A disputa ficou mais acirrada na adolescência, quando passaram a se inclinar por profissões. Vincent desejava ser astronauta, porém, apesar de ser extremamente inteligente e passar horas estudando sobre o assunto, a fim de conseguir um emprego na área, não obtivera chances em todas as entrevistas, uma vez que era avaliado pela sua qualidade genética e julgado como “inválido”. Assim, Vincent declara: “não importa o que eu mentia no meu currículo. O meu verdadeiro currículo era as minhas células”.

Os pais e o irmão de Vincent o desmotivavam de seu sonho, até que um dia resolveu sair de casa ainda adolescente e ir atrás de seu ideal: ser astronauta. Contudo, os primeiros anos foram difíceis, haja vista que apenas encontrou emprego como faxineiro em diversas cidades dos Estados Unidos, até que sua equipe de limpeza foi contratada para limpar *Gattaca*, uma corporação espacial.

Vincent queria conquistar o seu desejo de ser astronauta, o que o fez deixar para trás o emprego de faxineiro e buscar um agente, para adquirir a identidade e as propriedades genéticas de outra pessoa, com perfil físico semelhante ao seu. Ele então conhece Jerome Eugene Morrow, um homem paraplégico devido uma tentativa de suicídio mal sucedida.

Jerome possuía, segundo Vincent “o fardo da perfeição”: era fisicamente atraente, inteligente, de ótima saúde e com genes sublimes, cuidadosamente escolhidos por seus pais. Em consequência, Vincent precisou passar por adaptações para se assemelhar mais a Jerome, como treinar a sua assinatura, utilizar lentes de contato e tintura no cabelo, e, até mesmo se submeter à cirurgia para elevar alguns centímetros na altura.

Vincent, em troca, deveria hospedar Jerome, oferecendo-lhe um lar, estadia e alimentação. Jerome coletava urina, sangue e material biológico, como fios de cabelo e pele morta, para o protagonista, a fim de que conseguisse a vaga de emprego que tanto desejara, tornando-se um “válido” e, assim, um astronauta de *Gattaca*.

Após alguns anos trabalhando na corporação, Vincent se destacou pela qualidade de seu trabalho, dedicação e meticulosidade, até que o grande momento chegou: foi convidado pelo seu chefe, Josef, para fazer uma expedição de um ano à Titã, uma das luas de Júpiter. A expedição partiria em uma semana quando um dos responsáveis pela corporação e que opunha resistência à viagem, foi assassinado dentro de *Gattaca*. Perto do local foi encontrado um cílio de Vincent.

O filme mostra como Vincent conseguiu esconder a sua identidade dos médicos que procediam aos exames habituais em *Gattaca*, dos policiais que investigavam o assassinato e na cidade em que vivia, inclusive da mulher com quem manteve um relacionamento, Irene Cassini. O protagonista era muito esperto e enganou diversas pessoas por não levantar suspeitas, ante a perfeição de seus genes, atos e de seu trabalho.

Ao final, descobre-se que Josef foi o responsável pelo assassinato, retirando as suspeitas sobre Vincent, que consegue ir para a expedição. Contudo, antes, Vincent descobre que o seu irmão era o chefe dos policiais da cidade, o qual frequentemente comparecia à *Gattaca*, por conta das investigações. Os irmãos discutem acerca do sumiço, disfarce e capacidade de Vincent, até que este o convida para nadar novamente, com a finalidade de provar ao seu irmão que também é capaz de fazer as mesmas coisas que ele ou de superá-lo. Dessa vez, Vincent venceu.

O longa-metragem termina ressaltando que a identidade de Vincent continuou em sigilo na sociedade em que vivia e em *Gattaca*. Assim que este parte para a expedição de um ano, Jerome extrai sangue e urina para o dobro do tempo de vida do protagonista e se suicida, no forno em que este queimava seus fios de cabelo desprendidos e pele morta, deixando uma carta de despedida ao amigo.

2 EUGENIA: MODIFICAÇÃO GENÉTICA SEGUNDO PREFERÊNCIA DE GENITORES (*DESIGN BABIES*)

A eugenia foi utilizada para fazer com que alcoólatras, portadores de necessidades especiais (física e mental), pobres, homossexuais e muitas outras pessoas fossem esterilizadas ou mortas historicamente, com a finalidade de eliminar da raça humana aqueles com propensões à certas condutas ou doenças.

Atualmente, a eugenia apresenta duas formas de manifestação, sendo elas a eugenia positiva e a negativa. A primeira delas visa fazer com que os indivíduos venham a nascer segundo as preferências genéticas de seus ascendentes, acrescentando traços que originalmente não possuíam; e a última se destina a evitar que a prole possua determinados genes capazes de provocar doenças, fazendo a seleção de embriões ou substituição por outro saudável.

Neste sentido, Araújo (2014, p. 84-85) conceitua a eugenia positiva como aquela que “busca a prevalência e a transmissão de características desejadas, ou seja, que devem prevalecer”, mencionando, a título exemplificativo, a seleção de gametas ou embriões em razão de certos traços físicos e mentais, o encorajamento de casamento ou união entre certas pessoas e a clonagem humana.

Diversamente, o autor define como eugenia negativa o interesse em evitar a prevalência e a transmissão de propriedades não desejadas para seus sucessores, apontando como exemplos a esterilização, proibição de contrair matrimônio, diagnósticos que apontam doenças variadas, contracepção por razões biológicas e o aborto em razão de anomalias (ARAÚJO, 2014).

Já em um conceito mais moderno, a neoeugenia ou eugenia liberal é aquela empregada durante procedimentos de reprodução humana assistida para que a futura prole não possua doenças gênicas, também garantindo o desenvolvimento do feto e uma vida saudável após o seu nascimento (HABERMAS, 2010).

Na acepção desenvolvida por Araújo (2014), a neoeugenia refere-se às maneiras atuais de seleção, com fulcro em informações obtidas dentro do processo procriativo, desenvolvido pela medicina especializada e pelo avanço da biotecnologia. Assim, esta acepção está mais relacionada com a medicina preditiva, a qual visa evitar que os descendentes tenham as mesmas doenças de seus pais ou outras que foram diagnosticadas a tempo de ser remediadas.

Segundo Santos (2018), a terapia gênica ocorre com a transferência de material genético sadio para gerar a prevenção ou a cura de uma doença, caso o gene apresente alguma falha ou falte. Assim, a manipulação genética atualmente tem o viés de buscar o tratamento, a correção e a recuperação de genes, a fim de garantir a sua salubridade.

Na reprodução humana assistida, há a implantação no útero materno dos embriões que possuem maiores chances de desenvolvimento, a partir de uma seleção realizada entre todos os embriões fertilizados *in vitro*. Há também a possibilidade de que estes embriões sejam modificados geneticamente, mediante intervenções em células somáticas e germinativas, para impossibilitar a transmissão de doenças hereditárias e programação de suas características, como sua “inteligência, memória, criatividade artística, traços do caráter e várias outras características psicofísicas, no sentido de potencializá-las nos diversos contextos do convívio social” (MAI; ANGERAMI, 2006, p. 255).

Hoje, a Ciência já é capaz de isolar os genes humanos, explicar a sua origem, bem como detectar as inúmeras enfermidades hereditárias, possibilitando não só exames como procedimentos com o intuito de afastar doenças congênicas, evitando assim que indivíduos venham a sofrer. Dentre as técnicas de reprodução humana, o diagnóstico genético pré-implantacional viabiliza o exame dos embriões antes de serem implantados, permitindo a seleção deles, bem como a escolha de características biológicas, auxiliando os casais portadores de doenças congênicas a terem filhos saudáveis, concretizando assim a medicina preventiva (CARDIN, 2015, p. 58-59).

A Resolução nº 2.168/2017, do Conselho Federal de Medicina, estabelece como um dos princípios da reprodução assistida a não utilização de referidas técnicas para a seleção do sexo ou qualquer característica biológica dos descendentes, salvo para evitar doenças futuras na prole (BRASIL, 2017).

Neste sentido também dispõe o Código de Ética Médica, em seu art. 15, § 2º, III, ao consagrar que as práticas de reprodução humana assistida não devem ser utilizadas para “criar embriões com finalidades de escolha de sexo, eugenia ou para originar híbridos ou quimeras” (BRASIL, 2017).

O diagnóstico genético pré-implantacional realiza o mapeamento das características genéticas do embrião, de modo a possibilitar, por intermédio da engenharia genética, a sua modificação, inclusão ou expulsão, de acordo com o desejo dos genitores, que podem se valer da técnica para fins terapêuticos ou não.

Na visão de Leite e Henriques (2014, p. 34), o diagnóstico genético pré-implantacional “é um procedimento em que uma célula do embrião é retirada e submetida a uma análise genética. O procedimento é realizado com o objetivo de selecionar e transferir embriões sem anomalias genéticas para o útero materno”.

Referido diagnóstico permite afastar doenças congênicas, normalmente anomalias cromossômicas e genéticas, como fibrose quística, Mal de Alzheimer, hemofilia, esclerose lateral amiotrófica, Anemia de Falconi, Distrofia Muscular de Duchenne, distonia, neurofibromatose de tipo I, doença policística renal e outras (CARDIN, 2015).

Nessa lógica, Barth (2005, p. 374) defende que como a genética possui a “capacidade de cortar, recombinar, de criar novas formas de vida, modificar e manipular a vida e os limites humanos, transpôs-se a fronteira da vida”. Desta feita, já que o fator natural não mais impõe obstáculos ao avanço da ciência, é necessário que o aprimoramento genético seja contido por normas legais e fundamentos éticos de cada indivíduo.

Aludida investigação encontra-se disciplinada na Resolução nº 2.168/2017, do Conselho Federal de Medicina, no tópico VI, ao preceituar que o diagnóstico pré-implantacional pode ser utilizado para a seleção de embriões diagnosticados com alterações genéticas ensejadoras de doenças e para a tipagem do antígeno leucocitário humano (HLA), a fim de selecionar embriões compatíveis (bebês projetados).

Dessa forma, a escolha de embriões somente poderá ocorrer para impedir que os descendentes possuam doenças desde o seu nascimento, iniciando a partir da gestação, ou se presenciem futuramente. Assim, a possibilidade de seleção de embriões ou de aprimoramento genético não é permitida para fins eugênicos, ou seja, para aperfeiçoar a prole, de modo a se tornarem seres humanos perfeitos, a partir do modelo de filho ideal criado pelos pais.

O diagnóstico permite que os pais projetem os seus desejos e predileções em sua prole, para que venham ao mundo com as peculiaridades que sempre sonharam, ou com níveis de inteligência mais elevados, por exemplo. Os pais passavam a ser, assim, os *design* de seus próprios filhos. Contudo, tal possibilidade não é permitida no Brasil, uma vez que a seleção e aperfeiçoamento genético somente podem ocorrer de maneira coerente e justificada, e não como forma de atender aos caprichos dos genitores.

Ademais, as técnicas de reprodução humana assistida não são apenas recorridas pelos casais com dificuldades em gerar filhos pelas vias naturais, tendo em vista que o diagnóstico atualmente é compreendido como uma forma de planejamento familiar (LOPES; RODRIGUES, 2016), devendo a família escolher se deseja filhos com problemas graves de saúde, sendo o diagnóstico uma forma de identificar e eliminar os embriões que possuem tais propensões.

Igualmente, também veda-se a utilização do diagnóstico pré-implantatório para promover a escolha dos embriões de acordo com o sexo, em razão de sua natureza sexista, preterindo um sexo em prol de outro em razão de valores familiares, culturais, religiosos ou ideologias discriminatórias (SOUZA, 2018). A seleção do sexo, como lembrado outrora, somente pode ocorrer para evitar o surgimento de patologias a este relacionadas.

O longa-metragem apresenta uma sociedade do futuro em que é comum a utilização de engenharia genética e a seleção de embriões pelos ascendentes. Praticamente todos os indivíduos da nova geração retratada no filme passaram por alguma forma de

alteração genética, não apenas para evitar o surgimento de enfermidades futuras, mas também para provocar o aperfeiçoamento de seus atributos genéticos.

Assim, a película retrata como os pais de Vincent preferiram não utilizar de práticas eugênicas na concepção e desenvolvimento da sua gestação, vindo a se arrepender posteriormente, pois que poderiam corrigir problemas congênitos, de forma que este tivesse as mesmas possibilidades que os demais indivíduos e fosse considerado “válido” dentro daquele meio social.

No longa-metragem, as pessoas que possuíam os genes mais perfeitos, isto é, sem inclinações às doenças, com ótima aparência física (magro, alto, olhos claros e loiro, por exemplo) e de considerável inteligência, eram as pessoas que todos gostariam de se relacionar, contratar, conhecer e manter vínculos.

Decepcionados com a saúde de seu primeiro filho, os pais de Vincent decidiram recorrer à seleção de embriões de Anton, seu segundo filho, inicialmente preferindo um menino. Na consulta com o médico, este já havia selecionado os melhores embriões anteriormente, e procedido à alteração de outras peculiaridades do corpo de Anton, não desejados inicialmente pelos pais.

Neste sentido, preceitua o Código de Ética Médica, no art. 15, que o médico não deve se valer das técnicas de reprodução humana assistida sem que haja expresso e prévio consentimento acerca do procedimento a ser realizado, devendo o paciente receber a elucidação necessária sobre todas as ações a serem praticadas durante o seu desenvolvimento para que possa tomar uma decisão de forma esclarecida.

Igualmente, a Resolução nº 2.168/2017, do Conselho Federal de Medicina, preceitua como um de seus princípios o consentimento livre e esclarecido dos pacientes submetidos às técnicas de reprodução humana assistida.

Na película constata-se que o médico obteve consentimento posterior ao procedimento e que somente explicou aos pais o processo que resultou as modificações, a princípio não desejadas, depois de tê-las realizado. Logo, houve flagrante violação ao direito à liberdade e autonomia (art. 5º, VI, da Constituição Federal), neste caso dos pais, de definir e eleger quais modificações genéticas gostariam que seu filho viesse a sofrer, as quais se limitavam às de cunho terapêutico e não estético.

Constata-se que foi o reconhecimento social que se foi adquirindo pelo respeito da autonomia e da dignidade dos doentes que permitiu a criação da necessidade de existência do consentimento informado. Ao dar o seu consentimento, cada indivíduo está a exercer o direito à autodeterminação, participando ativamente numa escolha que a si diz respeito; e o profissional, ao pedi-lo, está a respeitar a integridade moral e física do seu próximo (TELLES, 2011, p. 992).

Assim, tem-se que o médico expandiu as alterações do genoma do embrião que derivaria Anton, sem consentimento de seus genitores, sendo, uma delas, por exemplo, a forma de seu queixo. O médico, portanto, não possuía autorização para proceder às modificações e mesmo assim o fez, diante da normalidade e banalidade que a eugenia era vista por aquela sociedade.

Aliás, percebe-se na comunidade retratada, que o diagnóstico genético pré-implantacional é utilizado como forma de planejamento familiar (art. 226, § 7º, da CF), considerando que os pais de Vincent, apesar de não possuírem qualquer empecilho para a reprodução natural, preferiram recorrer ao exame para retirar de Anton qualquer possibilidade de acometimento de doença futura, devido aos cuidados que precisavam tomar quanto à saúde de Vincent.

Dessa forma, para impedir o nascimento de outro filho com os mesmos problemas de saúde do protagonista, seus pais decidiram recorrer à engenharia genética e aprimorar os traços biológicos de seu filho mais novo, para que não fosse dispendido a mesma diligência e empenho com a saúde deste, diminuindo as responsabilidades da família.

Neste sentido, Mendes e Costa (2013, p. 375) ressaltam que é frequente a utilização desta avaliação gênica para o planejamento do segundo filho do casal, ao preceituarem que normalmente recorrem ao diagnóstico os pais que estão cientes da propensão da prole a doenças genéticas ou quando já possuem uma criança acometida por tais enfermidades.

Ainda, o filme igualmente retrata o comércio ilegal de material genético, tendo em vista a troca ocorrida de material genético entre Vincent e Jerome. O primeiro ficaria com as propriedades genéticas e com a identidade do segundo, e em compensação deveria oferecer moradia e atender as necessidades básicas deste. No entanto, tal negociação foi possível devido existir um intermediador, isto é, um agente que trabalhava com referido comércio.

A Lei 9.434/1997, conhecida como Lei de Transplantes, em seu art. 15, proíbe a compra e a venda de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, e o parágrafo único deste dispositivo determina que incorre no mesmo crime quem intermedeia, facilita ou aufera qualquer vantagem com a transação.

Além disso, também se encontra previsto no Código Penal brasileiro o crime de falsa identidade (arts. 307 e 308), estatuinto ser crime atribuir a si próprio a identidade de outrem, ou utilizar de documentos pessoais de um terceiro para por ele se passar.

Assim, pode-se entender que o comércio de material genético de pessoas “válidas” no filme, pode ser compreendido, mediante interpretação extensiva e teleológica da Lei de Transplantes, como uma conduta igualmente proibida. Tarifa e Ferraro (2015) defendem

que esta interpretação já ocorre para o comércio ilegal de células-tronco no país, mesmo não estando na redação do dispositivo.

Assim, apesar de não constar expressamente em sua redação a comercialização de dados genéticos de outrem, por este igualmente se tratar de seu corpo, e, portanto, um de seus atributos, também deve ser impedida.

Nesse diapasão, a aquisição do mencionado material genético para passar-se por outra pessoa também é entendida como uma conduta ilegal pelo direito penal brasileiro. Da mesma forma como na película, o ordenamento jurídico pátrio não admite a figura de farsantes e pessoas impostoras, identificando-se como outro sujeito.

À vista disso, a postura de Vincent, apesar de ser uma forma de burlar o sistema classista e estigmatizante do local em que vivia, é contrária à lei. O protagonista estava ciente da ilicitude, tendo em vista que fez questão de manter em sigilo todo o processo de transformação e mudanças de identidades.

3 DETERMINISMO BIOLÓGICO: DIREITO À IDENTIDADE E À INTIMIDADE

De acordo com Sá e Naves (2018), o direito a identidade genética afigura-se como um direito à diferença, ou seja, que exista diversidade de dados genéticos encontrados nos indivíduos. Portanto, cada pessoa possui os seus próprios traços genéticos, sendo estes distintos de outros indivíduos.

Não é possível valer-se da engenharia genética para tornar um ou mais indivíduos com os mesmos dados genéticos, pois que cada ser humano possui características genéticas únicas, exclusivas e originais, distintas de qualquer outra pessoa, de modo a possibilitar a identificação de tais pessoas, o diagnóstico de futuras doenças e a descoberta de seus antepassados (HAMMERSCHIMIDT, 2005).

Além disso, a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos, em seu art. 3º, preconiza que a identidade de uma pessoa é formada por diversos fatores, inclusive por características genéticas, e, portanto, este motivo não deve ser considerado a única causa de definição da identidade dos seres humanos. Como exemplos de influenciadores da identidade citados pela Declaração, encontram-se fatores educativos, ambientais, pessoais e relações afetivas e espirituais.

Nesta seara, surge o princípio da solidariedade, que preconiza a aceitação da diversidade dos sujeitos no corpo social, primando pela pluralidade ao invés da singularidade, a fim de que haja a abundância de sujeitos com multiplicidade de peculiaridades. De acordo com Santos et al. (2004), referido princípio deseja eliminar

qualquer forma de segregação causada pelo aprimoramento genético, a fim de que a sociedade possua seres humanos plurais, convivendo em fraternidade.

Toda pessoa igualmente detém direito à intimidade genética, relacionado a possibilidade de outras pessoas tomarem conhecimento das propriedades genéticas de um indivíduo. Assim, considera-se que os dados genéticos de uma pessoa dizem respeito somente a ela, a qual possui liberdade para decidir se outras pessoas devem ter acesso a tais informações.

O direito à intimidade genética compreende os elementos objetivo e subjetivo. Na acepção objetiva, tal direito é integrado pelo próprio genoma ou por parte do corpo da qual se extrai a informação genética, e o direito de acesso a tais informações; enquanto que em seu sentido subjetivo, compreende a autodeterminação informativa, isto é, o direito do investigado indicar as pessoas que poderão ter acesso às informações referentes ao seu material genético (NOLASCO, 2014).

Neste íterim, Gunther e Pereira (2017) defendem que o direito à intimidade estabelecido no art. 5º, X, da Constituição Federal deve ser compreendido também quanto ao âmbito genético dos sujeitos. Para Sá e Naves (2018, p. 246), o direito à intimidade genética pode ser compreendido como “o direito de determinar as condições de acesso à informação genética”.

A Convenção Europeia de Direitos Humanos e Biomedicina entende que os descendentes devem ser comunicados acerca de qualquer enfermidade hereditária que vier a ser diagnosticada, com o objetivo de que não suportem tais problemas de saúde. Neste caso, o direito à intimidade genética é mitigado para evitar que os familiares padeçam dos mesmos males de saúde que seu genitor.

Ainda, a Resolução nº 466/2012, no item III. 2, alínea *a*, do Conselho Nacional de Saúde (CNS), preceitua que pesquisas envolvendo seres humanos devem resguardar a confidencialidade e privacidade, de modo que tais referências não possam ser utilizadas em seu prejuízo. Enquanto que a Resolução nº 340/2004, do CNS determina que os seres humanos pesquisados podem escolher receber os resultados dos testes ou não, os quais não devem ser colocados à disposição de empregadores, empresas de seguro e instituições de ensino.

A Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos trata nos artigos 3º, 7º, 8º e 14, e a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos também preconiza nos artigos 2º, 3º, 5º e 6º, acerca do direito à identidade, intimidade e não discriminação genética, e a necessidade de consentimento do paciente para se submeter à coleta de dados genéticos.

No longa-metragem, percebe-se que as pessoas eram desvalorizadas por ter os seus genes “intactos”, ou seja, sem qualquer transformação ou aprimoramento, pois que somente as pessoas que passaram por grandes modificações em seu material genético poderiam ser consideradas “válidas” ou titulares de direitos.

Portanto, observa-se que não havia direito à identidade genética, considerando que as pessoas que não eram alvo de práticas eugênicas eram depreciadas. A modificação genética é assimilada como uma prática necessária e – porque não – obrigatória. Nascer, de acordo com o desenvolvimento natural, não era considerado um “direito” na sociedade retratada na película.

A diversidade genética não existia naquele corpo social, visto que as propriedades de cada sujeito eram definidas pelo padrão elaborado pelos seus participantes: pessoas altas, magras, brancas, inteligentes e de corpo atlético. A eugenia era considerada uma atividade normal pelos genitores, de modo a completar, evoluir ou fortalecer os dados já provenientes de cada embrião.

Ademais, a comunidade compreendia que as pessoas eram unicamente resultantes de seus traços genéticos, excluindo qualquer ingerência que outros fatores poderiam causar em sua identidade. Isto posto, o determinismo biológico pode ser assimilado pela concepção de que as pessoas são definidas segundo a sua natureza biológica e apenas este critério é capaz de explicar as diferenças existentes entre os indivíduos (TEIXEIRA; SILVA, 2017).

Para Barth (2005), a eugenia pode causar um reducionismo genético, referindo-se à compreensão de que somente os genes são responsáveis por conduzir o comportamento do ser humano.

Assim como aconteceu no surgimento de outras ciências, a tentação é acreditar que a explicação de tudo está nos genes. Não somente no aspecto físico, mas, principalmente, na forma de ser, pensar e agir das pessoas e das sociedades. A pretensão é pensar que o homem age como as formigas, cuja sociedade se mantém a partir de impulsos elétricos, emitidos entre elas. Nesse caso, ações pessoais, tradições culturais e religiosas se explicam pela influência dos genes. A pessoa perde sua autonomia e responsabilidade, ficando reduzida aos seus genes e mapa genético (BARTH, 2005, p. 367).

Assim, Vincent, apesar de extremamente inteligente, dedicado e competente para ser admitido em *Gattaca*, não obtinha o emprego por ser considerado “inválido”, isto é, um indivíduo inferior, por não pertencer ao grupo de pessoas geneticamente modificadas e detentoras das melhores características da raça humana.

O protagonista recebeu boa educação e possuía potencial para seguir a carreira espacial que tanto desejava, mas esta não estava ao seu alcance devido à ausência de

peculiaridades genéticas necessárias e por possuir propensões a diversas doenças, sobretudo cardíacas, que lhe tiraria a vida aos 30 anos de idade, conforme diagnóstico realizado em seus primeiros segundos de vida.

Outrossim, a película também retrata violação ao direito à intimidade genética, uma vez que a forma de identificação pessoal dos indivíduos na sociedade ocorria pela extração/fornecimento de algum material genético, como, por exemplo, urina, sangue, saliva, fio de cabelo e análise dos olhos. O reconhecimento era feito pelos órgãos de segurança pública (Polícia) e no ambiente de trabalho, como maneira de controlar a jornada dos empregados, ainda que as pessoas não desejassem conceder as informações.

Por conseguinte, as pessoas eram submetidas aos exames e os resultados eram apresentados no mesmo instante, sem serem inquiridos quanto à vontade de entregar seus dados para a avaliação. O filme não retrata outra forma de identificação pessoal, como mediante documentos de registros oficiais.

Constata-se, assim, flagrante violação ao direito à intimidade genética, uma vez que os indivíduos não consentiam com a coleta de seu material, ou seja, não possuíam qualquer liberdade quanto à disposição de seu próprio material biológico por inexistir possibilidade de recusa.

Além das formas de submissão aos exames obrigatórios, também havia bancos de dados genéticos, aonde qualquer pessoa poderia ter conhecimento total sobre as especificidades biológicas, físicas e psíquicas de outro ser humano, bastando a coleta de algum material com seus aspectos genéticos.

O filme retrata esta forma de consulta ao exibir Irene requerendo a avaliação de um fio de cabelo de Jerome, entregue por Vincent como se seu fosse, e ficar desapontada com a perfeição pela qual todos o elogiavam. Enquanto Irene aguardava o resultado, uma moça é atendida pela balconista ao lado, que coleta saliva do homem que havia beijado minutos antes e do qual gostaria de descobrir o nome.

Verifica-se, portanto, que não havia sigilo ou qualquer forma de confidencialidade do diagnóstico, uma vez que o acesso às informações genéticas de outros indivíduos era algo básico e cotidiano na comunidade, prescindindo de qualquer autorização do pesquisado.

4 DISCRIMINAÇÃO GENÉTICA NA ADMISSÃO DE EMPREGADOS

Segundo Gunther e Pereira (2017, p. 173), “por discriminação entende-se uma agressão aos direitos da pessoa humana, tanto na sua dignidade, liberdade e sua personalidade”. Uma pessoa não pode receber qualquer tratamento diferenciado, injusto ou que a desqualifique em razão de características pessoais.

A discriminação genética designa obrigações, responsabilidades, chances, momentos e oportunidades de acordo com os atributos genéticos de cada pessoa, identificando propensões para o alcoolismo, agressividade e dependência de drogas, por exemplo (MEIRELES, 2013). Esta forma de discriminação avalia as propriedades genéticas como definidoras de direitos e de comportamentos, designando até mesmo, relações sociais e jurídicas.

Na discriminação genética “a pessoa é rebaixada ao mero *status* de coisa, importando apenas que sua carga genética não tenha se enquadrado no tipo ideal arbitrariamente imposto por determinados agentes sociais” (BÚ, 2014, p. 240), sendo a sua vida designada segundo as peculiaridades que lhe são inerentes, advindas da natureza.

Os Estados Unidos possuem a *Genetic Information Nondiscrimination Act* (GINA), de 2008, que regulamenta a matéria concernente à discriminação genética no país, sendo uma das mais importantes legislações acerca do assunto no mundo. A lei proíbe a discriminação genética nos contratos de planos de saúde, quando tais informações são utilizadas para definir os reajustes de cada plano, e também se atenta a coibir qualquer forma de discriminação sob tal fundamento nas relações de emprego, vedando a segregação, seleção ou dispensa de empregados em razão de suas propriedades genéticas.

A Constituição Federal estabelece, em seu art. 5º, o direito a igualdade, não permitindo-se qualquer forma de discriminação, sobretudo quanto ao patrimônio genético, e ainda no momento da admissão do empregado. Ademais, em seu art. 3º, IV, estabelece como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a eliminação de qualquer forma de discriminação entre os indivíduos, e o art. 5º, XLI, determina que a lei deverá punir qualquer forma de discriminação aos direitos e liberdades fundamentais.

O art. 7º, XXX, XXXI, e XXXII, da CF, preveem outras formas de condutas discriminatórias no âmbito de trabalho. A discriminação oriunda da relação de emprego encontra-se discriminada no art. 1º, da Lei nº 9.029/95, definindo que nenhuma prática discriminatória será utilizada para o acesso ou manutenção ao emprego.

A Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos preceitua, no art. 7º, que os dados genéticos não podem ser utilizados para fins de discriminação, por violar direitos humanos, liberdades fundamentais ou a dignidade humana, e causar a estigmatização de uma pessoa, família, grupo ou comunidade.

Ademais, a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos e Biomedicina proíbe qualquer forma de discriminação genética, incluindo-se a vedação de discriminação para admissão de pessoal pelo empregador (art. 11). O art. 12 de tal Pacto afirma que provas preditivas de enfermidades genéticas somente podem ser feitas com finalidade médica ou de investigação médica e com acompanhamento adequado.

Compreende-se que a vedação à discriminação genética não autoriza que as informações gênicas de funcionários sejam utilizadas para influenciar no resultado da avaliação profissional feita pelo empregador e servir como critério de decisão quanto ao fornecimento do emprego, quando existirem meras expectativas e for incerto o fato de que aquele organismo realmente virá a desenvolver a doença.

Como exemplo de discriminação genética ocorrida no Brasil, Guedes e Diniz (2007) mencionam o caso da atleta da Seleção Brasileira Infante-Juvenil, candidata para representar a equipe feminina no Campeonato Sul Americano de Vôlei, em 2004, sendo considerada uma das melhores jogadoras da modalidade. Na seleção, fizeram-se exames laboratoriais que demonstraram a presença de traço falciforme em seu sangue, motivo este que levou o seu afastamento da equipe (GUEDES; DINIZ, 2007).

Desse modo, é questionável a possibilidade de o empregado ser submetido à realização de exames genéticos para atestar as qualidades, defeitos e propensões de seus genes, quando tais informações podem gerar limitação de direitos e opressão. A submissão de avaliação clínica dos atributos genéticos do empregado implica em ofensa ao direito à intimidade genética (LARA, 2018), sobretudo quando usada para impedir a contratação, desqualificando o profissional para o exercício da função pretendida.

Tais dados são coletados para detectar doenças presentes que impactariam na qualidade e no resultado do trabalho do obreiro e também para revelar doenças que poderão ainda se manifestar, fazendo com que o empregador não o contrate devido as chances de tal doença vir a lhe acometer e prejudicar a sua produtividade, principalmente quando estimuladas pelo local de trabalho.

Como possíveis inconvenientes ao empregador, citam-se maiores gastos com valor de seguro, danos decorrentes de acidente de trabalho e possível pagamento de indenização ao trabalhador, novos dispêndios com cursos preparatórios e capacitação, frequentes substituições da equipe de funcionários etc.

No Brasil, tais exames integram o Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO), e se destinam a prevenir problemas de saúde advindos da relação laboral, identificar doenças ocupacionais e danos permanentes à sua saúde (MEIRELES, 2013), estando disciplinados no art. 168, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

No Brasil, houve alguns projetos de lei que objetivavam coibir a discriminação genética no momento da contratação de funcionários ou por planos e seguradoras de saúde, como os Projetos de Lei nº 149/1997 e 231/2000, os quais foram arquivados, conforme relatam Sá e Naves (2018).

Em consequência, “a seleção de pessoas por meio de exames genéticos pode auxiliar os gestores, trabalhadores e profissionais que operam com a saúde no âmbito laboral, na

escolha assertiva de indivíduos resistentes a ambientes hostis de trabalho” (OSSEGE; GARRAFA, 2015, p. 233).

Vincent somente conseguiu ser admitido em *Gattaca* quando assumiu a identidade e a utilização do material genético de Jerome Morrow, vez que seus pais haviam procedido à alteração gênica de seus traços, de modo que detinha as qualidades mais prestigiadas e valiosas para aquele contexto. A única forma de avaliação na entrevista de emprego foi um parecer quanto às propriedades genéticas de Jerome (utilizadas por Vincent), razão pela qual o protagonista já havia sido reprovado na primeira tentativa de pertencer àquela equipe espacial.

No período em que esteve na corporação, Vincent era consagrado não só por sua estrutura genética (a que na verdade pertencia a Jerome), mas também por sua inteligência, perspicácia e esmero por seu trabalho. Este desempenho derivou de seu próprio DNA, e assim o filme ressalta que o protagonista detinha o essencial para que seu trabalho fosse afamado e tão qualificado, porém outros critérios foram empregados para distinguir sujeitos e considerá-los capacitados ou não para determinadas atividades.

Neste sentido, Echterhoff (2006) alerta que apesar da eugenia atualmente se apresentar como um mecanismo benéfico para inúmeras famílias evitar que seus filhos venham a nascer com certas doenças ou que as desenvolvam no futuro, a finalidade para a qual será empregada deve observar certos limites éticos, como maneira de evitar discriminações e exclusão social.

Igualmente, a não eliminação ou o descarte de embriões considerados doentes ou defeituosos, sendo concebidos e vindo ao mundo, estes poderão estar sujeitos a desconsideração pelo seu corpo social, ou até mesmo alvos de rejeição, abandono e marginalização.

O filme apresenta a percepção de que apenas por possuir genes melhores, as pessoas válidas seriam conseqüentemente seres humanos mais preferíveis e adequados para qualquer trabalho e inigualáveis com qualquer outra pessoa de gene “inferior” (aqueles que nasceram naturalmente).

CONCLUSÃO

O filme alerta que o aproveitamento de resultado de exames genéticos para determinar o desempenho que o empregado poderá conseguir dentro de uma função, como forma de determinar a sua contratação, o recebimento de promoção e ainda justificar sua demissão, não deve ser possível na sociedade atual e futura.

Igualmente, a película demonstra a competitividade entre pessoas que tiveram aprimoramento genético e aquelas que não se submeteram a tal refinamento de suas

propriedades biológicas, físicas e intelectuais, além da exclusão e diminuição de tais seres vivos, determinando quais “direitos” caberiam a eles e quais não lhes seriam estendidos.

Vincent vivenciou a discriminação dentro de seu lar, no ambiente de trabalho e em sua vida social, sendo qualificado como um ser “inválido”, por ser menos “desenvolvido” geneticamente que os outros integrantes da sociedade. Assim, havia comportamentos e oportunidades que não lhe caberia, ainda que apresentasse potencial e capacidade para executá-los com extremo primor.

Dessa forma, verifica-se que Vincent foi rebaixado a um ser humano sem direitos ou quaisquer possibilidades, violando-se o direito a dignidade, vida, liberdade, igualdade e ao pleno emprego. Portanto, viu-se limitado de uma série de situações e presenciou várias cenas e momentos vexatórios, causando-lhe um agravo, configurando-se ato ilícito passível de reparação (art. 182 e 927, do Código Civil).

O filme passa a mensagem de que as pessoas não devem ser consideradas segundo suas peculiaridades genéticas, pois os conceitos de perfeição, utilidade e beleza são meramente subjetivos e transitórios. A sociedade deve estimar a pessoa humana, garantindo-lhes isonomia em quaisquer de seus segmentos, a partir da admiração e do respeito à diversidade.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, A. T. M. **Neoeugenia e reprodução humana artificial: limites éticos e jurídicos**. Salvador: JusPODIVM, 2014.

BARTH, W. L. Engenharia genética e bioética. **Rev. Trim.** Porto Alegre, vol. 35, n. 149, p. 361-391, set. 2005.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 2.217, de 27 de setembro de 2018**. Aprova o Código de Ética Médica. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 9 ago. 2019.

_____. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 2.168/2017, de 10 de novembro de 2017**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 6 ago. 2019.

_____. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. **Resolução nº 466, de 12 de dezembro de 2012**. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2013/res0466_12_12_2012.html. Acesso em: 5 ago. 2019.

_____. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. **Resolução nº 340, de 8 de julho de 2004**. Disponível em:

http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2004/res0340_08_07_2004.html. Acesso em: 5 ago. 2019.

_____. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 ago. 2019.

_____. **Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm. Acesso em: 12 ago. 2019.

_____. **Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19029.htm. Acesso em: 3 ago. 2019.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 15 ago. 2019.

_____. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 2 ago. 2019.

BÚ, M. A. A. do. Discriminação da pessoa com base em suas informações genéticas e a proteção ao sigilo do patrimônio genético pessoal. **Revista da Defensoria Pública da União**, Brasília, n. 7, p. 235-262, jan./dez. 2014.

CARDIN, V. S. G. **Reprodução humana assistida e parentalidade responsável**. Birigui: São Paulo, 2015.

CONFERÊNCIA GERAL DA UNESCO. 32a, 2004, Paris, **Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos**. Paris: Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura - UNESCO, 2004.

CONFERÊNCIA GERAL DA UNESCO. 29a, 1997, Paris, **Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos**, Paris: Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura - UNESCO, 1997.

CONSELHO DA EUROPA. 1997, Oviedo, **Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina**, Oviedo: Conselho da Europa, 1997.

ECHTERHOFF, G. Os dados genéticos e o direito à privacidade: a declaração universal sobre o genoma humano e os direitos humanos. **Revista Eletrônica do CEJUR**, vol. 1, n. 1, p. 206-239, ago./dez. 2006.

GUEDES, C.; DINIZ, D. Um caso de discriminação genética: o traço falciforme no Brasil. **PHYSIS: Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, vol. 17, n. 3, p. 501-520, 2007.

GUNTHER, L. E.; PEREIRA, C. R. A discriminação genética no mercado de trabalho. **Administração de Empresas em Revista**, Curitiba, vol. 17, n. 18, p. 168-184, 2017.

HABERMAS, J. **O futuro da natureza humana**. São Paulo: WMFmartinsfontes, 2010.

HAMMERSCHMIDT, D. Alguns aspectos da informação, intimidade e discriminação genética no âmbito jurídico internacional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 94, vol. 837, p. 11-42, jul. 2005.

LARA, B. V. A discriminação genética como obstáculo para a efetivação dos direitos fundamentais. In: III Congresso Internacional de Direito na Amazônia, 2018, Porto Velho. **Anais do III Congresso Internacional de Direito na Amazônia - Direitos Sociais na Constituição Cidadã: conquistas e novos desafios às políticas públicas de educação, saúde, trabalho e previdência social**. Porto Velho: Universidade Federal de Rondônia (UNIR), 2018, p. 1-15.

LEITE, T. H.; HENRIQUES, R. A. de. H. Bioética em reprodução humana assistida: influência dos fatores sócio-econômico-culturais sobre a formulação das legislações e guias de referência no Brasil e em outras nações. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, vol. 24, n. 1, p. 31-47, 2014.

LOPES, D. F. G.; RODRIGUES, M. T. Diagnóstico genético de pré-implantação: reflexão à luz da discriminação genética. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, a. 10, n. 35, p. 127-147, jul./dez. 2016.

MAI, L. D.; ANGERAMI, E. L. G. Eugenia negativa e positiva: significados e contradições. **Revista Latino-americana de Enfermagem**, Ribeirão Preto, vol. 14, n. 2, p. 251-258, mar./abr. 2006.

MEIRELES, R. G. de. la. T. **Discriminação genética nas relações de emprego**. 2013. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade Baiana de Direito, Salvador, 2013.

MENDES, M. C.; COSTA, A. P. P. Diagnóstico genético pré-implantacional: prevenção, tratamento de doenças genéticas e aspectos ético-legais. **Revista de Ciências Médicas e Biológica**, Salvador, v. 12, n. 3, p. 374-379, set./dez. 2013.

NOLASCO, L. G. Genoma humano: o direito à intimidade e o novo Código Civil. **Revista Jurídica UNIGRAN**, Dourados, vol. 6, n. 1, p. 57-76, jan./jul. 2004.

OSSEGE, A.; GARRAFA, V. Bioética e mapeamento genético na seleção de trabalhadores. **Saúde Debate**, Rio de Janeiro, v. 39, n. 104, p. 226-238, jan./mar. 2015.

SÁ, M. de F. F. de.; NAVES, B. T. de O. **Bioética e biodireito**. 4 ed. Belo Horizonte: DelRey, 2018.

SANTOS, V. C. et al. Eugenia vinculada a aspectos bioéticos: uma revisão integrativa. **Saúde Debate**, Rio de Janeiro, v. 38, n. 103, p. 981-995, out./dez. 2014.

SOUZA, D. da R. D. **O diagnóstico genético pré-implantacional numa análise bioética e biojurídica**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2018.

TARIFA, R. de C. R.; FERRATO, V. L. Autonomia corporal e manipulação genética. **Scientia Iuris**, Londrina, vol. 9, p. 273-298, 2005.

TEIXEIRA, I. M.; SILVA, E. P. História da eugenia e ensino de genética. **História da Ciência e do Ensino**, vol. 15, p. 63-80. 2017.

TELES, N. O. Diagnóstico genético pré-implantação: Aspectos técnicos e considerações éticas. **Acta Médica Portuguesa**, vol. 24, n. 6, p. 987-996, nov./dez. 2011.

O FILME SEMPRE AO SEU LADO E A TUTELA JURÍDICA DOS ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO NAS RELAÇÕES FAMILIARES

Tereza Rodrigues Vieira¹; Antonio Luiz de Oliveira Alves²

RESUMO: “Sempre ao seu lado” é uma obra cinematográfica inspirada em uma história real entre um professor universitário e um cachorro, o qual começa a acompanhá-lo até a estação de trem e esperar a sua volta do trabalho, concretizando uma relação de afeto. Passados alguns anos, o professor morre e, por uma década o cachorro ainda o espera, até o seu falecimento. O objetivo do presente trabalho é discutir, por meio de reflexões bioéticas e jurídicas, com base em fontes bibliográficas, acerca do reconhecimento jurídico das relações estabelecidas entre animais de estimação e o núcleo familiar, constituindo a família multiespécie.

PALAVRAS-CHAVE: Famílias. Animais. Afeto. Bioética.

THE MOVIE HACHI: A DOG'S TALE AND THE LEGAL PROTECTION OF PETS IN FAMILY RELATIONS

ABSTRACT: “Hachi: A Dog's Tale” is a film inspired by a true story between a university professor and a pet that accompanies him to the train station on his way to work and waits for his return. This was, a relationship of affection establishes between them. A few years later, the professor dies and for a decade the dog still awaits him until its own death. The purpose of this paper is to discuss, through bioethical and legal reflections based on bibliographic sources, the legal recognition of the relationships established between those pets and humans that constitute a multispecies family.

KEYWORDS: Multispecies Family. Animals. Affection. Bioethics.

1. INTRODUÇÃO

O filme intitulado “Sempre ao seu lado” é uma obra cinematográfica inspirada em uma história real que aconteceu no Japão. Inicia-se narrando uma atividade escolar na

¹ Pós-Doutorado em Direito pela Université de Montreal, Canadá. Docente do Mestrado em Direito Processual e Cidadania na Universidade Paranaense – UNIPAR, é Coordenadora do projeto de pesquisa: “Bioética e cinema: dilemas morais que envolvem o direito na cinematografia”; <http://lattes.cnpq.br/1171420054286283>; E-mail: terezavieira@uol.com.br

² Mestrando em Direito Processual e Cidadania na Universidade Paranaense (UNIPAR), docente dos cursos de Graduação em Pedagogia, Administração e Direito na (UNIPAR), Integrante do PIC, no projeto: “Bioética e cinema: dilemas morais que envolvem o direito na cinematografia” desenvolvido na UNIPAR. E-mail: dr_antonioluiz@hotmail.com.

qual uma classe de jovens estudantes deve relatar uma história com o tema “heróis pessoais”, momento em que o garoto chamado Ronnie (Kevin De Coste), a pedido da professora, levanta-se e começa a discorrer sobre Hachi, o cão de seu avô, da raça Akita que, para ele, a origem é um mistério, mas que sua trajetória teve início no Japão com destino aos Estados Unidos. Durante o transporte sua jaula cai do carrinho de bagagem em uma estação de trem já em solo americano; perdido, Hachi é encontrado pelo professor universitário Parker Wilson (Richard Gere), iniciando uma incrível relação entre um *pet* e um ser humano. Imediatamente, sensibilizado diante da negativa do controlador da estação em amparar o filhote, levou-o para sua casa, mesmo consciente de que sua esposa Cate (Joan Allen) não era favorável à presença de animais no ambiente familiar.

No dia seguinte Parker volta à estação de trem com a esperança de encontrar o dono de Hachi; mesmo não o encontrando, não desistiu de sua busca e no percurso para seu trabalho espalhava cartazes na busca de um guardião com interesse e responsabilidade em amparar o cão. Neste período de busca Cate recebe um telefonema de uma pessoa querendo adotá-lo; sensibilizada e convencida da felicidade recíproca entre Parker e Hachi, diz que já havia sido adotado e, para deleite do professor, aceita a permanência do cão no ambiente familiar que começa a acompanhá-lo até a estação de trem e esperar a sua volta, tornando-se um novo integrante da família.

Após muito tempo no convívio familiar, Parker não entende por que Hachi apresentava um comportamento diferente de outros cães, não realizava atividades que ele gostaria que o fizesse como, por exemplo, perseguir uma bola, momento em que seu amigo Ken explica que Hachi só vai trazer uma bola por um motivo especial. Todas as manhãs, por um longo período de tempo, Hachi e Parker vão à estação, onde o cão o deixava no trem e voltava para casa, até que um dia se recusa a ir com ele, mas em seguida o acompanha segurando a bola. Parker ficou surpreso, mas ao mesmo tempo feliz com a iniciativa do cão.

Naquele dia, ministrando sua aula de música, Parker sofre um ataque cardíaco fulminante e veio a falecer, enquanto o cão, na estação de trem, espera por ele, permanecendo por várias horas na neve até que o genro de Parker, Michael (Ronnie Sublett), o acolhe. No dia seguinte, Hachi retorna à estação a espera de seu amigo, permanecendo dia e noite. O tempo passa, Cate foi residir em outra cidade e Hachi tem como destino a residência de sua filha Andy (Sarah Roemer), mas na primeira oportunidade ele foge e, finalmente, volta para a sua antiga casa e, posteriormente, para a estação de trem realizando o mesmo ritual que antes fazia sentado na praça se alimentando principalmente de cachorro quente fornecido por Jasjeet (Erick Avari).

Durante aproximadamente uma década Hachi esperou por seu dono e, sua lealdade foi noticiada nos principais jornais. Cate volta ao local para visitar o túmulo de Parker,

encontrando Hachi velho e doente, na estação, esperando por seu amigo, fato que a emociona e caracteriza o momento mais comovente do filme. Hachi retorna à estação pela última vez e morre no momento em que Parker sai da estação como se nada tivesse acontecido e os dois espíritos se encontram indo para outra dimensão, onde ficariam juntos para sempre. Morre o cão e nasce a lenda da lealdade e amizade entre um homem e seu animal de estimação.

Finalizando o filme, Ronnie conclui sua história expressando por que Hachi será eternamente seu herói, ouvida atentamente pelos colegas de classe emocionados.

Ao sair da escola, seu pai entrega-lhe um filhote de cão chamado também de Hachi e ambos caminham pelas trilhas onde, por inúmeras vezes, seu avô e o seu “herói” caminharam juntos.

Apresentada a sinopse do filme, cumpre explicar que o objetivo do presente trabalho é lançar algumas reflexões e apontamentos, corroborados em pesquisa bibliográfica, acerca do fortalecimento das relações entre pessoas e animais de estimação dentro dos lares, formando as chamadas famílias multiespécies, as quais demandam proteção jurídica.

2.REFLEXÕES SOBRE A RELAÇÃO DO HOMEM COM OS ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO

As relações estabelecidas entre animais de estimação e o homem, desde os tempos primórdios até os dias atuais, fundamentam-se na ideia de servidão, proteção, alimentação, sentimentos, lealdade, ligações estas que se tornaram recentemente objetos de estudos em face da importância na evolução dos vínculos entre o homem e o animal no contexto familiar.

Assinale, ainda, que é comum nos depararmos com situações em que os animais de estimação são considerados membros efetivos do núcleo familiar, constituindo um novo conceito de família denominada multiespécie.

Em consonância com esse pensamento, Vieira, Cardin (2018, p.262), ensinam que de fato, a concepção de grupo familiar sofreu mudanças e, para muitos, inclui em sua composição além das pessoas os seus animais de estimação, ambos os membros que se reconhecem, criando um novo domínio social.

Em virtude dessas considerações acerca da relação entre homem-animal, o filme “Sempre ao seu lado” nos possibilita abordar de forma contextualizada as temáticas da sensibilidade e empatia entre duas espécies diferentes, envolvendo os principais personagens, o cão Hachi e o professor universitário Parker demonstrando, assim, efetivamente, a possibilidade de relações afetivas interespécies, ambos beneficiários do

companheirismo, fidelidade, amor, reforçando nossas convicções acerca da senciência dos animais.

Cumpra ressaltar que no processo de domesticação dos animais o cão foi o primeiro a se aproximar do homem. As modificações foram tantas que os cães domésticos estão presentes na maioria dos lares brasileiros, juntamente com outros animais de estimação. Atualmente, são considerados como fontes de conforto afetivo e saúde para os membros da família que os adotam com responsabilidade.

Neste sentido, MEDEIROS (2013, p.209) nos ensina que:

As relações estabelecidas, portanto, são de toda ordem; pesquisas desenvolvidas em hospitais, asilos e orfanatos demonstram que os pacientes que estabelecem contato com os animais não humanos durante tratamento conseguem estabelecer um elo maior com os animais humanos.

Como se pode notar, o filme retrata a empatia do homem e a sensibilidade do animal de estimação tendo como marco inicial de uma verdadeira amizade o encontro do cão Hachi e o professor Parker, na estação de trem. O cão passa a acompanhá-lo todos os dias até a estação, retornando ao local no horário da volta do professor, independente de ser durante uma estação de inverno sob forte neve ou no verão, o cão não se abdicava de cumprir seu papel de lealdade, fidelidade e companheirismo com seu tutor sendo assim por muitos anos, ultrapassando os limites com a morte do professor.

Por sua vez, Parker demonstrou a empatia ao animal de estimação quando se deparou com o filhote na estação e, na busca de amparo ao *pet*, mudou sua rotina diária, superou as dificuldades familiares com sua esposa convencida do vínculo afetivo entre os leais amigos.

Portanto, o filme “Sempre ao seu lado” simboliza os laços inseparáveis de afetividade, lealdade, companheirismo, reciprocidade, sentimento e empatia entre o *pet* e o ser humano.

Para melhor elucidar o tema transcrevem-se as palavras de FIORILLO; FERREIRA (2019, p. 8) no sentido de que:

Não existe grande dificuldade em se reconhecer que também em nosso país, em face da evidente influência de todos os grupos participantes de nosso processo civilizatório nacional, os animais de estimação sempre guardaram compatibilidade com os modos de viver do brasileiro no âmbito do seu espaço doméstico em face de relação estruturada no sentimento.

No filme fica evidente que o cão, quanto mais inserido no núcleo familiar tem tendência de se comportar socialmente como seu tutor e, conseqüentemente, leva a influenciar no comportamento em relação a outras pessoas.

Brilhantemente FARRACO; SOARES (2013, p. 6-7) expõe:

A relação entre pessoas e cães assume distintas configurações conforme as características de personalidade dos tutores e do temperamento dos cães e estas maneiras de viver repercutem sobre a forma como o cão enfrentará desafios e situações de estresse. A consistência e a intensidade do vínculo são os diferenciais entre as relações estabelecidas.

Pode-se afirmar que os animais de estimação proporcionam benefícios imensuráveis aos seres humanos. Mesmo com a evolução nas últimas décadas no comportamento da sociedade em prol da proteção dos animais, é necessário acelerar as mudanças, superar a ideia de serem considerados objetos e efetivamente admiti-los como sujeito de direitos.

Como bem ensina FARACO, SOARES, (2013, p.6).

Embora a importância desta relação para as pessoas, é notório o preconceito da ciência contra supostos “sentimentalismos”, fato que tem cegado a percepção dos pesquisadores sobre os distintos papéis que os animais desempenham na vida das pessoas e seu caráter facilitador de relacionamentos entre humanos.

Efetivamente, os animais não humanos são seres capazes de sentirem dor, tristeza, alegria, amor, afetividade e, na relação retratada no filme, reforça nossas convicções acerca da sentiência dos animais de estimação.

O filme “Sempre ao seu lado” destaca a importância da inserção do animal de estimação no convívio familiar com fortalecimento do vínculo entre eles. Como todo relacionamento familiar, o convívio implica novas responsabilidades, tarefas, compromissos e dedicação para com alguém diferente de um familiar humano (FARACO, SOARES, 2013, p. 8).

O filme “Sempre ao seu lado” deixa evidente a relação de empatia, sensibilidade entre o homem e o animal de estimação e, nesse sentido, convém destacar casos recentes desta relação entre seres interespecies.

Cachorros de rua aparecem em velório de senhora que sempre os alimentava:

Na cidade de Merida, no México, todas as manhãs um grupo de cachorros de rua aguardava na porta de uma idosa para receber alimentação que ela sempre fornecia a eles. Após a sua morte a mesma foi lembrada não somente por humanos, mas pelos cães também; sua família sabia que ela tinha uma vida dedicada aos animais, mas ficou chocada quando viu o amor que os cachorros nutriam por ela. No velório da senhora idosa apareceu um grupo de cachorros de rua, os cães ficaram em silêncio e deitados em redor do caixão com a permissão dos membros da família, sabendo o quanto ela amava os cachorros; com a retirada do caixão, eles

seguiram o corpo até a saída e depois foram embora, como se fosse o último adeus. (PORTAL SAIBA MAIS, 2019)

Gratidão: Beija-flor visita todos os anos o homem que salvou a sua vida:

Cumprir registrar a amizade entre Mike Cardenas, ex-oficial das forças especiais da Geórgia, EUA, e um beija-flor que ele resgatou e o batizou como Buzz, que retorna toda primavera para mostrar a sua gratidão. A amizade começou no ano de 2015 quando Mike se deparou com o beija-flor que estava com as asas quebradas e não podia voar. Sensibilizado, levou o pássaro até a sua casa, o alimentou e o hidratou para que ele pudesse se recuperar estabelecendo entre ambos uma forte conexão. Durante um período de oito semanas Buzz esteve com Mike tornando parte da família. Após sua recuperação, chegou o inverno e Buzz levantou asas e voou; o fato curioso é que ele não abandonou seu amigo humano e todos os anos o beija-flor regressa para visitar Mike; o beija-flor tem feito isso há quatro anos demonstrando a gratidão por Mike. (SIMÕES, 2019).

Cachorro leal esperou no mesmo lugar por semanas pela volta do dono:

Aconteceu na faculdade de Mabalacat City College, em Pampanga, nas Filipinas, o cão chamado Buboy sentou-se do lado de fora do escritório onde trabalhava o professor Carmelito Marcelo, que faleceu na data de 18/5/2019 após sofrer um derrame e permanecer por duas semanas em coma; ele batia e raspava na porta esperando seu amigo para dar-lhe comida e atenção, demonstrando assim a sensibilidade dos animais de estimação. Segundo relato de uma colega do professor, Kristina Demafelix, o cão acompanhava o professor por todos os lugares, cumprimentava no portão todas as manhãs, almoçavam juntos no refeitório universitário e no final do dia cada um seguia seu caminho. O professor o considerava membro da família, mesmo em dia que não tinha aula ele visitava seu cãozinho e, com a doença do professor, notou-se a presença de Buboy no escritório, entristecido. Com a morte do professor, Kristina levou Buboy para o velório que, após prestar suas condolências, se recusou a sair do lado do caixão do professor, momento de reconhecimento dos presentes da sensibilidade dos animais não humanos e em especial os animais de estimação. (TOPMÍDIA NEWS, 2019).

Enfim, a relação que se estabelece entre o homem e o animal não humano na sociedade contemporânea como retratado no filme “Sempre ao seu lado” proporciona reciprocidade de benefícios, com os animais de estimação dependentes do homem e a necessidade que os humanos em tê-los em sua companhia em face de sua afetividade, lealdade, companheirismo e amor incondicional.

3. A SENSIBILIDADE DOS ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO E OS BENEFÍCIOS DE SUA INSERÇÃO NO NÚCLEO FAMILIAR

O filme “Sempre ao seu lado” oportuniza uma reflexão no que tange à evolução da relação do homem com os animais, principalmente os animais de estimação, outrora fundamentada nas leis naturais com benefícios recíprocos.

O desenvolvimento da vida em sociedade fez com que os homens se transformassem em seres superiores aos animais com a exploração e a domesticação destes, aderindo ao antropocentrismo, considerando o homem como centro do universo.

A relação dos animais com os seres humanos foram alteradas com a proximidade, deixando de ser apenas explorados e se tornaram membros da família, nos casos dos animais de estimação, proporcionando inúmeros benefícios ao agrupamento no qual estão inseridos.

Neste sentido, afirma SUSANA PEREIRA (2009):

Contudo, ao longo dos milênios que marcaram a evolução do homem, esta relação também se modificou. Se inicialmente este caçava e recolhia os alimentos, com as mudanças climáticas ocorridas, aumento de população e com sua própria evolução cultural, os animais passaram a coabitar com o ser humano dando-se início ao processo de domesticação dos mesmos.

Na narrativa do filme é cristalina a percepção da sensibilidade de um animal de estimação e a empatia do ser humano em relação ao mesmo face ao encontro naquela estação de trem; o cão e a dedicação do professor Parker em proporcionar um destino ao animal frente aos obstáculos da missão, visto que o primeiro contato com o controlador da estação, talvez pela insensibilidade ou por cumprimento de normas, rejeitou a proposta do professor em amparar Hachi. Parker não desistiu, na manhã seguinte volta à estação e, não encontrando o dono, levou ao seu trabalho no trem mesmo descumprindo ordens de não transportar animais no comboio.

No ordenamento jurídico brasileiro há leis que garantem o transporte e o direito dos animais de estimação de irem e virem? Como resolver a situação quando o tutor do *pet* quer transportar seu animal, como no caso do professor Parker?

Cumpra observar que, a Constituição Federal dispõe que os Estados e Municípios têm poderes para legislar sobre matéria em que o Congresso Nacional não legislou, desde que em conformidade constitucional, visando interesses locais.

Portanto, na falta de uma Lei Federal que regulamente o transporte de animais de estimação, os Estados passaram a aprovar leis com o objetivo de proporcionar maior comodidade ao tutor dos animais de estimação, facilitando a inserção do animal de estimação na constituição de uma família multiespécie.

No filme “Sempre ao seu lado” é evidente a importância da presença de um animal de estimação no ambiente familiar, houve mudança de pensamento de Cate, esposa do professor com relação à permanência de animais no âmbito familiar, o fortalecimento do vínculo entre os membros, o orgulho do neto ao contar a história de Hachi como seu “herói” e, por fim, reforçar nossas convicções acerca da sentiência dos animais.

Por outro lado, os animais cada vez mais estão sendo reconhecidos por seu valor sentimentais, embora tenham diferenças significativas em relação aos humanos, são dotados de sentimentos e emoções, o que nos impede de considerá-los simples coisas inanimadas. (HERON, 2009, p.92).

A história de Hachi e o professor Parker deixa explícito a real responsabilidade de uma tutela responsável que visa o bem estar e a vida do animal de estimação em nossas mãos, além do amor verdadeiro, reciprocidade, gratidão eterna e o companheirismo incondicional.

Sob esse prisma, ARRUDA (2019), afirma que:

Entender a real responsabilidade quando adotamos um animal de estimação, seja ele da espécie ou raça que for, estabelecemos uma relação de lealdade e devemos estar preparados para uma convivência que pode durar 15, 20 anos. Durante esse tempo, devemos lembrar que filhotes crescem (alguns podem ficar enormes, caso de algumas raças de cães), que animais podem destruir objetos e plantas, fazer ruído nas horas mais impróprias e nem sempre ter o temperamento que desejamos, tornando-se antissociais, ariscos, implicantes e briguentos (como também pode acontecer com os seres humanos). Por motivos como esses e por outros, muitos humanos não conseguem entender a real responsabilidade de ter um animal.

É importante ressaltar que, o abandono de animais de estimação é um problema que se tornou um desafio ao poder público face às consequências advindas da irresponsabilidade de seus tutores.

O artigo 6º da Declaração Universal dos Direitos dos Animais dispõe, que: Todo animal que o homem escolheu para seu companheiro tem direito a uma duração de vida conforme a sua longevidade natural.

Em virtudes dessas considerações não se pode olvidar da importância dos animais de estimação na melhoria na qualidade de vida das pessoas. Percebe-se, contudo, que a relação homem-animal quanto se trata de idosos é mais profunda, reduzindo sentimentos de solidão, aperfeiçoando a saúde mental e física assim como para crianças portadoras de doenças, e que este relacionamento proporciona uma significativa melhora nos sintomas superando os medicamentos tradicionais.

Os animais de estimação podem contribuir no tratamento de diversas doenças, inclusive no tratamento do autismo, como no caso de:

Manoela de 13 anos, que tem autismo e convive com animais desde o nascimento. A labradora adulta é considerada como membro da família e a convivência trouxe benefícios na superação do autismo, estimulando a andar e a passear. Segundo a psicóloga: “nós humanos buscamos ser amados incondicionalmente ou pelo menos amados e o animal nos oferece isso. Por que o ser humano pode emprestar o seu amor para o cachorrinho, o animal de estimação, mas sempre volta em dobro, em triplo, é sempre um amor incondicional”. (G1-GLOBO, 2014).

Não se pode perder de vista que os animais de estimação na sociedade contemporânea vêm ocupando um espaço significativo no contexto familiar a ponto de ser considerado um integrante da família, seres dotados de sensibilidade capazes de proporcionarem diversas formas de benefícios ao homem.

Cabe ao homem entender a importância dessa relação, a afetividade, a lealdade, o companheirismo, características marcante que os animais de estimação possuem como evidenciados no filme “Sempre ao seu lado”.

4. TUTELA JURÍDICA DOS ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO NA ESFERA DO DIREITO BRASILEIRO

Na relação estabelecida entre o cão Hachi e o professor Parker percebe-se a estreita aproximação entre eles permitindo o reconhecimento dos animais de estimação como membro da família. Conforme tem sido enfatizada no filme a lealdade, o companheirismo, a afetividade, a reciprocidade, a senciência, um questionamento que se impõe: Hachi pode ser considerado um sujeito de direito? Ou simplesmente objeto de direito?

Contemporaneamente, percebe-se a crescente discussão acerca dos status jurídico dos animais não humanos, e em que pese à legislação civil brasileira e na maioria estrangeira, os animais são classificados como “coisas”, objetos de direito e não sujeitos de direito.

Dispõe o art. 82 da Lei nº 10.406/2002 “São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social”. No entanto, o Código Civil brasileiro vislumbra os animais não humanos como bens móveis, semoventes, simplesmente coisas.

Nas palavras de VIEIRA e SILVA (2016 p. 15), para muitos, os animais são tidos como meros objetos, passíveis de apropriação e comércio pelos seres humanos, tendo importância quando possuem valor econômico.

Cumprindo assinalar que, em nosso sistema jurídico, um animal de estimação ou um conjunto deles, será admitido em juízo na condição de ente jurídico despersonalizado,

substituído processualmente pelo Ministério Público, pelas sociedades protetoras, ou representados por seus tutores.

Desde o advento do Decreto nº 24.645/34 que as sociedades protetoras dos animais e o Ministério Público têm legitimação ativa para ingressar em juízo, em nome próprio, para defender os direitos dos animais (GORDILHO, p.131).

Vale explicar ainda que a personalidade não é um atributo dos animais e sim do ser humano, mas é evidente que possuem a tutela do direito da personalidade.

Nesse panorama, vale transcrever as palavras de POMIN e SOUZA (2016, p.59):

A grande parte da doutrina já classifica os animais como sujeito de direitos; em um de seus argumentos a justificativa está na analogia do reconhecimento do direito da personalidade para as pessoas jurídicas, isto é, as pessoas possuem direitos da personalidade reconhecidos desde o momento em que registram seus atos constitutivos em órgão competente.

Exceção feita ao artigo 225,§ 1º, VII da Constituição Federal que, ao vedar a submissão de animais a atos de crueldade sugere um tratamento ético para com eles; em quase todo ordenamento jurídico brasileiro o animal é tratado como coisa. (LEVAI, 2004, p.48).

Tendo em vista as considerações sobre o tema, vários doutrinadores reconhecem o animal como sujeito de direitos, dentre eles DIAS (2005) que preleciona:

O fato de o homem ser juridicamente capaz de assumir deveres em contraposição a seus direitos, e inclusive de possuir deveres em relação aos animais, não pode servir de argumento para negar que os animais possam ser sujeitos de direito. É justamente o fato dos animais serem objeto de nossos deveres que os fazem sujeitos de direito, que devem ser tutelados pelos homens.

Com o mesmo entendimento, NOGUEIRA (2012, p.318) avalia que partir do momento que concedeu personalidade jurídica aos entes fictícios, não existe mais nenhuma justificativa plausível para evitar concedê-la aos animais. Para que um ente venha a ter personalidade é preciso apenas que incida sobre ele uma norma jurídica outorgando-lhe status jurídico (SANTANA, 2006, p. 273).

Cumprido ressaltar que o ordenamento jurídico está em permanente mutação para se adequar à realidade social. A legislação pátria tem avançado na proteção dos animais, mas há a necessidade de que, de forma clara e expressa eles venham a ser reconhecidos como sujeitos de direitos.

O plenário do Senado aprovou na data de 7 de agosto de 2019, o projeto de lei que cria o regime jurídico especial para os animais. De acordo o (PLC 27/2018), os animais não poderão ser considerados objetos. De iniciativa do deputado Ricardo Izar (PP-SP), o

projeto estabelece que os animais passem a ter natureza jurídica *sui generis*, como sujeitos de direitos despersonalizados. Eles serão reconhecidos como seres sencientes, ou seja, dotados de natureza biológica, emocional, e passíveis de sofrimentos.

O texto acrescenta dispositivo à Lei dos Crimes Ambientais (Lei 9.605, de 1998) para determinar que os animais não sejam mais considerados bens móveis para fins do Código Civil (Lei 10.402, de 2002). Com as mudanças na legislação, os animais ganham mais uma defesa jurídica em caso de maus tratos, já que não mais serão classificados como “coisas”, mas seres passíveis de sentir dor ou sofrimento emocional.

O relator do projeto, senador Randolfe Rodrigues (Rede - AP), destaca que a nova lei não afetará hábitos de alimentação ou práticas culturais, mas contribuirá para elevar a compreensão da legislação brasileira sobre o tratamento de outros seres. “É uma elevação de status civilizatória. Não há possibilidade de pensarmos na construção humana se a humanidade não tiver a capacidade de ter uma convivência pacífica com as outras espécies. Eles devem ser tratados com dignidade”. Como foi modificada no Senado, a matéria retorna para a Câmara dos Deputados.

Na sociedade contemporânea, os animais de estimação estão cada vez mais ocupando um lugar de destaque no cotidiano das famílias, e em que pese à tutela jurídica do direito dos animais no nosso ordenamento jurídico tem como fundamento o Direito Romano, que não reconhece os animais como sujeitos de direitos.

No Brasil, a U.I.P.A. (União Internacional de Proteção Animal), fundada em 30 de maio de 1895, marca o início do movimento de proteção animal do país, considerada a mais antiga organização civil brasileira com intuito de proteger os animais não humanos. (NASCIMENTO, 2015).

O Decreto nº 16.590/24, que aprovou o regulamento das casas de diversões públicas, é considerado a primeira legislação pátria criada visando à proteção dos animais, tendo na sua elaboração a participação efetiva da U.I.P.A.

Por sua vez, RODRIGUES (2012 p.66), elucida que:

Juridicamente, os animais foram protegidos pela primeira vez no Brasil em 1924, com o Decreto 16.590 que proibiu as rinhas de galo e canário, as corridas de touros, novilhos e garraios, ao dispor sobre o funcionamento dos estabelecimentos de distração pública.

Impende observar que, após uma década surge com força de lei o Decreto 24.645/34 proibindo os maus tratos aos animais possibilitando um grande avanço na tutela em prol dos animais não humanos; a interpretação do seu artigo 3º dispõe de várias ações consideradas maus tratos, tais como: não dar água e comida diariamente; manter preso em corrente; manter em local sujo e pequeno demais para que o animal possa andar ou correr;

deixar sem ventilação ou luz solar e desprotegido do vento, sol e chuva; negar assistência veterinária a animal doente ou ferido; obrigar a trabalho excessivo ou superior à sua força; abandonar; ferir; envenenar. Foi o início de uma nova consciência (LEVAI, 2004, p.30).

No mérito, consistiu em dar amparo jurídico aos animais em razão a atribuir ao Ministério Público qualificação para atuar como substituto processual, com legitimidade para assisti-los em juízo atribuindo a eles sujeitos de direitos, em face de um direito desrespeitado, reconhecendo que os animais não são meramente “coisas” como admitem as normas infraconstitucionais pátria e estrangeiras.

Nesse sentido, preleciona Rodrigues (2012 p.126) que, se os animais fossem considerados juridicamente como sendo “coisas”, o Ministério Público não teria legitimidade para substituí-los em juízo.

No que tange à evolução das normas jurídicas de proteção aos animais, surge em 1941 o Dec. Lei nº 3.688/41, conhecido como Lei das Contravenções Penais, dando complementariedade ao Decreto 24.645/34, considerando a participação da U.I.P.A. na elaboração deste Decreto como ápice da organização, com a tipificação da crueldade do animal com contravenção penal.

Os animais de estimação que vivem em condomínios de apartamentos foram amparados pela Lei Federal 4.591/64, que dispõe sobre a preferência ante as convenções condominiais. Na sociedade atual, os tribunais estão decidindo quanto às lides envolvendo animais de estimação que vivem em condomínios.

O principal marco legislativo no sentido de proteção aos animais no ordenamento brasileiro é o artigo 225 da Constituição Federal de 1988, que institui o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito de todos, e conseqüentemente, impõe ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo. Sendo assim, ao dispor sobre a necessidade de preservar o meio ambiente, o parágrafo 1º, inciso VII, do referido artigo, da Constituição cidadã prevê a proteção à fauna e proíbe quaisquer atos que gerem a extinção de espécies ou crueldade aos animais.

Desse modo, o legislador constituinte originário, ao inserir o supracitado direito na norma constitucional, incentivou e deu foco à necessidade de proteção ao meio ambiente, mas também aos animais.

Note-se que a Carta Magna tratou os animais no artigo supracitado de forma genérica como parte integrante do meio ambiente e, para dar efetividade à legislação constitucional, promulgou-se a Lei 9.605/98, denominada Lei de Crimes Ambientais visando tutelar os animais exóticos, domésticos, domesticados e silvestres, dispondo de vários artigos para proteção penal da fauna.

A legislação brasileira visualiza os animais como seres vulneráveis. Além de normas constitucionais e leis infraconstitucionais federais é importante destacar algumas normas municipais de cunho protecionista aos direitos dos animais, especificamente os de estimação.

No Rio de Janeiro já está em vigor a Lei nº 6.492/2019, de iniciativa do vereador Luiz Carlos Ramos Filho, que permite a entrada de animais de estimação em hospitais privados, públicos, contratados, conveniados e cadastrados no Sistema único de Saúde (SUS), que poderão visitar pacientes internados desde que cumprido as regras estabelecidas pela Organização Mundial da Saúde (OMS).

E, ainda, contribuindo com a proteção e bem-estar dos animais domésticos, o Estado de São Paulo promulga a Lei 16.930/2019 que autoriza o traslado de animais domésticos de pequeno porte em trens, metrô, VLT e ônibus intermunicipais. Assim, o transporte de animais domésticos de pequeno porte poderá ser feito em coletivos como os trens, metrô e ônibus intermunicipais, que atenderá animais com no máximo 10 quilos e que estejam sendo transportado em container apropriado. Segundo o autor do projeto, deputado Celino Cardoso, muitas pessoas necessitam de transporte público para levar seus animais distantes de suas residências e que “esses animais são companheiros de seus donos, e a saúde e bem estar deles é um direito a ser respeitado”. Isso, porém, deve ser respeitado e algumas regras estabelecidas para não comprometer a saúde ou causar desconforto aos demais passageiros.

Importantes projetos tramitam na Câmara dos deputados e no Senado Federal no que tange a tutela dos animais, dentre eles convém destacar:

PL nº 53/2019 – (Dep. Fred Costa-PATRI/MG) – Altera a Lei nº 13.105/2015, para excluir os animais domésticos da definição de semoventes, para fins de penhorabilidade.

Aguardando parecer do relator – CCJC (Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania).

PL nº 134/2018 – (Dep. Ricardo Izar PSD/SP) - Altera o art. 32 da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para agravar a pena pela prática de ato de abuso, consistente em maus-tratos ou mutilação de animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos, e instituir como causa de aumento de pena do crime de maus-tratos aos animais a prática de atos de zoofilia.

PL nº 358/2018 – (Sen. Rudson Leite PV/RR) – Proíbe a venda de animais de estimação nas vias de circulação ou em ambiente público fora de estabelecimento comercial.

PL nº 396/2015 – (Sen. Davi Alcolumbre DEM/AP) - Altera o art. 32 da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para aumentar a pena do crime de maus-tratos contra animais.

PL nº 470/2018 – (Sen. Randolfe Rodrigues REDE/AP - Sen. Eunício Oliveira MDB/CE) - Altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para elevar a pena de maus-tratos e estabelecer punição financeira para estabelecimentos comerciais que concorrerem para esta prática.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O filme “Sempre ao seu lado” nos leva a reflexão acerca da inserção de um animal de estimação no ambiente familiar, bem como da sua influência positiva na vida e na harmonia dos integrantes e a forma como guiamos os nossos relacionamentos por meio do modelo de amizade e lealdade.

Registra-se também que a sensibilidade e a empatia evidenciadas no filme reforçam nossas convicções acerca da senciência, afetividade, companheirismo e a necessidade de alteração no status jurídico dos animais não humanos, não podendo ser tratados como peças ornamentais ou simplesmente objetos de direito, meras coisas a serviço do deleite humano.

Não se pode perder de vista que o animal de estimação em face de sua fragilidade não pode ser privado da companhia dos seus tutores. Assim, a guarda, quando possível, deve ser compartilhada. Em caso negativo, deve ficar com aquele que demonstrar melhores condições de criar o *pet*.

O filme, além dos temas sensibilidade e empatia deixa evidente a importância da guarda responsável, demonstrada pelo professor Parker, superando todos os obstáculos para a tutela de Hachi. Espera-se que o homem tenha uma visão do animal de estimação como ser senciente, com atributos atribuídos ao homem, portanto merece nosso respeito e proteção.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, B. F. de. **Tutela responsável: o bem-estar e a vida do animal em nossas mãos.** Disponível em: http://www.cfmv.gov.br/portal/_doc/408_amigo_vet_para_CFMV.pdf. Acesso em 05 jun.2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 outubro 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 jul. 2019.

_____.Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília – DF, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 21 jul.2019.

_____. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm>. Acesso em: 16 jul. 2019.

_____. Rio de Janeiro. Lei nº 6.492/2019. **Dispõe sobre o ingresso de animais domésticos nos hospitais do município do Rio de Janeiro. Disponível em:** <<http://mail.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/contlei.nsf/50ad008247b8f030032579ea0073d588/5a19b29f8007bdc1832583c1005be2c2?OpenDocument>>. Acesso em 10 jun. de 2019.

_____. São Paulo. Lei nº 6.930/2019. **Autoriza o traslado de animais domésticos de pequeno porte em trens, metrô, VLT e ônibus intermunicipais** <<https://www.al.sp.gov.br/norma/189321>> Acesso em 10 de jul. de 2019.

_____. Decreto nº 24.645, de 10 de julho de 1934. Estabelece medidas de proteção aos animais. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 13 jul. 1948. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24645.htm>. Acesso em: 17 jul. 2019.

_____. Decreto Lei nº 3.688/41. Lei das Contravenções Penais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm> Acesso em 12 de jun. 2019.

_____. Congresso. **Senado**. Projeto de lei da câmara nº 27/2018. Acrescenta dispositivo à Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1988, para dispor sobre a natureza jurídica dos animais não humanos. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/08/07/senado-aprova-projeto-que-inclui-direitos-dos-animais-na-legislacao-nacional>>.. Acesso em 02 jun. 2019.

_____. Congresso. **Câmara**. Projeto de Lei nº 53/2019. Altera a Lei nº 13.105/2015, para excluir os animais domésticos da definição de semoventes, para fins de penhorabilidade. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2190488>>. Acesso em 02 jun. 2019.

_____. Congresso. **Câmara**. Projeto de lei nº 134/2018. Altera o art. 32 da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para agravar a pena pela prática de ato de abuso, consistente em maus-tratos ou mutilação de animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos, e instituir como causa de aumento de pena do crime de maus-tratos aos animais a prática de atos de zoofilia. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/134909>>. Acesso em 02 jun. 2019.

_____.Congresso. **Senado**. Projeto de lei nº 358/2018. Proíbe a venda de animais de estimação nas vias de circulação ou em ambiente público fora de estabelecimento comercial. Disponível em:<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/134055>>..Acesso em 02 jun.2019.

_____.Congresso. **Senado**. Projeto de lei nº 396/2015. Altera o art. 32 da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para aumentar a pena do crime de maus-tratos contra animais. Disponível em:<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121989>>..Acesso em 02 jun.2019.

_____.Congresso. **Senado**. Projeto de Lei nº 470/2018. Altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para elevar a pena de maus-tratos e estabelecer punição financeira para estabelecimentos comerciais que concorrerem para esta prática. Disponível em:<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/134775>>..Acesso em 02 jun.2019.

Declaração Universal dos Direitos dos Animais. Assembleia da UNESCO, Bruxelas, 27 jan. 1978. Disponível em:
<<http://noticias.uol.com.br/ultnot/bichos/leiseprotecao/direitos.jhtm>>. Acesso em: 28 nov. 2018.

DIAS, E. C. **Os animais como sujeitos de direito**. Disponível em:
<<https://jus.com.br/artigos/7667/os-animais-como-sujeitos-de-direito.2005>>. Acesso em: 5 de jul. 2019.

FARACO, C. B.; SOARES, G.M. (Org.). **Fundamentos do comportamento canino e felino. Relação entre animais de companhia**. 1ª ed. Ed. Medvet, 2013.

FIORILLO, C.A.P.; FERREIRA, R.M. **Tutela jurídica dos animais de estimação em face do direito constitucional brasileiro**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2019.

GORDILHO, H. J. de S. **Abolicionismo animal**. Salvador: Evolução, 2009.<<http://conexoplaneta.com.br/blog/aprovada-lei-que-permite-visita-de-animais-de-estimacao-em-hospitais-do-rio-de-janeiro/>> Acesso em: 03 de jun. 2019.

_____.**Trecho do Habeas Corpus impetrado em favor da chimpanzé Suíça perante a 9ª Vara Criminal de Salvador**. Revista Brasileira de Direito Animal, Salvador, v.1,n.1, p. 273, 2006.

G1 GLOBO. Relação entre animais de estimação e humanos proporciona benefícios. Disponível em:
<<http://g1.globo.com/sp/presidente-prudente-regiao/noticia/2014/11/relacao-entre-animais-de-estimacao-e-humanos-proporciona-beneficios.html>>. Acesso em 2 de jul.2019.

LEVAI, L.F. **Direito dos animais**.2.ed.Campos do Jordão: Mantiqueira, 2004.

MEDEIROS, F.L.F.de. **Direito dos animais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2013, p.209.

NASCIMENTO, D. *UIPA e a história da proteção animal em São Paulo*. Disponível em: <http://www.saopauloantiga.com.br/uipa/>. Acesso em: 21 de jul.2019.

NOGUEIRA, V. M. D. **Direitos fundamentais dos animais. A construção jurídica de uma titularidade para além dos seres humanos**. Belo horizonte: Arraes editores, 2012.

PEREIRA, S. A presença dos animais na história do homem. **Revista mundo dos animais**. ed. 12, edição de agosto e setembro de 2009.

POMIN, A.V.C.; SOUSA, W.M.de. SOUSA (Org.). **Direito dos animais em perspectiva: Impactos jurídicos da senciência**. Maringá, ed. IDDM, 2017.

_____. **Direitos dos animais em perspectiva**. Maringá, 1^a ed. Vivens, 2016.

PORTAL SAIBA MAIS. **Cachorros de rua aparecem em velório de senhora que sempre os alimentava**. Disponível em: <<https://www.portalsaibamais.com.br/cachorros-de-rua-aparecem-em-velorio-de-senhora-que-sempre-os-alimentava/>>. Acesso em: 02 de Jun. de 2019.

PORTUGAL. **Proteção aos animais**. LEI nº 92/95. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2172&tabela=leis>. Acesso em: 15 jun.2019.

RODRIGUES, D.T. **O Direito & Os Animais: Uma Abordagem Ética, Filosófica e Normativa**. Curitiba, ed. Juruá. 2012.

_____. **O Direito & Os Animais: Uma Abordagem Ética, Filosófica e Normativa**. Curitiba, ed. Juruá. 2012.

SIMÕES, F. **Gratidão: Beija-flor visita todos os anos o homem que salvou a sua vida** Disponível em: <<https://www.asomadetodosafetos.com/2019/05/gratidao-beija-flor-visita-todos-os-anos-o-homem-que-salvou-a-sua-vida.html>>. Acesso em 31 de Maio de 2019.

TOPMÍDIA NEWS. Disponível em: < <https://www.topmidianews.com.br/algomais/cachorro-leal-esperou-no-mesmo-lugar-por-semanas-pela-volta-do-dono/111458/>>. Acesso em 10 de jul. 2019.

VIEIRA, T. R.; CARDIN, V. S. G. O afeto como fundamento da família multiespécie. In_ **Famílias Psicologia e Direito**. Brasília: Zakarewicz, 2018.

VIEIRA, T. R.; SILVA, C. H. **Animais: Bioética e Direito**. Brasília: Portal Jurídico, 2016. p. 16.

O PRINCÍPIO DA JUSTIÇA – O FILME “12 HOMENS E UMA SENTENÇA” E A CRÍTICA AO PROCEDIMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI BRASILEIRO

Jamille Bernardes da Silveira Oliveira dos Santos¹; Tereza Rodrigues Vieira²

RESUMO: O presente artigo se utiliza do filme “12 homens e uma sentença” como pano de fundo para discutir e questionar o procedimento do tribunal do júri e a necessidade de alterações na sua atual configuração. Esta pesquisa se justifica na gravidade dos casos julgados pelo tribunal do júri e no fato de que este é um direito -dever consagrado pela Constituição Federal de 1988. Para a elaboração deste artigo foi utilizada a metodologia teórica por meio de revisão de literatura a partir do levantamento de livros, artigos e leis sobre a temática proposta e a posterior sistematização das ideias.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça. Júri. Direitos e Garantias fundamentais.

THE PRINCIPLE OF JUSTICE - “12 MEN AND ONE SENTENCE” FILM AND THE CRITICS OF THE BRAZILIAN JURY COURT PROCEDURE

ABSTRACT: The present article uses the movie “12 Men and a Sentence” as a background to discuss and question the jury court procedure and the need for changes to its current configuration. This research is justified in the seriousness of the cases judged by the jury court and in the fact that this is a right-should enshrined in the Federal Constitution of 1988. For the elaboration of this article the theoretical methodology was used through literature review from the survey of books, articles and laws on the proposed theme and the subsequent systematization of ideas.

KEYWORDS: Justice. Jury. Fundamental Rights and Guarantees.

1 INTRODUÇÃO

O direito, enquanto ciência social aplicada, sempre suscita na população os mais variados debates e, não raramente, serve de cenário para muitos filmes, é o caso da obra

¹ Mestranda em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR) como bolsista CAPES/PROSUP. Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Paranaense (UNIPAR). Graduada em Direito pela mesma instituição (Bolsa ProUni). Advogada. E-mail: jamillebernardes@gmail.com

² Pós-Doutorado pela Université de Montreal. Doutorado e Mestrado em Direito Civil pela PUC-SP. Especialização em Bioética pela Faculdade de Medicina. Docente do Mestrado em Direito Processual e Cidadania e dos cursos de Medicina, Direito, Enfermagem e Tecnologia Estética e Cosmética na Universidade Paranaense – UNIPAR, onde coordena o projeto “Bioética e cinema: dilemas morais que envolvem o direito na cinematografia”. Advogada.

cinematográfica “12 homens e uma sentença”. Neste filme, o principal foco está sob o tribunal do júri e sua sistemática, propondo ao público uma discussão acerca da produção de provas do direito e como se dá o processo de tomada de decisão para elaboração de uma sentença.

Tomando o filme em questão por referência, o presente artigo propõe abordar as peculiaridades que envolvem o tribunal do júri e, por meio de um olhar do princípio bioético da justiça questionar quanto à efetividade deste e, se sua existência ainda se sustenta no atual ordenamento brasileiro.

O tribunal do júri brasileiro é competente apenas para julgar as causas que envolvam crimes dolosos contra a vida e, possui formato diverso do apresentado no filme, visto que este é original dos Estados Unidos.

Este trabalho se divide em cinco tópicos, inicialmente apresenta-se uma sinopse do filme, sua problemática e o princípio bioético da justiça, no segundo momento, faz-se breves considerações acerca da evolução do tribunal do júri no Brasil, seus fundamentos e características e por último, passa-se a uma análise crítica do tribunal do júri com respaldo no apresentado e sob a ótica da bioética.

Nas considerações finais busca-se expor ao leitor saídas viáveis para a reformulação do tribunal do júri, sem que, contudo, este necessite ser extinto do ordenamento jurídico brasileiro.

O método escolhido para elaboração deste trabalho é o bibliográfico, porquanto, proporcionou o levantamento de vários posicionamentos já existentes dentro do ordenamento e literatura jurídica, a fim de que, a partir disto seja admissível argumentar pela necessidade de reformulações nos procedimentos de competência do tribunal do júri.

2 SINOPSE DO FILME E SUA PROBLEMÁTICA

O filme “12 homens e uma sentença” (12 Angry Men) é um drama policial de produção americana de 1957, dirigido por Sidney Lumet. Referida película foi indicada ao Oscar nas principais categorias, inclusive Melhor Filme e sua narrativa se dá dentro de uma sala de julgamento do tribunal do júri nova-iorquino da década de 50. Nele acompanhamos a discussão de 12 jurados que necessitam chegar a uma sentença unânime para decidir se condenam à morte ou absolvem um jovem porto-riquenho acusado de assassinar o próprio pai a facadas.

Num primeiro instante, ao verificarem a intenção de votos de cada um, observa-se que quase todos estão a favor da condenação e apenas um para a absolvição e, a partir disto, dá-se início aos debates em prol da formação de uma sentença que seja unânime. Em decorrência disso, todos são compelidos a repensarem a sua opinião e reexaminar as suas

convicções. Pouco a pouco, a dúvida se fortalece e as características da personalidade de cada um são reveladas e confrontadas.

No dizer de Gomes (2013), trata-se de um filme que nos ensina a duvidar sempre e nos incita a fazer uso do maior recurso que um ser humano possui: o pensar. Afinal,

O filme mostra que o preconceito e o julgamento precipitado só levam o homem ao erro, pode condenar um ser inocente pela falta de clareza dos fatos. Por se passar praticamente todo o filme em um único cenário, observa-se que não é necessário efeitos especiais, atrizes e atores bonitos e cenas apelativas para que se prenda a atenção do público. Foi necessário um assunto que gerou dúvida e questionamento, a mudança constante de decisões e a curiosidade para saber se o oitavo jurado conseguiria ou não convencer os demais jurados era instigante. Bons argumentos derrubavam os fracos e assim esse filme nos ensina como deve ser um julgamento (2013, *online*).

Muitas indagações bioético-jurídicas surgem a partir da argumentação, tais como: Qual é a verdade? Qual a influência do preconceito em nossos julgamentos? A verdade liberta? O preconceito pode levar a um julgamento mais rápido de condenação? O desconforto das acomodações do tribunal pode acelerar a decisão em um julgamento?

As diferentes argumentações levaram a um surpreendente veredito, com a unanimidade almejada.

3 PRINCÍPIO DA JUSTIÇA E A PENA DE MORTE

Em 1977, Tom L. Beauchamp e James F. Childress publicaram a primeira edição da obra *Principles of Biomedical Ethics*, trabalho este que fornece um guia original para a moralidade nas profissões, tornando-se um clássico. Os aplaudidos autores desenvolveram quatro princípios, quais sejam: respeito à autonomia, não maleficência, beneficência e justiça. Partindo de pesquisas contemporâneas eles demonstraram como esses princípios podem ser expandidos para aplicar-se a vários conflitos e dilemas.

Para o presente artigo, interessa-nos o princípio da justiça, o qual é entendido por Beauchamp e Childress como sendo a expressão da justiça distributiva, ou seja, a distribuição justa, equitativa e apropriada na sociedade, conforme as normas que organizam as condições da contribuição social. (2002)

Assim, o princípio da justiça estipula como premissa primordial a equidade, isto é, obrigação ética de tratar cada indivíduo segundo o que é moralmente correto e apropriado, de conferir a cada um o que lhe é cabido. (2002)

Ainda, para estes respeitadíssimos doutrinadores:

É comum a todas as teorias da justiça uma exigência mínima tradicionalmente atribuída à Aristóteles: iguais devem ser tratados de modo igual, e não-iguais

devem ser tratados de modo não-igual. Este princípio da justiça formal (às vezes chamado de princípio da igualdade formal) é “formal” porque não estabelece as circunstâncias específicas nas quais devem ser tratados de modo igual e não fornece critérios para que se determine se dois ou mais indivíduos são de fato iguais; o princípio simplesmente afirma que, quaisquer que sejam as circunstâncias relevantes em questão, as pessoas que forem iguais com respeito a elas deveriam ser tratadas de modo igual (2002, p. 354).

O princípio da justiça exige portar-se com equidade, ou seja,

com o reconhecimento das diferenças, das necessidades e do direito de cada um. As desigualdades socioeconômicas, por exemplo, causam um acentuado desnível no tratamento individual. Para o nivelamento das diferenças é preciso tratar-se de modo diferenciado ao diferente. Só há uma raça, a raça humana, e é a condição humana que deve nos mover ao encontro do outro. Riscos e benefícios devem ser distribuídos igualmente (PORTAL, 2019).

Lembram Beauchamp e Childress que os princípios a seguir citados foram propostos por diversos autores como princípios materiais válidos de justiça distributiva:

1. a todas as pessoas uma parte igual;
2. a cada um de acordo com sua necessidade;
3. a cada um de acordo com o seu esforço;
4. a cada um de acordo com sua contribuição à sociedade;
5. a cada um de acordo com o seu merecimento;
6. a cada um de acordo com as trocas do livre mercado. (2002, p. 355-356)

Citado por Goldim (1998), William Frankena (1981, p. 61-62) se indagava:

"Quais são os critérios ou princípios de justiça? Estamos falando de justiça distributiva, justiça na distribuição do bem e do mal. (...) A justiça distributiva é uma questão de tratamento comparativo de indivíduos. Teríamos o padrão de injustiça, se ele existe, num caso em que havendo dois indivíduos semelhantes, em condições semelhantes, o tratamento dado a um fosse pior ou melhor do que o dado ao outro (...) O problema por solucionar é saber quais as regras de distribuição ou de tratamento comparativo em que devemos apoiar nosso agir. Numerosos critérios foram propostos, tais como: a justiça considera, nas pessoas, as virtudes ou méritos; a justiça trata os seres humanos como iguais, no sentido de distribuir igualmente entre eles, o bem e o mal, exceto, talvez, nos casos de punição; trata as pessoas de acordo com suas necessidades, suas capacidades ou tomando em consideração tanto umas quanto outras."

Como se depreende, o princípio da justiça está ligado ao princípio da igualdade de todos perante a lei, conforme apregoa a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2018), em seu art. 5º. No tocante ao tema tratado no filme, é importante lembrar que o referido dispositivo legal brasileiro estabelece, dentre os direitos e deveres individuais e coletivos, que:

Artigo 5º Omissis

XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;

Em se tratando de pena de morte, os Estados Unidos, país onde se passa a história, este tipo de punição é aplicado desde a época da colonização britânica. Na colônia de Nova Iorque, por exemplo, atacar o pai ou mãe era punível com a pena de morte. (DIREITO, 2019)

Hoje, 33 dos 50 estados do país ainda conserva a pena de morte, com variações de conduta punível e de métodos de execução, segundo o lugar. (DIREITOS, 2019) Contudo, no momento da sentença, não se dispõe o dia em que o condenado será executado.

No Brasil, por sua vez, a pena de morte é permitida excepcionalmente no art. 5º. XLVII, em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX, todos da Constituição Federal de 1988.

A justiça é um elemento essencial para todas as sociedades e, quando isto não se atinge, surge a injustiça, faltando equilíbrio. Portanto, a justiça deve ser garantida pelo Estado, que é quem garante a ordem social na preservação dos direitos de todos, fazendo valer o disposto na Constituição Federal ao enfatizar que todos são iguais perante a lei e que todos têm iguais garantias legais, portanto, todos devem ter igualdade de direitos.

Bandidos aplicam pena de morte, à sua maneira, não o Estado. Este não pode matar, uma vez que nega este direito aos cidadãos, pois seria conflitante com o papel do Estado de Direito. O direito à vida é protegido pelo Estado.

Ademais, a pena de morte não dispõe de meios de reparação, caso surjam novas provas comprovando a inocência do condenado. A pena de morte atingiria apenas os desfavorecidos socialmente, sem recursos para a contratação de um bom advogado, o qual apelaria até as derradeiras instâncias.

Além disso, a pena de morte não reduz a criminalidade, pois, ao matar, o criminoso não avalia ou reflete sobre sua eventual pena, vez que acredita que não será punido.

Na prisão, o criminoso deve refletir sobre o seu ato cruel e maléfico e se arrepender. O Estado deve empenhar-se e envidar esforços para que as pessoas não cometam crimes.

Muitas vezes, a desigualdade social é quem propicia as injustiças e a pena de morte seria uma vingança da sociedade contra os oprimidos por ela.

A pena de morte tira do indivíduo a chance de se regenerar. O sistema prisional deve ser aprimorado e exercer sua função de ressocialização.

4 EVOLUÇÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI NO BRASIL

Neste primeiro momento, convém trazer à baila uma breve contextualização acerca do tribunal do júri, como este evolui no ordenamento brasileiro, sua figura e representatividade atual.

A tentativa para remontar, ainda que de forma singela, a história do tribunal do júri é uma tarefa árdua, isto porque, conforme destaca Edneia Freitas Gomes Bisinotto, esta missão é dificultada por alguns fatores:

1º) falta de acervos históricos seguros e específicos; 2º) o fato de o instituto estar ligado às raízes do direito e quase sempre acompanhar quaisquer aglomerações humanas, desde e principalmente as mais antigas, esparsas e menos estudadas, dificultando o estudo e a pesquisa; 3º) e de maior relevância, o fato de não se conseguir destacar um traço mínimo essencial à identificação de sua existência, para se poder afirmar a sua presença em determinado momento da história (BISINOTTO, 2011, *online*).

Para Carlos Maximiliano (1954, p. 154) a óbice para a construção de uma linha clara sobre a evolução do tribunal do júri é qual, que ele considera que “as origens do instituto, são tão vagas e indefinidas, que se perdem na noite dos tempos”.

Nestor Távora (2008) comenta que o tribunal do júri pode tanto ser associado à Grécia quanto à Roma, sem descartar aqueles que recorrem à argumentos religiosos para legitimar a atuação deste órgão. Entretanto, para o mesmo autor, deixadas estas questões de lado, é certo indicar como raiz do tribunal do júri a Carta Magna da Inglaterra, de 1215 e, posteriormente, a revolução Francesa.

A Carta Magna Inglesa de 1215 previa em seu artigo 39 que: “Ninguém poderá ser detido, preso ou despojado de seus bens, costumes e liberdades, senão em virtude de julgamento de seus pares, segundo as leis do país³” (ROLAND, 1995, *online*).

O uso da expressão “seus pares” sugere que o indivíduo acusado deveria receber um julgamento proferido por seus semelhantes e, não por alguém soberano. Nota-se,

³ No original: “39. No freemen shall be taken or imprisoned or disseised or exiled or in any way destroyed, nor will we go upon him nor send upon him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land”.

assim, que o júri popular, desde sua primeira posituação, surge com aspecto de limitação ao poder absoluto, foste este a figura de um monarca ou do próprio Estado.

No Brasil, o “embrião do tribunal popular, que recebeu a denominação hoje corrente (tribunal do júri), se encontra em Roma, no segundo período evolutivo do processo penal, qual seja o do sistema acusatório, consubstanciado nas *quaestiones perpetuae* (TUCCI, p. 1999, p. 27).

A Constituição Imperial de 1824, primeira redigida após a independência do país, previu o Júri como um dos ramos do Poder Judiciário e conferiu-lhe competência para julgar causas cíveis e criminais. Já a Carta Magna Republicana de 1891 passou a reconhecer o júri como uma garantia para brasileiros e estrangeiros (CAMPOS, 2018, *e-book*).

Para Kátia Duarte de Castro,

O fato de ter a Constituição de 1891 mantido o julgamento pelo Júri também fez florescer a discussão concernente aos contornos da instituição. Isto porque vários juristas, como Pedro Lessa e João Mendes Jr, acreditavam que mantê-la significava preservá-la segundo as leis então vigentes. Outros, como Carlos Maximiliano e Firmino Whitaker, entendiam que sua manutenção não implicava também na permanência do rito, que deveria adaptar-se às necessidades nascentes (CASTRO, 1999, p. 52)

A Constituição de 1934 retira o status de garantia do tribunal do júri e o classifica como sendo um dos órgãos do Poder Judiciário. Além disso, é neste momento que a sistemática do tribunal do júri passa a ser disposta em lei infraconstitucional (CARVALHO, 2009, p. 100).

Por sua vez, “a única Constituição que não trouxe previsão do tribunal popular foi a Carta de 1937, que foi outorgada e inaugurou um período ditatorial, instaurando-se dúvida quanto a sua subsistência até o ano de 1938” (TÁVORA; ANTONNI, 2008, p. 2). Sendo este posteriormente, contemplado pelo Decreto-lei 167 de 05 de janeiro de 1938, o qual “alterou profundamente o Júri, subtraindo-lhe a chamada soberania dos veredictos, com a instituição da apelação sobre o mérito” (MARQUES, 1997, p. 51).

Em 1946, a Constituição daquele ano tentou resgatar a soberania do júri, sob a alegação de que o julgamento por populares representaria a manutenção da democracia (MARQUES, 1997, p. 46). Já a constituição de 1967 manteve a instituição do tribunal do júri, contudo, retirou a soberania dos vereditos (CASTRO, 1999, p. 56).

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) manteve o júri e, estipulou este como o instituto competente para julgar os crimes dolosos contra a vida, além de ter assegurado a soberania dos vereditos, como melhor será abordado no tópico seguinte.

5 FUNDAMENTOS E CARACTERÍSTICAS DO TRIBUNAL DO JÚRI BRASILEIRO

Desde a Constituição Federal de 1988, o Tribunal do Júri figura como uma garantia fundamental do cidadão e possui caráter de cláusula pétrea, bem como compõe o rol de “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”.

De acordo com o artigo 5º, inciso XXXVIII, da CF/88⁴, o tribunal do júri será regido pela plenitude de defesa, sigilo das votações e soberania dos veredictos e, caberá ser invocado sempre que o caso em apreço envolver situação de crime doloso contra a vida.

Em conjunto com o plebiscito e o referendo, o júri é interpretado e/ou visto como um mecanismo de participação direta do povo na tomada de decisões políticas e um exercício da democracia, que em sua maioria é exercida de maneira indireta (por meio dos representantes eleitos pela população), mas se faz de forma direta em momentos que acarretam no uso de um dos três institutos nomeados, fixando-se neste ponto a importância do tribunal do júri, porquanto, propicia à sociedade a chance de atuar como agente direto da justiça, não apenas criticando, e sim, tomando para si parcela da responsabilidade do processo de criminalização (CAMPOS, 2018, *e-book*).

Eugenio Pacelli (2012, p. 718) discorre que o tribunal do júri pode ser visualizado como “uma das mais democráticas instituições do Poder Judiciário, sobretudo pelo fato de submeter o homem ao julgamento de seus pares e não ao da Justiça Togada. É dizer: aplicar-se-ia o Direito segundo sua compreensão popular e não segundo a técnica dos tribunais”.

Para Guilherme de Souza Nucci:

O Júri é o devido processo legal do agente de delito doloso contra a vida, não havendo outro modo de formar sua culpa. E sem formação de culpa, ninguém será privado de sua liberdade (art. 5º, LIV). Logicamente, é também um direito. Em segundo plano, mas não menos importante, o Júri pode ser visto como um direito do cidadão de participação na administração de justiça do país (NUCCI, 1999, p. 55).

⁴ CF/88, Art. 5º, inciso XXXVIII, - “é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida”

A partir disto, verifica-se que o tribunal do júri além de representar a participação popular, amolda-se como um agente limitador do Poder Punitivo do Estado, atuando, em específico, nos casos em que, comumente, atribuem-se penas mais elevadas dados à irreversibilidade da conduta e o terror social que geram.

Por ser um instituto de exceção, o tribunal do júri possui particularidades próprias dele. A primeira delas é que, em se tratando de júri, não vigorará o princípio da ampla de defesa, mas o da plenitude de defesa.

A plenitude de defesa é a garantia de que a defesa poderá invocar tudo o que acreditar necessário à defesa do acusado, não estando restrita, única e exclusivamente, às alegações de cunho técnico.

À plenitude de defesa cabe atribuir uma natureza dúplice, eis que se subdivide em defesa técnica e em autodefesa. Aquela, de natureza obrigatória e deve ser manejada, obrigatoriamente por profissional competente, todavia, esta última se realiza na oportunidade do réu se valer da sua própria versão dos fatos, ou manter-se em silêncio (NOGUEIRA FILHO, 2015, p. 45).

Decorre desta prerrogativa, inclusive, a fama teatral que ronda as atuações no plenário do tribunal do júri. Nos dizeres de Ana Lucia Pastore Schiritzmeyer:

Podemos afirmar, portanto, que o ritual dos julgamentos pelo Júri substantiva e dá materialidade ao social à medida que, nas histórias de vida e morte que chegam a essas arenas simbólicas, seus participantes produzem significados com vistas a justificar não apenas a absolvição ou a condenação de réus, mas a significação de todo um sistema de valores que qualifica vidas, mortes, ordem e desordem (SCHRITZMEYER, 2012, p. 136)

A defesa em tribunal do júri reúne não só o conhecimento técnico, como enseja a capacidade de argumentar, posto que, neste procedimento, a defesa é direcionada à um corpo de jurados leigos que, mais do que dados jurídicos, necessitam se afeiçoar ao caso.

Outro elemento presente no júri cinge em torno do sigilo dos votos, que para Antônio Magalhães Torres representa o compromisso:

“[...] fidelidade do julgamento de consciência, porque exclui responsabilidade pelo voto. Nem tudo o que se pensa de alguém é possível ou lícito dizer, sem graves riscos; de modo que, para ser sincero, há mister, muitas vezes, decidir sem explicar, o que amplamente se reconhece em matéria de voto político, de que o sigilo é condição essencial. Assim, o segredo do voto do jurado, não deve ser somente faculdade, mas imposição, pela índole do juízo e para evitar constrangimentos” (TORRES, 2008, p. 150).

O sigilo dos votos se justifica, assim, “na busca do voto livre e independente dos jurados, alheio a pressões e forças estranhas ao livre convencimento e, então, decisão da causa” (GOMES, 2010, p. 44).

O tribunal do júri também se diferencia por atribuir à decisão dos jurados efeito soberano, o que aduz em reconhecer que esta é soberana e está no mais alto grau de uma escala, no intento de que seja a população, aqui representada pelo corpo de jurado, a última a ter a palavra. Esta característica é tida como a alma do tribunal do júri (NUCCI, 2012, p. 387).

Reside neste atributo o reconhecimento de que é competência exclusiva dos jurados a responsabilidade de decidir sobre a existência do crime e culpabilidade do acusado (MARQUES, 1997, p. 34).

No tocante à soberania do veredito, esclarece-se que, diferente do que ocorre no filme “12 homens e uma sentença” onde é necessária a decisão por unanimidade, no Brasil, as decisões são formadas por maioria dos votos⁵, deste modo, visto que o corpo de jurados é composto por 7 (sete) populares⁶, sempre que a votação atingir um total de 4 (quatro) votos será dada como encerrada.

Outro ponto importante é que no tribunal do júri brasileiro não é permitido que os jurados debatam entre si sobre o caso em apreço e, nem tão pouco, sobre suas intenções de voto, enquanto que no filme em comento, o debate entre os jurados é a essência daquele julgamento. Observa-se que, “a deliberação entre jurados pressupõe um modelo de júri totalmente diferente do nosso, como no caso norte-americano ou inglês, além dos países que adotam o escabinato⁷” (GOMES, 2010, p. 44).

O júri é deste modo um processo peculiar, com rito especial próprio alicerçado na participação democrática da sociedade no processo de aplicação do direito e, de outro nodo, uma forma institucionalizada de permitir que a justiça pelas próprias mãos seja feita, mas dentro de ditames legais.

⁵ Art. 489 do Código de Processo Penal: “As decisões do Tribunal do Júri serão tomadas por maioria de votos”.

⁶ Art. 447 do Código de Processo Penal: “O Tribunal do Júri é composto por 1 (um) juiz togado, seu presidente e por 25 (vinte e cinco) jurados que serão sorteados dentre os alistados, 7 (sete) dos quais constituirão o Conselho de Sentença em cada sessão de julgamento”.

⁷ **Escabinato** é, basicamente, um Júri formado por indivíduos de uma sociedade que tenham conhecimentos jurídicos, que interpretam a Lei. (Dicionário informal - <https://www.dicionarioinformal.com.br/escabinato/>)

6 OLHAR BIOÉTICO À PARTIR DO PRINCÍPIO DA JUSTIÇA – CRÍTICA AO TRIBUNAL DO JÚRI EM FACE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DIREITO

O direito, como tentáculo das ciências sociais, ocupa, ao lado de outras áreas do saber, um importante papel na construção do debate bioético, eis que seus operadores são, em sua maioria, os representantes dos direitos dos vulneráveis e, atuam em prol da garantia da dignidade humana (VIEIRA, 2006, p. 09).

Tereza Rodrigues Vieira menciona ainda que:

A Bioética possui um caráter reflexivo acerca do futuro da humanidade, dos objetivos e dos métodos da ciência no tocante ao respeito à dignidade da pessoa humana. [...] A Bioética tenta elucidar e esclarecer as demandas éticas, recomendando maneiras de reflexão para cada caso concreto, numa demonstração de que há um mínimo de dignidade que não se pode negociar”. (VIEIRA, 2006, p. 13)

Ingo Sarlet (2001) destaca que a dignidade humana precisa ser visualizada como a qualidade intrínseca e própria de cada ser humano que enseja igual respeito por parte do Estado e da sociedade e, em virtude disto, a dignidade se revela num complexo de direitos e deveres fundamentais, os quais possuem por finalidade proteger as pessoas contra todo e qualquer ato de viés degradante e desumano, como assegurar que todos tenham acesso ao mínimo necessário para uma vida saudável, cabendo-lhe ser reconhecido em sua essência.

Como demonstrado, o surgimento do tribunal do júri decorreu de um anseio de coibir as ações do Estado ou da figura do Monarca, retirando deste o monopólio do poder de decisão. Além de permitir que a população participasse ativamente do processo de justiça, com os anos, a existência do tribunal do júri se sustentou sob o argumento de ser uma forma de representação da democracia dentro do Poder Judiciário.

Frederico Marques discorre:

É que o júri, levado ao continente europeu como reação à magistratura das monarquias absolutistas, perdeu seu aspecto político depois que o judiciário adquiriu independências em fase do Executivo; e despido daquela auréola quase mística de *paladium* da liberdade, para ser apreciado objetivamente como um dos órgãos da justiça penal, a sua inferioridade se tornou patente (MARQUES, 1997. p. 22).

A existência do júri é constantemente criticada e posta em dúvida, Magalhães Noronha (1964, p. 323-324), chega a “asseverar que a verdade é que a instituição não tem provado bem”. Enquanto é previsto como uma garantia e direito fundamental, questiona-

se se não estaria o júri justamente na contramão destes valores, por exemplo, o Pacto de São José da Costa Rica, que possui o Brasil como signatário, prevê que toda pessoa tem o direito de ser ouvida e julgada por um tribunal ou juiz competente⁸, enquanto que no tribunal do júri, o acusado é sentenciado por pessoas leigas às normas técnicas das ciências jurídicas.

Ao ser exposto à julgamento por seus pares, o acusado fica à mercê de pessoas que não possuem nenhum conhecimento prévio do processo e, ficam irremediavelmente à deriva das sustentações da defesa e acusação, sendo impelidos à decidirem, meramente, de acordo com as suas emoções, ali conduzidas pela figura do promotor e do advogado ou defensor público (SCHRITZMEYER, 2012).

No filme “12 homens e uma sentença”, conforme dito inicialmente, este trata de narrar e demonstrar o embate que ocorrer entre 12 jurados que juntos precisam chegar à uma mesma decisão: absolver ou condenar um adolescente à pena de morte. No primeiro momento, apenas um jurado opta pela absolvição, sob o argumento de que não restou convencido pelas provas de que tenha sido o acusado o real algoz. Em contrapartida, os demais jurados se declaram em prol de decretar a pena de morte do acusado.

Com o decorrer do filme, o espectador passa a conhecer os motivos que haviam por trás do voto de cada jurado, evidenciando-se que cada um estava votando por motivos próprios e não com base nas circunstâncias que haviam sido apresentadas.

O filme também põe em xeque a fragilidade das provas e, isto vale como crítica ao judiciário como um todo, lembrando-se que nos Estados Unidos ainda é usual que quase todas as causas sejam julgadas pelo tribunal do júri e não apenas os que envolvam crimes dolosos contra vida.

Após fortes debates, os jurados chegam à conclusão de que a decisão correta é a absolvição do acusado, posto que, nos autos não se viu qualquer prova que fosse capaz de sanar quaisquer dúvidas quanto à autoria do delito. Todavia, sem este intenso embate entre os jurados, e a falta de unanimidade nas decisões, o adolescente teria sido condenado à pena de morte sem a menor hesitação.

Para Paulo Roberto Silva Júnior e Marcelo D’Angelo Lara (2018, p. 226) apontam que o júri representa uma “intromissão socioestatal na porção hodierna que mais aflige a humanidade: a violência”. E para os autores, o tribunal do júri nos moldes atuais “não é em si mesmo um instrumento de garantia de direitos fundamentais ou de igualação dos

⁸ Art. 8º. n.1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista fiscal ou de qualquer outra natureza.

indivíduos, tampouco um processo democrático, senão, como máximo, um processo legal e simbólico previsto na democracia” (2018, p. 226).

O tribunal do júri, como se encontra no atual cenário, não representa um mecanismo da justiça, tão pouco, opera em prol do direito, mas se evidencia como uma máquina à serviço da sociedade, para dar vazão aos seus estereótipos e conceitos, na maioria das vezes, desprovidos de argumentos racionais e plausíveis.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O filme “12 homens e uma sentença” é provocativo, consegue, com enredo e estrutura simples, levar o espectador a se questionar sobre a dúvida, a função do judiciário, a sistemática do direito e como este opera para alcançar a justiça.

Para o trabalho em questão, a análise focou sobre os aspectos que rondam os procedimentos de competência do tribunal do júri e, por meio da bioética, ramo responsável por suscitar debates que não se prendem mais apenas ao campo das ciências biológicas, mas evoca todas as áreas do saber para refletirem sobre suas atuações e, concluírem se a forma como operam, de fato, contribuem para uma vida mais digna e justa, buscou-se questionar o papel do tribunal do júri e se sua finalidade ainda encontra espaço dentro da democracia brasileira.

Talvez, falar na exclusão do tribunal do júri do ordenamento brasileiro soe como algo radical, contudo, soa razoável a necessidade de reformulação deste mecanismo. A decisão sobre um crime tão grave como os que atentam contra a vida é demasiadamente pesada para ser suportada por um único indivíduo e, diante disso, faria sentido dividi-la com a sociedade.

A proposta está em pensar mecanismos que tornem o júri um instituto eficiente, capaz de representar uma participação democrática da sociedade, sem, contudo, representar um perigo aos direitos daquele que está sob julgamento.

Diante disso, propõe-se que, conforme ocorreu no filme, os jurados deveriam ser livres para debaterem entre si e as decisões passarem a ser unânimes, porquanto, uma decisão por maioria, suscita que há dúvidas e no direito penal tal situação é causa para absolvição e não condenação⁹.

O tribunal do júri, como está configurado, é um instituto que não se sustenta e/ou se justifica, com a existência do voto e do Estado Democrático. O tribunal do júri não é mais

⁹ Art. 386. Do Código de Processo Penal: “O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: VII – não existir prova suficiente para a condenação”.

um mecanismo essencial à democracia e, ainda fere os próprios direitos e garantias fundamentais sob os quais está firmado.

De acordo com o já mencionado, toda pessoa tem direito de ser julgada por um tribunal ou juiz competente e, deve ter assegurada todas as suas garantias e direitos fundamentais. A existência da defesa plena não é suficiente para assegurar que o acusado receba um julgamento justo, portanto, são necessárias reformulações para que isto ocorra.

REFERÊNCIAS

BEAUCHAMP, Tom L; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética médica**. Tradução Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002.

BISIONOTTO, Edneia Freitas Gomes. **Origem, história, principiologia e competência do tribunal do júri**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-86/origem-historia-principiologia-e-competencia-do-tribunal-do-juri/>. Acesso em: 08 out. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil 1988. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 167, de 05 de janeiro de 1938**. Regula a Instituição do Júri. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del0167.htm. Acesso em 08 out. 2019.

BRASIL. **Decreto n.º 678 de 06 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 25 set. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 08 out. 2019.

CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do júri: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Atlas, 2018. *E-book*. Disponível em: <https://eds.a.ebscohost.com/eds/detail/detail?vid=2&sid=2b7cb2e0-840a-4c10-97a3-c2f5344c5804%40sdc-v-sessmgr03&bdata=Jmxbmc9cHQYnImc2l0ZT1lZHMtbGl2ZQ%3d%3d#AN=edsmib.000012371&db=edsmib>. Acesso em: 06 out. 2019.

CARVALHO, Cláudia Fernanda Souza de. Evolução histórica do tribunal do júri. **Revista Jurídica**. V. 13, n. 26, p. 95-104, jul./dez. 2009. Disponível em: <https://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/1887>. Acesso em: 06 out. 2019.

CASTRO, Kátia Duarte de. **O júri como instrumento do controle social**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

DIREITOS BRASIL. Pena de morte nos Estados Unidos: como funciona? Disponível em: <https://direitosbrasil.com/pena-de-morte-nos-estados-unidos/> Acesso em: 12 out. 2019.

FRANKENA, William K. **Ética**. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

GOLDIM, José Roberto. Princípio da Justiça. Atualizado em 28/06/1998. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/justica.htm> Acesso em: 12 out. 2019.

GOMES, Erick Fernando Fiuza Vieira. **Resumo e Análise Crítica do Filme "Doze Homens e uma Sentença"**. 01 jun. 2013. Disponível em: <https://erickfiuza.jusbrasil.com.br/artigos/434940383/resumo-e-analise-critica-do-filme-doze-homens-e-uma-sentenca>. Acesso em: 12 out. 2019.

GOMES, Márcio Schlee. **Sigilo das votações e incomunicabilidade**: garantias constitucionais do júri brasileiro. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 67, p. 35-59. set./dez. 2010. Disponível em: https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1303928691.pdf. Acesso em: 09 out. 2019.

MARQUES, José Frederico. **A Instituição do Júri**. Campinas: Bookseller, 1997.

MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição brasileira**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, p. 156.

NOGUEIRA FILHO, José Hindemburgo de Castro. **Tribunal do Júri**: Sugestão para um procedimento com o perfil do Estado Democrático Constitucional de Direito. 2015. 223 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, Natal/RN, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/jspui/handle/123456789/20476>. Acesso em: 08 out. 2019.

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 1964

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Júri**: princípios constitucionais. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 17. ed. 2012.

PORTAL DA EDUCAÇÃO. Disponível em:

<https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/direito/principios-bioeticos/32418>

Acesso em: 12 out. 2019.

RANGEL, Paulo. **Tribunal do júri**: visão linguística, histórica, social e jurídica. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018. E-book. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597016598/cfi/6/10!/4/22/2@0:43.0>.

Acesso em: 07 out. 2019.

ROLAND, John. **Constitution Society**. Disponível em:

<https://www.constitution.org/eng/magnacar.htm>. Acesso em: 08 out. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. **Jogo, ritual e teatro**: um estudo antropológico do Tribunal do Júri. São Paulo: Terceiro Nome, 2012.

SILVA JÚNIOR, LARA, Marcelo D'Angelo. Considerações Acerca do Tribunal do Júri sob o Viés dos Direitos Humanos e das Garantias Constitucionais. **Revista de Direitos Humanos e Democracia**. ano 6. N. 12. Jul./dez. 2018. Disponível em:

<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/7439>. Acesso em: 10 out. 2019.

TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Romar. **Notas de atualização do livro curso de direito processual penal**. Salvador: JusPodivm, 2008.

TORRES, Antônio Magarinos. **Processo Penal do Júri no Brasil**. São Paulo: Quorum, 2008.

TUCCI, Rogério Lauria. **Tribunal do júri**: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira. (Coord.) Rogério Lauria Tucci. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

VIEIRA, Tereza Rodrigues Vieira. **Bioética**: temas atuais e seus aspectos jurídicos. Brasília: Consulex, 2006.

REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: A PROTEÇÃO DOS DADOS GENÉTICOS E AS PORTAS PARA EUGENIA

Deise Santos Curt¹; Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti²

RESUMO: Com a evolução das Estruturas familiares até a possibilidade de famílias homoafetivas e monoparentais, aumentam-se dilemas acerca das formas de criação da prole. Desse modo, muitos socorrem-se de técnicas de Reprodução Humana Assistida, nem sempre relacionando o procedimento à infertilidade. Com a evolução, dilemas bioéticos surgem. Utilizando um método dedutivo, aliando Resoluções, leis infra-constitucionais e notícias veiculadas pela mídia nacional e internacional, chega-se à conclusão de que por mais que no Brasil o Conselho Federal de Medicina se esforce editando diversas Resoluções a serem seguidas pelos médicos, suprimindo a ausência de lei específica para a RA, a respeito da ética, consentimento e respeito ao sigilo dos dados dos envolvidos, a própria evolução tecnológica, aliada ao acesso à rede, a diferença entre os países ao lidar com a proteção a intimidade e privacidade de doadores de gametas e a possibilidade de pessoas estrangeiras procurarem técnicas de RA em outros países menos conservadores, acaba por comprometer o anonimato dos envolvidos.

PALAVRAS-CHAVE: dados sensíveis; reprodução humana assistida; inseminação artificial.

ASSISTED HUMAN REPRODUCTION: PROTECTION OF GENETIC DATA AND THE DOORS TO EUGENIA

ABSTRACT: With the evolution of family structures to the possibility of homoaffective and single parent families, dilemmas about the ways of offspring increase. Thus, many use assisted human reproduction techniques, not always relating the procedure to infertility. With evolution, bioethical dilemmas arise. Using a deductive method, combining Resolutions, infra-constitutional laws and news broadcasted by national and international media, it is concluded that as much as in Brazil the Federal Council of Medicine endeavors to edit several Resolutions to be followed by doctors, supplying the absence of specific AR law regarding ethics, consent and respect for the confidentiality of the data of the involved

¹ Mestranda em Direito da Sociedade da Informação pelas Faculdades Metropolitanas Unidas- FMU; Especialista em Direito Médico, Hospitalar e da Saúde pela Escola Paulista de Direito- EPD; Bacharela em Direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas- FMU; Bacharela em Enfermagem pela Universidade de Mogi das Cruzes-UMC. Advogada. E-mail: deisecurt@gmail.com

² Doutora em Biodireito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Mestre em Direito de Família, membro do Instituto Brasileiro do Direito de Família – IBDFAM. Professora do Mestrado em Direito da Sociedade da Informação das FMU. Advogada.

parties, the technological evolution itself, allied to the access to the network, the difference between the countries when dealing with the privacy and privacy protection of gamete donors and the possibility of foreigners looking for AR techniques in other less conservative countries end up compromising the anonymity of those involved.

KEYWORDS: sensitive data; assisted human reproduction; artificial insemination.

1 INTRODUÇÃO

Com a evolução das estruturas familiares e tecnológica na área biomédica, muitas possibilidades novas surgiram para possibilitar que pessoas com diagnóstico de infertilidade, casais homossexuais, pessoas que não encontraram um companheiro para ter filhos, pudessem se valer da utilização das técnicas de reprodução humana assistida.

O Consentimento tanto para a realização dos procedimentos de coleta de fluídos corpóreos quanto de coleta e o tratamento de informações genéticas, é elemento primordial e mais do que essencial durante todo o processo. E, ainda entende-se que não é possível colher consentimento para todas as fases dos procedimentos de todos os sujeitos envolvidos.

Também há quem defenda que como o DNA é uma informação muito importante e direta que pode falar tudo sobre um mesmo indivíduo, e que deve ter uma proteção dobrada sobre as informações, de modo a privilegiar a privacidade das pessoas e prevenir abusos.

Alguns exemplos e casos sobre possíveis abusos nesse sentido serão discutidos. Um exemplo foi o cruzamento de DNA realizado por uma garota, fruto de inseminação artificial, que foi colhido e feito através de um exame comprado em farmácia, nos Estados Unidos conseguiu obter subsídios para que encontrasse seu pai, mesmo com o sigilo a ele assegurado.

Através do método dedutivo, visar-se-á descobrir se há como proteger e qual a importância ou do sigilo dos dados de todos aqueles que integram a realização dos procedimentos de reprodução assistida e a importância da regulamentação da reprodução assistida no Brasil, a tentativa de prevenir a eugenia e garantir a proteção de dados genéticos.

2 RESOLUÇÕES DO CFM SOBRE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

A CID10, Classificação Estatística Internacional de Doenças e problemas Relacionados com a Saúde (*International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems- ICD*), “fornece códigos relativos à classificação de doenças e de uma grande

variedade de sinais, sintomas, aspectos anormais, queixas, circunstâncias sociais e causas externas para ferimentos e doenças”,³ dentre esses códigos, a Infertilidade Masculina com o CID N46) e a feminina se apresenta, variando entre N970 até N979⁴, de acordo com a causa.

A OMS (Organização Mundial da Saúde), em 18 de junho de 2018, divulgou a nova Classificação, o CID-11, que entrará em vigor em 1º de janeiro de 2022. Nesta nova Classificação haverá, no mínimo 55 mil códigos de doenças catalogados, sendo que o CID10 possui em torno de 14 mil.⁵

Não se pode confundir os termos esterilidade e infertilidade⁶, mesmo que haja muita divergência nesta distinção, sendo o primeiro a incapacidade do corpo de produzir ou excretar gametas (ovócitos, para mulheres, e espermatozoides, para homens), de modo que a reprodução por estes indivíduos, com seu material genético é inviável.

Já a infertilidade é dividida para essa classificação em dois tipos: a feminina e a masculina. A infertilidade feminina, para a OMS/ ICD-11 é a “Disease of the reproductive system defined by the failure to achieve a clinical pregnancy after 12 months or more of regular unprotected sexual intercourse”^{7 8}, e a infertilidade masculina, definida como “Any disorder of the reproductive system affecting males, characterized by dysfunctions in the ejection of semen or an abnormal absence in the measurable level of sperm in semen.”^{9 10}

Reprodução humana “é o processo pelo qual se torna possível a continuidade da espécie humana” e decorre de maneira sexuada, ou seja, envolve a fusão do material genético de dois diferentes progenitores. Esta fusão desse material genético, que se dá

³ CID. Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde. Disponível em: <https://www.cid10.com.br/>. Acesso em: 10 out. 2019.

⁴ CID- Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde . Disponível em: <https://www.cid10.com.br/buscadescr?query=infertilidade>. Acesso em: 10 out. 2019.

⁵ OPAS- ORGANIZAÇÃO PANAMERICANA DE SAÚDE. **OMS divulga nova Classificação Internacional de Doenças (CID 11)**. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5702:oms-divulga-nova-classificacao-internacional-de-doencas-cid-11&Itemid=875. Acesso em: 11 out. 2019.

⁶ ABCMED- **Qual a diferença entre infertilidade e esterilidade? Quais são as causas?**.2012. Disponível em: <https://www.abc.med.br/p/309845/qual-a-diferenca-entre-infertilidade-e-esterilidade-quais-sao-as-causas.htm>. Acesso em: 8 out. 2019.

⁷ICD-11. **ICD-11 for Mortality and Morbidity Statistics**. Disponível em: <https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http://id.who.int/icd/entity/1237004558>. Acesso em: 09 out. 2019.

⁸Doença do sistema reprodutivo definida pela falha em obter uma gravidez clínica após 12 meses ou mais de relações sexuais regulares não protegidas. (tradução livre)

⁹ICD-11- **Male Infertility**. Disponível em: <https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http://id.who.int/icd/entity/753457327>. Acesso em 09 out. 2019.

¹⁰Qualquer distúrbio do sistema reprodutivo que afeta os machos, caracterizado por disfuncionais na ejeção do sêmen ou uma ausência anormal no nível mensurável de espermatozoides no sêmen (tradução livre)

através dos gametas (ovócitos e espermatozoides) se denomina *fecundação*. Quando essa fecundação não se dá de maneira natural, pela relação sexual, o casal não terá a possibilidade de conceber seus descendentes.¹¹

Todas as resoluções já editadas pelo CFM acerca de Reprodução Assistida, no primeiro princípio geral, definem a função das técnicas de Reprodução Assistida (RA), assim dispondo: “As técnicas de reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação”.

A primeira Resolução editada pelo Conselho Federal de Medicina, dispondo sobre as normas para a realização de técnicas de reprodução Assistida, Resolução n. 1358 de 1992, dispunha em seus princípios gerais, que essas técnicas serviam para auxiliar na resolução de problemas de infertilidade humana, após a tentativa frustrada de outras medidas terapêuticas para a solução desta infertilidade. Ao tratar do consentimento, que devia ser realizado em formulário especial, ou seja, obrigatoriamente escrito, como um princípio geral também, deixou claro que este deveria ser direcionado aos “*pacientes inférteis e doadores*”.

Quando esta resolução tratou acerca de quem seriam os usuários destas técnicas, deixou claro que seria “toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução [...], desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado”. Ainda exigiu categoricamente, que se esta mulher fosse casada ou que estivesse em alguma união estável, seria “necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, após processo semelhante de consentimento informado”¹²

Na Resolução n.1.957 de 2010, que revogou a de 1992, editada após o vigor do código civil de 2002, os pacientes passaram a ser “*todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento [...] desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos [...]*”¹³(grifo nosso)

Esta Resolução foi revogada pela Resolução n. 2.013 de 2013, que manteve a mesma redação da anterior a respeito de quem pode ser paciente das técnicas de RA e aumentou

¹¹ NOMURA, Roseli Mieko Yamamoto. Reprodução Humana: Reprodução Assistida, Fertilização *in vitro*, Inseminação Artificial, Direitos Reprodutivos. In: HCOR. **Dilemas Acerca da Vida Humana: Interfaces entre Bioética e Biodireito**. São Paulo: Atheneu, 2015. (Série Hospital do Coração – Hcor), p. 67.

¹² CFM- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.358/1992**. Adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm. Acesso em: 11 out. 2019.

¹³ CFM- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.957/2010**. A Resolução CFM nº 1.358/92, após 18 anos de vigência, recebeu modificações relativas à reprodução assistida, o que gerou a presente resolução, que a substitui in totum. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2010/1957>. Acesso em: 10 out. 2019.

sua abrangência às pessoas solteiras e casais homoafetivos, assim dispondo: “é permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito da objeção de consciência do médico”.¹⁴

A Resolução n. 2.121/2015, do CFM, revogou esta anterior, manteve o mesmo texto das duas resoluções anteriores sobre os pacientes das técnicas de RA e acrescentou uma importante permissão: a de que não há a necessidade de que haja infertilidade para união homoafetiva feminina para que elas se valham das técnicas de RA para procriarem, assim dispondo: “é permitida a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina em que não exista infertilidade”.

A Resolução n. 2.168/2017, revogou a anterior, manteve o mesmo texto das três resoluções anteriores, e acrescentou informações acerca do que se considera gestação compartilhada, sendo “a situação em que o embrião obtido a partir da fecundação do (s) oócitos (s) de uma mulher é transferido para o útero de sua parceira”.

Esta resolução em vigor, considerando vários fatores, como o reconhecimento da infertilidade como problema de saúde que tem implicações médicas e psicológicas; aumento da sobrevida e cura de neoplasias malignas; inequivalência entre a idade que as mulheres querem ter filhos versus a diminuição da probabilidade de engravidarem com o avanço da idade; solução de vários problemas de reprodução humana através do aumento do conhecimento científico; reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar; e a necessidade de adequar todas essas mudanças para harmonizar o uso dessas técnicas com os princípios éticos da profissão, no art. 1º resolveu “adotar as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida [...] como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos”.

Estabelece princípios gerais, que, além de dizer para que serve as técnicas de RA, trazem alguns critérios para sua aplicação, quais sejam: “podem ser utilizadas na preservação social e/ou oncológica de gametas, embriões e tecidos germinativos”; deve haver a probabilidade de sucesso e não deve haver risco à saúde do paciente ou possível descendente; a idade máxima permitida para as mulheres é de cinquenta (50) anos, tendo como exceção aquelas que “são aceitas baseadas em critérios técnicos e científicos fundamentados pelo médico responsável quanto à ausência de comorbidades da mulher”, tendo o devido esclarecimento sobre todos os riscos ; consentimento informado e por escrito obrigatório;

¹⁴ CFM- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.013/2013**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM nº 1.957/10. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf. Acesso em: 10 out. 2019.

Ainda proíbe a utilização de oócitos humanos para outra finalidade que não a procriação humana; proibição da eugenia por sexo ou outra característica biológica, exceto se for para evitar doenças para o futuro descendente. Esse último ponto suscita diversas discussões no campo da bioética.

Assim diz a Resolução: “As técnicas de RA não podem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (presença ou ausência de cromossomo Y) ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto para evitar doenças no possível descendente”.

Esses dados genéticos podem vir a ser utilizados com finalidades completamente inaceitáveis na atualidade como a “purificação da raça humana”, para fins securitários e/ou outros fins que não aqueles para os quais as informações inicialmente foram coletadas, de acordo com o consentimento dado pelos sujeitos.

Para Cintia Rosa Pereira Lima, algumas polêmicas destacam-se: “a possibilidade de seleção embrionária visando escolhas de cor dos olhos, pele, sexo, dentre outro, dando espaço aos denominados *designed babies*; o uso de tais técnicas para a cura de doenças congênitas graves – seleção embrionária para finalidades terapêutica;_ ou até mesmo para gerar bebês predestinados a salvar seus irmãos portadores de doenças fatais (“irmão salvador”).¹⁵

A Resolução ainda delimita o número de embriões a serem usados, nunca superior a quatro, de acordo com a idade: “a) mulheres até 35 anos: até 2 embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até 3 embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até 4 embriões; d) nas situações de doação de oócitos e embriões, considera-se a idade da doadora no momento da coleta dos oócitos”, proibindo, se houver gestação múltipla, procedimentos que reduzam o número de embriões.

3 BANCO DE DADOS GENÉTICOS E O DIREITO AO ANONIMATO

Com a possibilidade de se ter a guarda de informações genéticas dos indivíduos envolvidos nas técnicas de RA nas clínicas, veio à realidade a formação de bancos de dados genéticos e dados clínicos de casais nessas situações, assim como de doadores de material genético e dos embriões. Assim “o direito deve estar atento a essas mudanças para que

¹⁵ LIMA, Cíntia Rosa Pereira; ABOIN, Ana Carolina. Proteção de dados clínicos e genéticos na era tecnológica: uma análise com base nos avanços da reprodução humana. In: SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva, SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni (coord); SILVA, Anna PAULA Soares da; BERGSTEIN, Gilberto (org). **Biotecnologia, direito e liberdades individuais: novas fronteiras da ciência jurídica**. Indaiatuba, SP: Foco, 2019. v.1. p. 164.

exista um controle e fiscalização da coleta, da utilização, do armazenamento e do tratamento desses dados clínicos e dados genéticos para evitar danos à humanidade”.¹⁶

Ainda não foi aprovado o projeto de Lei 115/2015 que institui o Estatuto da Reprodução humana assistida para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução assistida e, mesmo assim, não há no corpo do projeto nenhum artigo que trouxesse o tema sobre proteção de dados clínicos e genéticos, embora trate do sigilo da identidade dos envolvidos.¹⁷

Como não há lei que regulamente essas atividades, o CFM editou a Resolução 2.168/2017, antecipando a normatização de alguns pontos polêmicos, tendo vista o reconhecimento das famílias homoafetivas e o aumento da infertilidade em casais, fatos mencionados na resolução, mas também não disciplinou regras a respeito da proteção de dados clínicos nem de quem se submete a essas técnicas e nem de doadores de gametas ou dos embriões resultantes dos procedimentos.

Essa resolução faz menção, no capítulo III, apenas de um registro permanente de dados de saúde e de exames a fim de se evitar a transmissão de doenças. “Esses dados genéticos e clínicos deverão ficar à disposição para a fiscalização dos conselhos Regionais de Medicina, porém sem especificar as regras para a proteção dessas informações pessoais”.¹⁸

A lei n. 13.709 de 14 de Agosto de 2018, finalmente foi promulgada no Brasil, conhecida como a Lei geral de proteção de dados pessoais. Nesta lei, o art.5º, II, diz que dados genéticos são considerados dados pessoais sensíveis e tratou sobre em quais situações o tratamento desses dados sensíveis pode ocorrer, tendo o consentimento como elemento essencial para que haja esse tratamento.

Assim é considerado “II - *dado pessoal sensível*: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural”. (grifo nosso)

Patrícia Peck Pinheiro, define dados pessoais sensíveis como “dados que estejam relacionados à características da personalidade do indivíduo e suas escolhas pessoais, tais

¹⁶ Idem.

¹⁷ SENADO. **PL 115/2015. Estatuto da reprodução Humana assistida**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=DC447E07760A9E9B525555B343B5219E.proposicoesWebExterno2?codteor=1296985&filename=Tramitacao-PL+115/2015. Acesso em: 06 jun. 2019.

¹⁸ LIMA, Cíntia Rosa Pereira; ABOIN, Ana Carolina. Proteção de dados clínicos e genéticos na era tecnológica: uma análise com base nos avanços da reprodução humana. In: SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva; SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni (coord); SILVA, Anna PAULA Soares da; BERGSTEIN, Gilberto (org). **Biociência, direito e liberdades individuais: novas fronteiras da ciência jurídica**. Indaiatuba, SP: Foco, 2019. v.1. p.165.

como origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente a saúde ou a vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural”.¹⁹

Ainda assim, a definição sobre o que são dados genéticos, dados relativos à saúde e biométricos encontra-se no art. 4 inc. 13,14 e 15, do Regulamento Geral de Proteção de dados europeu²⁰, sendo:

(13)«Dados genéticos», dados pessoais relativos às características genéticas herdadas ou adquiridas de uma pessoa singular que forneçam informações únicas sobre a fisiologia ou a saúde dessa pessoa singular e que resultam, em especial, de uma análise de uma amostra biológica do natural pessoa em questão;

(14)«Dados biométricos», os dados pessoais resultantes de um tratamento técnico específico relacionado com as características físicas, fisiológicas ou comportamentais de uma pessoa singular, que permitem ou confirmam a identificação única dessa pessoa singular, como imagens faciais ou dados dactiloscópicos;

(15) «Dados relativos à saúde», os dados pessoais relacionados com a saúde física ou mental de uma pessoa singular, incluindo a prestação de serviços de cuidados de saúde, que revelam informações sobre o seu estado de saúde; (tradução livre)

Os dados clínicos e os dados genéticos são dados pessoais sensíveis e merecem uma maior tutela jurídica. O Artigo 11, da Nova LGPD, informa as situações em que o tratamento de dados pessoais sensíveis podem ocorrer, por exemplo, quando o titular consentir de forma específica e destacada e para finalidades especificadas e, sem o seu consentimento, nos casos especificados nas alíneas seguintes, como para a tutela da saúde, ou para prevenir fraude, ou para estudos por órgãos de pesquisa, dentre outros.

O Artigo traz algumas ressalvas em seus parágrafos seguintes, como no §1º, que diz que o disposto no artigo aplica-se a todo tratamento de dados sensíveis que possa causar dano ao titular (seria um conceito aberto demais?), dispensando a necessidade do consentimento dos titulares nos casos do inciso II, alíneas “a” e “b”, e, ainda afirma no §3º, que o uso compartilhado de dados sensíveis pelos controladores, com objetivo de “obter vantagem econômica *poderá ser objeto de vedação ou de regulamentação por parte da autoridade nacional*”, ou seja, ainda traz alguma forma de, através da lei, relativizar o consentimento e a proteção dos dados sensíveis ao dizer que apenas *poderão* ser vedados, ao invés de proibir expressamente.

¹⁹ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de dados pessoais**: Comentários à lei n. 13.709/2018 (LGPD). São Paulo: Saraiva Jur, 2018. p. 26.

²⁰ EUROPA. **REGULATION (EU) 2016/679 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL, de 27 de abril de 2016**, on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT#d1e2161-1-1>. Acesso em: 05 jun. 2019.

Traz, no parágrafo 4º, duas exceções à vedação ao uso compartilhado ou comunicação entre controladores de dados pessoais sensíveis em relação à saúde com o objetivo de obter vantagem econômica: 1- portabilidade de dados; 2- necessidade de comunicação para a adequada prestação de serviços de saúde suplementar.

Mesmo com a proteção trazida pela LGPD, muitas situações novas ocorrem na sociedade e no ramo de biotecnologia que trazem efeitos diretos nas relações jurídicas entre os sujeitos envolvidos nessas relações. O Estatuto da Reprodução Humana assistida ainda não foi promulgado e também não trata dos dados genéticos, assim como a Resolução CFM n. 2.168/2017 também não fala nada sobre esses dados.

A proteção trazida pela LGPD, com ênfase no consentimento, como elemento norteador dessas relações, talvez seja ainda insuficiente para promover a segurança real dessas informações, visto que, mesmo com a anonimização preconizada pela Lei, esses dados podem ser facilmente corrompidos e transformados em uma informação direcionada dificultando o sigilo entre todos os envolvidos nesses procedimentos²¹.

3.1 Sigilo e garantia de anonimato

No procedimento doação de material genético, há uma grande coleta de dados pessoais e de DNA dos doadores e outras pessoas envolvidas. Nos sites das empresas de doação de gametas há a divulgação de dados a respeito desse doador, como tom de voz, fotos da infância, cor dos olhos, grau de escolaridade, altura, garantindo um anonimato quanto ao nome, endereço, exemplo, Cryobank.²² Assim, as pessoas escolhem doadores de acordo com características que acreditam ser mais condizentes com o que esperam de um futuro filho.

Com o Big Data, sabe-se que através de junção de dados esparsos, pode-se dificultar facilmente esse sigilo e encontrar quem quer que seja. Como diz Bruno Bioni: “essa tecnologia permite que um volume descomunal de dados seja estruturado e analisado para uma gama indeterminada de finalidades” e ainda explana: “faltam atores e um manancial de dados para desbancar qualquer processo de anonimização”. Tem-se um contexto que é completamente antagônico à promessa semântica de dados anônimos, como aquele que não seria capaz, em hipótese alguma, de identificar um sujeito.

²¹ BIONI, Bruno Ricardo. **Xeque-mate, o tripé da proteção de dados pessoais no jogo de xadrez das iniciativas legislativas no Brasil**. 05 jul. 2015. Disponível em: http://gomaoficina.com/wp-content/uploads/2016/07/xeque_mate_interativo.pdf. p.23. Acesso em: 05 jun. 2019.

²² CRIOBANK. Donor Sperm Bank. **Find Genes that fit. Califórnia**. Disponível em: <https://www.cryobank.com/search/>. Acesso em: 16 out. 2019.

A Lei geral de proteção de dados pessoais trata sobre a anonimização desses dados, mas ainda considera-se que “os métodos de anonimização são considerados corruptíveis e passíveis de falhas”.²³

O Art. 14 da Declaração Internacional sobre os dados genéticos humanos diz que

a) Os Estados deverão desenvolver esforços no sentido de proteger, nas condições previstas pelo direito interno em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos, a vida privada dos indivíduos e a confidencialidade dos dados genéticos humanos associados a uma pessoa, uma família ou, se for caso disso, um grupo identificável.²⁴

Como a LGPD não deu tanta ênfase no tratamento de dados genéticos, a declaração pode ser um excelente meio de referência, assim como ainda há a possibilidade do Estatuto da Reprodução assistida incluir em seu texto para aprovação, artigos falando sobre esses dados “super-sensíveis”.

3.2 Casos

Casos em que as próprias pessoas divulgam em redes sociais suas informações pessoais são um exemplo de como também se pode permitir que não haja mais a anonimização, como no caso ocorrido nos Estados Unidos que chegou ao conhecimento dos brasileiro em 2018, onde o doador de esperma foi encontrado através de informações cruzadas com o que a filha sabia através do site de doação e o que ele mesmo publicou em suas redes sociais no modo público.²⁵

O interessante nesse caso, é que através de um exame de dna desses de farmácia, a garota fez um mapeamento genético e cruzou com os dados do doador, para ter certeza de que ele era seu genitor.²⁶ Informações genéticas disponíveis em um banco de dados em rede foram suficientes para cruzamento dessas informações e encontro entre filha e doador. Por generosidade do destino, este caso teve um final feliz e, por curiosidade, sua

²³ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de dados pessoais**: Comentários à lei n. 13.709/2018 (LGPD). São Paulo: Saraiva Jur, 2018.p. 58.

²⁴ UNESCO. **Declaração internacional sobre dados genéticos humanos**. 2004. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000136112_por. Acesso em: 16 out. 2019.

²⁵ O GLOBO. **Sites de DNA ameaçam anonimato de doadores de esperma**. 21 out. 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/sites-de-dna-ameacam-anonimato-de-doadores-de-esperma-23249765>. Acesso em: 16 out. 2019.

²⁶ GALVÃO, Jesus. Mulher se apaixonou pelo doador do esperma que gerou a sua filha há 12 anos. **Fatos Curiosos**, São Paulo, 10 jan. 2019. Disponível em: <https://www.fatosdesconhecidos.com.br/mulher-se-apaixonou-pelo-doador-do-esperma-que-gerou-sua-filha-ha-12-anos/>. Acesso em: 04 jun. 2019.

genitora se apaixonou pelo doador, que tinha as características que ela acreditava serem essenciais em alguém para ser pai de sua filha, e hoje namoram.²⁷

Aqui no Brasil, muitas mulheres procuram doadores de bancos de sêmen americanos por acreditarem que lá o sigilo é menor, devido ao maior número de informações fornecidas pelo site, além de terem um maior número de doadores com características físicas do que se convencionou chamar popularmente como “bebê Johnson”, por conta de um comercial de produtos para bebês veiculado nos anos 90 pela empresa Johnson & Johnson, onde era um bebê loiro, branco, olhos azuis e bochechas rosadas e tido com o estereótipo de bebê perfeito.²⁸

Buscando esse estereótipo e temendo um futuro onde os filhos poderão querer saber quem são seus pais, muitas brasileiras estão procurando doadores de bancos de sêmen americanos e outros países estrangeiros. Uma matéria veiculada pela BBC News de Copenhague, afirma que a Dinamarca é considerada a *Meca da Inseminação Artificial*, justamente por causa da escolha dos traços fenotípicos dos Dinamarqueses (traços nórdicos), que atraem pessoas de todo o mundo para o uso de seus gametas.²⁹

Um outro exemplo veiculado pela mídia brasileira foi uma entrevista da atriz Carina Bach, que resolveu, após a separação de seu casamento e descoberta de uma hiperssalpinge, ter um filho com o que chama de “produção independente”³⁰. A atriz afirmou com todas as letras: “Nos bancos brasileiros temos menos referências sobre os doadores, e como queria ter acesso a mais dados sobre o perfil do doador para que, um dia, o Enrico também tivesse esse acesso, acabei optando por um banco dos Estados Unidos.”

Aqui são dois problemas: o primeiro é a respeito da proteção do anonimato do doador versus o direito à filiação e o segundo, um pouco mais preocupante é sobre a possível promoção da eugenia.

Camila Costa afirma, desde 2011, que há movimentos de on-line de filhos provenientes de técnicas de inseminação artificial, que defendem o direito ao acesso aos dados do

²⁷ BBC. Conheci meu namorado 12 anos após dar à luz uma filha dele. **Portal G1**. São Paulo, 03 jan. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/01/03/conheci-meu-namorado-12-anos-apos-dar-a-luz-uma-filha-dele.ghtml>. Acesso em: 04 jun. 2019.

²⁸ PAINS, Clarissa; URBIM, Emiliano. Importação de sêmen dos Estados Unidos para o Brasil causa polêmica. **O Globo**, São Paulo, 07 abr. 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/cultura/importacao-de-semen-dos-eua-para-brasil-causa-polemica-22567224>. Acesso em: 05 jun. 2019.

²⁹ HENLEY, PAUL. Com sêmen de ‘loiros altos’, Dinamarca se torna ‘meca’ de inseminação artificial. **BBC News**, Copenhague, 20 mai, 2011. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2011/05/110520_dinamarca_meca_inseminacao_bg. Acesso em: 16 out. 2019.

³⁰ *Ibidem*. pains

doador de gametas. Também pedem que se criem leis que garantam o acesso a informações como a localização e o histórico médico do doador de sêmen.³¹

Acrescenta a repórter, ainda, que, nesse ano, o Estado de Washington “foi o primeiro a conceder aos filhos o direito de conseguir informações sobre seus pais biológicos” a partir de seus 18 anos, a não ser que os doadores tenham assinado um termo proibindo expressamente a divulgação de sua identidade. Países como Áustria, Reino Unido e Dinamarca, já haviam abolido expressamente as doações de gametas anônimas.³²

Antes da implantação do zigoto no útero materno, e após a escolha de doador com características físicas condizentes com o desejado pela genitora, há o diagnóstico pré-implantacional, que ocorre para se evitar que uma criança nasça com doenças genéticas.

Ainda há proteção no sentido de não se alterar o DNA pra promoção (produção?) de pessoas mais resistentes à doenças ou fisicamente perfeitas, embora se permita que não se implante zigotos com predisposição a anomalias genéticas. Seria essa uma forma de eugenia?³³

Se esse tipo de procedimento começasse a ser permitido, num futuro teríamos problemas, como filhos que viessem a nascer com determinadas doenças, querendo processar seus pais por tê-los colocado no mundo sem fazer diagnóstico ou alteração gênica pré-concepção, pleiteando indenização por danos materiais, morais, físicos, estéticos e afins?³⁴

Em 2018, uma polêmica envolveu um cientista num caso que chocou a comunidade científica mundial.³⁵ Em uma técnica de reprodução assistida, ele alterou geneticamente o DNA de duas gêmeas, de modo que essas tivessem imunidade ao vírus do HIV.³⁶

³¹ COSTA, Camila. Site ajuda filhos de doadores de sêmen a encontrar pais e meio-irmãos. **BBC BRASIL**. 13 set, 2011.

Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2011/09/110909_doadores_semen_eua_cc. Acesso em: 16 out, 2019.

³² Idem. s/p.

³³ ELER, Kalline Carvalho Gonçalves; OLIVEIRA, Marco Túlio Pires de; RAMOS, Kessia Priscila Miranda. Diagnóstico genético pré-implantação (DGPI): uma eugenia mascarada? **Revista Iberoamericana de Bioética**, Madri, Espanha, n.09, p. 1-15, jan. 2019. Disponível em: <https://revistas.comillas.edu/index.php/bioetica-revista-iberoamericana/article/view/8842/10425>. Acesso em: 04 jun. 2019.

³⁴ LIMA, Cíntia Rosa Pereira; ABOIN, Ana Carolina. Proteção de dados clínicos e genéticos na era tecnológica: uma análise com base nos avanços da reprodução humana. In: SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva, SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni (coord); SILVA, Anna PAULA Soares da; BERGSTEIN, Gilberto (org). **Biociência, direito e liberdades individuais: novas fronteiras da ciência jurídica**. Indaiatuba, SP: Foco, 2019. v.1. p. 163-195.

³⁵ ROBERTS, Michele. Por que o cientista chinês que diz ter editado genes de bebê causou revolta entre pesquisadores. **BBC News**. São Paulo, 26 nov. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-46325617#orb-banner>. Acesso em: 04 jun. 2019.

³⁶ PRESS, Associated. Cientista chinês diz que gêmeos nasceram após embriões terem genes editados. **Portal G1**. São Paulo, 26 nov. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2018/11/26/cientista-chines-alega-ter-criado-primeiros-bebes-geneticamente-editados.ghtml>. Acesso em: 04 jun. 2019.

A maior gerada foi em relação à possibilidade da humanidade, por medo de doenças e etc., acabar criando uma forma de seleção de seres humanos mais fortes, “mais bonitos” e etc, transformando a reprodução humana assistida em regra, não exceção, e uma possibilidade apenas para ricos, pois é um procedimento caro e não tão acessível para todas as camadas sociais do planeta.

O ‘direito ao patrimônio genético não modificado’ encontra guarida no sistema brasileiro à luz da dignidade da pessoa humana estampada no art. 1º, inc. III da CF/1988, como cláusula geral e o art. 11 do Código Civil (cc/2002) que não engessou as espécies de direitos privados de personalidade, nos quais se incluem a proteção dessas relevantes informações.³⁷

De todo modo, as bebês nasceram, estudos foram realizados por diversos cientistas e a notícia, agora, é que a modificação nesse segmento do DNA, que permitiu a imunidade ao vírus da HIV para essas bebês, diminui drasticamente a expectativa de vida das pessoas com essa alteração.³⁸ Seria uma forma de criar uma sociedade dividida por castas, como no livro *Admirável Mundo Novo*, de Aldous Huxley?³⁹

Com respaldo do CFM, o diagnóstico pré-implantacional consiste numa série de exames e diagnósticos que detectam a presença de anomalias genéticas nos embriões formados em laboratório, onde embriões que são considerados inviáveis, de acordo com a lei de biossegurança, podem ser doados para pesquisas científicas ou descartados.

Há quem sustente que a escolha desses embriões já seria uma forma de seleção humana e que pode abrir portas para outros tipos de seleção, proibidas pela lei de biossegurança, tais quais a escolha de características fenotípicas, como cor dos olhos, altura, cor da pele, de modo que acabe se determinando um esteriótipo ideal, somente alcançado por meio da reprodução assistida artificial, que ocorre, via de regra, por pessoas com condições financeiras mais abastadas. Esse fato pode ocasionar uma formação de “castas sociais”, com grupos divididos por indivíduos considerados mais saudáveis e fortes e outro pelos mais vulneráveis.⁴⁰

³⁷ LIMA, Cíntia Rosa Pereira; ABOIN, Ana Carolina. Proteção de dados clínicos e genéticos na era tecnológica: uma análise com base nos avanços da reprodução humana. In: SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva; SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni (coord); SILVA, Anna PAULA Soares da; BERGSTEIN, Gilberto (org). **Biotechnologia, direito e liberdades individuais: novas fronteiras da ciência jurídica**. Indaiatuba, SP: Foco, 2019. v.1. p. 168.

³⁸ FRANCE, Presse. Edição genética feita em bebês chinesas está associada a menor expectativa de vida, diz estudo. **Portal G1**. São Paulo, 03 jun. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2019/06/03/edicao-genetica-feita-em-bebes-chinesas-esta-associada-a-menor-expectativa-de-vida-diz-estudo.ghtml>. Acesso em: 04 jun. 2019.

³⁹ HUXLEY, Aldous. **Admirável Mundo Novo**. Ed. 22. São Paulo: Globo, 2014.

⁴⁰ LIMA, Cíntia Rosa Pereira; ABOIN, Ana Carolina. Proteção de dados clínicos e genéticos na era tecnológica: uma análise com base nos avanços da reprodução humana. In: SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva; SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni (coord);

Outro problema relacionado ao anonimato é quando as pessoas que doam material genético querem saber de sua prole. Quem são os pais, nesse caso? Os avanços biotecnológicos na área de reprodução humana assistida podem modificar inclusive os modos de reconhecimento de filiação.

Um caso ocorrido na Grécia nos faz pensar em diversas outras possibilidades. A notícia veiculada é de que nasceu no país o primeiro bebê com DNA de três pessoas⁴¹. Funcionou assim: a esposa tinha uma anomalia genética que impedia que o zigoto aderisse à parede do útero e, assim, ela tinha problemas de infertilidade. Como ela queria ter filhos com material genético próprio, conseguiu a doação de um óvulo.

Foi retirada a parte do DNA que continha o defeito genético e inserido parte do DNA do óvulo que estava saudável. Assim, o bebê nasceu com DNA de três pessoas diferentes.⁴² Independentemente da quantidade usada desse óvulo doado, ele foi doado, foi usado, tem material genético dessa doadora. E se algum dia ela quiser ser reconhecida também como mãe dessa criança? E se esse procedimento se tornar comum e houver o aumento na multiparentalidade no mundo?

A biotecnologia também na área de reprodução assistida pode trazer uma mudança muito grande na vida de casais homoafetivos. Houveram diversos testes, realizados em laboratório, com ratos. Resultados: atualmente se consegue recolher material genético de duas ratas, fazer uma técnica de reprodução assistida nessas e produzir um rato saudável sem a necessidade de genes masculinos. Ainda não foi possível realizar o mesmo procedimento com sucesso com ratos machos, mas as pesquisas continuam.⁴³

Num futuro, então, se tornará comum e natural essa modificação das estruturas familiares com a possibilidade de filhos legítimos de pais/mães do mesmo sexo? Nesse caso, o ideal é haver sigilo dessa informação dos filhos havidos de técnicas como essas? Também seria mais uma forma de eugenia?

Adalberto Simão filho diz que a sociedade da informação “pode ser situada partindo-se da migração da uma época industrial e pós-industrial para a era da

SILVA, Anna PAULA Soares da; BERGSTEIN, Gilberto (org). **Biotecnologia, direito e liberdades individuais: novas fronteiras da ciência jurídica**. Indaiatuba, SP: Foco, 2019. v.1. p. 163-195.

⁴¹ BBC. Filho biológico de ‘três pessoas’ nasce na Grécia. **Portal G1**, São Paulo, 11 abr. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2019/04/11/filho-biologico-de-tres-pessoas-nasce-na-grecia.ghtml>. Acesso em: 04 jul. 2019.

⁴² Idem. s/n.

⁴³ VEIGA, Edison. Como cientistas chineses conseguiram que ratos do mesmo sexo se reproduzissem. **Portal G1**. São Paulo, 11 out. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-45820910>. Acesso em: 04 jun. 2019.

informação, tida por pós-moderna.⁴⁴ Assim, a sociedade é formatada para estar com interação e transmissão de informações em tempo real trazendo problemas em relação a privacidade de dados.⁴⁵

Os dados são o objeto de maior valor de mercado para a atualidade. Assim, deve-se tomar cuidado para que qualquer relação entre seres humanos seja objeto de informações que, um dia transformarão o ser humano em mero objeto. Para Barreto Júnior:

a sociedade em rede é o novo estágio do desenvolvimento do capitalismo, no qual a informação adquire o *status* de mercadoria, e é fundada sobre as bases tecnológicas decorrentes da convergência tecnológica e digital, da disseminação em escala mundial da Internet e da dimensão e alcance desses fenômenos nas esferas da economia, política, cultura e sociedade.⁴⁶

Já é grave a utilização desses dados com intuito econômico sem o consentimento dos usuários para o tratamento de dados. Imagine dados referentes à sua genética, que pode colocar cada indivíduo em situação de vulnerabilidade social com o tratamento para utilização econômica.

4 CONCLUSÃO

Vive-se em uma sociedade conectada à rede, e muitas de nossas informações pessoais podem ser utilizadas para diversas finalidades, de modo que deve haver uma proteção especial dos dados genéticos de pessoais das pessoas envolvidas em técnicas de reprodução assistida para se evitarem abusos econômicos e também sociais, afinal, se todos os dados de saúde puderem ser utilizados para a promoção da eugenia, os seres humanos estariam condicionados a criarem sociedades de castas e viverem categorizados por estas do nascimento à morte, dadas as suas características físicas e de saúde.

Os avanços no campo biotecnológico, especialmente em reprodução humana assistida, trazem grandes bancos de dados genéticos e pessoais dos envolvidos nas técnicas que merecem atenção e proteção especial, principalmente na discussão acerca da forma de consentimento de todas as fases do procedimento e do uso do tratamento desses dados não somente nos termos do art. 11 da lei geral de proteção de dados pessoais, mas, também,

⁴⁴ SIMÃO filho, Adalberto. Sociedade da Informação e seu Lineamento jurídico. In: PAESANI, Liliana Minardi (coord). **Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 9 -10.

⁴⁵ SIMÃO FILHO, Adalberto (org). **Direito E Internet III – Marco Civil Da Internet Lei 12.965/2014 TOMO I**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

⁴⁶ BARRETO JÚNIOR, Irineu Francisco. Proteção da Privacidade e de dados pessoais na internet: o marco civil da rede examinado com fundamento nas teorias de Zigmunt Bauman e Manuel Castells. In: SIMÃO FILHO, Adalberto (org). **Direito E Internet III – Marco Civil Da Internet Lei 12.965/2014 TOMO I**. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 412.

dentro das normas do CFM, da Lei de biossegurança, e demais dispositivos que tratam do assunto.

Com a decodificação do DNA, através do projeto genoma e sua disponibilização em bancos de dados on-line, torna-se praticamente impossível a anonimização desses dados genéticos (dados sensíveis), sendo necessário que os países na comunidade internacional adotem políticas de proteção. Desse modo o Brasil aprovou a Lei geral de proteção de dados e incluiu, aí a proteção de dados sensíveis.

No Brasil há a proteção do anonimato garantida por diversas leis, mas, principalmente na Constituição Federal. A questão é que existem países com visões diferentes a respeito do modo de lidar com os direitos da personalidade. Uns entendem que deve haver sigilo sobre as informações do doador e outros entendem que o doador não deve ter o sigilo garantido por ser direito da prole saber a sua origem.

Desse modo, em todo o mundo, pessoas se valem de seu direito à reprodução e escolhem doadores de bancos de gametas destes países que fornecem diversas informações pessoais e muito maiores do que as disponibilizadas pelos bancos brasileiros, de modo que, se um dia seus filhos tiverem interesse em conhecer seus progenitores, tenha essa possibilidade.

Bancos de dados de informações genéticas coletados durante todo o processo e de todos os envolvidos são formados e ficam armazenados. Já há a possibilidade de se fazer testes de DNA de farmácia, utilizando a saliva e depois fazer um mapeamento genético em rede e encontrar outros entes familiares. Dados como escolaridade, altura, tipo sanguíneo são disponibilizados nesses sites e, como se vive numa sociedade conectada a redes sociais, muitas pessoas deixam essas próprias informações no modo público, onde facilmente podem ser encontradas no futuro.

Como Haverá proteção de dados sensíveis provenientes dos procedimentos de inseminação artificial no Brasil, se na própria rede, há acesso de informações a nível mundial, cada país entende a questão do anonimato dos doadores de formas diferentes, pessoas de todo o mundo podem se socorrer de técnicas de inseminação artificial e, por mais que as leis nacionais tragam normas de prevenção a eugenia, não há como se evitar, ainda, que, pelo menos elas possam escolher o país de origem dos doadores (normalmente países nórdicos) e as próprias pessoas compartilham seus dados pessoais na rede?

Talvez a resposta a essa pergunta, seja a de que, não há privacidade num mundo de Big data, Esforços devem ser feitos para que não haja a disponibilização destes dados, mas também, uma conscientização das próprias pessoas sobre os riscos futuros a respeito das informações que consentiram divulgar.

REFERÊNCIAS

ABCMED- **Qual a diferença entre infertilidade e esterilidade? Quais são as causas?** 2012.

Disponível em: <https://www.abc.med.br/p/309845/qual-a-diferenca-entre-infertilidade-e-esterilidade-quais-sao-as-causas.htm>. Acesso em: 8 out. 2019.

ANVISA. **10º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões – SisEmbrio.**

Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/resultado-de-busca?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_assetEntryId=4994208&_101_type=document. Acesso em: 04 jun. 2019.

BARRETO JÚNIOR, Irineu Francisco. Proteção da Privacidade e de dados pessoais na internet: o marco civil da rede examinado com fundamento nas teorias de Zigmunt Bauman e Manuel Castells. *In*: SIMÃO FILHO, Adalberto (org). **Direito E Internet III – Marco Civil Da Internet Lei 12.965/2014 TOMO I.** São Paulo: Quartier Latin, 2015.

BBC. Conheci meu namorado 12 anos após dar à luz uma filha dele. **Portal G1.** São Paulo, 03 jan. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/01/03/conheci-meu-namorado-12-anos-apos-dar-a-luz-uma-filha-dele.ghtml>. Acesso em: 04 jun. 2019.

BBC . Filho biológico de ‘três pessoas’ nasce na Grécia. **Portal G1,** São Paulo, 11 abr. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2019/04/11/filho-biologico-de-tres-pessoas-nasce-na-grecia.ghtml>. Acesso em: 04 jul. 2019.

BIONI, Bruno Ricardo. **Xeque-mate, o tripé da proteção de dados pessoais no jogo de xadrez das iniciativas legislativas no Brasil.** 05 jul. 2015. Disponível em: http://gomaoficina.com/wp-content/uploads/2016/07/xeque_mate_interativo.pdf. p.23. Acesso em: 05 jun. 2019.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: A função e os limites do conhecimento.** Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BRASIL. **Código de proteção e defesa do consumidor.** São Paulo: Saraiva Jur, 2017.

BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. **Lei de Biossegurança.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm. Acesso em: 16 out. 2019.

CAVALCANTI, Ana Elizabeth; STURZA, Janaína Machado; MARTINI, Sandra Regina (org). **Direito à Saúde na Sociedade em Rede.** Movimento entre os saberes: A transdisciplinabilidade e o Direito. Porto Alegre: Evangraf, 2018, v. 10.

CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley; FUJITA, Jorge Shiguemitsu. O sigilo na relação médico-paciente como direito da personalidade e a sociedade da informação. In: CAVALCANTI, Ana Elizabeth; STURZA, Janaína Machado; MARTINI, Sandra Regina (org). **Direito à Saúde na Sociedade em Rede**. Movimento entre os saberes: A transdisciplinabilidade e o Direito. Porto Alegre: Evangraf, 2018, v. 10.

COSTA, Camila. Site ajuda filhos de doadores de sêmen a encontrar pais e meio-irmãos. **BBC BRASIL. 13 set, 2011. Disponível em:**
https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2011/09/110909_doadores_semen_eua_cc. Acesso em: 16 out, 2019.

CRIOBANK. Donor Sperm Bank. **Find Genes that fit**. Califórnia. Disponível em:
<https://www.cryobank.com/search/>. Acesso em: 16 out. 2019.

CID. Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde. Disponível em: <https://www.cid10.com.br/>. Acesso em: 10 out. 2019.

CID- Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde . **Infertilidade Feminina**. Disponível em:
<https://www.cid10.com.br/buscadescr?query=infertilidade>. Acesso em: 10 out. 2019.

ELER, Kalline Carvalho Gonçalves; OLIVEIRA, Marco Túlio Pires de; RAMOS, Kessia Priscila Miranda. Diagnóstico genético pré-implantação (DGPI): uma eugenia mascarada? **Revista Iberoamericana de Bioética**, Madri, Espanha, n.09, p. 1-15, jan. 2019. Disponível em: <https://revistas.comillas.edu/index.php/bioetica-revista-beroamericana/article/view/8842/10425>. Acesso em: 04 jun. 2019.

EUROPA. **REGULATION (EU) 2016/679 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL, de 27 de abril de 2016**, on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT#d1e2161-1-1>. Acesso em: 05 jun. 2019.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico: Doutrina Legislação e Jurisprudência** atinentes à profissão médica. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FRANCE, Presse. Edição genética feita em bebês chinesas está associada a menor expectativa de vida, diz estudo. **Portal G1**. São Paulo, 03 jun. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2019/06/03/edicao-genetica-feita-em-bebes-chinesas-esta-associada-a-menor-expectativa-de-vida-diz-estudo.ghtml>. Acesso em: 04 jun. 2019.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. Genética e Biodireito. In: GIMENES, Antonio Cantero; BATISTA, Juliana dos Santos; FUJITA, Jorge Shiguemitsu, ROCHA, Renata da. **Dilemas acerca da vida humana: Interfaces entre a bioética e o biodireito.** São Paulo: Atheneu, 2015. (Série Hospital do Coração – Hcor).

GALVÃO, Jesus. Mulher se apaixonou pelo doador do esperma que gerou a sua filha há 12 anos. **Fatos Curiosos**, São Paulo, 10 jan. 2019. Disponível em: <https://www.fatosdesconhecidos.com.br/mulher-se-apaixonou-pelo-doador-do-esperma-que-gerou-sua-filha-ha-12-anos/>. Acesso em: 04 jun. 2019.

GATTÁS, Gilka J. Fígaro. Bioética e genética: Desafios Contemporâneos. In: GIMENES, Antonio Cantero; BATISTA, Juliana dos Santos; FUJITA, Jorge Shiguemitsu, ROCHA, Renata da. **Dilemas acerca da vida humana: Interfaces entre a bioética e o biodireito.** São Paulo: Atheneu, 2015. (Série Hospital do Coração – Hcor).

GIMENES, Antonio Cantero; BATISTA, Juliana dos Santos; FUJITA, Jorge Shiguemitsu, ROCHA, Renata da. **Dilemas acerca da vida humana: Interfaces entre a bioética e o biodireito.** São Paulo: Atheneu, 2015. Série Hospital do Coração – Hcor).

HENLEY, PAUL. Com sêmen de ‘loiros altos’, Dinamarca se torna ‘meca’ de inseminação artificial. **BBC News**, Copenhague, 20 mai, 2011. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2011/05/110520_dinamarca_meca_inseminacao_bg. Acesso em: 16 out. 2019.

HINTZ, Helena Centeno. Novos tempos, novas famílias? Da modernidade à pós-modernidade. **Pensando Famílias**, v. 3, p.8-19. 2001.

HUXLEY, Aldous. **Admirável Mundo Novo**. Ed. 22. São Paulo: Globo, 2014.

ICD-11. **ICD-11 for Mortality and Morbidity Statistics**. Disponível em: <https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http://id.who.int/icd/entity/1237004558>. Acesso em: 09 out. 2019.

ICD-11- **Male Infertility**. Disponível em: <https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http://id.who.int/icd/entity/753457327>. Acesso em 09 out. 2019.

JÚNIOR, Carlos Ferrara. *Bio* na tecnologia, direito, economia e gestão: uma abordagem interdisciplinar. In: SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva; SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni (coord); SILVA, Anna PAULA Soares da; BERGSTEIN, Gilberto (org). **Biotecnologia, biodireito e saúde: novas fronteiras da ciência jurídica**. Indaiatuba, SP: Foco, 2019. v.2.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira; ABOIN, Ana Carolina. Proteção de dados clínicos e genéticos na era tecnológica: uma análise com base nos avanços da reprodução humana. In: SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva; SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni (coord); SILVA, Anna

PAULA Soares da; BERGSTEIN, Gilberto (org). **Biotecnologia, direito e liberdades individuais: novas fronteiras da ciência jurídica**. Indaiatuba, SP: Foco, 2019.

LOPES, Cláudia Aparecida Costa; CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Barriga de Aluguel e a proteção do embrião**. Curitiba: Juruá, 2019.

PEDRO, Rute Teixeira. A jurisprudência do tribunal europeu dos direitos do homem e do biodireito. In: SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva; SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni (coord); SILVA, Anna PAULA Soares da; BERGSTEIN, Gilberto (org). **Biotecnologia, direito e liberdades individuais: novas fronteiras da ciência jurídica**. Indaiatuba, SP: Foco, 2019.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de dados pessoais: Comentários à lei n. 13.709/2018 (LGPD)**. 1. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

MACEIRA, Irma Pereira. **A proteção do direito à privacidade familiar na internet**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na pós-modernidade**. São Paulo: Atlas, 2010.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: Linhas gerais de um novo direito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2014.

NOMURA, Roseli Mieko Yamamoto. Reprodução humana: Reprodução assistida, fertilização *in vitro*, Inseminação artificial, direitos reprodutivos. In: GIMENES, Antonio Cantero; BATISTA, Juliana dos Santos; FUJITA, Jorge Shiguemitsu, ROCHA, Renata da. **Dilemas acerca da vida humana: Interfaces entre a bioética e o biodireito**. São Paulo: Atheneu, 2015. (Série Hospital do Coração – Hcor).

O GLOBO. **Sites de DNA ameaçam anonimato de doadores de esperma**. 21 out. 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/sites-de-dna-ameacam-anonimato-de-doadores-de-esperma-23249765>. Acesso em: 16 out. 2019.

OPAS- ORGANIZAÇÃO PANAMERICANA DE SAÚDE. **OMS divulga nova Classificação Internacional de Doenças (CID 11)**. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5702:oms-divulga-nova-classificacao-internacional-de-doencas-cid-11&Itemid=875. Acesso em: 11 out. 2019.

PAINS, Clarissa; URBIM, Emiliano. Importação de sêmen dos Estados Unidos para o Brasil causa polêmica. **O Globo**, São Paulo, 07 abr. 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/cultura/importacao-de-semen-dos-eua-para-brasil-causa-polemica-22567224>. Acesso em: 05 jun. 2019.

PRESS, Associated. Cientista chinês diz que gêmeos nasceram após embriões terem genes editados. **Portal G1**. São Paulo, 26 nov. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2018/11/26/cientista-chines-alega-ter-criado-primeiros-bebes-geneticamente-editados.ghtml>. Acesso em: 04 jun. 2019.

ROBERTS, Michele. Por que o cientista chinês que diz ter editado genes de bebê causou revolta entre pesquisadores. **BBC News**. São Paulo, 26 nov. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-46325617#orb-banner>. Acesso em: 04 jun. 2019.

ROSA, Carlos Alberto Pessoa. Sigilo na relação médico-paciente. In: ROSA, Carlos Alberto Pessoa. **Relação médico paciente: Um encontro**. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2017.

SCALQUETE, Ana Cláudia Silva. Reprodução Humana – Reprodução humana assistida, fertilização *in vitro*, inseminação artificial e direitos reprodutivos à luz do direito. In: GIMENES, Antonio Cantero; BATISTA, Juliana dos Santos; FUJITA, Jorge Shiguemitsu, ROCHA, Renata da. **Dilemas acerca da vida humana: Interfaces entre a bioética e o biodireito**. São Paulo: Atheneu, 2015. (Série Hospital do Coração – Hcor).

SOUZA, Henrique Freire de Oliveira. **Responsabilidade civil: O que os médicos precisam saber?**. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2017.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva; SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni (coord); SILVA, Anna PAULA Soares da; BERGSTEIN, Gilberto (org). **Biotecnologia, direito e liberdades individuais: novas fronteiras da ciência jurídica**. Indaiatuba, SP: Foco, 2019. v.1.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. Reprodução humana assistida: do direito à ao direito da. In: SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva; SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni (coord); SILVA, Anna PAULA Soares da; BERGSTEIN, Gilberto (org). **Biotecnologia, direito e liberdades individuais: novas fronteiras da ciência jurídica**. Indaiatuba, SP: Foco, 2019. v.1.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva; SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni (coord); SILVA, Anna PAULA Soares da; BERGSTEIN, Gilberto (org). **Biotecnologia, biodireito e saúde: novas fronteiras da ciência jurídica**. Indaiatuba, SP: Foco, 2019. v.2.

SCHAEFER, Fernanda. **Proteção de dados de saúde na sociedade da informação: A busca pelo equilíbrio entre privacidade e interesse social**. Curitiba: Juruá, 2010.

SENADO.PL 115/2015. **Estatuto da Reprodução Humana assistida**. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=DC447E07760A9E9B525555B343B5219E.proposicoesWebExterno2?codteor=1296985&filename=Tramitacao-PL+115/2015](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=DC447E07760A9E9B525555B343B5219E.proposicoesWebExterno2?codteor=1296985&filename=Tramita%20cao-PL+115/2015). Acesso em: 06 jun. 2019.

SIMÃO FILHO, Adalberto (org). **Direito E Internet III – Marco Civil Da Internet Lei 12.965/2014 TOMO I**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

SIMÃO filho, Adalberto. Sociedade da Informação e seu Lineamento jurídico. In: PAESANI, Liliana Minardi (coord). **Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Atlas, 2007.

UNESCO. **Declaração internacional sobre dados genéticos humanos. 2004**. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000136112_por. Acesso em: 16 out. 2019.

VEIGA, Edison. Como cientistas chineses conseguiram que ratos do mesmo sexo se reproduzissem. **Portal G1**. São Paulo, 11 out. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-45820910>. Acesso em: 04 jun. 2019.

VIANA, Rui Geraldo Camargo; MARCHI, Maria àurea Hebling de. Biodireito, biotecnologia e bioética: um caminho comum. In: SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva; SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni (coord); SILVA, Anna PAULA Soares da; BERGSTEIN, Gilberto (org). **Biotecnologia, biodireito e saúde: novas fronteiras da ciência jurídica**. Indaiatuba, SP: Foco, 2019. v.2.

2^o INFORMATION SOCIETY AND LAW

FMU
CENTRO UNIVERSITÁRIO

GT - NANOTECNOLOGIA E INFORMAÇÃO

O SANDBOX REGULATÓRIO COMO FONTE DE DIREITO NO CASO DA DISRUPÇÃO NANOTECH

Daniela Pellin¹

RESUMO: O complexo sistema que permeia o desenvolvimento nanotecnológico é de difícil regulação normativa porque se trata do conjunto de novas tecnologias que compõem o complexo da Revolução 4.0. As nanotecnologias são desenvolvidas em várias áreas científicas e tratadas como insumos produtivos para a Indústria 4.0, cujos resultados são a economia de custos, o ganho de eficiência produtiva e melhores resultados ao consumidor. O problema reside no fato do cenário regulatório reunir um arsenal de princípios normativos tecidos pela UE, OECD, EUA e pelas regras da ISO. O objetivo geral é demonstrar que a lógica sistêmica e de linguagem de comunicação da co-regulação de natureza experimental proposta pelo Sandbox regulatório deve ser aplicada e tratada como fonte de direito para o tratamento jurídico das nanotecnologias. A hipótese é a de que, assim sendo, será possível regular o sistema e equilibrar as forças do jogo econômico: desenvolvimento, risco, consumo sustentável e democrático. Os resultados iniciais de pesquisa mostram que, muito embora, o sistema do Sandbox esteja funcionando com sucesso na atividade regulatória aplicada às FinTechs em países estrangeiros, agora, em construção, no Brasil, é possível a aplicação no cenário das nanotecnologias desde a edição da Lei de nº 13.874, de 20/09/2019. Segundo a legislação, qualquer iniciativa regulatória deve ser seja submetida à Análise de Impacto Regulatório (AIR) para coibir o abuso normativo, cujo objetivo é coibir falha regulatória, contribuir para a garantia de direitos fundamentais e com objetivos de implementação de políticas públicas. No caso das nanotecnologias a ANVISA deve ser a primeira a candidatar-se à experiência dada sua importância no controle sanitário de processos e produtos ao consumo. Com isso, possibilitará a construção de fontes de Direito a partir do compartilhamento informacional para tratamento das novas tecnologias disruptivas. Esse processo de regulação experimental responde aos anseios da Revolução 4.0 e da Indústria 4.0, bem como da Sociedade porque o processo jurídico acontece em um ambiente democrático, célere e informacional. Assim, é possível a múltiplos atores fazerem parte da construção das regras jurídicas como fonte de Direito para as nanotecnologias. Para isso, a pesquisa usa da metodologia hipotético-dedutiva, cuja abordagem é pragmático-sistêmica construída a partir das técnicas de pesquisa do levantamento de dados submetidos à análise bibliográfica, nacional e comparada.

¹Professora da Pós-Graduação em Direito da Empresa e dos Negócios da UNISINOS. Doutora em Direito Público. Mestre em Direito da SOCINFO. Membro do *European Society of International Law*; e dos Grupos de Pesquisa: JUSNANO/CNPq e Contratos Eletrônicos/FMU.

PALAVRAS-CHAVES: Nanotecnologia. Sandbox. Análise de Impacto Regulatório. Fonte de Direito.

THE REGULATORY SANDBOX AS A SOURCE OF LAW IN THE NANOTECH DISRUPTION CASE

ABSTRACT: The complex system that permeates nanotechnological development is difficult to regulate because it is the set of new technologies that make up the complex of Revolution 4.0. It is developed in several scientific areas and treated as productive inputs for Industry 4.0, whose results are cost savings, production efficiency gains and better consumer results. The problem lies in the fact that the regulatory scenario brings together an arsenal of normative principles woven by the EU, OECD, US and ISO rules. The general objective is to demonstrate that the systemic and communication language logic of the experimental co-regulation proposed by the regulatory Sandbox should be applied in the case of the source of law to deal with the applied nanotechnologies. The hypothesis is that, thus, it will be possible to balance the forces of the economic game: development, risk and sustainable and democratic consumption. Initial survey results show that although the Sandbox system is successfully operating in the regulatory activity applied to FinTechs and now under construction in Brazil it is possible application in the scenario of nanotechnologies applied since the issuance of Law nº 13.874, of 20/09/2019. The legislation stipulates that any regulatory initiative must be submitted to Regulatory Impact Analysis (RIA) to curb regulatory abuse and one way is by the public hearing, whose purpose is to curb regulatory failure, to contribute to the guarantee of fundamental rights and for the purposes of implementation of public policies. In the case of nanotechnologies, ANVISA should be the first to apply for the experience given its importance in sanitary control of processes and products for consumption. This will enable the construction of legal scenarios based on informational sharing for the treatment of new disruptive technologies. This process of experimental regulation responds to the desires of Revolution 4.0 and Industry 4.0, as well as of Society because the process takes place in a democratic, swift and informational environment. Thus, it is possible to multiple interests to make part of this construction of the source of law. Besides, the research uses the hypothetical-deductive methodology, whose approach is pragmatic-systemic built from the research techniques of data collection and the respective analysis from the national and comparative literature review.

KEYWORDS: Nanotech applied. Regulatory Impact Analysis. Sandbox. Lawtech 4.0.

INTRODUÇÃO

Muito se tem discutido na academia jurídica acerca da possibilidade ou não, do Direito que aí está, atender às necessidades da SOCINFO e das tecnologias disruptivas. Certo é que as novas tecnologias estão apropriadas pelo sistema econômico e capturadas pela perspectiva de desenvolvimento e crescimento exponencial que eive o país à condição de promotor do bem-estar social e competidor internacional.

As nanotecnologias por sua vez, fazem parte dessa ruptura histórica de forma agressiva. São tratadas como insumos produtivos, desenvolvidas e aplicadas em setores como farmácia, química, física, medicina, robótica etc., dado o seu ínfimo tamanho, negativo a olho nu, à razão de 10^{-9} é possível alterar o resultado final de outras substâncias compostas por átomos ou moléculas e com isso, alterar o resultado final de produtos. Com isso, os resultados são os mais incríveis possíveis em novos materiais, novas eficiências, novas economias e novos consumos. Todavia, não é dispensada a mesma energia no que tange à avaliação e pesquisa dos riscos de eventuais interações dessas nanopartículas quando em contato com a saúde humana e preservação ambiental. No afã de o país vencer um atraso tecnológico que reflete no desenvolvimento, as tomadas de decisão sobre o quê desenvolver e inovar não adotam como pressuposto a avaliação do risco, o que seria imprescindível para a segurança do desenvolvimento.

Nesse diagnóstico, busca-se, com o Direito, uma solução política, econômica, técnica e científica para equilibrar as forças do jogo econômico. De todas as pesquisas que se faz, o vácuo jurídico se apresenta e vem sendo preenchido com novos padrões de comunicação e de linguagem que concernem ao dever de promover o desenvolvimento econômico sustentável, bem como, aplicação do princípio da precaução na tomada de decisão econômica, levando em conta um arcabouço de diretrizes e princípios reguladores de padrões sistêmicos elevados e desejáveis advindos da globalização. Mas, por que, então, essa expectativa não é atendida no Brasil? A resposta é simples; país de modernidade tardia e baixo padrão cultural sistêmico que impede o avanço tecnológico seguro e desejável.

Por isso, a pesquisa emerge como necessária. E, para atender ao cenário disruptivo que as tecnologias trazem consigo nessa era da Quarta Revolução Industrial, mister que o Direito também seja disruptivo e rompa com preceitos históricos de sua própria construção e permita-se, rompendo as bases do que aí está, inovar nos processos criativos de novas fontes de Direito.

Com esse prognóstico e deparando-se com a iniciativa da CVM de aplicar o SANDBOX Regulatório para tratar das FinTechs, verificou-se que é possível aplicar a mesma razão para tratar das nanotecnologias para regular todo ciclo de vida de um

nanomaterial, sendo que, nesse processo regulatório todos os *players* devem estar envolvidos e capturados pela autorregulação compartilhada, ou seja, a co-regulação que deve envolver o Estado autárquico (a ANVISA, no caso) e os múltiplos atores e interesses envolvidos; como resultado, a elevação de nível sistêmico desejada, comprometida e responsável e a construção de uma resposta efetiva que capacite o sistema jurídico, seus operadores e os Tribunais a darem resposta adequada à Indústria 4.0.

Para alcançar esse resultado de observação e reflexão com a pesquisa, usou-se da metodologia hipotético-dedutiva com abordagem pragmático-sistêmica construída a partir das técnicas de pesquisa do levantamento de dados submetidos à análise bibliográfica.

1 O CONTEXTO NANOTECH E ALGUMAS IMPLICAÇÕES DO DESENVOLVIMENTO

As nanotecnologias compõem o que se denominou novas tecnologias disruptivas, compreendidas, portanto, como aquelas que mudam os padrões culturais de uma sociedade, a exemplo da economia, do entretenimento, dos relacionamentos, da comunicação, do consumo, da política, do governo etc.; onde quer que se observe, há mudança e, por isso, segundo Schwab², inauguram uma nova era – a Quarta Revolução Industrial: Revolução 4.0 -, nunca vista dantes, marcada pela velocidade, amplitude e profundidade; de impacto sistêmico; com a fusão inteligente entre as novas tecnologias bem como presença de interação entre os domínios físicos, digitais e biológicos.

No caso das nanotecnologias, desenvolvidas para alterar o resultado final de materiais, tornando-os mais fortes, recicláveis e adaptáveis, com aplicações inteligentes para autorreparação, auto-limpeza, metais com memória que retornam a sua forma original; cerâmicas e cristais que transformam pressão em energia etc., compõem alguns itens da cesta de investimento, desenvolvimento e aplicação com perspectivas de desempenhar papel fundamental “na mitigação dos riscos globais que enfrentamos”³.

Nesse cenário, a corrida pela pesquisa e a competição global compõem o *locus* de desenvolvimento das nanotecnologias ao lado dos riscos aos ecossistemas natural e social diante do desconhecimento ou das incertezas científicas a despeito das interações dos nanomateriais com humanos e meio ambiente, compreendidos em toda a sua complexidade⁴.

Muitas implicações estão envolvidas nessa complexidade, especialmente, no que concerne às condições sensíveis dos países em desenvolvimento, a exemplo do Brasil, ainda, distante do ideal

² SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. Trad. Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

³ Idem, p. 26.

⁴ PELLIN, Daniela. **A Autorregulação Regulada da Tríplíce Hélice: a estruturação da Boa Governança em nanociência e nanotecnologia**. Letônia, UE: Novas Edições Acadêmicas, 2019.

pactuado com a globalização econômica⁵, sobretudo, no que concerne à melhoria do perfil empresarial, cultural e educacional do país, cujo nível, muito abaixo do razoável⁶, não tem condições de apropriar-se do conhecimento e da inovação nos padrões desejados pela Constituição Federal de 1988, esperados pelo cenário competitivo global e desenhados pela política da inovação nacional. Além disso, as inúmeras demandas a serem enfrentadas e trazidas, segundo Beck⁷, pela modernidade tardia, colocam em questão os avanços das nanotecnologias sem regulação específica porque projeta um cenário de risco muito mais agravado e sem controle.

Depois da edição do Livro Verde da Sociedade da informação⁸ (LIVRO VERDE), em 2000, em que o país assumiu o compromisso global de se conformar nos padrões da sociedade da informação (SOCINFO); em 2002, veio a edição do Livro Branco⁹ que tratou de traçar um programa nacional de 2001-2012 de desenvolvimento do país a partir da ciência, tecnologia e inovação, demarcando, outrossim, como objetivo, a redução das desigualdades regionais como marca de justiça e bem-estar social. Incluiu nessa perspectiva desenvolvimentista as empresas como parceiras do Estado, tanto as nacionais, de qualquer tamanho, como as estrangeiras em território nacional.

Portanto, de lá para cá, é possível diagnosticar que as políticas estabelecidas pela SOCINFO estão sendo rapidamente implementadas em território nacional, através da infraestrutura de telecomunicações que dá acesso à rede mundial; o volume de produção e de importação de aparelhos celulares e de computadores; o ensino à distância; os bancos eletrônicos e digitais; os milhares de aplicativos funcionais etc.

Mas é do Livro Branco, consequência do Livro Verde, que se extrai o conceito de inovação brasileira, cenário de incentivo às nanotecnologias, ao mencionar que trata-se de um “fenômeno complexo, multidimensional, que pressupõe a presença e articulação de número elevado de agentes e instituições de naturezas diversas, com lógica e procedimentos distintos; objetivos de curto e longo prazos diferenciados; potencialidades e restrições específicas e motivações variadas”¹⁰.

Mas, com o Livro Azul¹¹ esse conceito foi preenchido a partir da proposta de o país adotar como objetivo estratégico um desenvolvimento científico e tecnológico inovador, calcado em uma política de redução de desigualdades regionais e sociais, de exploração sustentável das riquezas do

⁵ BRASIL. Ministério da Ciência e Tecnologia. **Sociedade da informação no Brasil: Livro Verde**. Organizado por Tadao Takahashi. Brasília, DF: MCT, set. 2000. Disponível em: <http://www.socinfo.ogr>. Acesso em: 20 dez. 2018.

⁶ CAI, Yuzhuo. Enhancing context sensitivity of the Triple Helix model: an institutional logics perspective. **Triple Helix XI International Conference: The Triple Helix in a context of global change: continuing, mutating or unravelling?**, London, 8-10 Jun 2013. Disponível em: <https://www.triplehelixconference.org/th/11/bic/docs/Papers/Cai.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2018.

⁷ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de S. Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

⁸ BRASIL. Ministério da Ciência e Tecnologia. **Sociedade da informação no Brasil: Livro Verde**. Organizado por Tadao Takahashi. Brasília, DF: MCT, set. 2000. Disponível em: <http://www.socinfo.ogr>. Acesso em: 20 dez. 2018.

⁹ BRASIL. **Livro Branco: ciência, tecnologia e inovação**. Brasília: Ministério de Ciência e Tecnologia, 2002. Disponível em http://seer.cgee.org.br/index.php/parcerias_estrategicas/article/viewFile/887/806. Acesso em: 07 out. 2019.

¹⁰ Idem, p. 26.

¹¹ BRASIL. **Livro Azul: 4ª Conferência Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação para o Desenvolvimento Sustentável**. Brasília: Centro de Gestão e Estudos Estratégicos, 2010. Disponível em https://www.cgee.org.br/documents/10195/734063/livroAzul_digital_18jan2011_6990.pdf/68c79d24-d589-42f5-ac66-4d6d728f9691?version=1.3. Acesso em 07 out. 2019.

território nacional e de fortalecimento da indústria, agregando valor à produção e à exportação através da inovação e reforçando o protagonismo internacional em ciência e tecnologia. A principal agenda de concretização do Livro Azul é proporcionar a inovação para o consumo de massa, a saber:

A economia brasileira encontra-se numa fase especial de sua trajetória histórica. Há inequívocas evidências de que nos últimos anos inaugurou-se um processo que tem grandes chances de se afirmar como um novo ciclo de desenvolvimento, com fôlego para o longo prazo: o crescimento com redistribuição de renda pela via da dinâmica da produção e consumo de massa. Trata-se de velho sonho da sociedade brasileira, que se apresenta no atual momento da vida nacional como tendência absolutamente promissora¹².

Ora, os dados confirmam que essa política de Estado, governamental, deu certo, ao menos, nesse aspecto acelerou o acesso a bens e serviços ao consumo de massa, ganhando destaque o setor industrial de cosméticos que, a partir das inovações nanotecnológicas aplicadas aos processos e produtos de higiene pessoal, cosméticos e perfumaria, ganhou força e destaque, nacional e internacional.

A Associação Brasileira da Indústria de Higiene Pessoal, Perfumaria e Cosméticos (ABIHPEC) apresentou no documento institucional “Panorama do Setor 2019¹³” dados relativos ao desempenho setorial.

Segundo os dados do setor de higiene pessoal, perfumaria e cosméticos quando se aloca R\$ 1 milhão em investimentos são gerados na economia brasileira, em um ano, impactos socioeconômicos consideráveis em comparação a outros setores industriais: agronegócio e indústria em geral, conforme se vê na tabela abaixo:

Impactos Socioeconômicos	HPPC	Agronegócio	Indústria em geral
PRODUÇÃO	3,85 milhões	2,96 milhões	3,72 milhões
OCUPAÇÃO	38 empregos	80 empregos	37 empregos
IMPOSTOS	601 mil	171 mil	354 mil
SALÁRIOS	450 mil	340 mil	421 mil

Fonte: Elaborado pela autora¹⁴.

¹² Idem, p. 29.

¹³ ABIHPEC. **Anuário ABIHPEC**: panorama do setor 2019. Disponível em <https://abihpec.org.br/publicacao/panorama-do-setor-2019/>. Acesso em 07 out. 2019.

¹⁴ Idem, p. 42.

O Brasil é o 4^o maior mercado consumidor global de produtos de higiene pessoal, perfumaria e cosméticos, com 6,2% de fatia do mercado e um total de U\$D 30 bilhões em vendas ao consumidor no ano de 2018, segundo informações coletadas pela ABIHPEC do Euromonitor. O país fica atrás somente dos Estados Unidos (EUA), com 18,3% (U\$D 89,5 bilhões), China, com 12,7% (U\$D 62 bilhões) e Japão, com 7,7% (U\$D 37,5 bilhões). Já na América Latina, o Brasil detém 48,6% do mercado da região e em relação ao mercado global, a América Latina detém 12,7%¹⁵.

De há muito, é o setor que mais investe em pesquisa, desenvolvimento e inovação: R\$ 1,9 bilhão em 2018; bem como, o que mais investe em publicidade com R\$ 9,3 bilhões em marca e R\$ 3,7 bilhões em ativos¹⁶.

Atualmente, são 2.794 empresas registradas na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) sendo que, a maior concentração está no Sudeste, com 1.685, seguida pelo Sul, com 550, Nordeste, com 309, Centro-Oeste com 197 e Norte, com 55, sendo que, no ano de 2018, houve um aumento de registro de empresas junto à Agência de 2,8%, cujo motivo é a necessidade de acompanhar a competitividade do mercado, a exigência por inovação, qualidade, segurança e eficácia dos produtos¹⁷.

Todavia, muito embora seja um mercado promissor em andamento e com perspectivas de avanços e crescimento exponencial, os riscos não podem ser marginalizados, muito embora, não enfrentados com a responsabilidade que demanda, aqui, no Brasil, porque foram dois Projetos de Lei ¹⁸ ¹⁹ arquivados na Câmara dos Deputados, mesmo tendo sido apontado na exposição de motivos os riscos desconhecidos aos ecossistemas humano (consumidor) e ambiental, bem como, a necessidade de informação clara e precisa ao consumidor dos produtos nanoengenheirados.

No mesmo sentido, a ANVISA, quando da tomada de iniciativa de regulamentar o setor na agenda regulatória 2013-2015, arquivou o procedimento por ter assuntos mais

¹⁵ ABIHPEC. **Anuário ABIHPEC: panorama do setor 2019**. Disponível em <https://abihpec.org.br/publicacao/panorama-do-setor-2019/>. Acesso em 07 out. 2019.

¹⁶ Idem, p. 43.

¹⁷ Ibidem, p. 43.

¹⁸ BRASIL. [S.I.] **Projeto de Lei de nº 5.133 de 2013**. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=567257&ord=1>. Acesso em 13/10/2019.

¹⁹ BRASIL. [S.I.] **Projeto de Lei de nº 6.741 de 2013**. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=600333>. Acesso em 13 out. 2019.

importantes para tratar, na ocasião²⁰, mesmo tendo ressaltado no documento institucional, a temeridade do desenvolvimento nanotecnológico sem aferição científica e controle²¹.

Fato é que no ambiente em que ocorrem as revoluções científicas as incertezas, o desconhecido e as probabilidades são variáveis das inovações tecnológicas, justamente porque, as revoluções trazem consigo “episódios de desenvolvimento não cumulativo, nos quais um paradigma mais antigo é total ou parcialmente substituído por um novo, incompatível com o anterior”²², promovendo um cenário de crise onde há a necessidade da tomada de decisão política-estruturante sobre as perspectivas do desenvolvimento. No caso do Brasil, de modernidade tardia²³. Isso significa priorizar o desenvolvimento econômico através das inovações tecnológicas em detrimento da certeza científica a fim de salvaguardar algum padrão de soberania nacional e competitividade global, mesmo que, para isso, os desajustes sejam compartilhados internamente por toda a coletividade, inclusive, com conhecimento, anuência e aval global da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico²⁴ (OCDE).

Como reflexo direto, o cenário jurídico também é atingido pela revolução tecnológica, especialmente, se ela é disruptiva como no caso da Revolução 4.0 onde há o protagonismo nanotecnológico, tendo em vista alterar o sistema socioeconômico como um todo e, conseqüentemente, o Direito: alcançado por este processo e forçosamente, modificado.

Em nível de revolução tecnológica e exploração econômica do desenvolvimento científico, o que se tem em matéria de Direito reflete o mesmo ambiente tecnológico, porque o sistema positivo de Direito não tem condições de agasalhar as inovações tecnológicas com o cabedal jurídico que foi construído historicamente porque se trata de um período de rupturas, em todos os sentidos, com os velhos paradigmas.

Portanto, a fonte direta – lei (art. 4º, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB) – não tem como regulamentar o movimento da inovação tecnológica em constante dinamismo, mesmo porque, os legisladores não têm condições técnicas suficientes para tal escopo.

²⁰ PELLIN, Daniela. **A Autorregulação Regulada da Trílice Hélice**: a estruturação da Boa Governança em nanociência e nanotecnologia. Letônia, UE: Novas Edições Acadêmicas, 2019.

²¹ Idem.

²² KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 12ª ed. Tradutor Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2013; p. 177.

²³ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2ª ed. Tradutor Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

²⁴ PELLIN, Daniela. **A Autorregulação Regulada da Trílice Hélice**: a estruturação da Boa Governança em nanociência e nanotecnologia. Letônia, UE: Novas Edições Acadêmicas, 2019.

Por sua vez, projetar que as fontes indiretas de Direito, tais como, os princípios gerais, a analogia e os costumes (art. 5º, LINDB) podem agasalhar as inovações de qualquer ordem e que os Tribunais podem preencher os espaços vazios em caso de conflitos, é ilusão porque o novo que está sendo experimentado não tem lastro histórico e, portanto, não há como proporcionar situação análoga e de resposta, no mínimo, razoável e coerente que satisfaça o trânsito socioeconômico que está acontecendo na SOCINFO. Há uma relação direta de equivalência entre as alternativas que os Tribunais possuem ao julgar e que derivam das fontes do Direito e a assimetria de informações que há na cadência dos fatos nanotecnológicos que, necessariamente, escaparão dessa operação do sistema jurídico porque deste universo desconhecido.

Os Tribunais julgam a partir do conhecimento do próprio Direito disponível no sistema jurídico porque é fechado em si mesmo e dependente da linguagem de comunicação interna (fontes direta e indireta) que criou para atender à sociedade. Ocorre que, nesse fechamento, novos eventos, a exemplo do universo nanotech, que ainda não tem conformação jurídica, podem ficar sem respostas judiciais ou tê-las equivocadamente. Daí decorre a necessidade de que múltiplos atores e fora das bases das fontes tradicionais de Direito, encontrem e estabeleçam padrões normativos para as nanotecnologias, a fim de que, ao construí-los, deem condições de os Tribunais terem alternativas jurídicas disponíveis, coerentes e razoáveis para aplicar. Nesse sentido, Luhmann²⁵ explica que...

Com o auxílio da relação assimétrica entre legislação e jurisprudência, e de meios conceituais derivados (como a doutrina das fontes do Direito), pretende-se evitar a circularidade que resultaria ao se admitir que o tribunal 'cria' o direito mesmo que 'se aplica'. [...] Ocorre que o círculo não se daria se os tribunais, onde não puderem 'encontrar' o direito, em vez disso pudessem se contentar com um *non liquet* (não está claro). Porém, isso não lhe é permitido – e não é permitido *do ponto de vista do Direito*.

Por fim, deixar que a Ciência do Direito²⁶, realizada através da interpretação e argumentação jurídica construída pelos operadores do sistema jurídico interno, incluindo os Tribunais, é demasiadamente insatisfatória, haja vista a distância, o vácuo temporal²⁷, quase um hiato havido entre os fatos tecnológicos e a expectativa de resposta jurídica eficiente e eficaz, ou seja, de acordo com as necessidades apresentadas por este cenário, em

²⁵ LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. Tradutor Saulo Krieger. Tradutor das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016; p. 409-410.

²⁶ MIRANDA, Pontes de. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**: introdução à ciência do direito. Tomo II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972.

²⁷ OST, François. **O tempo do direito**. Tradutor Manuel. F. Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

contrapartida à ausência de conhecimento técnico, velocidade, rupturas, diagnóstico e prognóstico, pois...

[...] o tempo vivido não é o tempo real: algumas vezes pode ser mais rápido; algumas vezes pode ser mais lento. As transformações do mundo que vivenciamos nos últimos anos, seja por causa da precipitação da crise de um sistema de poder que parecia muito sólido e, aliás, ambicionava representar o futuro do planeta, seja por causa da rapidez dos progressos técnicos, suscitam em nós o dúplice estado de espírito de encurtamento e da aceleração dos tempos²⁸.

Assim, cabe aos pesquisadores afinados com a Revolução 4.0, a contribuição. Não só ao lidar com as fontes de Direito que aí estão, perscrutando novas perspectivas, caso seja possível; todavia, inserindo outras fontes normativas na construção de um outro Direito que esteja de acordo com esse sistema global que aí está, inclusive, a desafiar o sistema interno, que carece manter as bases soberanas bem delimitadas.

Nessa nova era do Direito e nessa era de direitos novos, tem-se que o “direito é uma figura deôntica e, portanto, é um termo da linguagem normativa, ou seja, de uma linguagem na qual se fala de normas sobre normas”²⁹. Isso significa que não se trata mais de emanção do poder estatal que, aliás, encontra-se enfraquecido³⁰; nem tampouco de direitos correspondentes diretamente a obrigações legislativas, mas, sim, “[...] a existência de um poder normativo, onde por ‘existência’ deve entender-se tanto o mero fator exterior de um direito histórico ou vigente quanto o reconhecimento de um conjunto de normas como guia da própria ação”³¹. Isso reflete na ampliação do espectro de legitimados à construção normativa, quais sejam, múltiplos atores sociais que, apropriados da Declaração Universal dos Direitos do Homem, passam a reger comportamentos coletivos como fontes de Direito que, por sua vez, devem ser inseridas no ordenamento jurídico interno com vigência, validade e eficácia reconhecidas e capazes de gerar deveres como expressão do próprio Direito.

²⁸ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradutor Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

²⁹ Idem, p. 94.

³⁰ Bobbio diz que “no plano histórico, sustento que a afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão ou soberano/súditos: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade, segundo a qual, para compreender a sociedade, é preciso partir de baixo, ou seja, dos indivíduos que a compõem, em oposição à concepção orgânica tradicional, segundo a qual a sociedade como um todo vem antes dos indivíduos”. In BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradutor Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004; p. 24.

³¹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradutor Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 94.

2 O SANDBOX REGULATÓRIO E A VIABILIDADE DA PROPOSTA NO CASO NANOTECH

Por isso, no universo do sistema tecnocientífico, *locus* das naotecnologias, há uma proposta pluralística da qual derivam valores, princípios e regras que têm a pretensão de estabelecer as estruturas donde será erigido o edifício da Indústria 4.0 e com ele, a organização dos padrões de linguagem e de comunicação desse sistema, cujas operações, sustentadas pelas estruturas normativas, devem e deverão garantir a segurança do próprio sistema, bem como, a dos seus usuários e a dos ecossistemas ambiental e social em toda a sua completude sistêmica.

Esse regime normativo plural³² que comporta o universo do desenvolvimento e aplicação das nanotecnologias contém princípios europeus³³ (UE) e globais (OCDE)³⁴ de um lado, e normas técnicas emanadas pela “International Standard Organization³⁵” (ISO) de outro, bem como, regras Constitucionais internas, de Direitos Humanos³⁶ e os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) previsto na Agenda para 2030³⁷ para serem respeitados e cumpridos em cada etapa do desenvolvimento nanotecnológico e em cada etapa do ciclo de vida de um nanomaterial.

Trata-se de regime jurídico e técnico não emanado do poder estatal enquanto agente político de coerção, mas, sim, de estruturas valorativas e principiológicas emanadas coletivamente de múltiplos atores que pretendem conformar - e conformam - comportamentos coletivos a partir da comunicação generalizada e setorial de tais estruturas, de tal forma que haja alteração significativa em padrões culturais, no caso, jurídicos e técnicos no sistema em que a comunicação estrutural está sendo inserida, pois,

³² PELLIN, Daniela. **A Autorregulação Regulada da Tríplice Hélice: a estruturação da Boa Governança em nanociência e nanotecnologia.** Letônia, UE: Novas Edições Acadêmicas, 2019.

³³ EUROPEAN UNION (EU). **A code of conduct for responsible nanoscience and nanotechnology research.** [S.l.], 2009b. Disponível em: http://ec.europa.eu/research/science-society/document_library/pdf_06/nanocode-apr09_en.pdf. Acesso em: 13 jan. 2019.

³⁴ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÓMICOS (OCDE). **Policy environments and governance for innovation and sustainable growth through nanotechnology.** [S.l.], 02 Feb. 2015. Disponível em: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DSTI/STP/NANO\(2013\)13/FINAL&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DSTI/STP/NANO(2013)13/FINAL&doclanguage=en). Acesso em: 19 jan. 2018

³⁵ INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION (ISO). **ISO International Organization for Standardization: when the world agrees.** [S.l.], 2005. Disponível em: <https://www.iso.org/committee/381983.html>. Acesso em: 16 dez. 2018.

³⁶ RUGGIU, Daniele. Diritti umani e nanotecnologie in Europa: sul ruolo della Corte di Strasburgo. In: GUERRA, G. *et al.* **Forme di responsabilità, regolazione e nanotecnologie.** Bologna: Il Mulino, 2011. p. 647-676.

³⁷ PELLIN, Daniela; ENGELMANN, Wilson. O Brasil e a Viamão do cumprimento da Agenda 2030: as empresas, as instituições e as nanotecnologias. In **Revista Culturas Jurídicas.** v.6. n. 13, p. 329-359; 2019. Disponível em <http://www.culturasjuridicas.uff.br/index.php/rcj/article/view/598> Acesso em 15 Out 2019.

“as estruturas têm valor de realidade somente quando utilizadas para a associação de acontecimentos comunicativos; as normas, apenas à medida que são citadas explícita ou implicitamente; as expectativas, apenas à medida que são expressas por meio de comunicação”³⁸. E como resultado dessa operação de comunicação de valores e princípios por múltiplos atores do sistema, o soerguimento de um sistema jurídico mais afinado com a realidade circundante da Indústria 4.0. E isso é possível.

Nesse universo de comunicação técnico-jurídica plural, Engelmann sustenta que há necessidade da construção de uma “Ciência Regulatória” que possa estruturar esse pluralismo, capaz de orientar o desenvolvimento e aplicação das nanotecnologias de forma a abarcar todo o ciclo de vida de um produto ou processo com nanotecnologia³⁹.

Nessa perspectiva de construir uma “Ciência Regulatória” para o trato do desenvolvimento nanotecnológico, uma das possibilidades emergentes reside no “Sandbox Regulatório”⁴⁰(SANDBOX), inserido no sistema regulatório interno como uma das formas de produção normativa. A legitimidade da proposta se afina com a reforma da LINDB (arts. 20 ao 30), com a edição da Lei da Liberdade Econômica de nº 13.874/19 (art. 5º) e a inserção da metodologia da Análise de Impacto Regulatório (AIR) no sistema sociojurídico, sobretudo, com o art. 174, da Constituição Federal que, desde 1988, interfere no estado das coisas econômicas para equilibrar as forças do jogo econômico de um lado, e priorizar a iniciativa particular na exploração da atividade econômica, de outro. Para tal consecução normatiza, regula, fiscaliza, incentiva e planeja.

Mas, para o novo estado de coisas nanotecnológicas é a partir da reforma da LINDB que a ampliação de espaços políticos de construção normativa orientada por critérios de necessidade e eficiência ganharam estrutura, linguagem própria e operação; possibilitaram aos múltiplos atores setoriais tomarem a iniciativa regulatória de interesse geral dos envolvidos para além da atividade estatal, a exemplo do que se compreende da leitura do artigo 29: “em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão”.

³⁸ LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. Tradutor Saulo Krieger. Tradutor das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

³⁹ ENGELMANN, Wilson. **Nanotecnologia e Direitos Humanos**. In *Cadernos de Dereito Actual*, [S.l.], n. 9. 2018; p. 441-487.

⁴⁰ Sandbox Regulatório pode ser traduzido como “caixa de areia” regulatória onde o agente regulador de controle setorial abre espaço regulatório especial para lidar com startups de forma mais adequada e coerente com negócios que estão iniciando, a fim de contribuir com a estruturação e conformação normativa de inovações setoriais. Conferir em **Fintechs e Sandbox**. Disponível em <http://www.economia.gov.br/central-de-conteudos/publicacoes/relatorios-e-boletins/2019/publicacao-spe-fintech.pdf>. Acesso em 23 set 2019.

Sobretudo, também não menos importante, ao dispor no artigo 23 que, em caso de imposição de novos deveres ou novos condicionamentos de direito, o agente regulador deve estabelecer regime de transição temporal para que o novo dever ou o novo comportamento cultural seja, de modo proporcional, cumprido de forma equânime, eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Esses dois dispositivos previstos na estrutura do sistema são completados pela recente Lei da Liberdade Econômica ao dispor no art. 5º que a regulação ou regulamentação deve, por parte do Estado, desde então, preceder da metodologia da Análise de Impacto Regulatório. Aqui, na AIR reside o agasalho do “Sandbox Regulatório” (SANDBOX) e da proposta regulatória para o sistema nanotech.

O SANDBOX está sendo usado no momento desta pesquisa, pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) para regular o mercado “startups” de “FinTechs”⁴¹, justamente para trazer esse tipo de negócio tecnológico característico da Quarta Revolução Industrial para dentro da regulação jurídica a fim de garantir a sustentabilidade do negócio, a lisura na concorrência com os bancos e a segurança dos usuários. Para conseguir construir o SANDBOX a CVM está usando da Análise de Impacto Regulatório mediante consulta pública instituído pela Portaria CVM/PTE 48/2019, datada de 19 de março de 2019.

O SANDBOX aplicado pela CVM é fruto da instituição do “Laboratório de Inovações Financeiras” como projeto conjunto entre a Associação Brasileira de Desenvolvimento, do Banco Interamericano de Desenvolvimento e da CVM para empenhar esforço conjunto para o desenvolvimento do setor financeiro que opera pela inovação tecnológica, pois, o Brasil “já é detentor de 32,7% de toda a atividade de startups financeiras nesta região do continente [...]”⁴².

A referida portaria estabelece procedimento específico que antecede a regulação setorial das FinTechs pela autarquia em pé de igualdade com o mercado de capitais o que inclui a regulação específica e de efeito temporário, de caráter experimental. Nesse lapso temporal de regulação especial, a autarquia colhe os dados empíricos para analisar e avaliar o impacto de eventual regulação setorial, ou seja, os benefícios e os procedimentos mais adequados para a implementação da solução recomendada.

⁴¹ “Startups” são pequenos negócios empresariais que buscam investimentos no mercado para alavancagem da iniciativa com inovações tecnológicas. Já as FinTechs são um tipo desses negócios empresariais, mas no setor financeiro; que operam suas atividades através de plataformas digitais e, portanto, sujeitas ao controle estatal autárquico.

⁴² SILVA, Luiza Caldeira Leite; COSTA, Gustavo. **O sistema de Sandbox regulatório como propulsor de novas tecnologias financeiras**. Disponível em <http://www.ab2l.org.br/o-sistema-de-sandbox-regulatorio-como-propulsor-de-novas-tecnologias-financeiras/> Acesso em 20 set 2019.

O importante e o que chama a atenção, reside no fato de que durante o processo de SANDBOX as empresas envolvidas no experimento regulatório, ou seja, o setor, fornece dados à autarquia e, com isso, reduz a assimetria informacional, tão prejudicial à concorrência e à regulação eficiente e, segundo Homem de Mello:

No mundo da ciência da computação, um *sandbox* é um ambiente de teste fechado projetado para experiências seguras com projetos da Web ou de software. Recentemente, e na acepção que cabe ao modelo adotado pela CVM, o conceito também tem sido usado na seara da economia digital, para se referir a ambientes de testes regulatórios: bases para novos modelos de negócios que não são protegidos pela regulamentação atual ou supervisionados por instituições reguladoras, mas contém em si alguma potencialidade de risco.⁴³

Segundo Silva e Costa, esta caixa de areia regulatória que está sendo usada pela CVM já vem sendo usada, há muito, no Reino Unido, na Austrália, em Singapura e Hong Kong e se caracteriza por serem “programas de prazo determinado, que permitem que FinTechs em estágio inicial testem suas ofertas em um ambiente de mercado limitado, sob supervisão regulatória dos órgãos competentes, mas sem precisarem estar totalmente licenciadas e submetidas às incontáveis normas reguladoras de inovações tecnológicas atuais”⁴⁴.

Por isso, segundo parágrafo único, do art. 5º da Lei da Liberdade Econômica nº 13.874/19, o Governo Federal, através da Casa Civil, elaborou o “Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório⁴⁵” a fim de viabilizar padrão metodológico de normatização eficiente para todos os destinatários e legitimados à regulação e regulamentação. Muito embora não vinculante, é o instrumento metodológico cabeceira para qualquer interessado, seja agente público ou privado.

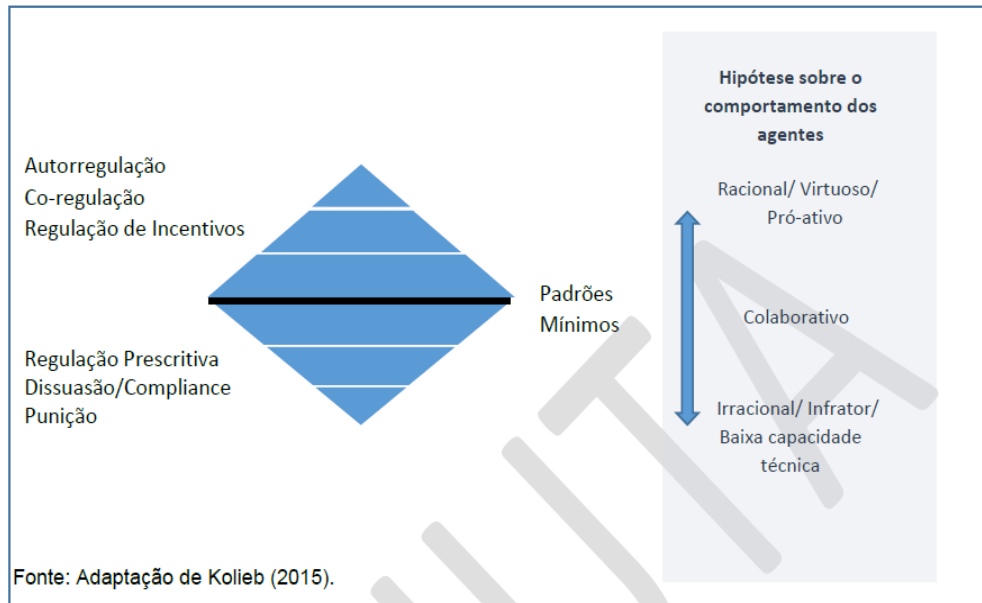
O documento mostra o “diamante da regulação”: um quadro visual possível de verificar o grau de maturidade do sistema sociojurídico a partir da necessidade de intervenção regulatória. Veja que uma das modalidades regulatórias ideal para qualquer setor, é a co-regulação por envolver a iniciativa pública e a privada na construção de padrão cultural de comportamento econômico racional, virtuoso e pró-ativo.

⁴³ MELLO, José Luiz Homem de. **Nova regra da CVM lança as bases para adoção de modelo de sandbox regulatório no Brasil**. Disponível em <https://cointimes.com.br/> Acesso em 14 out 2019.

⁴⁴ SILVA, Luiza Caldeira Leite; COSTA, Gustavo. **O sistema de Sandbox regulatório como propulsor de novas tecnologias financeiras**. Disponível em <http://www.ab2I.org.br/o-sistema-de-sandbox-regulatorio-como-propulsor-de-novas-tecnologias-financeiras/> Acesso em 20 set 2019.

⁴⁵ BRASIL. **Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório**. Brasília: Casa Civil, 2018. Disponível em <http://www.casacivil.gov.br/governanca/regulacao/boas-praticas-regulatorias/consulta-publica/consulta-publica-001-2017-diretrizes-e-guia-air-pasta/abertura/anexo-v-guia-air.pdf> Acesso em 10 out 2019.

Diamante da Regulação



Fonte: Adaptação de Kolieb (2015).

Fonte: Brasil, 2018.

Segundo o Guia, a regulação compartilhada ou co-regulação...

Ocorre quando a indústria desenvolve e administra seus próprios padrões, mas o governo fornece o apoio legal para permitir que eles sejam aplicados. Em geral, o governo determina padrões ou parâmetros de qualidade, ou performance, permitindo que os atores escolhas a melhor forma e adequar seus produtos, processos, serviços, tecnologia de modo a tender o desempenho esperado⁴⁶.

Por tais razões, o ideal no universo da Indústria 4.0, disruptivo pela nanotech, a aplicação do SANDBOX experimental é uma ferramenta adequada para começar a regular o setor e, conseqüentemente, orientar a tomada de decisão, gerar banco de dados e controlar os riscos, diretamente, pelos múltiplos atores e interesses envolvidos durante o processo regulatório experimental, a saber: laboratórios público e privado; empresas pública e privada; organizações representativas dos interesses ambientais e consumeristas; agências reguladoras complementares; o próprio Governo através do Ministério de Ciência, Tecnologia, Comunicação e Inovação (MCTIC) etc.

Nesse sentido, está-se diante de um Direito 4.0 para lidar com questões tecnológicas 4.0 e, com isso, lançar as bases, progressivamente, de avanços em todas as áreas do Direito. O SANDBOX inaugura esta proposta como ferramenta viável e hábil na construção desse Direito completamente ausente nas nanotecnologias que, segundo Feigelson...

⁴⁶ BRASIL. **Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório**. Brasília: Casa Civil, 2018; p. 26. Disponível em <http://www.casacivil.gov.br/governanca/regulacao/boas-praticas-regulatorias/consulta-publica/consulta-publica-001-2017-diretrizes-e-guia-air-pasta/abertura/anexo-v-guia-air.pdf> Acesso em 10 out 2019

[...] a regulação das novas dinâmicas pode ocorrer em dois cenários: (i) ambiente de completa ausência regulatória. Ou seja, espaços em que não há o estabelecimento de marcos legais, nem tão pouco estruturas estatais instituídas para tratar dos fenômenos, onde o princípio da autonomia privada oportuniza o desenvolvimento da nova dinâmica de maneira plena (e.g.: transporte privado por meio de aplicativos); e, (ii) ambientes previamente regulados, mas que não foram preparados adequadamente para receberem novas dinâmicas criadas a partir do uso de novas tecnologias (e.g.: FinTechs)⁴⁷. (negritei)

Explica Feigelson, inclusive, que, no Reino Unido o SANDBOX foi aplicado para permitir novos testes com novos produtos sem o risco de haver punição pelo agente regulador que, em contrapartida, exige, para isso, o cumprimento de alguns requisitos, os quais se aplicam, adequadamente, ao desenvolvimento nanotech, a saber: “(i) consentimento prévio dos usuários dos novos produtos; (ii) limites financeiros das operações; (iii) controle de riscos, tal como dinâmicas que detectem possíveis fraudes”⁴⁸. Já, na Austrália⁴⁹, as exigências os requisitos são: (i) inovação tecnológica nos produtos; (ii) demonstração dos benefícios aos usuários; (iii) informação acerca da gestão dos riscos e da proteção dos consumidores.

Esses aspectos preenchem eficazmente o princípio da precaução⁵⁰ na tomada de decisão acerca do desenvolvimento e empreendimento nanotecnológico e o controle tão almejado sobre os riscos de forma a estruturar possível “Ciência Regulatória” apregoada por Engelmann⁵¹ a salvaguardar os ecossistemas social e ambiental do desconhecido, não mensurado e sequer informado à sociedade consoante a escassez informacional ao mercado, cumprindo, assim, de forma eficiente quanto à economia de custos de tempo, investimentos e segurança precaucionada na elaboração de normas jurídicas garantidoras da continuidade do desenvolvimento, mas, a partir de então, sustentável, democrático e legítimo, cuja magnitude é o cumprimento das agendas assumidas pela SOCINFO brasileira.

O protagonismo pode ser assumido pela ANVISA, muito embora, esteja com o MCTIC a pasta, pois é autarquia em regime especial (órgão independente) e responsável pelo controle de produtos e processos destinados ao consumo, cujo objetivo é, justamente,

⁴⁷ FEIGELSON, Bruno. **Sandbox: o futuro da regulação**. 15 Jan 2018. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/regulacao-e-novas-tecnologias/sandbox-o-futuro-da-regulacao-15012018> Acesso em 14 out 2019.

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ AUSTRALIAN SECURITIES AND INVESTMENTS COMMISSION, 2017. **ASIC's regulatory sandbox**. 21 abr 2017. Disponível em: <http://download.asic.gov.au/media/4221445/john-price-speech-perth-fintech-meetup-published-21-april-2017.pdf> Acesso em 23 Sep 2019.

⁵⁰ PELLIN, Daniela; ENGELMANN, Wilson. El principio legal de precaución en escenario de riesgo nanotecnológico. *In Cadernos de Direito Actual*. n. 6, pp. 09-29; 2017.

⁵¹ ENGELMANN, Wilson. **Nanotecnologia e Direitos Humanos**. *In Cadernos de Direito Actual, [S.l.]*, n. 9. 2018; p. 441-487.

proteger a saúde sanitária que compreende não só a humana, sobretudo, a ambiental, preocupando-se com todo o ciclo de vida de um produto, além de já ter tido a iniciativa não lograda por absoluta falta de metodologia e informações acerca dos dados gerados pelas nanotecnologias, bem como regime jurídico adequado para obter acesso a dados armazenados e protegidos por segredo industrial pelos agentes do desenvolvimento, público e ou privado. Caso o SANDBOX regulatório das nanotech seja realizado pela ANVISA, certamente, haverá a garantia da eficiência nos custos regulatórios, do empreendimento nanotecnológico e da sociedade de forma célere, democrática e eficaz.

CONCLUSÃO

Diante do avolumado investimento em desenvolvimento nanotecnológico e aplicação de nanopartículas em produtos e processos destinados ao consumidor, a pesquisa esbarrou com o problema do risco aos ecossistemas ambiental e social por ausência de informação técnico-científica de eventuais malefícios pelo uso da tecnologia, bem como, com a ausência de regime jurídico específico que trate da inovação nanotecnológica, inserida no marco da Quarta Revolução Industrial caracterizada pelo desenvolvimento de tecnologias disruptivas, das quais, a nanotecnologia assume protagonismo no desenvolvimento econômico e alterações sociais.

Diante deste contexto, a pesquisa teve como objetivo geral demonstrar que o SANDBOX Regulatório pode servir como ferramenta de construção de regime jurídico que agasalhe a parte técnica, a científica e a jurídica de acordo com as indicações setoriais e dos múltiplos atores e interesses envolvidos, de forma eficiente e experimental; que esse processo de construção pode ser oportunizado pela ANVISA e que deve haver algumas condições estabelecidas como contrapartida ao favor regulatório, assim como vem sendo feito em outros países.

Para chegar a esse resultado, teve como objetivos específicos, analisar e avaliar que as fontes direta e indireta do Direito construídas historicamente, não têm condições de atender à disrupção tecnológica, portanto, se faz necessária a adição de novas fontes de Direito 4.0, sendo a sua expressão inicial, o SANDBOX Regulatório; analisar e avaliar que, a partir do enfraquecimento do Estado, a co-regulação entre os múltiplos atores de padrões jurídicos conformadores de padrões culturais sistêmicos elevados para o exercício da atividade econômica e a promoção do desenvolvimento econômico sustentável, segundo orientações da OCDE, bem como, internas, advindas do regime jurídico-político estabelecido pela LINDB, pela Lei da Liberdade Econômica, pela Constituição Federal, Direitos Humanos e Agenda Global de 2030, é a forma indicada para atender ao processo regulatório do que não tem padrões regulatórios: democrático, eficiente e eficaz; em conformidade com o sistema político global e nacional.

A conclusão a que se chegou reside no fato de que, muito embora, haja um pluralismo técnico-jurídico que gravita em torno da gestão do trato nanotecnológico que inclui investimento, desenvolvimento e risco, a construção de uma “Ciência Regulatória” no país, está pronta para ser elaborada a partir do SANDBOX e, caso isso seja aplicado pela ANVISA, a hipótese de que é possível equilibrar as forças do jogo econômico se confirma dada a participação de todos os jogadores em cada rodada, bem como, as tomadas de decisão sobre o quê desenvolver e inovar serão norteadas pela regulação experimental, de forma a garantir mais segurança nas operações e vinculação normativa capaz de gerar deveres sob as penas dos jogadores ficarem à margem do crescimento setorial. Todavia, o limite desta pesquisa esbarra na necessidade de análise de toda a estrutura e funcionalidade desse processo regulatório que o legitime à condição de fonte normativa.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DE HIGIENE PESSOAL, PERFUMARIA E COSMÉTICOS (ABIHPEC). **Anuário ABIHPEC**: panorama do setor 2019. Disponível em <https://abihpec.org.br/publicacao/panorama-do-setor-2019/>. Acesso em 07 out. 2019.

AUSTRALIAN SECURITIES AND INVESTMENTS COMMISSION, 2017. **ASIC's regulatory sandbox**. 21 abr 2017. Disponível em: <http://download.asic.gov.au/media/4221445/john-price-speech-perth-fintech-meetup-published-21-april-2017.pdf> Acesso em 23 Sep 2019.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2^a ed. Tradutor Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradutor Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório**. Brasília: Casa Civil, 2018. Disponível em <http://www.casacivil.gov.br/governanca/regulacao/boas-praticas-regulatorias/consulta-publica/consulta-publica-001-2017-diretrizes-e-guia-air-pasta/abertura/anexo-v-guia-air.pdf> Acesso em 10 out 2019.

BRASIL. **Livro Azul**: 4^a Conferência Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação para o Desenvolvimento Sustentável. Brasília: Centro de Gestão e Estudos Estratégicos, 2010. Disponível em https://www.cgee.org.br/documents/10195/734063/livroAzul_digital_18jan2011_6990.pdf/68c79d24-d589-42f5-ac66-4d6d728f9691?version=1.3. Acesso em 07 out. 2019.

BRASIL. **Livro Branco: ciência, tecnologia e inovação.** Brasília: Ministério de Ciência e Tecnologia, 2002. Disponível em http://seer.cgee.org.br/index.php/parcerias_estrategicas/article/viewFile/887/806. Acesso em: 07 out. 2019.

BRASIL. Ministério da Ciência e Tecnologia. **Sociedade da informação no Brasil: Livro Verde.** Organizado por Tadao Takahashi. Brasília, DF: MCT, set. 2000. Disponível em: <http://www.socinfo.ogr>. Acesso em: 20 dez. 2018.

BRASIL. **Projeto de Lei de nº 5.133 de 2013.** [S.l.]. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=567257&ord=1>. Acesso em 13/10/2019.

BRASIL. **Projeto de Lei de nº 6.741 de 2013.** [S.l.]. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=600333>. Acesso em 13 out. 2019.

CAI, Yuzhuo. Enhancing context sensitivity of the Triple Helix model: an institutional logics perspective. **Triple Helix XI International Conference: The Triple Helix in a context of global change: continuing, mutating or unravelling?**, London, 8-10 Jun 2013. Disponível em: <https://www.triplehelixconference.org/th/11/bic/docs/Papers/Cai.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2018.

ENGELMANN, Wilson. **Nanotecnologia e Direitos Humanos.** In *Cadernos de Dereito Actual*, [S.l.], n. 9. 2018.

EUROPEAN UNION (UE). **A code of conduct for responsible nanoscience and nanotechnology research.** [S.l.], 2009b. Disponível em: http://ec.europa.eu/research/science-society/document_library/pdf_06/nanocode-apr09_en.pdf. Acesso em: 13 jan. 2019.

FEIGELSON, Bruno. **Sandbox: o futuro da regulação.** 15 Jan 2018. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/regulacao-e-novas-tecnologias/sandbox-o-futuro-da-regulacao-15012018> Acesso em 14 out 2019.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION (ISO). **ISO International Organization for Standardization: when the world agrees.** [S.l.], 2005. Disponível em: <https://www.iso.org/committee/381983.html>. Acesso em: 16 dez. 2018.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas.** 12^a ed. Tradutor Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2013; p. 177.

LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade.** Tradutor Saulo Krieger. Tradutor das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MELLO, José Luiz Homem de. **Nova regra da CVM lança as bases para adoção de modelo de sandbox regulatório no Brasil.** Disponível em <https://cointimes.com.br/> Acesso em 14 out 2019.

MIRANDA, Pontes de. **Sistema de Ciência Positiva do Direito:** introdução à ciência do direito. Tomo II. 2^a ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÓMICOS (OCDE). **Policy environments and governance for innovation and sustainable growth through nanotechnology.** [S.l.], 02 Feb. 2015. Disponível em: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DSTI/STP/NAN/O\(2013\)13/FINAL&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DSTI/STP/NAN/O(2013)13/FINAL&doclanguage=en). Acesso em: 19 jan. 2018

OST, François. **O tempo do direito.** Tradutor Manuel. F. Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PELLIN, Daniela. **A Autorregulação Regulada da Tríplice Hélice:** a estruturação da Boa Governança em nanociência e nanotecnologia. Letônia, UE: Novas Edições Acadêmicas, 2019.

PELLIN, Daniela; ENGELMANN, Wilson. El principio legal de precaución en escenario de riesgo nanotecnológico. *In Cadernos de Direito Actual.* n. 6, 2017.

PELLIN, Daniela; ENGELMANN, Wilson. O Brasil e a Viamão do cumprimento da Agenda 2030: as empresas, as instituições e as nanotecnologias. *In Revista Culturas Jurídicas.* v.6. n. 13, 2019. Disponível em <http://www.culturasjuridicas.uff.br/index.php/rcj/article/view/598> Acesso em 15 Out 2019.

RUGGIU, Daniele. Diritti umani e nanotecnologie in Europa: sul ruolo della Corte di Strasburgo. *In:* GUERRA, Giorgia; MURATORIO, Alessia; PARIOTTI, Elena; PICCINNI, Mariassunta; RUGGIU, Daniele. **Forme di responsabilità, regolazione e nanotecnologie.** Bologna: Il Mulino, 2011.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial.** Tradutor Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SILVA, Luiza Caldeira Leite; COSTA, Gustavo. **O sistema de Sandbox regulatório como propulsor de novas tecnologias financeiras.** 09 Jan 2019. Disponível em <http://www.ab2I.org.br/o-sistema-de-sandbox-regulatorio-como-propulsor-de-novas-tecnologias-financeiras/> Acesso em 20 set 2019.

2^o INFORMATION SOCIETY AND LAW

FMU
CENTRO UNIVERSITÁRIO

GT - INCLUSÃO SOCIAL

AÇÕES AFIRMATIVAS: PRESTAÇÕES POSITIVAS DO ESTADO COMO MEIO DE ACESSO DE PRESOS E EGRESSOS AO MERCADO DE TRABALHO

Cesar Eduardo Lavoura Romão¹; Anselmo Nogueira Junior²

RESUMO: Nos últimos tempos tem-se visto que o trabalho do preso é uma das principais ferramentas de ressocialização e, via de consequência, de combate à criminalidade. O grande problema enfrentado para que essa medida tenha efetividade plena, é que o preconceito e a desconfiança ainda imperam no seio da sociedade brasileira, o que dificulta o ingresso dessas pessoas no mercado de trabalho. Com isso, o Poder Público tem tomado medidas voltadas a tornar obrigatória tal exigência, por meio de editais de licitações públicas. No âmbito federal a questão foi regulamentada, e passou-se a exigir que em licitações a partir de determinado valor, fosse exigido das empresas que comprovassem o emprego de mão de obra de egressos do sistema prisional. No âmbito dos Estados e Municípios, a questão ainda é muito pouco explorada, devendo haver regulamentação específica em relação a esses pontos. Somente com um sistema rígido e uniforme será possível dar plena efetividade à ressocialização do preso.

PALAVRAS-CHAVE: licitação; egressos do sistema prisional; ressocialização; presos.

AFFIRMATIVE ACTIONS: POSITIVE BENEFITS OF THE STATE AS A MEANS OF ACCESS TO PREVENTION AND LOSS TO THE LABOR MARKET

ABSTRACT: In recent times it has been seen that the work of the prisoner is one of the main tools of resocialization and, consequently, of combating crime. The major problem faced for this measure to be fully effective is that prejudice and distrust still prevail within Brazilian society, which makes it difficult for these people to enter the labor market. With this, the Government has taken measures aimed at making such a requirement mandatory through public bidding documents. At the federal level the issue was regulated, and it was required that in bids from a certain amount, companies were required to prove the use of labor from former prisoners. Within the scope of states and municipalities, the issue is still little explored, and there should be specific regulations regarding these points. Only with a rigid and uniform system will it be possible to make the prisoner's resocialization fully effective.

¹ Advogado, Professor na faculdade de Direito da FMU, Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP e instrutor do IN Movimento Inclusivo.

² Advogado. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo – USP/FDRP.

KEYWORDS: bidding; graduates of the prison system; resocialization; arrested.

INTRODUÇÃO

A população carcerária no Brasil cresce a cada dia e não faltam medidas tendentes a diminuir essa mazela do Estado. Hoje, estima-se que o número de presos supera os 800 mil³ (oitocentos mil), embora existam muitos questionamentos sobre esses números apresentados.

As consequências de uma população carcerária de elevado número geram, inquestionavelmente, uma série de problemas para o país. Em primeiro plano pode-se apontar o custo suportado pelo Estado com a manutenção de presídios e de todos os custos a ele inerentes – como manutenção geral, serviços básicos, alimentação dos internos etc. O segundo ponto, é o alto índice de criminalidade que, historicamente, somente aumenta em países que possui maior população carcerária por razões óbvias.

Diante desses fatores, a cada eleição, no mais das vezes, esse é sempre tema de destaque em campanhas políticas. Nas últimas eleições, aliás, tem-se que o fator segurança pública e diminuição da criminalidade deram força para o candidato vencedor – para não dizer que foi esse o tema que o fez ser eleito.

Essas promessas de campanha são de várias naturezas. Por vezes pretende-se aumentar as penas para que o condenado fique mais tempo na prisão. Por vezes se busca propor penalidades alternativas para que o preso não volte à sociedade tão logo. Na grande maioria das vezes, porém, elas têm por finalidade tocar o eleitor, sem que haja, de fato, um planejamento acerca da diminuição da criminalidade no país. Trata-se, substancialmente, de medidas populistas que servem para dar força a uma proposta de campanha.

As medidas de ressocialização do preso, entretanto, por serem pouco atrativas, acabam sendo deixadas de lado, sob o argumento de que seriam medidas tendentes a ajudar o preso que é condenado pela prática de graves crimes, tipo de proposta que claramente não cai na graça da sociedade. O que por vezes não se percebe, porém, é que a inexistência de medidas tendentes a ressocialização acaba por gerar um ciclo de criminalidade sem fim.

Isso porque, quando o preso cumpre a pena mínima para que progrida de regime, ele inevitavelmente, vê uma sociedade que não mais o acolhe e não mais o vê como um cidadão de bem, apto a viver em sociedade. Assim, em um contexto de grande

³ Conforme divulgado pelo Banco de Monitoramento de Prisões do Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

desemprego e dentro dessas características de egresso, torna-se missão totalmente dificultosa o retorno do preso ao mercado de trabalho. Essa situação acaba por fazer com que o preso volte à criminalidade.

Não se desconhece o entendimento da maioria da população de que o Estado teria mais bem investidos os seus recursos em educação, saúde, transporte, segurança etc. Não se desconhece, também, que foi sim escolha do condenado praticar o crime a que fora condenado. Não se desconhece que aqueles condenados pela prática de crimes devem responder ao processo e devem receber pena justa, proporcional e equivalente ao crime praticado. Não se está a defender que o Estado esqueça o crime praticado pelo condenado.

O que se busca, por outro lado, são medidas efetivas que tenham uma finalidade específica e prática: permitir a efetiva ressocialização do preso em atendimento ao disposto na segunda parte do artigo 1º da Lei de Execução Penal: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

De nada adianta que o Estado se aparelhe de recursos e estrutura para o combate ao crime para dar efetividade à persecução penal e para condenar o maior número de infratores da lei, se, ao final da pena, essa pessoa não possa voltar adaptada ao meio social. Isto é, de nada adianta que uma pessoa que praticou uma infração penal cumpra sua pena se, ao final dela, quando em liberdade, essa pessoa não tenha alternativa senão voltar a cometer crimes como antes fazia.

Essa ideia, muito reflete a teoria agnóstica da prisão, que diz que a sua única finalidade é impedir que o condenado pratique crimes enquanto preso. Essa teoria, entretanto, é vazia em relação a sua finalidade, uma vez que ela não traria qualquer benefício ao Estado, senão aquele breve momento em que a pessoa fica presa.

A finalidade do encarceramento que deve ser defendida e buscada é a que traz a ideia de que aquela pessoa que infringe a lei penal deve ser segregada da sociedade. A segregação, que visa sim evitar a prática de crimes durante esse período, deve ser acompanhada de tratamento e acompanhamento, para que, ao término da pena, o condenado seja reinserido na sociedade livre dos problemas que o levaram a praticar aquele delito. Não é tarefa fácil, é verdade, mas existem medidas que poderiam auxiliar nesse caminho.⁴

⁴ Nesse sentido: “As penas devem visar à reeducação do condenado. A história da humanidade teve, tem e terá compromisso com a reeducação e com a reinserção social do condenado. Se fosse doutro modo, a pena estadual estaria fadada ao insucesso.”. (STJ, Resp. 662807/MG, Min. Nilson Naves, 6ª T., dj 19/3/2007 apud GRECO, 2015, p.398)

Afinal, “É melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los; e todo legislador sábio deve procurar antes impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior bem-estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que se lhes possam causar”. (Beccaria, p. 96).

Não há dúvidas, assim, que a prisão não pode ter por finalidade única impedir que o condenado pratique crimes enquanto tiver preso. Ao contrário disso, deve a prisão devolver o cidadão apto ao convívio social.

O TRABALHO DO PRESO POR MEIO DE AÇÕES AFIRMATIVAS

Para a efetiva ressocialização é fundamental que o condenado trabalhe. Colocar o condenado disponível para trabalho e buscar meio para facilitar que ele tenha acesso efetivo ao emprego é dar alternativa à prática de crime, é proporcionar uma vida digna fora dos estabelecimentos prisionais após o término da pena imposta.

O trabalho do preso gera uma série de benefícios, sendo que alguns deles podem ser elencados: **(i)** o trabalho do preso desonera o Estado, uma vez que faz com que o preso arque com parte dos custos que gera para a Administração da Penitenciária a que está vinculado; **(ii)** o trabalho do preso permite que ele volte à sociedade sem que tenha que praticar novos delitos como meio de garantir a sua subsistência; **(iii)** proporcionar trabalho ao preso poderá resultar, gradativamente, na diminuição da criminalidade, pela quebra do ciclo anteriormente informado.

Não há dúvidas, portanto, de que o trabalho do preso somente traz benefícios para a sociedade (interesse público primário) e para o Estado (interesse público secundário), não existindo razões para que se defenda o contrário.

A dúvida que surge e que é objeto de muitos questionamentos, no entanto, é se o preso entraria no mercado de trabalho com igualdade de condições com uma pessoa que não possui antecedentes criminais. É claro que, sem dúvida, no contexto de enorme desemprego como o atualmente enfrentado, uma empresa que analise dois candidatos a uma vaga, sendo um deles egresso do sistema prisional, e o outro não, muito provavelmente tenderá a contratar a pessoa sem antecedentes.

Embora se possa entender, é comum e lamentável que haja esse tipo de tratamento diferenciado. Mas o fato é que ele existe, e não se pode limitar a atuação do Estado a informações voltadas ao combate desse tipo de discriminação, devendo haver atuação efetiva e concreta para permitir a igualdade no acesso ao trabalho.

É justamente nesse contexto que surge a ideia de promover ações afirmativas como meio de dar acesso ao preso ao mercado de trabalho. Tem-se por ação afirmativa ou discriminação positiva a intervenção do Estado em pontos sensíveis da sociedade, com o

propósito de promover a igualdade e, em última análise, dar efetividade aos princípios fundantes da República.

É, assim, a atuação do Estado com base em prestações positivas que pode dar efetividade ao trabalho do preso como meio de reinserção social.

“As ações afirmativas são, portanto, atos de discriminação lícitos e necessários à ação comunicativa da sociedade. Logo, não devem ser vistos como ‘esmolas’ ou ‘clientelismo’, mas como um elemento essencial à conformação do Estado Democrático de Direito. São, pois, uma exigência comum a países desenvolvidos como os Estados Unidos e a países subdesenvolvidos como o Brasil.”⁵

O que se percebe, felizmente, é que pouco a pouco o Estado tem tomado iniciativas para garantir o trabalho do preso, como claro ato de reconhecimento de que essa seria uma medida claramente benéfica para toda a sociedade.

Como em âmbito estritamente privado não se pode compelir uma sociedade empresária a contratar candidatos egressos ao invés de aqueles que não possuem antecedentes criminais, o Governo Federal, no ano de 2018, tomou medida importantíssima para dar efetividade a esse objetivo, editando o Decreto n. 9.450/2018.

Esse Decreto instituiu uma série de providências em relação aos presos, dando-se especial destaque à “ampliação e qualificação da oferta de vagas de trabalho, ao empreendedorismo e à formação profissional das pessoas presas e egressas do sistema prisional (...)”. E essa discussão não ficou na generalidade, pois foram previstas medidas concretas para dar efeito imediato ao projeto de promoção profissional do preso.

Essa providência resultou na alteração do entendimento da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 8.666/93), que regula as contratações realizadas pela Administração Pública Direta e Indireta.

A Lei n. 8.666/93 sofreu uma alteração em 2017 (por meio da Lei n. 13.500/2017) por meio da qual já indicava a possibilidade de que os Editais de Licitação exigissem que as empresas que tivessem, dentre a sua mão de obra, egressos do sistema prisional.

Veja a redação do art. 40, §5º da Lei de Licitações e Contratos Administrativos:

*“Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:
(...)”*

⁵ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. O Direito à Diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey: 2005.

§ 5º A Administração Pública poderá, nos editais de licitação para a contratação de serviços, exigir da contratada que um percentual mínimo de sua mão de obra seja oriundo ou egresso do sistema prisional, com a finalidade de ressocialização do reeducando, na forma estabelecida em regulamento.”.

Como se pode observar, a Lei 8.666/93 – que é a Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos – já permitia que todos os entes federativos exigissem que a empresa tivesse em sua mão de obra egressos do sistema prisional, com a finalidade de ressocialização do reeducando.

Entretanto, em 2018, um novo ato normativo foi aditado para dar ainda mais concretude para a proposta buscada pelo Governo. O Decreto n. 9.450/2018 tornou obrigatório, nas obras da Administração Federal, que haja previsão de que a empresa a ser contratada tenha em sua mão de obra egressos do sistema prisional.

Diferença importante é que, enquanto a Lei de Licitações e Contratos Administrativos apenas permitia que os Editais de licitação exigissem essa qualificação, o Decreto tornou obrigatório que haja tal previsão em Editais de obras de âmbito federal. Embora seja questionável a legalidade do Decreto – uma vez que, numa primeira análise, extrapola os limites da regulamentação impondo restrições não previstas na lei – é esse o cenário normativo atualmente encontrado em relação ao tema.

Veja a redação do Decreto:

“Art. 5º Na contratação de serviços, inclusive os de engenharia, com valor anual acima de R\$ 330.000,00 (trezentos e trinta mil reais), os órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional **deverão exigir da contratada** o emprego de mão de obra formada por pessoas presas ou egressos do sistema prisional, nos termos disposto no § 5º do art. 40 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.”.

Há, ainda, a Portaria Interministerial n. 03/2018, do então Ministério da Segurança Pública, disciplinando a contratação de egresso do sistema prisional, nos seguintes termos:

“Art. 2º A previsão de emprego de mão de obra formada por pessoas presas ou egressos do sistema prisional é requisito de habilitação jurídica, devendo constar do edital e da minuta de contrato, acompanhada de declarações do licitante de que contratará pessoas presas ou egressos nos termos do Decreto nº 9.450, de 2018, bem como do órgão responsável pela execução penal de que dispõe de pessoas presas aptas à execução de trabalho externo.

(...)

Art. 3º A efetiva contratação do percentual indicado no art. 6º, incisos I a IV, do Decreto nº 9.450, de 2018, será exigida da proponente vencedora quando da assinatura do contrato, devendo a contratada apresentar mensalmente ao juízo de execução, com cópia para o fiscal do contrato ou para o responsável indicado pela contratante, relação nominal dos empregados, ou outro documento que comprove o cumprimento dos limites percentuais previstos.

Art.4^o O Departamento Penitenciário Nacional articulará junto aos órgãos responsáveis pela administração penitenciária dos Estados e do Distrito Federal, bem como aos demais órgãos competentes de todas as esferas federativas, a inclusão, nos sistemas de intermediação de mão-de-obra, de pessoas em cumprimento de regime semiaberto, aberto, domiciliar e egressas do sistema prisional que se encontrem aptas ao exercício do trabalho externo.

Art.4^o O Departamento Penitenciário Nacional articulará junto aos órgãos responsáveis pela administração penitenciária dos Estados e do Distrito Federal, bem como aos demais órgãos competentes de todas as esferas federativas, a inclusão, nos sistemas de intermediação de mão-de-obra, de pessoas em cumprimento de regime semiaberto, aberto, domiciliar e egressas do sistema prisional que se encontrem aptas ao exercício do trabalho externo.”.

A regulamentação ora apresentada é bastante técnica em relação às contratações públicas. Tanto o Decreto como a Portaria foram precisos em exigir somente da empresa vencedora a comprovação de contratação de egressos do sistema prisional. O que se exige, para fins de habilitação, é a mera prestação de compromisso do licitante no sentido de que, caso vencedor, realizará a contratação exigida.

Verifica-se, assim, que o Governo tomou inteligente medida para dar efetividade a esse projeto. Se no âmbito privado não se permite exigir que uma sociedade empresária contrate egresso do sistema prisional, no âmbito das contratações públicas é permitido que o Poder Público exija, como requisito para contratação, que essas pessoas sejam contratadas.

Trata-se de clara ação afirmativa. É o Poder Público tomando ações e medidas concretas voltadas a promover o acesso do egresso do sistema prisional no mercado de trabalho, tornando-se possível a sua ressocialização.

Pode-se perceber, desde já, que essa ação tem surtido efeitos no âmbito de contratações públicas. Há, casos, inclusive, de empresas sendo declaradas inabilitadas em licitações por não atenderem as exigências contidas nos atos normativos anteriormente apresentados.

Em um desses casos, a discussão chegou recentemente ao C. STF, em que, ao analisar a inabilitação da empresa que descumpria as regras estabelecidas pelo art. 40, §5^o da Lei 8.666/93, decidiu que:

“A impetrante alega, em síntese, que o item 9.18.1 do Pregão Eletrônico 9/2018 é reprodução da norma estabelecida pelo Decreto 9.450/2018, portanto, trata-se de regra destinada a viabilizar a política inclusiva estabelecida pela Lei 13.500, de 2017, permitindo a contratação e a ressocialização de pessoas presas ou egressas do sistema prisional que, na avaliação da Vara de Execuções Penais, estejam aptas à execução de trabalho externo.

(...)

Evidencia-se da leitura dos autos que a empresa impetrante deixou de atender às exigências elencadas no edital do Pregão Eletrônico, eis que entregou a declaração

atinentes ao item 9.18, sem apresentar a declaração emitida pela Vara de Execuções Penais de que existem pessoas presas aptas à execução do trabalho externo.

Não vislumbro que as declarações exigidas (item 9.18.1 do edital do Pregão Eletrônico 9/2018) extrapolam a documentação prevista no art. 28 da Lei 8.666/1993, sobretudo porque a interpretação desse artigo deve abranger todo o contexto da referida Lei. De fato, com o objetivo de implementar política de ressocialização de presos e egressos do sistema prisional, a Lei 13.500/2017 inseriu, no artigo 40 da Lei 8.666/1993, regra nos seguintes termos:

“Art. 40 [...]

§ 5º A Administração Pública poderá, nos editais de licitação para a contratação de serviços, exigir da contratada que um percentual mínimo de sua mão de obra seja oriundo ou egresso do sistema prisional, com a finalidade de ressocialização do reeducando, na forma estabelecida em regulamento (Incluído pela Lei n. 13.500, de 2017)“

A referida norma foi regulamentada pelo Poder Executivo Federal com a edição do Decreto 9.450, de 2018, que assim dispõe:

“Art. 5º Na contratação de serviços, inclusive os de engenharia, com valor anual acima de R\$ 330.000,00 (trezentos e trinta mil reais), os órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional deverão exigir da contratada o emprego de mão de obra formada por pessoas presas ou egressos do sistema prisional, nos termos disposto no § 5º do art. 40 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

§ 1º O disposto no caput será previsto:

I - no edital, como requisito de habilitação jurídica, consistente na apresentação de declaração do licitante de que, caso seja vencedor, contratará pessoas presas ou egressos nos termos deste Decreto, acompanhada de declaração emitida pelo órgão responsável pela execução penal de que dispõe de pessoas presas aptas à execução de trabalho externo;“

Resta claro que a exigência prevista no edital atende ao princípio da legalidade (artigo 40 da Lei 8.666/1993), à prevalência do interesse público, sempre com necessária observância dos princípios da impessoalidade e da seleção mais vantajosa para a administração.

Faz-se importante ressaltar que as exigências do certame dirigem-se, indistintamente, a todos os concorrentes, não sendo razoável dispensar a exigência de item previsto no edital, apenas quanto à empresa JME – Serviços Integrados e Equipamentos Eireli, sob pena de violar o princípio da igualdade.”⁶

Como se observa, no caso do precedente anteriormente mencionado, o edital de licitação estabeleceu as regras para contratação de egressos e uma das empresas licitantes não atendeu ao quanto exigido. Diante disso, foi diretamente inabilitada da disputa.

⁶ STF. MS 36392. Relator: Min. Gilmar Mendes. Publicação do Julgamento: 17.05.2019

PROBLEMAS NORMATIVOS RELATIVOS À QUESTÃO

Como se viu, o Decreto Federal representou um grande avanço normativo em matéria de ressocialização e contratação de presos por meio de exigências contidas em editais de licitações públicas. Entretanto, a despeito de tal previsão, constata-se que são poucas as licitações em que há exigências nesse sentido.

Primeiro porque a disposição, tal como lançada, abrange somente contratações no âmbito da Administração Pública Federal, direta ou indireta. No âmbito dos Estados e dos Municípios, onde se tem o maior número de contratações públicas, ainda é muito tímida a inclusão dessa exigência no instrumento convocatório.

Assim, embora seja relevante a previsão normativa nesse sentido, entende-se que deve haver um aprimoramento dos atos normativos sobre o tema, alterando-se a Lei de Licitações e Contratos Administrativos para que se obrigue a contratação de egressos.

Deve-se ressaltar, em relação a esse ponto, que o Estado de São Paulo possui legislação própria – Lei Estadual n. 6.544/1989 – que trata de Licitações e Contratos Administrativos. Entretanto, não há qualquer previsão de contratação de egressos do sistema prisional como requisito de habilitação nos certames estaduais.

Caberia, assim, a regulamentação do art. 27 da Lei n. 6.544/1989 – que trata dos requisitos de habilitação – para que tal previsão fosse incluída na Lei Estadual, à exemplo do que foi feito em âmbito federal. Como visto, a Lei 8.666/93 trouxe previsão que facultava a inclusão de exigência dessa natureza em editais de licitação. O decreto, por outro lado, ao regulamentar a Lei 8.666/93 tornou obrigatória tal previsão.

Desse modo, uma vez regulamentada no âmbito estadual a previsão de que as empresas contratem mão de obra de egressos, certamente se estaria dando efetividade à ressocialização, o que, via de consequência, poderia trazer satisfatórios números acerca da diminuição da criminalidade também no Estado de São Paulo.

No âmbito do Município de São Paulo há decreto que iniciou uma tentativa de fomentar a contratação de egressos do sistema prisional por meio das licitações públicas. Trata-se do Decreto n. 51.080/2009, que *“Institui, no Município de São Paulo, o programa de inserção de egressos do sistema penitenciários no mercado de trabalho – pró-egresso”*.

Entretanto, o referido decreto não tornou obrigatória tal previsão, mas apenas facultou a inclusão de tal exigência em editais de licitação. Veja:

“Art. 3º Para a consecução dos objetivos contidos neste decreto, é facultado aos órgãos da Administração Direta e às entidades da Administração Indireta, nos editais de licitações de obras e serviços, exigir que a proponente vencedora reserve, para execução do contrato, vagas de trabalho destinadas aos beneficiários indicados no artigo 2º deste decreto, na seguinte conformidade:

- I - 5% (cinco por cento) das vagas para um contingente mínimo de 20 (vinte) trabalhadores;
- II - 1 (uma) vaga quando o mínimo de trabalhadores for 6 (seis) e o máximo 20 (vinte).”.

Com a previsão acima indicada, novamente se cai no critério da escolha do administrador, o que claramente não permite a efetiva ressocialização.

Em outros municípios, porém, a previsão foi expressa a tornar obrigatória a exigência. Veja a Lei n. 11.762/2018 do Município de Sorocaba/SP, que trouxe previsão muito similar àquela do decreto federal:

“Art. 1º Fica autorizada a instituição do Programa Municipal de Apoio ao Egresso do Sistema Penitenciário, denominado "Reintegração Pró Egresso Municipal", como parte do processo de reinserção social, de que trata o art. 10 da Lei Federal nº 7.210, de 11 de junho de 1984, que institui a Lei de Execução penal e alterações.

Parágrafo único. Conforme disposições desta Lei ficam atreladas a obrigação das pessoas jurídicas vencedoras de processo de licitação e contratadas pelo Município, através da Prefeitura e suas autarquias, a contratar e manter egressos das unidades do sistema prisional do Estado de São Paulo como mão de obra para execução de serviços ou obras públicas, observando-se, para tanto, os dispostos dos arts. 34, §§ 1º e 3º; 35, § 2º; 36, § 1º; 37 e 38 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, (Código Penal) e 36 e 37 da Lei Federal nº 7.210, de 11 de julho de 1984, Lei de Execução Penal; e, as seguintes proporções:

(...)

Art. 3º Os órgãos e entidades da Administração Municipal deverão fazer constar expressamente, nos editais que regulamentam os processos de licitações que tenham por objeto serviços e obras, cláusula onde conste a exigência de que a proponente vencedora disponibilize, para execução do contrato, vagas de trabalho aos beneficiários indicados, conforme o parágrafo único do art. 1º desta Lei, sob pena de invalidação dos certames respectivos, e dos contratos correspondentes;

Parágrafo único. O disposto nesta Lei:

I – não se aplica aos serviços de segurança, vigilância ou custódia de pessoas, bens ou valores, assim como para serviços prestados aos órgãos municipais com atuação voltada para a segurança pública e/ou para a defesa social;

II – não se aplica aos casos de dispensa ou inexistência de licitação.”.

A obrigatoriedade de exigências dessa natureza é pressuposto para a efetivação do programa de ressocialização. Deixar ao arbítrio dos administradores a inclusão ou não de tal exigência, é voltar às mesmas circunstâncias que já são oferecidas em âmbito privado. É a possibilidade de escolha que faz com que o egresso seja alijado do mercado de trabalho.

Deixar a critério de cada ente a escolha sobre a inclusão ou não dessa regra no edital, é permitir que o ente federativo tome a medida mais cômoda, a que não lhe gera nenhuma contrapartida. Além disso, permite-se que impere o preconceito, fazendo com que essa visão distorcida influa na decisão do administrador público.

Se a Lei exigir que seja obrigatória a inclusão de exigência de contratação de egressos em editais de licitação, não se falará em discricionariedade do administrador. Será um ato vinculado, do que, portanto, não poderá o administrador se esquivar.

Não é somente a exigência de contratação como requisito de habilitação que permitiria a dar efetividade à ressocialização. Poderia se pensar em outros mecanismos que incentivassem os empresários a contratarem esse tipo de mão de obra – além dos incentivos já existentes na Lei de Execução Penal, como o pagamento de 1/3 do salário mínimo e outros incentivos fiscais. Poderia se pensar, por exemplo, em definir, como critério de desempate, a preferência por aquelas empresas que contratarem mão de obra de egressos do sistema prisional.

Deve-se observar que a Lei de Licitações já estabelece alguns critérios de desempate. Alguns deles, aliás, referem-se a medidas de inclusão social que é o que se pretende também com a proposta aqui lançada. Veja o que dispõe o art. 3º, §2º da Lei de Licitações e Contratos Administrativos:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

(...)

§ 2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

I – Revogado;

II – produzidos no País;

III – produzidos ou prestados por empresas brasileiras.

IV – produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País.

V – produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.”

É claro assim que a própria Lei de Licitações já possui medidas relativas à inclusão social, sendo plenamente possível a inclusão de regra, também como critério de desempate, de preferência para empresas que contratem mão de obra decorrente de egressos do sistema prisional.

Tais critérios, além disso, podem ser replicados também na Lei de Licitações do Estado de São Paulo, tal como diversas outras previsões oriundas da Lei Geral de âmbito federal.

Somente assim, asseguradas essas medidas, será dada efetividade à ressocialização que, teleologicamente, é o objetivo do Decreto Federal, atingindo-se os anseios da Assembleia Constituinte de 1988 revelados no preâmbulo da Constituição:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

CONCLUSÃO

O problema da criminalidade e o exponencial aumento da população carcerária são fatos inquestionáveis que demandam soluções rápidas e eficientes por meio do poder público. A dificuldade de reinserção do egresso do sistema na sociedade, e, sobretudo, no mercado de trabalho, não raro faz com que se retorne à criminalidade, tornando um grande e infindável ciclo maléfico para todos.

Diante disso, acertadamente, o Poder Público tem criado ações afirmativas voltadas permitir com maior facilidade a reinserção e a efetividade das medidas ressocializadoras, o que somente tem a contribuir com a sociedade e para a diminuição constante da criminalidade.

Dentre as medidas de ressocialização, estão as previsões relativas às exigências, em licitações públicas, de que as empresas interessadas em participar dessas disputas contratem mão de obra de egressos do sistema prisional, dentro de determinadas condições e requisitos.

Ocorre, todavia, que os atos normativos que envolvem os temas ressocialização, trabalho do preso e licitações públicas são muito incipientes e demandam uma série de modificações e aprimoramentos para que se tornem regras eficazes e que atinjam a finalidade buscada pelo legislador ordinário e pelo Governo Federal.

Não se pode permitir que normas de tamanha importância e grandeza vinculem somente contratações de circunscritas à Administração Pública Federal, sobretudo porque o maior volume de obras e serviços ocorre em âmbito estadual e municipal. Sendo assim, o primeiro aspecto cuja alteração se mostra importante é incluir, no âmbito estadual e municipal a previsão de inclusão nos editais de licitação, como critério de habilitação, a contratação de mão de obra de egressos do sistema prisional.

Também não se pode admitir que se deixe a critério do administrador a escolha pela inclusão ou não nos editais de licitação de exigência de contratação de mão de obra de egressos do sistema prisional. O critério de escolha, tal como ocorre no âmbito privado, resultará no alijamento do egresso da efetiva disputa por um emprego nessas condições, além de poder resultar na opção mais cômoda, que é a contratação de pessoas que nunca foram presas, o que demanda menos trabalho e, especialmente, menos fiscalização pelo Poder Público – pois se dispensa a análise de uma série de documentos e informações.

Imperativo, desse modo, que a legislação torne obrigatória a inclusão dessas exigências nos editais de licitação – tal como estabelecido pelo Decreto Federal em relação às contratações empreendidas pela Administração Pública Federal.

Por fim, também como alternativa e como incentivo aos empresários para contratar mão de obra de egressos do sistema prisional, a legislação pode estabelecer que seja definido, como critério de desempate em licitações públicas, a preferência para aquelas empresas que contratem mão de obra de egressos do sistema prisional, à semelhança do que já ocorre com outras previsões inclusivas contidas na Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei Federal n. 8.666/93).

Com acolhimento de medidas dessa natureza, dar-se-á efetividade aos objetivos dos atos normativos mencionados, o que permitirá o real ingresso dos egressos do sistema prisional no mercado de trabalho, trazendo grandes chances de ressocialização e diminuindo gradativamente a criminalidade.

REFERÊNCIAS

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. O Direito à Diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey: 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Princípio da isonomia: desequiparações proibidas e desequiparações permitidas. Grande Temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2009.

FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, ano XXVII, v. 72, n. 3, p. 30, jul-set/2009.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Cultura Brasileira. Disponível em: <http://www.culturabrasil.pro.br/zip/beccaria.pdf>. Acesso em: 16.10.2019.

DIREITO DAS PESSOAS COM DEFICIENCIA E INCLUSÃO: TENDENCIAS RECENTES NO DIREITO INTERNACIONAL

Pedro A. de Oliveira ¹

Pater filium monstrosum et contra formam generis humanae recens sibi natum cito necato.
Lei das XII Tábuas (c. 450 a. C.)

A deficiência é um conceito em evolução e resulta da interacção entre pessoas com incapacidades e barreiras comportamentais e ambientais que impedem a sua participação plena e efectiva na sociedade em condições de igualdade com as outras pessoas.
Convenção da ONU (2006)

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

A história da humanidade evidencia o elevado grau de vulnerabilidade das pessoas com deficiência. A famosa regra da Lei das XII Tábuas, que recordámos no pórtico deste trabalho, é somente um exemplo expressivo, pela dureza da reacção prescrita, do desvalor normativo atribuído a quem nascia *desconforme* aos «modelos de normalidade», ao padrão considerado socialmente *correcto*. Todos sabemos, aliás, como esse espectro, testemunhado em muitas sociedades antigas, encontrou epígonos em tempos mais recentes – a 25 de Julho de 1933, o programa nazi de esterilização forçada de pessoas com doenças hereditárias era publicado no *Reichgesetzblatt*,¹ a que se seguiria, a partir de 1939 (passaram apenas 80 anos!), a eliminação sistemática das «*lebenunwertes Leben*». Mesmo sem estes registos tão trágicos, a valoração negativa sobre as pessoas com deficiência revela-se actuante noutro tipo de respostas, como os modelos de cariz assistencialista, que conduzem à exclusão (à invisibilidade) dos «deficientes».²

Na realidade, os diferentes enquadramentos (e conexas soluções normativas e sociais diferenciadas) decorrem ou são informados (e conformados) pelo contexto *cultural*. Isto porque a deficiência não é somente um fenómeno individual (algo que aconteceu a

¹ Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC). Mestre em Ciências Jurídico-Empresariais (Menção em Direito Laboral) pela Faculdade de Direito de Coimbra. Doutorando em Direito Público pela Faculdade de Direito de Coimbra. Investigador bolseiro da Fundação para a Ciência e Tecnologia (FCT). Frequentou cursos de formação jurídica complementares na Universidade de Utrecht (Países Baixos) e na Universidade da Coruña (Espanha). Interveio como palestrante em congressos internacionais. É autor de publicações científicas sobre direito do trabalho e direito das pessoas com deficiência. E-mail: pedro_amri@hotmail.com

alguém), mas também (e determinantemente) um fenómeno social, em que as representações mentais partilhadas e em desenvolvimento desempenham um papel fundamental.³ Assumir esta «nova» dimensão da «deficiência», que ela é culturalmente condicionada,⁴ um «conceito em evolução», como paradigmaticamente enfatizou a Convenção da ONU, traduz uma autêntica revolução copernicana neste domínio: ela desloca o eixo gravitacional da «deficiência» como um *dado negativo* que restaria tratar, assistir, isolar, segregar, eliminar, para a «deficiência» como um *constructum*, em que a sociedade também é causa, e para a compreensão da pessoa com deficiência como autêntico sujeito de direitos humanos.⁵

Do ponto de vista jurídico, muita coisa mudou também nas últimas décadas, e mudou precisamente quanto ao modo como as pessoas com deficiência passaram a ser perspectivadas, isto é, já não sob o prisma do paradigma assistencialista (sujeitos que carecem de ser assistidos), mas antes sob o arquétipo dos direitos humanos (cidadãos com plenos direitos que têm de ser incluídos).⁶ De facto, a ideia de inclusão assume particular relevo neste nódulo problemático de efectivação dos direitos dos grupos minoritários, merecendo destaque o das pessoas com deficiência,⁷ e, em traços rectos, constitui a expressão de um direito mais humanizado.

Note-se, de todo o modo, que a emergência dessa protecção normativa contra práticas discriminatórias por motivo de deficiência é, como se disse, recente. Com efeito, estas regras desenvolveram-se como subsistema do Direito Internacional nos dois últimos decénios do século XX, período em que pelo menos um quarto dos Estados-Partes das Nações Unidas adoptaram legislação neste domínio.⁸ Essas regras específicas para a pessoa com deficiência, todavia, e ao arrepio, aliás, do processo legiferante que ia densificando o âmbito dos direitos humanos, estendendo-os, aliás, a segmentos populacionais particularmente vulneráveis,⁹ continuaram enquadradas no arquétipo da *soft law*.

Para além disso, importa ter presente que as normas jurídicas anti-discriminatórias que tutelam este segmento da sociedade traduziram uma mudança de paradigma, na medida em que elas deixaram de estar confinadas ao tradicional Direito da Deficiência, o qual abrange um conjunto de disposições legais no campo da previdência e do bem-estar social. Na verdade, a deficiência enquanto disciplina legal era inicialmente associada àquelas normas de protecção social (ainda muito ligada ao assistencialismo), e só posteriormente é que passou a afirmar-se no quadro do direito de igualdade.

No contexto de um congresso que tem como horizonte agregador a problemática da inclusão, pareceu-nos importante reflectir sobre algumas tendências na ordem jurídica internacional dirigidas à protecção dos direitos de um segmento específico da sociedade,¹⁰ que é alvo de exclusão social e cultural, o vasto conjunto de pessoas com deficiência, dessa «minoría maioritária» que engloba directamente mais de mil milhões de seres humanos.¹¹

Nesse cenário, far-se-á um estudo normativo de dois desideratos paradigmáticos: num primeiro momento, a nossa análise incidirá sobre um expediente revolucionário, de carácter geral e sistemático: a Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência; de seguida, e na impossibilidade de tratar, ainda que sumariamente, dos vários mediadores de concretização desta Convenção requeridos pelo multiforme âmbito em que a «deficiência» manifesta, elegemos um expediente em particular, que visa facilitar o acesso ao livro por parte das pessoas com deficiência visual ou cegas, ou com outras dificuldades de aceder as obras literárias e artísticas impressas: o Tratado de Marraquexe.

2. NOVAS TENDENCIAS DE PROTECÇÃO NORMATIVA DAS PESSOAS COM DEFICIENCIA NO ÂMBITO INTERNACIONAL

2.1 A Organização das Nações Unidas

Do paradigma da *soft law* para o da *hard law*

No contexto da Organização das Nações Unidas, o processo de mudança do paradigma médico da deficiência¹² para o modelo social e o modelo de direitos humanos, teve início na década de 70 e foi potenciado no decénio seguinte (1982- 1992), período designado por «década da pessoa deficiente da ONU».¹³

Num primeiro momento, o enfoque das políticas da deficiência desta organização eram a prevenção, a reabilitação e a definição de deficiência,¹⁴ que viriam a ser posteriormente complementadas com políticas de igualdade, através da adopção do Programa Mundial de Acção para as Pessoas Deficientes, de 1982.¹⁵

Durante a «década da pessoa deficiente» referenciada, uma panóplia de estudos sobre os direitos humanos foi realizada no seio da organização, nomeadamente pela Comissão dos Direitos Humanos e sua subcomissão. O resultado disso foi a criação de um novo instrumento (inserido no paradigma da *soft law*) de direitos humanos, adoptado pela Assembleia-Geral em 1990, intitulado as *Directrizes de Tallinn para o desenvolvimento dos recursos humanos na esfera das pessoas deficientes*.¹⁶ Esta Resolução dispunha que a pessoa com deficiência beneficiava do direito à vida independente e, como tal, não deveria ser perspectivada enquanto objecto de tutela, instando assim os Estados a promoverem as medidas adequadas à participação destas pessoas no *mainstream* da sociedade, em igualdade de condições com as demais pessoas¹⁷.

Já em 2000, realizou-se, em Pequim, a Conferência Mundial das organizações não-governamentais das pessoas com deficiência, da qual emanou, aliás, a *Declaração de Pequim sobre os direitos das pessoas com deficiência num novo século*. Este documento reclamava, dentre outros aspectos, a criação de uma convenção juridicamente vinculante nesta

disciplina.¹⁸ Este apelo, reforçado em inúmeras ocasiões pelos Estados, e, um ponto a ser realçado, pela actuação decisiva das ONG's espalhadas pelo mundo, vai, finalmente, culminar na aprovação, a 13 de Dezembro de 2006,¹⁹ da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, pela Assembleia-Geral da ONU.²⁰

O século XXI e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

Como se extrai da leitura do quadro sinóptico anterior, a *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência* da ONU, em vigor desde 3 de Maio de 2008,²¹ representa um salto civilizacional (e um avanço no horizonte do DIP) no atinente a luta pela efectivação dos direitos das pessoas com deficiência, na medida em que traduz o primeiro instrumento normativo internacional a regular, de forma bastante cuidada, as garantias jurídicas destas pessoas.²² Além disso, e à imagem da ordem jurídica da ONU dirigida à salvaguarda dos direitos de outros grupos discriminados, a Convenção deu lugar ao paradigma da *hard law* no âmbito da «deficiência».²³

No que respeita à natureza jurídica deste desiderato, a mesma assenta na conjugação de duas vertentes, uma baseada no desenvolvimento social, e a outra nos direitos humanos.²⁴ Na realidade, durante o decurso dos trabalhos preparatórios do conteúdo da Convenção, havia alguma divergência no seio do Comité ad hoc entre alguns Estados e Organizações,²⁵ acabando por se aceitar a incorporação de um enfoque dualista.

Por outro lado, pode-se dizer que o conteúdo da Convenção é misto, uma vez que ela consagra tanto direitos humanos de primeira geração (direitos civis e políticos), como os de segunda geração (direitos económicos, sociais e culturais).

De referir ainda, que a Convenção não teve o escopo de consignar novos direitos, mas sim o de adequar o exercício dos direitos humanos universais às particularidades da pessoa com deficiência. A despeito disso, ela acabou por introduzir novas formulações de direitos como o direito à acessibilidade (art. 9^o)²⁶ e o direito a viver de forma independente e a ser incluído na comunidade (art. 19^o).²⁷

Seria impossível, no contexto deste relatório, uma análise detida das coordenadas estruturantes da Convenção, menos ainda dos seus conteúdos normativos. Realçamos, de todo o modo, quase de forma esquemática, alguns aspectos mais significativos:

A mudança do paradigma médico para o de direitos humanos

Como se referiu, a mudança axial do figurino normativo da deficiência, promovida pela Convenção,²⁸ prendeu-se com a chamada superação do arquétipo médico ou individual da deficiência por um modelo social e um modelo de direitos humanos²⁹. Para o primeiro, a deficiência assenta num problema individual que necessita ser tratado através de reabilitação e outros serviços especializados, devendo este diagnóstico ser conformado, portanto, com base num olhar circunscrito à causa da exclusão social dos indivíduos,

isoladamente, o que implicava, em termos práticos, na segregação dos mesmos³⁰. Por sua vez, o segundo tem o fito de enfatizar a construção social da deficiência através das barreiras sociais (arquitectônicas, comunicacionais, comportamentais e estruturais), ou seja, considera que a deficiência pode derivar de um impedimento físico, psíquico ou sensorial, mas que resulta, sobretudo, da interação entre tais impedimentos e barreiras³¹. Como justamente sublinha Rannsveig Traustadóttir, «this new social-contextual understanding of disability, most commonly referred to as “the social model”, has created a new vision of disability and has influenced policy making at local and international levels. This re-conceptualization of disability shifts the focus from the individual to the environment and draws attention to the social barriers disabled people face in their everyday lives».³²

Este conceito revolucionário, associado ao arquétipo dos direitos humanos, oferece ainda um rumo interpretativo às leis e políticas da deficiência, contribuindo para a compreensão dos limites das teorias tradicionais da igualdade (formal) em relação aos grupos como o das pessoas com deficiência.³³

Preâmbulo

Retira-se, da leitura dos considerandos preambulares da Convenção, a acentuada preocupação na concretização dos direitos e na promoção do respeito pela dignidade inerente as pessoas com deficiência³⁴, dignidade esta que, refira-se, constitui a pedra angular da Carta das Nações Unidas.

Na mesma linha, realça-se a circunstância de as Nações Unidas, na Declaração Universal dos Direitos do Homem e nos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, terem proclamado e acordado que toda a pessoa tem direito a todos os direitos e liberdades neles consignados, sem distinção de qualquer natureza³⁵.

Com efeito, aquela Declaração enuncia, no seu artigo 1^o, que «todos os seres humanos são iguais em dignidade e direitos». Assim, a convenção reafirma o carácter universal, indivisível e interdependente dos direitos humanos e liberdades fundamentais³⁶, bastando o mero facto de ser pessoa para deles ser titular.³⁷ Dessa forma, não se admite que alguém possa ter tais garantias arbitrariamente cerceadas com base numa deficiência.

Coaduna-se a isso o reconhecimento pelos Estados Partes, por um lado, da importância da autonomia, independência e liberdade das pessoas com deficiência fazerem as próprias escolhas; por outro, as valiosas contribuições existentes e potenciais feitas por estes indivíduos em favor do bem-estar geral e diversidade das suas comunidades e que a promoção do pleno gozo dos direitos humanos e a plena participação por parte deste grupo específico irão resultar num sentido de pertença reforçado e em vantagens significativas no desenvolvimento humano, social e económico da sociedade e na erradicação da pobreza³⁸.

Por último, os Estados-Partes reconhecem que uma convenção internacional abrangente e integral para promover e proteger os direitos e dignidade das pessoas com deficiência irá dar um significativo contributo para voltar a abordar a profunda desvantagem social a que estas são submetidas e promover a sua participação nas esferas civil, política, económica, social e cultural com oportunidades iguais, tanto nos países em desenvolvimento como nos desenvolvidos³⁹.

Princípios estruturantes

A Convenção consagra, no seu artigo 3^o, o conjunto de princípios que a ela subjazem, a saber: a) O respeito pela dignidade inerente, autonomia individual, incluindo a liberdade de fazerem as suas próprias escolhas, e independência das pessoas; b) Não discriminação; c) Participação e inclusão plena e efectiva na sociedade; d) O respeito pela diferença e aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e humanidade; e) Igualdade de oportunidade; f) Acessibilidade; g) Igualdade entre homens e mulheres; h) Respeito pelas capacidades de desenvolvimento das crianças com deficiência e respeito pelo direito delas a preservarem as suas identidades.⁴⁰

Direitos

A Convenção congrega direitos humanos e liberdades fundamentais básicas, como o direito à vida (art. 10^o), à liberdade e segurança (art. 14^o), à liberdade contra a tortura, tratamento ou penas cruéis, desumanas ou degradantes (art. 15^o), à protecção contra exploração, violência e abuso (art. 16^o), à protecção da integridade (art. 17^o), à liberdade de circulação e nacionalidade (art. 18^o), à mobilidade pessoal (art. 20^o), à liberdade de expressão e opinião e acesso à informação (art. 21^o), ao respeito pela privacidade (art. 22^o), ao respeito pelo domicílio e pela família (art. 23^o), ao reconhecimento igual perante a lei (art. 12^o),⁴¹ ao acesso à justiça (art. 13^o), à educação inclusiva (art. 24^o), à saúde (art. 25^o), à habilitação e reabilitação (art. 26^o), ao trabalho e emprego (art. 27^o), à um nível de vida e protecção social adequados (art. 28^o), à participação na vida política e pública (art. 29^o) e à cultura, lazer e desporto (art. 30^o).

Uma leitura perfunctória destas normas poderia suscitar no intérprete a seguinte interrogação: tendo em conta que os referidos direitos já vinham consagrados noutros instrumentos de direito internacional supramencionados, terá a convenção um carácter banal?

A resposta aqui deverá ser de todo negativa. Na verdade, como vimos, a convenção não visa criar novos direitos, mas procura instrumentalizar aqueles já existentes de modo a que o seu exercício possa ser adequado a deficiência de cada um. Nesse sentido, o propósito da convenção, constante do seu artigo 1^o, elucida: «O objecto da presente Convenção é promover, proteger e garantir o pleno e igual gozo de todos os direitos

humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente».

Por outro lado, esta norma retrata, de forma bem cristalina, a ruptura com o anterior paradigma assistencialista, na medida em que explicitamente reconhece as pessoas com deficiência enquanto sujeitos de direitos, dando dessa maneira mais fôlego à necessidade premente em concretizar os direitos humanos na esfera jurídica destas pessoas. O referido dispositivo expressa ainda a diversidade das deficiências ao estabelecer que «as pessoas com deficiência incluem aqueles que têm incapacidades duradouras físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais, que em interacção com várias barreiras podem impedir a sua plena e efectiva participação na sociedade em condições de igualdade com os outros».

A Convenção estabelece ainda em que pode radicar uma conduta discriminatória fundada na deficiência. É o que reza a alínea b) do artigo 2^o: «Discriminação com base na deficiência» designa «qualquer distinção, exclusão ou restrição com base na deficiência que tenha como objectivo ou efeito impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade com os outros, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais no campo político, económico, social, cultural, civil ou de qualquer outra natureza. Inclui todas as formas de discriminação, incluindo a negação de adaptações razoáveis». ⁴² A centralidade do conceito de «discriminação» no contexto do documento manifesta-se ainda na sua recorrência: além do artigo 2, *sedes definitionis*, surge 4 vezes no preâmbulo e mais nove no texto do tratado.

Acrescente-se que a valoração negativa de uma deficiência assemelha-se (e intersecta-se) ⁴³ a outros comportamentos sociais discriminatórios, designadamente os anti-semiticos e/ou fundados na religião, no género ou na idade. No entanto, diversamente do que sucede com outros grupos socialmente desfavorecidos, as pessoas com deficiência são desproporcionalmente confrontadas com entraves que as impedem de participar de forma igualitária na comunidade, *rectius*, barreiras arquitectónicas ou comunicacionais, que reclamam, como se sabe, uma mudança estrutural efectiva na sociedade que seja capaz de lhes garantir a igualdade de oportunidades no seio da mesma.

Importa, na concretização desta tarefa, atentar para a noção de «adaptação razoável» (*reasonably accommodation*), a qual consiste na consecução de ajustamentos no emprego, lugares públicos, produtos e bens, formas de comunicação, etc., a fim de permitir o acesso e a participação igualitária dessas pessoas na sociedade ⁴⁴.

O artigo 2^o elenca ainda outras três definições para a compreensão do conteúdo normativo da Convenção, a saber: a) «Comunicação» inclui linguagem, exibição de texto, braille, comunicação táctil, caracteres grandes, meios multimédia acessíveis, assim como modos escrito, áudio, linguagem plena, leitor humano e modos aumentativo e alternativo,

meios e formatos de comunicação, incluindo tecnologia de informação e comunicação acessível; «b) Linguagem» inclui a linguagem falada e língua gestual e outras formas de comunicação não faladas; e d) «Desenho universal» designa o desenho dos produtos, ambientes, programas e serviços a serem utilizados por todas as pessoas, na sua máxima extensão, sem a necessidade de adaptação ou desenho especializado. «Desenho universal» não deverá excluir os dispositivos de assistência a grupos particulares de pessoas com deficiência sempre que seja necessário.

No que tange as obrigações dos Estados-Partes, elas podem ser de carácter positivo ou negativo⁴⁵ e incluem políticas de sensibilização (artigo 8^o) que vão desde medidas hábeis a fomentar o respeito pelos direitos e pela dignidade das pessoas com deficiência, através de campanhas públicas de combate aos estereótipos e preconceitos, sensibilizando a sociedade e familiares sobre as capacidades, competências, méritos e contributos das pessoas com deficiência, inclusive para o mercado de trabalho.⁴⁶

Mecanismo de monitorização

Diferentemente de outros tratados sobre direitos humanos da ONU, a convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência incluiu, no seu art. 33^o, um mecanismo de monitorização (internacional e nacional).⁴⁷ Este mecanismo integra um comité independente composto por 18 especialistas no direito da pessoa com deficiência (art. 34^o) e uma conferencia anual dos Estados-Partes (art. 40^o).

Este comité tem como função proceder a monitorização das ordens jurídicas nacionais que transpõem a Convenção, a fim de fiscalizar a eficácia desta. Outra atribuição do comité que deve ser saudada em virtude do seu cariz inovador, introduzida pelo protocolo adicional à convenção, prende-se com o reconhecimento da sua competência para apreciar eventuais queixas contra práticas violadoras dos direitos das pessoas com deficiência, apresentadas por particulares ou organizações nacionais de um Estado-Parte que tenha aderido ao referido protocolo. No decurso das investigações O comité poderá, outrossim, dirigir-se ao Estado-Parte investigado para apurar os factos e, finda esta diligência, comunicar-lhe-á as conclusões do caso, reportando-as juntamente com recomendações e comentários.

Nas palavras de Carlos Parra-Dussan, «Más interesante aún es el hecho de que el Protocolo Adicional a la Convención no establece diferencias entre la justiciabilidad de unos y otros derechos en el terreno internacional con lo que parece reforzarse la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, en general y en su aplicación a las personas con discapacidad».⁴⁸

Naturalmente, a consagração dos direitos das pessoas com deficiência consignada pela Convenção constitui apenas um modelo de reprodução de direitos humanos básicos e liberdades fundamentais já estabelecidos noutros expedientes do ordenamento jurídico

internacional. Note-se, em todo o caso, que isto não significa dizer que a Convenção tenha um carácter banal, pelo contrário, vimos que ela ilustra um salto civilizacional na salvaguarda dos direitos das pessoas com deficiência, pois além de trazer consigo um novo paradigma da «deficiência», radica no primeiro instrumento de direitos humanos com força jurídica vinculante que emanou no seio da Organização das Nações Unidas.

A despeito disso, tal modelo de reprodução não é, de per si, suficiente ou automático. A sua concretização convoca mediadores jurídicos, técnicos e institucionais que podem variar consoante a exclusão que se pretenda atenuar. Assim, os modos de realização desses mediadores dependem do tipo de limitação defrontada, como sejam física, psíquica ou intelectual, e das barreiras sociais conexas.

Na impossibilidade de tratar, ainda que sumariamente, da conformação de cada uma delas, elegemos, para este estudo, um mecanismo de tutela de um grupo específico, nomeadamente o das pessoas com deficiência visual ou cegas. Trata-se do Tratado de Marraquexe, que passamos a analisar de seguida.

2. 2 O Tratado de Marraquexe

Bem recentemente, a 30 de Setembro de 2016, entrou em vigor um novo instrumento de Direito Internacional que constitui um mecanismo de concretização da Declaração Universal dos Direitos Humanos e, de forma bem imediata, da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – o *Tratado de Marraquexe*. Este desiderato insere-se no processo de efectivação dos direitos humanos básicos das pessoas com deficiência, estatuídos, como se disse, na Convenção da ONU, nomeadamente o direito à educação (art. 24^o), ao trabalho (art. 27^o), à cultura e ao lazer (art. 30^o),⁴⁹ à liberdade de expressão e à acessibilidade (art. 21^o), na medida em que tem por finalidade facilitar o acesso aos livros, agora por parte de um grupo específico das pessoas com deficiência, como seja o das pessoas com deficiência visual ou cegas.

Trata-se de uma resposta imperiosa à situação de extrema escassez de obras literárias e artísticas em suporte acessível, haja vista que, no contexto hodierno, estima-se que existam 129 milhões de títulos, sendo que somente 7 % destes podem ser obtidos por pessoas cegas ou com baixa visão, num formato em que estas sejam capazes de ler, *rectius*, em braille ou em suporte áudio. Como se compreende, este número agudiza-se nos países subdesenvolvidos, nos quais a percentagem de livros em versão acessível não chega sequer a 1 %.

Pese embora tais indicadores se afigurem como um bom barómetro das assimetrias existentes entre Estados mais abastados que outros, deve salientar-se que o factor económico não é o único elemento justificador nesta querela. Ora, a dúvida que aqui se levanta é a de saber como explicar que, em pleno século XXI (a chamada era da

tecnologia), a quantidade de livros disponibilizados em formato acessível possa ser tão paupérrima?

Na verdade, o ponto nodal de toda essa discussão prende-se com a ressonância de um paradigma regulatório da propriedade intelectual que vislumbra os direitos das pessoas com deficiência sob uma óptica de tolerância (paradigma da exceção). Conforme enfatizam Paul Harpur e Nicolas Suzor, «through this paradigm, disability rights have been seen as a limited exception to the rights and interests of copyright owners. In deference to the fears of copyright owners, nation states have been reluctant to take affirmative steps to systematically address the book famine. The approach that has instead been taken by most western nations relies on a set of limited exceptions to copyright which enable the ad hoc digitisation and distribution of books – this is a costly and inefficient process».⁵⁰

Em decorrência deste paradigma de exceção (e não de regra), de tolerância (e não do desejável), as pessoas com deficiência visual ou cegas viram-se condicionadas, durante muito tempo, por práticas dispendiosas e lentas assentes na produção de livros em versão braille ou áudio (inicialmente em cassetes e depois em CD), o que implicou não apenas na exclusão do acesso destas pessoas ao conhecimento geral e ao ensino educativo (primário, secundário e superior), como também ao mundo laboral.

Não podemos olvidar, todavia, as melhorias proporcionadas pelas várias ferramentas oriundas dos avanços tecnológicos dos últimos anos, designadamente os leitores de ecrã, as lupas digitais e as linhas Braille, as quais, apesar da notória utilidade para a vida diária dos seus utilizadores, retratam outro aspecto expressivo de desigualdade, por conta da sua aquisição assaz limitada pelos mais carenciados.

Por outro lado, no que respeita a emergência (e aumento massivo) dos livros electrónicos, comumente designados por eBooks, e ao contrário do que muitos pensam – ser digital significa ser acessível -, a maior parte daqueles não são acessíveis aos leitores de ecrã (que convertem os textos em áudio), quer por comportarem imagens ou gráficos, quer pelas restrições específicas de acesso que contêm .

Não obstante, vimos que subjaz ao arquétipo social da deficiência, incorporado na Convenção da ONU, um rumo interpretativo no sentido de que a deficiência está nas barreiras impostas pela sociedade, in casu ao acesso à literatura e à arte impressas, e, como consequência disso, o paradigma da exceção foi finalmente postergado, uma vez que os Estados-Partes do Tratado passam agora a estar obrigados a adoptar regras jurídicas limitadoras, em matéria do copyright, promovendo, assim, um melhor acesso das pessoas com deficiência àqueles materiais, em condições de igualdade com as outras pessoas.

E é precisamente esta inversão de paradigma que urgia como ponto de partida dos trabalhos preparatórios que originaram o Tratado de Marraquexe, sendo, portanto, neste horizonte compreensivo que o seu conteúdo deve ser interpretado.

Preâmbulo

Assim como na Convenção da ONU, alude-se, entre as normas preambulares, aos princípios da não discriminação, de igualdade de oportunidades, de acessibilidade e de participação e inclusão plena e efectiva das pessoas com «printed disabilities» na sociedade.

Particularmente impressionante mostra-se ainda o reconhecimento, pelos Estados-Partes, dos desafios prejudiciais para o desenvolvimento integral das pessoas com incapacidade visual ou com outras dificuldades para aceder ao texto impresso, tendo em vista que àquelas limitam a liberdade de expressão, incluindo a liberdade para pesquisar, receber e transmitir informação e ideias de toda a índole em igualdade de circunstâncias para com os outros, mediante toda a forma de comunicação de sua eleição, assim como à fruição do direito à educação, e à oportunidade de efectuar investigação.

Realça-se, por outro lado, a importância da protecção do direito de autor como incentivo e recompensa para as criações literárias e artísticas e a de incrementar as oportunidades de todas as pessoas, na participação no contexto da vida cultural da comunidade, desfrutando das artes e compartilhando o progresso científico e seus benefícios.

Faz-se, também, um apelo à ampliação do número assaz escasso de obras em formato acessível, bem como à melhoria da sua distribuição, devendo, para o efeito, ter-se em conta que a maioria das pessoas com incapacidade visual ou com outras dificuldades para aceder ao texto impresso vive em países em desenvolvimento e em países menos avançados, o que torna imperativo o intercâmbio transfronteiriço destas obras.

Reconhece-se, ainda, a necessidade de manter um equilíbrio entre a protecção eficaz dos direitos dos autores e o interesse público em geral, particularmente no que respeita à educação, à investigação e ao acesso à informação, e que tal equilíbrio deve facilitar o acesso efetivo e atempado às obras em formato acessível.

Normas

No que concerne as obrigações consignadas no Tratado, estas radicam em três domínios principais. Em primeiro lugar, os Estados-Partes ficam obrigados a introduzir, nas suas legislações internas sobre direito de autor, excepções ou limitações relativas ao direito de reprodução, ao direito de distribuição e ao direito de colocação à disposição do público (art. 4^o/1/A). Com efeito, esta regra elucida a mutação fulcral das políticas globais da propriedade intelectual, na medida em que tais excepções ou limitações deixam de ser

meras faculdades, passando agora a se configurarem como verdadeiras imposições aos países signatários.

Em segundo, estabelece-se o intercâmbio transfronteiriço das obras, em conformidade com àquelas limitações ou exceções, possibilitando que uma cópia em formato acessível seja distribuída ou disponibilizada por uma entidade autorizada a um beneficiário ou a uma entidade autorizada noutra Parte Contratante (art. 5º/1). Em terceiro, o Tratado prevê a possibilidade de importação das obras, na medida em que a legislação nacional de uma Parte Contratante permitirá a um beneficiário, a alguém ou a uma entidade autorizada actuar em seu nome, para fazer uma cópia em formato acessível de uma obra, a legislação nacional dessa Parte Contratante permitir-lhes-á também importar uma cópia em formato acessível a favor dos beneficiários, sem a autorização do titular do direito (art. 6º).

Dessa forma, o Tratado de Marraquexe representa um importante contributo na melhoria do acesso aos livros por parte dos beneficiários do mundo todo, já que permite (e encoraja) a partilha de livros em formato acessível por banda de países que contam já com um vasto acervo.

E o art. 3º remata: podem ser beneficiários as pessoas cegas, aquelas que tenham uma deficiência visual ou uma incapacidade de percepção ou de leitura que não possa ser melhorada para alcançar uma função visual substancialmente equivalente à de uma pessoa que não tenha esse tipo de deficiência ou dificuldade, e para quem é impossível ler material impresso de uma forma substancialmente equivalente à de uma pessoa sem essa deficiência ou dificuldade. Para além destes, são ainda considerados beneficiários aqueles que não possam de outra forma, por uma incapacidade física, segurar ou manipular um livro ou focar ou mover os olhos na medida normalmente considerada apropriada para a leitura- independentemente de outras incapacidades.

Por fim, o art. 2º enuncia as definições pertinentes para a aplicação do Tratado, a saber:

(a) Por “obras” deve ser entendido as obras literárias e artísticas na aceção constante no Artigo 2(1) da Convenção de Berna para a Protecção de Obras Literárias e Artísticas, em forma de texto, notação e/ou ilustrações conexas independentemente de terem sido publicadas ou colocadas à disposição do público por qualquer meio;

(b) Por “cópia em formato acessível” entende-se a reprodução de uma obra, de uma maneira ou forma alternativa que dê aos beneficiários acesso à mesma, sendo esse acesso tão viável e cómodo quanto o proporcionado às pessoas sem incapacidade visual ou sem outras dificuldades para aceder ao texto impresso. A cópia em formato acessível será utilizada exclusivamente pelos beneficiários e tem de respeitar a integridade da obra original, tomando em devida consideração as alterações necessárias para que a obra fique

acessível em formato alternativo e responda às necessidades de acessibilidade dos beneficiários;

(c) Por “entidade autorizada” entende-se toda a entidade autorizada ou reconhecida pelo governo para proporcionar aos beneficiários, sem fins lucrativos, educação, formação pedagógica, leitura adaptada ou acesso à informação. Estão também incluídas todas as instituições governamentais ou organizações sem fins lucrativos que proporcionem os mesmos serviços aos beneficiários, como uma das suas atividades principais ou obrigações institucionais.

3. DIREITO COMUNITÁRIO E NACIONAL

Ainda que os incontáveis desdobramentos verificados na legislatura nacional por força dos desideratos aludidos não se circunscrevam ao nosso objecto de análise, parece-nos relevante reflectir, de forma breve e sincopada, sobre o recentíssimo sucedâneo do Tratado de Marraquexe no ordenamento jurídico português.

Primeiramente, importa referir que Portugal não figura como um dos Estados-Partes do Tratado, uma vez que não o ratificou e nem sequer o assinou. Contudo, o referido instrumento passou a valer na ordem jurídica interna graças ao Direito da União, pois como já tivemos a ocasião de o dizer, a União Europeia ratificou o Tratado de Marraquexe, implicando com isto que todos os Estados-Membros se tornassem efectivamente Parte do mesmo, mais concretamente por via da Directiva 2017/1564/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Setembro de 2017, relativa a determinadas utilizações permitidas de determinadas obras e outro material protegidos por direito de autor e direitos conexos em benefício das pessoas cegas, com deficiência visual ou com outras dificuldades de acesso a textos impressos; e, na mesma data, do Regulamento 2017/1563/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo ao intercâmbio transfronteiras entre a União e Países Terceiros, de cópias em formato acessível daquelas obras.

Este compromisso firmado pela União merece ser saudado, desde logo por possibilitar que pessoas com dificuldade para aceder ao texto impresso, e as organizações que lhes prestam serviços, participem no intercâmbio de livros e outro material impresso em formatos acessíveis, que estejam sujeitos a Direitos de Autor, não apenas no espaço intracomunitário, mas também com países terceiros que sejam Parte do Tratado.

No caso português, a recentíssima aprovação, a 21 de Junho de 2019, da proposta de Lei n.º 170/XIII/4.^a, pela Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, assenta no processo de transposição da referida Directiva e, de forma indirecta, do Tratado de Marraquexe. Com efeito, foram aditados ao Código do Direito de Autor e

dos Direitos Conexos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de Março, na sua redacção actual, os artigos 82.º-A, 82.º-B, 82.º-C e 206.º-A.⁵¹

4. À GUIA DE CONCLUSÃO

Hic et nunc, e à luz, quer da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, quer de um dos seus mediadores normativos, a saber, o Tratado de Marraquexe, julgamos que o reconhecimento das pessoas com deficiência enquanto sujeitos de direitos, a ruptura com os paradigmas médico ou de tolerância e a busca pela efectivação dos direitos humanos básicos e liberdades fundamentais nos moldes consagrados, representam uma adequada solução legislativa internacional às necessidades específicas destas pessoas, além de constituir um passo inegável na salvaguarda dos seus direitos.

Na verdade, em nosso entender, julgamos que os direitos das pessoas com deficiência devem ser compreendidos no horizonte axiológico (e programático) do princípio da igualdade e da não discriminação, que proíbe «qualquer diferenciação ou qualquer pesagem de dignidades»⁵². Recordando a lição de Gomes Canotilho e Vital Moreira, aqueles direitos comportam duas dimensões essenciais; «por um lado, uma vertente negativa, que consiste no direito dos cidadãos portadores de deficiência a não serem privados de direitos ou isentos de deveres, e que se analisa, portanto, num específico direito de igualdade, uma declinação do art. 13º, quanto aos direitos estabelecidos na Constituição (mas o mesmo deve valer para os direitos estabelecidos em convenção internacional ou na lei, nos termos do art. 16º); por outro lado, uma vertente positiva, que consiste no direito a exigir primariamente do Estado (*princípio do primado da responsabilidade pública*) a realização das condições de facto que permitam tanto o tratamento da deficiência como o efectivo exercício dos direitos e o cumprimento dos deveres dos cidadãos em geral»⁵³.

Se é certo que, pelo menos de um ponto de vista estritamente jurídico-político – e sem descurar que as referidas acções positivas e negativas concretizadoras são progressivas –, muito já se fez, deve-se ter igualmente presente que ainda há muito por se fazer⁵⁴. Assim, aos Estados cabe, para além das opções políticas e legislativas da deficiência que venham a transpor para o ordenamento interno, actuarem de forma concertada, criando mecanismos de fiscalização do cumprimento dessas medidas, dado que aquilo que muitas vezes parece estar em causa nesta celeuma, imbrica, dentre outros nódulos problemáticos, na (in)eficácia das normas⁵⁵. A esta tarefa deve se acrescer a promoção de políticas que viabilizem a aculturação da comunidade em geral, através de campanhas sensibilizadoras (v. g. nos meios de comunicação) acerca dos direitos das pessoas com deficiência, que demonstrem que a deficiência assenta num atributo, numa característica,

em algo inerente à diversidade e, como tal, não impede que uma pessoa possa ser protagonista da sua própria vida.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Biel Portero, Israel, *Los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Marco Jurídico Internacional Universal y Europeo*, Castellón: Universitat Jaume I, 2009 (disponível em: https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/384628/Tesis_2010_biel_israel_derechos%20personas.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Canotilho J. J. Gomes / Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

Cera, Rachele, «Article 2», in *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities* (ed. Valentina Della Fina, Rachele Cera, Giuseppe Palmisano), Springer, 2017, pp. 108-117.

Chamberlin, Judi. «A defesa dos direitos das pessoas com doença mental: desenvolvimento de uma perspectiva de direitos humanos», in *Participação e Empowerment das Pessoas com Doença Mental e seus Familiares* (org. José Ornelas), Lisboa: AEIPS Edições, 2005, p. 50

Courtis, Christian, «Discapacidad e inclusión social», *Revista Nexos*, 26 (2004), pp.31-37.

Degener, Theresia, «Disabled Persons, Non Discrimination of», in *Max Planck Encyclopedia of International Law*.

Degener, Theresia / Begg, Andrew, «From Invisible Citizens to Agents of Change: A Short History of the Struggle for the Recognition of the Rights of Persons with Disabilities at the United Nations», in *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities* (ed. Valentina Della Fina, Rachele Cera, Giuseppe Palmisano), Springer, 2017, pp. 1-39.

Elliot, Laura, «Victims of Violence: The Forced Sterilisation of Women and Girls with Disabilities in Australia», in *Disabilities in Law 2018* (ed. Anna Arnstein-Kerslake), Basel: MDPI, 2018, pp. 195-213.

Fernández Liesa, Carlos, «Codificación internacional y desarrollo progresivo de los derechos humanos de las personas con discapacidad», in *La protección internacional de las personas con discapacidad* (dir. Carlos Fernández Liesa), Madrid: Universidad Carlos III de Madrid - Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2007, pp. 85-113.

Fina, Valentina Della, «Article 3», *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities* (ed. Valentina Della Fina, Rachele Cera, Giuseppe Palmisano), Springer, 2017, pp. 120-136.

Goodley, Dan, *Disability Studies. An Interdisciplinary Introduction*, 2nd ed., Los Angeles – London: Sage, 2017.

Habermas, Jürgen, «La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos» *Anales de la Cátedra FranciscoSuárez*, 44 (2010), pp. 105-121.

Harnacke, Caroline, «Capability and Disability: The CRPD from the Perspective of the Capabilities Approach», in *Disability and Universal Human Rights. Legal, Ethical, and Conceptual Implications of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities* (ed. Joel Anderson and Jos Philips), Utrecht University, Netherlands Institute of Human Rights (SIM), 2012, pp. 167-183.

Harnacke, Caroline / Graumann, Sigrid, «Core Principles of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: An Overview», in *Disability and Universal Human Rights. Legal, Ethical, and Conceptual Implications of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities* (ed. Joel Anderson and Jos Philips), Utrecht University, Netherlands Institute of Human Rights (SIM), 2012, pp. 31-47.

Harpur, Paul, «Time to Be Heard: How Advocates Can Use the Convention on the Rights of Persons with Disabilities to Drive Change», *Valparaiso University Law Review*, 45 (2011), pp. 1271.

Harpur, Paul, «Embracing the New Disability Rights Paradigm: The Importance of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities» *Disability and Society*, 27 (2012), pp. 1-14.

Harpur, Paul / Suzor, Nicolas, «Copyright Protections and Disability Rights: Turning the Page to a New International Paradigm» *University of New South Wales Law Journal* 36, 3 (2013).

Hill, Eve / Blanck, Peter, «Future of Disability Rights Advocacy and “The Right to Live in the World”», *Texas Journal on Civil Liberties and Civil Rights*, 15 (2009), pp. 29–30.

Koch, Isa Elisabeth, «From Invisibility to Indivisibility: The International Convention On The Rights Of Persons With Disabilities», *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: European and Scandinavian Perspectives* (ed. Oddný Mjöll Arnardóttir and Gerard Quinn), Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 67-77.

Lorentz, Lutiana Nacur, *A norma da igualdade e o trabalho das pessoas portadoras de deficiência*, 2. ed., São Paulo: LTr, 2016.

Monteiro, António Pinto, «Das incapacidades ao maior acompanhado – breve apresentação da Lei n.º 49/2018», in *O novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado*, Lisboa:

CEJ, pp. 25-38» disponível em:

www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf

Paz, Margarida, «A capacidade jurídica na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência», in *Direito das Pessoas com Deficiência*, Lisboa: CEJ, 2017, pp. 35-75, disponível em www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_DireitoPessoasD2017.pdf

Parra-Dussan, Carlos, «Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: antecedentes y sus nuevos enfoques», *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 16 (2010), pp. 347-380.

Parra-Dussan, Carlos, *Derechos humanos y discapacidad*, Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario, 2004.

Philips, Jos, «Human Rights, the CRPD, and Priority-Setting», *Disability and Universal Human Rights. Legal, Ethical, and Conceptual Implications of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities* (ed. Joel Anderson and Jos Philips), Utrecht University, Netherlands Institute of Human Rights (SIM), 2012, pp. 147-

Piovesan, Flávia, *Temas de direitos humanos*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Quinn, Gerard, «Resisting the “Temptation of Elegance”: Can the Convention on the Rights of Persons with Disabilities Socialise States to Right Behaviour?», *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: European and Scandinavian Perspectives* (ed. Oddný Mjöll Arnardóttir and Gerard Quinn), Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 215-256.

San José Gil, Amparo, «El primer tratado de derechos humanos del siglo XXI: la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 13 (2007), pp. 5-. [Disponível em: <http://www.reei.org/index.php/revista/num13/articulos/primer-tratado-derechos-humanos-siglo-xxi-convencion-sobre-derechospersonas-con-discapacidad>].

Scully, Jackie Leach, «The Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Cultural Understandings of Disability», in *Disability and Universal Human Rights. Legal, Ethical, and Conceptual Implications of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities* (ed. Joel Anderson and Jos Philips), Utrecht University, Netherlands Institute of Human Rights (SIM), 2012, pp. 71-84.

Silvers, Anita, «Formal Justice», in *Disability, Difference, Discrimination. Perspectives on Justice in Bioethics and Public Policy* (ed. Anita Silvers, David Wasserman & Mary B. Mahowald, Rowman & Littlefield), Lanham, Maryland, 1998.

Sousa, Filipe Venade de, «A interação entre a convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e a Constituição da República Portuguesa sob enfoque do princípio *pro homine*», pp. 29-31.

Sousa, Filipe Venade de, *A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no Ordenamento Jurídico Português - Contributo para a Compreensão do Estatuto Jusfundamental*, Coimbra: Almedina, 2018.

Stein, Michael Ashley / Lord, Janet E., «Future Prospects for The United Nations Convention On The Rights Of Persons With Disabilities», *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: European and Scandinavian Perspectives* (ed. Oddný Mjöll Arnardóttir and Gerard Quinn), Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 17-40.

Traustadóttir, Rannveig, «Disability Studies, The Social Model And Legal Developments», in *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: European and Scandinavian Perspectives* (ed. Oddný Mjöll Arnardóttir and Gerard Quinn), Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 4-16.

Van Weele, Esther, «The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities in the Context of Human Rights Law», in *Disability and Universal Human Rights. Legal, Ethical, and Conceptual Implications of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities* (ed. Joel Anderson and Jos Philips), Utrecht University, Netherlands Institute of Human Rights (SIM), 2012, pp. 9-30.

World Report on Disability – 2011 (disponível em:
http://www.dge.mec.pt/sites/default/files/EEspecial/rel_mundial_deficiencia_eng.pdf

¹ Não se julgue, porém, que a esterilização forçada em caso de deficiência seja realidade superada. Embora em moldes e pressupostos diversos, as possibilidades conferidas ainda hoje pelo sistema jurídico australiano suscitam preocupações sérias em termos de respeito pelos direitos humanos. Sobre o tema, v. Elliot, Laura «Victims of Violence: The Forced Sterilisation of Women and Girls with Disabilities in Australia», pp. 195 ss.

² O enquadramento histórico da situação da pessoa com deficiência tem sido perspectivado em quatro fases essenciais: 1. fase da eugenia (eliminação – característica da antiguidade clássica e do nazismo); 2. fase assistencialista (Idade Média); 3. fase da integração (a partir do Renascimento: a deficiência como uma doença que deveria ser tratada); 4. fase da inclusão (após a Segunda Guerra Mundial). Sobre o tema v. Lorentz, Lutiana Nacur, *A norma da igualdade e o trabalho das pessoas portadoras de deficiência*, pp. 74-144; e Piovesan, Flávia, *Temas de direitos humanos*, pp. 174-183. Este género de grandes categorizações, no entanto, mostra-se meramente indiciário ou aproximativo, pois as sobreposições ocorrem com facilidade. Por outro lado, é uma leitura à luz do contexto europeu ou ocidental.

³ Como bem enfatiza Goodley, Dan, *Disability Studies*, p. 1: «Disability is about the social world in which we live. Disability is part of life. Disability is part of the human condition. Disability is a socio-cultural phenomenon and a personal, embodied, physiological or psychological one».

⁴ Veja-se a leitura atenta de Scully, Jackie Leach, «The Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Cultural Understandings of Disability», p. 71: «Disability is a profoundly complex human experience and social phenomenon, and it is only to be expected that cultural understandings of disability have changed, and continue to change, over time».

⁵ Como se compreende, este processo de «transformação cultural» não é simples, conhece avanços e recuos. As respostas normativas são fundamentais porque constituem a um tempo «receptores» e «propulsores» culturais, mas não esgotam claro o horizonte axiológico da «cultural transformation». Retomando a análise de Scully, Jackie Leach, *ob. cit.*, p. 72, a transformação cultural significa «a fundamental change in the “givens” that a culture holds to be true about something: the values, principles, roles, acts and practices that are taken to be *obviously* right or wrong, or that can be placed without having to think too hard about it within our imagining of what constitutes a good life. Although transformations of such a fundamental kind are far reaching and radical, they are not necessarily rapid or even very obvious while they are happening. Certain events along the way may be obviously revolutionary, but the groundswell of change tends to be only noticeable when we look back and compare where we are now to where we were before».

⁶ Assim, Parra-Dussan, Carlos, *Derechos humanos y discapacidad*, p. 299.

⁷ Nesse sentido, cf. Courtis, Christian, «Discapacidad e inclusión social», pp.31-37.

⁸ Deve-se salientar, pela notória importância, aquele que foi o primeiro tratado vinculativo multilateral sobre a deficiência, nomeadamente a Convenção n.º 159 da OIT, aprovada em 1983, que além de incorporar o conceito de «plena participação e igualdade», fez-se acompanhar da Recomendação n.º 168. Esta recomendação traça as directrizes e destaca três conceitos revolucionários para a época: inclusão, garantias de acesso aos serviços regulares de emprego e envolvimento comunitário. Acrescente-se ainda que esta convenção foi complementada pelo Código de Prática Gerencial das Pessoas com Deficiência no local de trabalho, adoptado a 2 de Novembro de 2001.

⁹ Como se sabe, depois da Declaração Universal de 1948, as convenções da ONU que permeiam o processo de construção dos direitos humanos no século XX foram as seguintes: Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (aprovado em 16.12.1966; em vigor desde 03.01.1976); Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (aprovado em 16.12.1966; em vigor desde 23.03.1976); Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (adoptada em 07.02.1966; em vigor desde 04.01.1969); Convenção sobre a eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (adoptada em 18.12.1979; em vigor desde 03.09.1981); Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes (adoptada em 10.12.1984; em vigor desde 26.06.1987); Convenção sobre a protecção de todos os trabalhadores migrantes e dos membros de suas famílias (adoptada em 18.12.1990; em vigor desde 01.07.2003). Contudo, nenhum destes desideratos fazia menção expressa à pessoa com deficiência, com excepção de outro instrumento da ONU, a Convenção dos Direitos da Criança, adoptada a 20 de Novembro de 1989 (em vigor desde 02.09.1990), a qual, no seu artigo 23^o, consagra:

Os Estados Partes reconhecem à criança mental e fisicamente deficiente o direito a uma vida plena e decente em condições que garantam a sua dignidade, favoreçam a sua autonomia e facilitem a sua participação activa na vida da comunidade.

Os Estados Partes reconhecem à criança deficiente o direito de beneficiar de cuidados especiais e encorajam e asseguram, na medida dos recursos disponíveis, a prestação à criança que reúna as condições requeridas e aqueles que a tenham a seu cargo de uma assistência correspondente ao pedido formulado e adaptada ao estado da criança e à situação dos pais ou daqueles que a tiverem a seu cargo.

Atendendo às necessidades particulares da criança deficiente, a assistência fornecida nos termos do n.º 2 será gratuita sempre que tal seja possível, atendendo aos recursos financeiros dos pais ou daqueles que tiverem a criança a seu cargo, e é concebida de maneira a que a criança deficiente tenha efectivo acesso à educação. A criança deficiente tem direito a cuidados especiais, educação e formação adequados que lhe permitam ter uma vida plena e decente, em condições de dignidade, e atingir o maior grau de autonomia e integração social possível. À formação, aos cuidados de saúde, à reabilitação, à preparação para o emprego e a actividades recreativas, e beneficie desses serviços de forma a assegurar uma integração social tão completa quanto possível e o desenvolvimento pessoal, incluindo nos domínios cultural e espiritual.

Num espírito de cooperação internacional, os Estados Partes promovem a troca de informações pertinentes no domínio dos cuidados preventivos de saúde e do tratamento médico, psicológico e funcional das crianças deficientes, incluindo a difusão de informações respeitantes aos métodos de reabilitação e aos serviços de formação profissional, bem como o acesso a esses dados, com vista a permitir que os Estados Partes melhorem as suas capacidades e qualificações e alarguem a sua experiência nesses domínios. A este respeito atender-se-á de forma particular às necessidades

dos países em desenvolvimento.

Saliente-se, de todo o modo, que o art. 23 (1) não implica que as crianças com deficiência sejam tratadas ou consideradas iguais às crianças sem deficiência, além de o reconhecimento dos direitos estar expressamente enfraquecido pelo próprio teor normativo, ao consagrar a cláusula limitadora dos «recursos disponíveis». Assim, Van Weele, Esther, p.12, com mais indicações bibliográficas. Para um estudo comparado entre estas convenções e a convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência, veja-se Parra-Dussan, Carlos, «Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: antecedentes y sus nuevos enfoques», pp. 362-5.

¹⁰ Sobre a evolução dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana, v. Habermas, Jürgen, «Concepto de Dignidad Humana y Utopía Realista de los Derechos Humanos», p. 105 ss. O autor defende a existência de um vínculo conceptual entre tais fenómenos: a dignidade da pessoa humana teve uma função catalisadora na construção dos direitos humanos.

¹¹ *World Report on Disability*, p. xi: «more than one billion people in the world live with some form of disability, of whom nearly 200 million experience considerable difficulties in functioning».

¹² Este paradigma centrava-se no aspecto clínico da deficiência, encarando esta como uma doença que necessitava ser tratada, de forma isolada, a fim de reabilitar o indivíduo a viver em sociedade. Em outros termos, este paradigma perspectiva a deficiência, única e exclusivamente, enquanto um problema do foro privado daquele que a tivesse. Não surpreende, pois, a completa *invisibilidade* da questão. Sobre o ponto, v. Degener, Theresia / Begg, Andrew, «From Invisible Citizens to Agents of Change: A Short History of the Struggle for the Recognition of the Rights of Persons with Disabilities at the United Nations», pp. 1-39, que salientam o demorado processo de reconhecimento dos direitos humanos das pessoas com deficiência («it took decades before disability was recognised as a human rights issue at the United Nations»). Os autores distinguem quatro fases: «the first phase, dating from 1945 to 1970, marks a time when disabled persons were invisible in United Nations policy. This changed in the second phase, from 1970 to 1980, when disabled persons became recognised as subjects of rehabilitation. The third phase comprised the two decades from 1980 to 2002, and during this time persons with disabilities became objects of human rights. Only in the new millennium, during the fourth phase, disabled persons became subjects of human rights» (*ob. cit.*, p. 2). Sobre o modelo médico, v. ainda o estudo mais recente de Degener, Theresia, «Disability in a Human Rights Context», pp. 3 e ss.

¹³ Sobre esta evolução normativa, v. Sousa, Filipe Venade de, *A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no Ordenamento Jurídico Português - Contributo para a Compreensão do Estatuto Jusfundamental*, Capítulo 1. Agradeço ao Senhor Doutor Filipe Venade de Sousa a pronta disponibilidade do exemplar da tese em suporte digital, de modo a permitir-me aceder mais rapidamente ao seu conteúdo. As referências remetem para as secções da obra e não para as páginas da edição impressa pela Almedina em 2018. V., também, Biel Portero, Israel, *Los Derechos de las Personas con Discapacidad*, pp. 37-83.

¹⁴ Veja-se, entre outras, a resolução sobre “Reabilitação social de diminuídos físicos”, disponível em <http://www.un.org/esa/socdev/enable/dis50y20.htm>, a Declaração dos Direitos de “Atrasados mentais”, disponível em [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/2856\(XXVI\)&Lang=S&Area=RESOLUTION](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/2856(XXVI)&Lang=S&Area=RESOLUTION)>. Sobre o tema, San José Gil, Amparo, «El primer tratado de derechos humanos del siglo XXI: la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», p. 5, considera que a ONU visava, por meio desta declaração, potenciar a protecção deste segmento específico das pessoas com deficiência, uma vez que o mesmo não merecera a atenção das ordens jurídicas nacional e internacional. Sobre o conceito de pessoa deficiente, cf. a resolução da Assembleia Geral n.º 3447 (XXX), de 9 de dezembro de 1975: “Declaration on the Rights of Disabled Persons”, disponível em www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/RightsOfDisabledPersons.aspx.

¹⁵ A política da deficiência deste programa foi estruturada em três pilares concretos: prevenção, reabilitação e igualdade de oportunidades. Este programa chamava a atenção para o facto de que as barreiras sociais agudizavam a deficiência, impedindo que as pessoas com deficiência participassem na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Para mais desenvolvimentos sobre este programa, v. a Resolução da Assembleia Geral n.º 37/52, de 3 de dezembro de 1982: “United Nations Decade of Disabled Persons”

¹⁶ Resolução da Assembleia Geral n.º 44/70, de 8 de Dezembro de 1989.

¹⁷ No ano subsequente, concretamente a 17 de Dezembro de 1991, a Assembleia-Geral adoptou a resolução n.º 46/119, sobre os Princípios para a protecção dos doentes mentais e para o melhoramento de atenção da saúde mental. Este diploma incorporava o paradigma social da deficiência, estabelecendo o direito a autonomia e a dignidade das pessoas com deficiência, bem como ao apoio necessário para o gozo destes direitos, consignando, aliás, o dever de os Estados lançarem mão, das diligências judiciais adequadas quando a deficiência mental impeça a pessoa a responder por si.

¹⁸ Esta iniciativa viria a ser reforçada na Conferência Mundial em Durban, no ano de 2001.

¹⁹ A Convenção foi aprovada por meio da resolução A/RES/61/106) e aberta à assinatura em Nova Iorque a 30 de Março de 2007. Na mesma data, foi ainda aprovado o Protocolo Facultativo consagrando um mecanismo de apresentação de queixas individuais ou colectivas, contra um Estado vinculado a este instrumento. Note-se, no entanto, que este meio de defesa só pode ser utilizado quando estiverem esgotados os meios de recurso previstos na legislação interna.

²⁰ A delegação mexicana da ONU assumiu igualmente um importante papel por ter impulsionado a aprovação de uma resolução oficial (n.º 56/168), a 19 de Dezembro de 2001, que criaria o comité ad hoc, responsável pelo processo de negociação da convenção. Ressalte-se ainda que o período deste processo foi de apenas 4 anos, o que representa um recorde em comparação ao tempo para a aprovação de outros tratados internacionais de direitos humanos. Cf. Parra-Dussan, Carlos, «Convención sobre los Derechos», p. 355.

²¹ Para mais desenvolvimentos sobre a Convenção (gênese, princípios estruturantes, conteúdos) v. o importante conjunto de estudos reunidos em in *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: European and Scandinavian Perspectives* (ed. Oddný Mjöll Arnardóttir and Gerard Quinn), Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, sobretudo: Traustadóttir, Rannveig, «Disability Studies, The Social Model And Legal Developments», pp. 4-16; Stein, Michael Ashley / Lord, Janet E., «Future Prospects For The United Nations Convention On The Rights Of Persons With Disabilities», pp. 17-40; Koch, Isa Elisabeth, «From Invisibility To Indivisibility: The International Convention On The Rights Of Persons With Disabilities», pp. 67-77; Quinn, Gerard, «Resisting the “Temptation of Elegance”: Can the Convention on the Rights of Persons with Disabilities Socialise States to Right Behaviour?», pp. 215-256. Merecem referência dois recentes e amplos comentários ao texto normativo *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities* (ed. Valentina Della Fina, Rachele Cera, Giuseppe Palmisano), Springer, 2017; e *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, A Commentary* (ed. Ilias Bantekas, Michael Ashley Stein, Dimitris Anastasiou), Oxford University Press, Springer, 2018. Cf., ainda, Harpur, Paul, «Time to Be Heard: How Advocates Can Use the Convention on the Rights of Persons with Disabilities to Drive Change», pp. 1271 ss, e Hill, Eve / Blanck, Peter, «Future of Disability Rights Advocacy and “The Right to Live in the World”», pp. 29–30. Na literatura portuguesa veja-se a recente dissertação doutoral de Sousa, Filipe Venade, *A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*, e ainda, a coletânea *Direito das Pessoas com Deficiência*, editada pelo CEJ em 2017, e disponível em linha http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_DireitoPessoasD2017.pdf

²² Nesse sentido, cf. San José Gil, Amparo, «El primer tratado de derechos humanos del siglo XXI», p. 5.

²³ Para um estudo comparado entre a convenção e os instrumentos de soft law relativos às pessoas com deficiência, v. Parra-Dussan, Carlos, *Convención sobre los Derechos*, pp. 356-9.

²⁴ Como escreve Degener, Theresia, « Disability in a Human Rights Context», p. 19, «the CRPD was initially drafted as a human rights convention that replaces the medical model of disability with the social model of disability. However, the drafters went beyond the social model of disability and codified a treaty that is based on the human rights model of disability. While the medical model of disability reduces the disabled individual to her impairment, the social model dissects disability as a social construct and debunks exclusion and denial of rights on the basis of impairment as ideological constructions of disability. The human rights model builds on the social model in that it is built on the premise that disability is a social construct but it develops it further. There are six propositions for this assertion. First, the human rights model can vindicate that human rights do not require a certain health or body status, whereas the social model can merely explain that disability is a social construct. Secondly, the human rights model encompasses both sets of human rights, civil and political as well as economic, social and cultural rights and thus not only demands anti-discrimination rights for disabled persons. Thirdly, the human rights model embraces impairment as a condition which might reduce the quality of life but which belongs to humanity and thus must be valued as part of human variation. Fourthly, the human rights model values different layers of identity and acknowledges intersectional discrimination. The fifth proposition is that unlike the social model, the human rights model clarifies that impairment prevention policy can be human rights sensitive. Lastly, it is opined that the human rights model not only explains why 2/3 of the world’s disabled population live in developing countries, but that it also contains a roadmap for change».

²⁵ A União Europeia, por exemplo, defendia a adoção de uma vertente enraizada nos direitos humanos, assente no valor axiológico da igualdade e da não-discriminação, e receava que a vertente baseada no desenvolvimento social pudesse potenciar o (re)aparecimento do paradigma assistencialista. Por seu turno, a China considerava antes defensável a incorporação da vertente do desenvolvimento social. Para mais desenvolvimentos sobre o tema, cf. Sousa, Filipe Venade [ver páginas correspondentes à nota de rodapé 32].

²⁶ Esta norma dispõe o seguinte: «1 - Para permitir às pessoas com deficiência viverem de modo independente e participarem plenamente em todos os aspectos da vida, os Estados Partes tomam as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso, em condições de igualdade com os demais, ao ambiente físico, ao transporte, à informação e comunicações, incluindo as tecnologias e sistemas de informação e comunicação e a outras instalações e serviços abertos ou prestados ao público, tanto nas áreas urbanas como rurais». Saliente-se que recentemente houve desdobramentos do direito à acessibilidade no conspecto europeu, através da Directiva n.º 2019/882, do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de Abril de 2019, sobre os requisitos de acessibilidade a bens e serviços. A Directiva da Acessibilidade foi publicada no Jornal Oficial da EU em 7 de Junho de 2019 e tem no seu horizonte normativo a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, como se pode ler no preâmbulo daquela.

²⁷ Assim reza esta norma: «Os Estados Partes na presente Convenção reconhecem o igual direito de direitos de todas as pessoas com deficiência a viverem na comunidade, com escolhas iguais às demais e tomam medidas eficazes e apropriadas para facilitar o pleno gozo, por parte das pessoas com deficiência, do seu direito e a sua total inclusão e participação na comunidade, assegurando nomeadamente que: a) As pessoas com deficiência têm a oportunidade de escolher o seu local de residência e onde e com quem vivem em condições de igualdade com as demais e não são obrigadas a viver num determinado ambiente de vida; b) As pessoas com deficiência têm acesso a uma variedade de serviços domiciliários, residenciais e outros serviços de apoio da comunidade, incluindo a assistência pessoal necessária para apoiar a vida e inclusão na comunidade a prevenir o isolamento ou segregação da comunidade; c) Os serviços e instalações da comunidade para a população em geral são disponibilizados, em condições de igualdade, às pessoas com deficiência e que estejam adaptados às suas necessidades».

²⁸ Assim dispõe o considerando e) do seu preâmbulo: e) «(...) a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com incapacidades e barreiras comportamentais e ambientais que impedem a sua participação plena e efectiva na sociedade em condições de igualdade com as outras pessoas.»

²⁹ Na lição de Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, p. 881, «o problema da deficiência não se reconduz apenas a um problema médico («modelo médico») mas também a um problema social de inclusão («modelo social»), que requer soluções concretas, pluralmente diversificadas e transversais (princípio da transversalidade), consoante as deficiências ou incapacidades de que são portadores alguns cidadãos». Sobre o ponto, ver, ainda, Harpur, Paul, «Embracing the New Disability Rights Paradigm: The Importance of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities», pp. 1-14.

³⁰ Assim, Chamberlin, Judi. «A defesa dos direitos das pessoas com doença mental: desenvolvimento de uma perspectiva de direitos humanos», p. 50

³¹ Conforme sublinha Fernández Liesa, Carlos, «las circunstancias de las personas con discapacidad y la discriminación que sufren son fenómenos creados por la sociedad» (FERNÁNDEZ LIESA, 2007, p. 64

³² Traustadóttir, Rannveig, «Disability Studies, The Social Model And Legal Developments», p. 4. Para a evolução, veja-se, ainda, Degener, Theresia / Begg, Andrew, «From Invisible Citizens to Agents of Change: A Short History of the Struggle for the Recognition of the Rights of Persons with Disabilities at the United Nations», pp. 1-39.

³³ Nas palavras de Degener, Theresia, «Disability in a Human Rights Context», p. 19, «the CRPD is based on a modern equality concept which has evolved over different phases of equality law with different notions of equality. The first, formal equality seeks to combat direct discrimination but fails to take account of the “dilemma of differences.” The second, substantive equality seeks to address differences among individuals and power relations among them. The third is coined transformative equality and thrives to overcome

structural, institutional, as well as direct and indirect discrimination by introducing positive duties to transform society. The human rights model is based on this latter concept of transformative equality, while the medical model of disability correlates to formal equality and the social model of disability corresponds to the substantive equality concept».

³⁴ V. a alínea a) do preâmbulo.

³⁵ V. a alínea b) do preâmbulo.

³⁶ V. a alínea c) do preâmbulo.

³⁷ Como enfatiza Koch, Ida, *cit.*, p. 67, «the Preamble reaffirms the indivisibility, interdependence and interrelatedness of all human rights and fundamental freedoms».

³⁸ V. as alíneas m) e n) do preâmbulo.

³⁹ V. a alínea y) do preâmbulo.

⁴⁰ Em profundidade, v. Fina, Valentina Della, «Article 3», pp. 120-136 e Sousa, Filipe Venade, *A Convenção*, Capítulo 1, 1. 4. 2.

⁴¹ Esta norma esteve no horizonte do recentíssimo «regime do maior acompanhado». Neste sentido, v. as considerações de Monteiro, António Pinto, «Das incapacidades ao maior acompanhado», p. 27 e ss., com referências à situação no direito comparado. Veja-se, também, Paz, Margarida, «A capacidade jurídica na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência», pp. 35 ss.

⁴² Para uma leitura do conceito «discriminação», v. Cera, Rachele, «Article 2», pp. 111-114.

⁴³ As discriminações intersectoriais caracterizam-se pela soma de duas ou mais formas de discriminação. Basta pensarmos em alguém do sexo feminino, de origem afro-descendente e que seja cega. Neste caso concreto, esta pessoa pode eventualmente vir a ser discriminada em virtude da sua raça, género e deficiência. Nesse sentido, a convenção reforça a tutela das mulheres (art. 6^o) e das crianças (art. 7^o) com deficiência.

⁴⁴ Exemplos práticos são a construção de rampas para o acesso de utilizadores de cadeiras de rodas, mudanças na jornada de trabalho, mudanças em equipamentos técnicos que os permitam ser usados de várias formas e a autorização de cães-guia em estabelecimentos públicos ou privados nos quais a entrada e permanência de animais não são permitidas.

⁴⁵ É o que dispõe o art. 4^o, epígrafado «obrigações gerais»: 1 - Os Estados Partes comprometem-se a assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais para todas as pessoas com deficiência sem qualquer discriminação com base na deficiência. Para este fim, os Estados Partes comprometem-se a: a) Adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de outra natureza apropriadas com vista à implementação dos direitos reconhecidos na presente Convenção; b) Tomar todas as medidas apropriadas, incluindo legislação, para modificar ou revogar as leis, normas, costumes e práticas existentes que constituam discriminação contra pessoas com deficiência; c) Ter em consideração a protecção e a promoção dos direitos humanos das pessoas com deficiência em todas as políticas e programas; d) Abster-se de qualquer acto ou prática que seja incompatível com a presente Convenção e garantir que as autoridades e instituições públicas agem em conformidade com a presente Convenção; e) Tomar todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação com base na deficiência por qualquer pessoa, organização ou empresa privada; f) Realizar ou promover a investigação e o desenvolvimento dos bens, serviços, equipamento e instalações desenhadas universalmente, conforme definido no artigo 2.º da presente

Convenção o que deverá exigir a adaptação mínima possível e o menor custo para satisfazer as necessidades específicas de uma pessoa com deficiência, para promover a sua disponibilidade e uso e promover o desenho universal no desenvolvimento de normas e diretrizes; g) Realizar ou promover a investigação e o desenvolvimento e promover a disponibilização e uso das novas tecnologias, incluindo as tecnologias de informação e comunicação, meios auxiliares de mobilidade, dispositivos e tecnologias de apoio, adequados para pessoas com deficiência, dando prioridade às tecnologias de preço acessível; h) Disponibilizar informação acessível às pessoas com deficiência sobre os meios auxiliares de mobilidade, dispositivos e tecnologias de apoio, incluindo as novas tecnologias assim como outras formas de assistência, serviços e instalações de apoio; i) Promover a formação de profissionais e técnicos que trabalham com pessoas com deficiências nos direitos reconhecidos na presente Convenção para melhor prestar a assistência e serviços consagrados por esses direitos. 2 - No que respeita aos direitos económicos, sociais e culturais, cada Estado Parte compromete-se em tomar medidas para maximizar os seus recursos disponíveis e sempre que necessário, dentro do quadro da cooperação internacional, com vista a alcançar progressivamente o pleno exercício desses direitos, sem prejuízo das obrigações previstas na presente Convenção que são imediatamente aplicáveis de acordo com o direito internacional.

⁴⁶ Cf. Silvers, Anita, «Formal Justice», in *Disability, Difference, Discrimination. Perspectives on Justice in Bioethics and Public Policy* (ed. Anita Silvers, David Wasserman & Mary B. Mahowald, Rowman & Littlefield), Lanham, Maryland, 1998.

⁴⁷ Em profundidade sobre estes mecanismos, vejam-se as anotações de Manca, Luigino, ao artigo 33 e de Ferrajollo, Ornella, aos artigos 34, 35 e 36 da Convenção, in *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, cit.*, pp. 501-605 e pp. 607-624, respectivamente.

⁴⁸ Parra-Dussan, Carlos, «Convención sobre los Derechos», p. 371.

⁴⁹ Convenção, artigo 30.^o (Participação na vida cultural, recreação, lazer e desporto). 3 Os Estados Partes adoptam todas as medidas apropriadas, em conformidade com o direito internacional, para garantir que as leis que protegem os direitos de propriedade intelectual não constituem uma barreira irracional ou discriminatória ao acesso por parte das pessoas com deficiência a materiais culturais.

⁵⁰ Paul Harpur / Nicolas Suzor, «Copyright Protections», p. 746. Veja-se também as pp. 754-57, a propósito da «ineficiência e insuficiência» das normas de Direito Internacional (inseridas no paradigma da tolerância) das regras de copyright em prol das pessoas com deficiência visual ou cegas, particularmente do art. 9.^o da Convenção de Berna.

⁵¹ Artigo 82.^o-A (Definições)

Para efeitos da presente secção, entende-se por: a) «Obra ou outro material» uma obra protegida nos termos do presente Código, publicada ou licitamente disponibilizada ao público, sob a forma de um livro, uma publicação periódica, um jornal, uma revista ou outros tipos de escritos ou notações, incluindo partituras, bem como ilustrações conexas, independentemente do respetivo suporte, incluindo sob formato sonoro, como audiolivros, e sob a forma digital; b) «Pessoa beneficiária» independentemente de qualquer outra deficiência, uma pessoa cega ou uma pessoa com deficiência visual que não possa ser minorada de modo a proporcionar uma função visual substancialmente equivalente à de uma pessoa não afetada por essa deficiência, e que, nessa medida, seja incapaz de ler obras impressas na mesma medida que uma pessoa não afetada por essa deficiência; ou uma pessoa que tenha uma dificuldade em termos de perceção ou leitura e que, conseqüentemente, seja incapaz de ler obras impressas na mesma medida que uma pessoa não afetada por tal dificuldade; ou uma pessoa que seja incapaz, devido a uma deficiência física, de segurar ou manusear um livro ou de fixar ou deslocar os olhos de uma forma que permita a leitura; c) «Cópia em formato acessível» uma cópia de uma obra ou outro material, num suporte ou formato alternativo que permita à

pessoa beneficiária o acesso à obra ou outro material, nomeadamente que lhe permita dispor de um acesso tão fácil e confortável quanto uma pessoa não afetada pelas deficiências ou pelas dificuldades referidas na alínea anterior. Os formatos acessíveis incluem, designadamente, braille, letras grandes, livros digitais adaptados, audiolivros e radiodifusão; d) «Entidade autorizada» uma entidade autorizada ou reconhecida por um Estado-Membro para prestar, às pessoas beneficiárias, serviços sem fins lucrativos em matéria de educação, formação pedagógica, leitura adaptada ou acesso à informação. Aqui se incluem as instituições públicas ou organizações sem fins lucrativos que proporcionem os mesmos serviços aos beneficiários no quadro de uma das suas atividades principais, obrigações institucionais ou enquanto parte das suas missões de interesse público.

Artigo 82.º-B (Utilizações permitidas)

1 - São lícitas, sem o consentimento do titular do direito de autor e direito conexo, as utilizações de uma obra ou outro material, sem intuito lucrativo, em benefício de pessoas beneficiárias nos termos do presente artigo. 2 - As utilizações previstas no número anterior referem-se ao atos de reprodução, radiodifusão, comunicação ao público, incluindo a sua colocação à disposição do público, distribuição, comodato, bem como os atos previstos nos artigos 7.º e 12.º do Decreto-Lei n.º 122/2000, de 4 de julho, e os previstos nos artigos 5.º e 8.º do Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de outubro, na sua redação atual, desde que sejam necessários para que: a) Uma pessoa beneficiária ou uma pessoa que atue em seu nome faça uma cópia em formato acessível de uma obra ou de outro material a que tenha acesso legal para a utilização exclusiva da mesma; b) Uma entidade autorizada faça uma cópia em formato acessível de uma obra ou outro material a que tenha um acesso legal ou que comunique, coloque à disposição, distribua ou disponibilize em comodato, sem fins lucrativos, uma cópia em formato acessível à pessoa beneficiária ou outra entidade autorizada para efeitos de utilização exclusiva daquela. 3 - Cada cópia em formato acessível deverá respeitar a integridade da obra ou outro material, tendo em consideração as alterações necessárias para disponibilizar a obra ou outro material em formato alternativo. 4 - A exceção e os modos de exercício das utilizações previstos no presente artigo não devem atingir a exploração normal da obra ou outro material, nem causar prejuízo injustificado aos interesses legítimos do titular do direito. 5 - É nula a cláusula contratual que vise eliminar ou impedir o exercício normal, pela pessoa beneficiária, das utilizações previstas no presente artigo.

Artigo 82.º-C (Entidades autorizadas)

1 - As entidades autorizadas estabelecidas no território nacional que realizem as atividades previstas na alínea b) do n.º 2 do artigo anterior devem garantir, nas suas práticas: a) Que a distribuição, comunicação e colocação à disposição de cópias em formato acessível se faça unicamente a favor de pessoas beneficiárias ou de outras entidades autorizadas; b) A adoção de medidas adequadas para desincentivar a reprodução, distribuição, comunicação ou disponibilização ao público de cópias não autorizadas em formato acessível; c) A adoção das devidas diligências para assegurar o registo adequado e a utilização correta das obras ou de outro material, bem como das respetivas cópias em formato acessível; d) A publicação e atualização, no seu sítio na Internet se for caso disso, ou através de outros canais, online ou offline, de informações sobre a forma como dá cumprimento às obrigações previstas nas alíneas anteriores. 2 - As práticas referidas no número anterior devem ser estabelecidas e seguidas com respeito pelas regras aplicáveis ao tratamento dos dados pessoais das pessoas beneficiárias. 3 - As entidades autorizadas estabelecidas no território nacional podem realizar os atos previstos na alínea b) do n.º 2 do artigo anterior a favor de uma pessoa beneficiária ou outra entidade autorizada estabelecida em qualquer outro Estado-Membro. 4 - Uma pessoa beneficiária ou entidade autorizada no seu território pode obter ou ter acesso a uma cópia em formato acessível junto de uma entidade autorizada estabelecida em qualquer Estado-Membro. 5 - As entidades autorizadas estabelecidas no território nacional, que levem a cabo as atividades referidas na alínea b) do n.º 2 do artigo anterior, devem fornecer as seguintes informações, mediante pedido e de forma acessível, a qualquer pessoa beneficiária, entidade autorizada ou titular do direito: a) A lista das obras ou de outro material das quais detém cópias em formato acessível e os formatos disponíveis; e b) A denominação e os dados de contacto

das entidades autorizadas com as quais tenha efetuado o intercâmbio de cópias em formato acessível nos termos da alínea b) do n.º 2 do artigo anterior. 6 - As entidades autorizadas que levem a cabo as atividades referidas na alínea b) do n.º 2 do artigo anterior, nos termos dos n.ºs 3 e 4, devem comunicar ao Instituto Nacional para a Reabilitação, I.P., os nomes e contactos das demais entidades.

⁵² J J Gomes Canotilho / Vital Moreira, *ob. cit.*, p. 199.

⁵³ *Idem, ibidem*, p. 880.

⁵⁴ É o que se evidencia, entre nós, da leitura do relatório anual, referente a 2018, sobre a aplicação da Lei da não discriminação (Lei n.º 46/2006, de 28 de agosto), elaborado pelo Instituto Nacional para a Reabilitação. Este relatório, recentemente publicado, visa proceder a uma compilação dos dados quantitativos recolhidos junto das entidades com competência inspetiva e sancionatória nos termos legais relativamente à prática de atos discriminatórios e sanções eventualmente aplicadas. Em comparação com o ano de 2017, houve, contudo, uma pequena diminuição no número de queixas apresentadas por discriminação em razão da deficiência e do risco agravado de saúde, uma vez que em 2017 foi registado um total de 1024 queixas, e, no ano de 2018, foram contabilizadas 911. Em síntese, para esta alteração contribuiu o facto de em 2018 menos entidades terem recebido queixas (18 em 2017 para 14 em 2018). Contudo verificou-se um aumento significativo relativamente a uma entidade, que se destacou das restantes que colaboraram, no ano de 2018: a Autoridade de Segurança Alimentar e Económica (ASAE), no total de 389 queixas, por referência ao ano de 2017 (apenas 9 queixas). Sendo que a maioria das referidas queixas dizem respeito a prática discriminatória enquadrável na recusa ou limitação de acesso ao meio edificado ou a locais públicos ou abertos ao público (alínea e) do artigo 4.º). 5 – No que diz respeito às queixas por discriminação no ano de 2018, relativamente à área das acessibilidades foi efectivamente aquela em que se verificou um maior número de queixas, 512 para 291 em 2017. Nas restantes áreas, nomeadamente a área do condicionamento ou limitação dos direitos (alínea j) do artigo 4.º), verificou-se também um aumento do número de queixas de 244 no presente ano para 155 relativas a 2017. Ao contrário do ano 2017, a área da recusa ou limitação de acesso aos cuidados de saúde (alínea g) do artigo 4.º), foram apresentadas 27 queixas, contrariando as 413 queixas ocorridas no ano anterior. Ainda por oposição ao sucedido no ano de 2017, em 2018 não figura a prática discriminatória prevista na alínea a), do n.º 1, do artigo 4.º, que se refere à recusa de celebração ou cessação do contrato de trabalho. Relativamente às queixas tratadas pelo INR, I.P. no ano de 2018 no total de 390, verifica-se que foram apresentadas 81 queixas contra o sector público e 309 queixas contra o sector privado. Considerando ainda o número total de 390 queixas tratadas pelo INR, apura-se que em 149 das queixas a pessoa alvo de discriminação é do sexo masculino, e em 241 é do sexo feminino (a discriminação intersectorial que referenciamos). O relatório está disponível online em:

http://www.inr.pt/documents/11309/183846/2018_Relat%C3%B3rio+n%C3%A3o+discrimina%C3%A7%C3%A3o/82ac8576-789f-4ae1-9437-2ee89c9fdacb

⁵⁵ Na efeméride que assinalou o Dia Mundial do Livro e do Direito Autoral, realizada a 23 de Abril de 2019, a União Mundial de Cegos chamou a atenção para a persistência do «book famine»: «Apesar da ratificação por muitos países do Tratado de Marraquexe, um documento que permite a produção de textos em formatos adequados para pessoas com deficiência visual e outras dificuldades de leitura sem infringir os direitos autorais, o volume de materiais disponíveis para a nossa comunidade ainda é muito escasso em termos de quantidade e variedade (...) A União Mundial de Cegos, portanto, insta os Estados Partes a tomarem todas as medidas apropriadas para assegurar que as pessoas com deficiência, incluindo cegueira e baixa visão, tenham acesso a livros e materiais de leitura em formatos e tecnologias apropriadas, como o braille. Em reconhecimento do Dia Mundial do Livro e do Direito Autoral, a WBU deseja que todos os países ratifiquem e implementem adequadamente o Tratado de Marraquexe, para permitir que aqueles que têm dificuldades de leitura tenham pleno acesso a livros e outras obras impressas. Com mais livros e menos restrições dos direitos autorais para reproduzi-los em formatos acessíveis para pessoas cegas e com baixa visão, os membros da WBU terão todo o direito à liberdade de expressão e informação em todo o mundo. Isso não só

conduz a oportunidades educacionais e à fruição da cultura, mas também ao emprego e à independência». Disponível online em: <http://www.acapo.pt/noticias/declaracao-da-uniao-mundial-de-cegos-no-dia-mundial-do-livro-e-do-direito-autoral> .

LEI DE COTAS: AÇÃO AFIRMATIVA PARA A INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO

Denise De Stefano Sanchez Guedes¹; César Eduardo Lavoura Romão²

RESUMO: A reivindicação pela igualdade de oportunidades para o ingresso ao mercado de trabalho e progressão na carreira, por grupos historicamente discriminados em razão de suas características intrínsecas ou diversidades, tem se tornado cada vez mais evidente. A facilidade de acesso à informação e às comunidades virtuais certamente contribuem para o fortalecimento de tais aspirações. Este trabalho discorre sobre como o Estado brasileiro, sujeito de direito internacional público, assume compromissos perante os demais Estados em relação ao direito reivindicado e introduz no ordenamento jurídico princípios e regras que delinham políticas públicas, como a de incentivo à inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho.

Palavras-chave: direitos humanos; políticas públicas; ações afirmativas; diversidade; pessoa com deficiência.

QUOTA LAW: AFFIRMATIVE ACTION FOR THE INCLUSION OF PEOPLE WITH DISABILITIES IN THE LABOR MARKET

ABSTRACT: The demand for equal opportunities for entry into the labor market and career progression by historically discriminated groups due to their intrinsic characteristics or diversity has become increasingly evident.

The ease access to information and virtual communities certainly contributes to the strengthening of such aspirations.

This paper discusses how the Brazilian State, as a subject of public international law, commits to other States regarding the claimed rights and introduces into the legal system principles and rules that outline public policies, such as encouraging the inclusion of people with disabilities in the labor market.

Key words: human rights; public policy; affirmative actions; diversity; people with disability.

¹ Advogada, formada pela Escola de Direito da FMU. Pós-graduanda em gestão de riscos e compliance pela FIA. Mediadora e conciliadora com atuação no TJSP. Instrutora do IN Movimento Inclusivo.

² Advogado. Professor da Escola de Direito da FMU. Mestre em Direito PUC-SP. Membro da Comissão de Direitos das Pessoas com Deficiência da OAB/SP. Instrutor do IN Movimento Inclusivo.

INTRODUÇÃO

A proposta da presente pesquisa qualitativa, pelo método histórico, por meio da compilação, é contribuir para a compreensão dos propósitos da introdução de ações afirmativas por meio de “reserva de vagas”, “política de cotas” ou “discriminação positiva”, para o ingresso de pessoas com deficiência no mercado de trabalho no Brasil e a reflexão crítica a respeito desta medida.

Para tanto, discorreremos a respeito da evolução dos direitos humanos, que partiu da proteção do homem “genérico” em direção ao reconhecimento de suas diversidades intrínsecas; da compreensão da diferença entre a igualdade formal e material perante a lei; da discriminação e da compreensão do binômio inclusão-exclusão; e, da conversão dos direitos humanos em direitos fundamentais sob o manto da nossa Carta Magna, que determina uma postura ativa do Estado como agente do desenvolvimento e da justiça social.

Em sequência, dissertamos, de forma não exaustiva, a respeito das ações afirmativas no âmbito das políticas públicas no cenário doméstico e recorreremos à análise crítica de Thomas Sowell, baseada em estudo empírico dos efeitos da discriminação positiva aplicada em diferentes países.

Finalmente, retornamos ao ordenamento jurídico pátrio, e analisamos a legislação federal de incentivo à inserção das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, especificamente a Lei Brasileira de Inclusão, a Lei de Cotas, a Lei do Menor Aprendiz e a Lei de Estágio.

1 OS DIREITOS HUMANOS E AÇÕES AFIRMATIVAS NO ÂMBITO PÚBLICO

1.1 A evolução dos direitos humanos: do Homem genérico ao reconhecimento das diversidades intrínsecas

Os direitos humanos decorrem de um consenso universal de que todos são merecedores de respeito, independente de diferenças biológicas, culturais, socioeconômicas, religiosas, étnicas e quaisquer outras que os distingam entre si.

Todos os seres humanos são diferenciados entre si e são merecedores de igual respeito, “como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a

beleza[...], em razão dessa radical igualdade, ninguém, nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação pode afirmar-se superior aos demais.”³

Em constante construção e evolução, entende-se por direitos humanos um grupo de direitos protegido internacionalmente e resultante de lutas e confrontos em prol de valores humanos universais.

O desenvolvimento da noção de direitos humanos configura uma história de confrontação e de luta incessante pelos valores da humanidade, em que o poder imposto aos homens e sua organização em comunidades, povos e Estados, foi se perdendo nas batalhas sob a ordem da liberdade, igualdade e solidariedade (fraternidade) dos seres humanos, que se rebelaram guiados pelas luzes da razão e dos valores e sentimentos compartilhados.⁴

Não há consenso a respeito da origem destes direitos. Há correntes que apontam para a vontade coletiva de protestar ante ameaças decorrentes de arbítrio e do nepotismo, outras se fundamentam no pensamento protestante pós-reforma que defende a separação entre Igreja e Estado, e ainda há os que atribuem a uma origem simplesmente histórica evolutiva universal.

Qualquer seja a origem, a dignidade humana é o valor básico para a existência dos direitos humanos.

Muitos dedicam-se a conceituar a dignidade humana e no presente trabalho recorreremos ao postulado de Immanuel Kant que afirma, “[...] o homem, em geral todo ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para uso desta ou daquela vontade”⁵, ou seja, o ser humano é diferente dos demais seres e não tem um preço como as coisas, portanto o seu valor está em si mesmo, em sua própria existência e capacidades, daí a importância de que seus direitos sejam sempre reafirmados no tempo.

Amparados em Fernández Garcia, Silveira e Rocasolano esclarecem,

o conceito de dignidade humana é fruto de um longo processo sociocultural, definindo-se como o respeito mínimo à condição de ser humano em cada momento histórico. É justamente esse respeito que impede que sua vida ou sua integridade seja substituída por outro valor. Esta compreensão é fundamental para entender a dignidade humana em todos os seus sentidos e alcance, [...].⁶

³ COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 13.

⁴ SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos humanos: conceitos, significados e funções**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 21 - 22.

⁵ KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. In: BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Curso de filosofia do Direito. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 362.

⁶ FERNÁNDEZ GARCIA, Eusébio. **Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita**. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos humanos: conceitos, significados e funções**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 104.

e seguem: “a dignidade humana parece ser o único conceito reconhecido de maneira universal e incontroversa como fundamento dos direitos humanos nos textos jurídicos internacionais”, este valor é invocado no preâmbulo de pactos internacionais sobre direitos civis, políticos, sociais e culturais como um bem jurídico universalmente prometido à pessoa, seja em âmbito internacional ou doméstico, este quando destacado nas constituições dos Estados – os Direitos Fundamentais –, evocando uma ideia de força e respeitabilidade.⁷

Inúmeras são as Declarações de Direitos Humanos, em sentido amplo, por meio de formulações solenes que conferem direitos a determinados grupos a partir do reconhecimento da respectiva dignidade. Temas pertinentes a estes direitos mostram-se presentes em formulações desde a Antiguidade, quando a escravidão era uma prática usual. A atual concepção, que considera a dignidade intrínseca a todos os seres humanos, teve suas primeiras formulações na Modernidade, a partir da Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (1776), pouco antes da Independência Americana, e da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789), durante a Revolução Francesa.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), paradigma histórico de conteúdo abrangente, em conjunto com as declarações em sentido amplo, é uma pretensão que propõe limitar o poder em relação ao homem.

Importante é ressaltar que ao analisar os direitos do homem, a distinção entre a teoria e a prática deve ser considerada, pois percorrem estradas diversas e em diferentes velocidades. Discute-se muito mais na academia e na política do que se fez até agora para que sejam reconhecidos e protegidos efetivamente, como entende-se ser o direito no sentido jurídico da palavra.⁸

Podemos afirmar que o desenvolvimento dos direitos humanos ocorreu a partir do final da Segunda Guerra e em dois sentidos: na direção de sua universalização e naquela de sua multiplicação. A primeira, diz respeito às profundas transformações do direito das “gentes” e dos “indivíduos” singulares, que adquirem potencialmente o direito de questionarem o seu próprio Estado, num movimento de transformação em “cidadãos do mundo”. O segundo, por sua vez, é relativo a uma proliferação de direitos que ocorreu de três modos:

- a) porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; b) porque foi estendida a titularidades de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c) porque o próprio homem não é mais considerado como ente

⁷ SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos humanos: conceitos, significados e funções**. São Paulo: Saraiva, 2010p. 104 e 105.

⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 62 – 64.

genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doentes, etc. Em substância: mais bens, mais sujeitos, mais *status* do indivíduo. É supérfluo notar que, entre esses três processos, existem relações de interdependência: o reconhecimento de novos direitos *de* (onde 'de' indica o sujeito) implica quase sempre o aumento de direitos *a* (onde 'a' indica o objeto). Ainda mais supérfluo é observar, o que importa para nossos fins, que todas as três causas dessa multiplicação cada vez mais acelerada dos direitos do homem revelam, de modo cada vez mais evidente e explícito, a necessidade de fazer referência a um contexto social determinado.

No primeiro processo, houve a evolução dos direitos de liberdade – denominadas liberdades negativas – para os direitos políticos e sociais, demandando uma intervenção direta do Estado. No segundo, o indivíduo passou a ser considerado singularmente (*uti singulus*), ou nas diversas comunidades reais ou ideais que os representam – a família, as minorias étnicas e religiosas, toda a humanidade em seu conjunto –, assim, como sujeitos diferentes dos homens, como os animais e o meio ambiente onde todos vivem.

Em relação ao terceiro processo, explica Bobbio, a passagem ocorreu do homem genérico para o homem específico,

[...] ou tomado na diversidade de seus diversos *status* sociais, com base em diferentes critérios de diferenciação (o sexo, a idade, as condições físicas), cada um dos quais revela diferenças específicas, que não permitem igual tratamento e igual proteção. A mulher é diferente do homem; a criança, do adulto; o adulto, do velho; o sadio, do doente; o doente temporário, do doente crônico; o doente mental, dos outros doentes; os fisicamente normais, dos deficientes etc. Basta examinar as cartas de direitos que se sucederam no âmbito internacional, nestes últimos quarenta anos, para perceber esse fenômeno[...].

O processo de multiplicação por especificação ocorreu, principalmente, em relação aos direitos sociais.⁹

1.2 A igualdade material, a discriminação e o binômio inclusão-exclusão

É importante observar que o princípio de que todos os homens são iguais, de forma abstrata e genérica, é válido somente para o eventual gozo do direito de liberdade e não vale para os direitos sociais.

Essa universalidade (ou indistinção, ou não discriminação) na atribuição e no eventual gozo dos direitos de liberdade não vale para os direitos sociais, e nem mesmo para os direitos políticos, diante dos quais os indivíduos são iguais só genericamente, mas não especificamente.

⁹ *Ibidem, passim.*

Há diferenças intrínsecas entre indivíduos ou grupos de indivíduos que são relevantes e “só de modo genérico e retórico se pode afirmar que todos são iguais com relação aos três direitos sociais fundamentais (ao trabalho, à instrução e à saúde)”. Daí a necessidade de uma intervenção ativa do Estado para a proteção desses direitos.¹⁰

No mesmo sentido, Flávia Piovesan afirma:

se uma primeira vertente de instrumentos internacionais nasce com a vocação de proporcionar uma proteção geral, genérica e abstrata, refletindo o próprio temor da diferença (que na era Hitler foi justificativa para o extermínio e a destruição), percebe-se, posteriormente, a necessidade de conferir a determinados grupos uma proteção especial e particularizada, em face de sua própria vulnerabilidade. Isto significa que a diferença não mais seria utilizada para a aniquilação de direitos, mas, ao revés, para a promoção de direitos. [...] Ao lado do direito à igualdade surge, também, como direito fundamental, o direito à diferença. Importa o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial.¹¹

Destarte, observa-se diferentes vertentes na concepção de igualdade: a igualdade formal, em que todos são iguais perante a lei, orientada pelo critério sócio econômico que corresponde ao ideal de justiça social e distributiva; e a igualdade material, orientada por critérios como gênero, etnia, orientação sexual, dentre outros, correspondente o ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades.

Sob a ótica da igualdade material, a justiça apresenta um caráter bidimensional que envolve a redistribuição e o reconhecimento, simultaneamente, numa relação dinâmica e dialética, interagindo mutuamente, “na medida em que discriminação implica pobreza e a pobreza implica discriminação.” Ao olhar por esta lente, emerge uma nova concepção dignidade humana:

[...] a garantia da igualdade, da diferença e do reconhecimento de identidades é condição e pressuposto para o direito à autodeterminação, bem como para o direito ao pleno desenvolvimento das potencialidades humanas, transitando-se da igualdade abstrata e geral para um conceito plural de dignidades concretas.

Nesta senda, a igualdade material é o resultado ao qual se pretende chegar, daí a importância de se distinguir “diferença” de “desigualdade”.¹²

[...] temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a

¹⁰ *Ibidem, passim.*

¹¹ PIOVESAN, Flavia. **Temas de direitos humanos**. 10^a ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva 2017, p. 365 - 368.

¹² *Ibidem, passim.*

necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades.¹³

Ao tratar igualmente em situações diferentes e diferentemente, em situações iguais, há discriminação. Esta compreende “toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e liberdades fundamentais [...]”¹⁴

A Recomendação Geral n. 14 do Comitê sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1993) prescreve: “a não discriminação, em conjunto com a igualdade perante a lei e a igual *protecção* da lei sem qualquer discriminação, constitui um princípio básico na *protecção* dos direitos humanos.”¹⁵

Destarte, no âmbito internacional, há duas estratégias para o enfrentamento da discriminação: a repressiva-punitiva, de caráter emergencial, que visa punir, proibir e eliminar, mediante legislação repressiva; e a promocional, que busca fomentar a igualdade material, como as políticas estatais compensatórias que estimulam a inserção e a inclusão de grupos socialmente vulneráveis em todos segmentos sociais. O processo de igualdade é acelerado ao conjugar ambas estratégias.¹⁶

No âmbito doméstico, as políticas estatais neutras perpetuam ou exacerbam os efeitos da discriminação. Para a promoção da igualdade e da não discriminação, cabe ao Estado não apenas proteger, como promover a transformação social.

Ações afirmativas ou discriminação positiva, são “medidas especiais de proteção ou incentivo a grupos ou indivíduos, com vistas a promover sua ascensão na sociedade até um nível de equiparação com os demais.”¹⁷ Proporcionam um tratamento diferenciado, de caráter temporário, que cessará quando seu objetivo for alcançado.

Desatacamos, por oportuno, as palavras de Flávia Piovesan,

“[...] a igualdade e a discriminação pairam sob o binômio inclusão-exclusão. Enquanto a igualdade pressupõe formas de inclusão social, a discriminação implica violenta exclusão e intolerância à diferença e à diversidade. O que se percebe é que a proibição da exclusão, em si mesma, não resulta automaticamente em inclusão. Logo, não é suficiente proibir a exclusão, quando o que se pretende é

¹³ SANTOS, Boaventura de Souza. Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. In: PIOVESAN, Flavia. **Temas de direitos humanos**. 10ª ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva 2017, p. 367.

¹⁴ PIOVESAN, Flavia. **Temas de direitos humanos**. 10ª ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva 2017, p. 368.

¹⁵ Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Compilação de instrumentos internacionais de direitos humanos. Provedoria dos direitos humanos e justiça. Recomendação Geral n.º 14: artigo 1.º, número 1 (conceito de discriminação). Quadragésima segunda sessão.

¹⁶ PIOVESAN, Flavia. **Temas de direitos humanos**. 10ª ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva 2017, p. 369.

¹⁷Ibidem.

garantir a igualdade de fato, com a efetiva inclusão social de grupos que sofreram e sofrem um consistente padrão de violência de discriminação.”¹⁸

1.3 Os direitos fundamentais das pessoas com deficiência no Brasil

No que tange às especificidades das pessoas com deficiência, no âmbito internacional, destacamos, exemplificativamente, alguns documentos que declaram seus direitos sociais, como: a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes (ONU, 1975), que tratava a pessoa com deficiência como “incapaz”, total ou parcialmente, porém preconizava que suas necessidades especiais deveriam ser levadas em consideração em todos os estágios de planejamento econômico e social, suas organizações deveriam ser consultadas sobre temas referentes aos seus direitos, assim como, suas famílias e comunidades deveriam ser plenamente informadas sobre os direitos contidos na Declaração¹⁹; a Convenção nº 159 da Organização Internacional do Trabalho (1983), que trata da reabilitação profissional e do emprego de pessoas com deficiência, preconizando o princípio da igualdade de oportunidades entre trabalhadores com deficiência e trabalhadores típicos e para tanto desafia a participação da sociedade civil; a Declaração de Salamanca (UNESCO, 1994) no âmbito educacional; a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (ONU, 2007), que trata de direitos e garantias fundamentais; e, o Tratado de Marraqueche (OMPI, 2013), no âmbito da acessibilidade e da inclusão à cultura, às artes e às ciências para as pessoas com incapacidade visual ou com outras dificuldades para acessar à obras impressas.

Importante é ressaltar que a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (CIDPD), assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, rompeu paradigmas, ao inovar o conceito de “pessoa com deficiência”, *in verbis*: “[...] são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas” (art. 1).

A Convenção teve seu texto aprovado pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo nº 186 de 2008) e foi incorporada ao nosso ordenamento jurídico interno como norma com status constitucional, nos termos do parágrafo 3º, do artigo 5º, da CRFB/88, por meio do Decreto Presidencial nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, ampliando o leque de direitos fundamentais já existentes para as pessoas com deficiência.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ ONU, Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, 1975, artigos 1, 8, 12 e 13.

Passo seguinte, e com base na CIDPD, foi promulgada a Lei Federal nº 13.146 de 2015 – a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI), também denominada Estatuto da Pessoa com Deficiência.

1.4 O Estado como agente do desenvolvimento e da justiça social

A Constituição da República Federativa do Brasil, por si só, expressa em seu preâmbulo, de forma clara, as diretrizes ideológicas do novo Estado Democrático e Social por ela instituído, *in verbis*:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Em que pese o preâmbulo não constituir norma central de reprodução obrigatória, seu caráter axiológico revela as aspirações da sociedade e o situa no âmbito da política, proclamando ou exortando os princípios inscritos no texto constitucional, estes de reprodução obrigatória.²⁰ Destarte, é bastante comum ser invocado em decisões judiciais enfatizando a consonância com a Carta Maior.

Nesse sentido, a decisão do STF de 13.11.2007, no julgamento do RMS nº 26.071 de relatoria do Min. Carlos Ayres Britto, assegurou a reserva de vaga em concurso público (art. 37, inc. VIII, CFRB/88), para candidato com visão monocular comprometedora das noções de profundidade e distância, *in verbis*:

A reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica constitui política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988.

Alinhada às constituições mais modernas, como a de Weimar (1919) e a do México (1917), a Constituição Federal de 1988 incorporou na sua parte dogmática ou corpo fixo, além da proteção do indivíduo contra o Estado por meio direitos e garantias fundamentais – características do Estado Liberal –, preocupações com o desenvolvimento social e a valorização daqueles socialmente inferiorizados, assumindo uma nova postura: a de agente do desenvolvimento e da justiça social. Destarte, abarcou os direitos sociais e o

²⁰ADI 2076, STF, rel. Min. Carlos Velloso, publicada no DJ em 08/08/2003.

direito de exigir prestações positivas do Estado, no âmbito da educação, da previdência social, da saúde, do emprego entre outros. O Estado brasileiro atual tornou-se

[...] positivamente atuante para ensejar o *desenvolvimento* (não mero crescimento, mas a elevação do nível cultural e a mudança social) e a realização de *justiça social* (é dizer, a extinção das injustiças na divisão do produto econômico).²¹

Outrossim, o jurista José Afonso da Silva afirma que a Carta Magna vigente assumiu “a característica de *constituição-dirigente*, enquanto define fins e programa de ação futura, [...]”²² Tais fins apontam para a dignidade humana.

No que tange os Direitos e Garantias Fundamentais, a Constituição assegura os direitos sociais²³, dentre eles o direito ao trabalho, e proíbe qualquer discriminação no tocante ao salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência (art. 7º, inciso XXXI).

Ao tratar da ordem social, a Carta Maior preceitua que esta, “tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais” (art. 193); ao mesmo tempo, estabelece ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar às crianças, aos adolescentes e aos jovens, com absoluta prioridade, o direito: à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, entre outros, além de “colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (art. 227, caput); e, em sequência, estabelece a criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas com deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem com deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação (art. 227, parágrafo 1º, inciso II).

Destarte, há dispositivos constitucionais que estabelecem os direitos subjetivos fundamentais, especificamente da pessoa com deficiência, e a sua contrapartida, os deveres do Estado em relação a estas.

²¹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 55.

²² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. Prefácio, p. 8. In: MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. Subtítulo 3. Classificação das constituições. Item 3.7.

²³ Art. 6º, CRFB/88: “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.”

Algumas destas normas são classificadas como programáticas, “por não regularem diretamente interesses ou direitos nelas consagrados, mas limitarem-se a traçar alguns preceitos a serem cumpridos pelo Poder Público.”²⁴

2 POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A PROMOÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

O Estado utiliza-se de políticas públicas para que alcance o seu fim – no caso do Estado brasileiro, ser agente do desenvolvimento e da justiça social. “Políticas públicas são metas e instrumentos de ação que o Poder Público define para a consecução de interesses públicos que lhe incumbe proteger.” Trata-se de opções a serem feitas que “são externadas por vários instrumentos, como a Constituição Federal, as emendas à Constituição, os atos normativos do Poder Legislativo, do Poder Executivo e de órgãos e entidades da Administração Pública.”²⁵

Ao tratar da organização do Estado, a Constituição da República fixa metas, em sentido amplo, dirigidas a todos os entes da federação e aos Poderes dos Estados, indica instrumentos hábeis para sua consecução e distribui competências para definir as políticas públicas nas três esferas de Governo, dentre as quais destacamos, o artigo 23, inciso II, que versa sobre o cuidado com a saúde e a assistência pública, da proteção e garantia das pessoas com deficiência; e, o art. 24, inciso XIV, que trata da proteção e integração social destas.

No âmbito do direito ao trabalho, o texto constitucional determina, de forma expressa, a possibilidade de adoção de ações afirmativas para promoção da igualdade material das pessoas com deficiência ao prescrever a reserva de percentual dos cargos e empregos públicos e a definição de critérios para a admissão (art. 37, inciso VIII).

Até o final da década de 1980, não havia políticas públicas amplas, articuladas e contínuas em relação aos direitos das pessoas com deficiência. O interesse público em relação a estes direitos foi reconhecido com a criação da Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – CORDE (1986); e, da Política Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (1989), e desde então, ocupou um maior espaço na esfera federal. Em 2003, tais políticas foram vinculadas diretamente à Presidência da República, por meio da pasta de Direitos Humanos. Em 2009, a CORDE foi elevada à Subsecretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, e

²⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017, capítulo 1, Direito constitucional, subtítulo 4, item 4.3.

²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 899.

em 2010, alcançou o status de Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência – SNDPD.²⁶

A Constituição de 1988 conferiu maior abertura à participação popular na elaboração, gestão e fiscalização de políticas públicas e ampliou os espaços de participação democrática por meio dos conselhos, configurados de forma paritária entre poder público e a sociedade civil. Nessa senda, criou-se o Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência – CONADE (Decreto nº 3.076, de 1º de junho de 1999). Desde 2019, este faz parte da estrutura do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH), como parte integrante da Secretaria Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência – SNDPD, com a finalidade de

acompanhar e avaliar o desenvolvimento de uma política nacional para inclusão da pessoa com deficiência e das políticas setoriais de educação, saúde, trabalho, assistência social, transporte, cultura, turismo, desporto, lazer e política urbana dirigidos a esse grupo social.²⁷

2.1 Ações afirmativas e a postura ativa do Estado

A expressão “ação afirmativa” surgiu na década de sessenta, nos Estados Unidos, por meio do Decreto nº 10.925 do presidente John F. Kennedy, determinando que “a ação afirmativa assegurasse que os candidatos fossem empregados e trabalhassem sem consideração de raça, cor, credo ou origem nacional.”²⁸ Não havia menção às cotas ou preferências, mas uma preocupação especial para uma correção futura, em relação aos discriminados no passado, por meio de medidas concretas. Era o período do movimento negro, apoiado por liberais e progressistas brancos, “os norte-americanos viviam um momento de reivindicações democráticas internas, expressas principalmente no movimento pelos direitos civis, cuja bandeira central era a extensão da igualdade de oportunidades a todos.”²⁹

Também designada “política de cotas”, “reserva de vagas”, “ação compensatória”, “ação ou discriminação positiva”, ou “padronização”, tais políticas já tinham sido implantadas em países com histórias e tradições diferentes e muito antes do que nos

²⁶ LANNA Júnior, Mário Cléber Martins (Comp.). **História do movimento político das pessoas com deficiência no Brasil**. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010, p. 72 - 73.

²⁷ Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência – CONADE.

²⁸ SOWELL, Thomas. **Ação afirmativa ao redor do mundo: um estudo empírico sobre cotas e grupos preferenciais**. Trad. Joubert de Oliveira Brízida. Edição Kobo. São Paulo: Ed. Realizações, 2017, capítulo 1, Uma perspectiva internacional, posições 01 a 302.

²⁹ MOEHLECKE, Sabrina. **Ação afirmativa: História e debates no Brasil**. Cad. Pesqui., São Paulo, n. 117, p. 197-217, Nov. 2002.

Estados Unidos³⁰, como resposta à discriminação e à desigualdade relacionadas às características não mutáveis inerentes ao indivíduo que influem nas oportunidades de acesso e desempenho na área educacional, no ingresso ao mercado de trabalho e progressão de carreira e na participação na vida política.³¹

Implantadas em diferentes contextos sociais, as ações afirmativas assumiram diferentes formas como: “ações voluntárias, de caráter obrigatório, ou uma estratégia mista; programas governamentais ou privados; leis e orientações a partir de decisões jurídicas ou agências de fomento e regulação.”³²

Um dos desenhos, o sistema de cotas, estabelece um determinado número ou percentual destinado a grupos de indivíduos definidos, de forma mais ou menos flexível. Por meio de dados e metas são mensurados os progressos em relação aos objetivos propostos, assim como, define-se etapas ou cronograma num planejamento de médio prazo.

No âmbito mundial, as ações afirmativas foram objeto de debate no *International Perspectives on Affirmative Action, A Bellagio Conference* (Itália, 1982), como meios de empoderamento, reparação, redistribuição, integração social e fomento à imigração, baseadas em critérios objetivos na área da educação e do emprego, com propósitos de promover metas sociais e políticas. O grupo de beneficiários são definidos por raça, cor, religião, língua, sexo, deficiência ou qualquer outra característica.³³

William L. Taylor, na ocasião da Conferência, ressaltou que a finalidade específica da ação afirmativa é a promoção de oportunidades iguais para as pessoas vítimas de discriminação, fazendo com que estas venham a “competir efetivamente por serviços educacionais e posições no mercado de trabalho.”³⁴

Como medidas especiais e temporárias, as ações afirmativas visam a busca da igualdade material de direitos. No âmbito público brasileiro, abrangem uma diversidade de sentidos, refletindo os contextos históricos dos diferentes países em que se desenvolveram.

³⁰ SOWELL, Thomas. **Ação afirmativa ao redor do mundo: um estudo empírico sobre cotas e grupos preferenciais**. Trad. Joubert de Oliveira Brízida. Edição Kobo. São Paulo: Ed. Realizações, 2017, capítulo 1. Uma perspectiva internacional, posições 01 a 302.

³¹ MOEHLECKE, Sabrina. **Ação afirmativa: História e debates no Brasil**. Cad. Pesqui., São Paulo, n. 117, p. 197-217, Nov. 2002.

³² Ibidem.

³³ ROCKEFELLER FOUNDATION. *International Perspectives on Affirmative Action. A Bellagio Conference. Lake Como, Italy, August 16-20, 1982.*

³⁴ CONTINS, Marcia; SANT'ANA, Luiz Carlos. O movimento negro e a questão da ação afirmativa. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 4, n. 1, p. 209, jan. 1996.

2.2 Críticas às ações afirmativas sob ótica de Thomas Sowell

A criação de políticas públicas de cotas ou que garantam grupos preferenciais no âmbito do trabalho, do ensino superior ou de qualquer outro benefício social, certamente gera debates com consistentes argumentos favoráveis e contrários, suscitando fortes emoções, vez que são estabelecidas em função de condições sociais da atualidade e ou em particularidades históricas de uma determinada nação.

Em razão da pouca atenção dada aos resultados após a implantação de tais políticas, o economista Thomas Sowell, do *Hoover Institution*, na Universidade de Stanford (EUA), realizou uma pesquisa empírica baseada em fatos concretos e em diferentes países onde a política foi implementada e dados foram documentados, que resultou no livro *Ação Afirmativa ao Redor do Mundo: Um Estudo Empírico Sobre Cotas e Grupos Preferenciais*. Como resultado, revelou-se “a existência de um padrão de consequências surpreendentemente similares que se seguem à introdução de políticas de ação afirmativa. Isso a despeito de todos os diferentes contextos em que essas políticas forma adotadas.”³⁵

Em sua crítica, o pesquisador discorre sobre:

- a) A limitação no tempo e os objetivos da ação afirmativa.

Estas seriam revestidas de caráter temporário cuja duração seria definida pelo objetivo específico, diferentemente de políticas de tratamento igualitário que se perpetuariam no tempo.

[...] a ressurgência de grupos preferenciais em sociedades comprometidas com a igualdade dos indivíduos perante a lei tem sido acompanhada de declarações de que tais preferências seriam não só temporárias como também limitadas, e não profundas e duradouras. Isto é, elas seriam supostamente delimitadas no tempo e nos objetivos, enquanto as políticas de tratamento igualitário prevaleceriam fora do domínio fixado para uma assistência especial aos membros de um grupo particular.³⁶

Para o economista, um programa temporário não elimina uma condição existente há séculos. “A igualdade de oportunidade pode ser obtida dentro de um período plausível de tempo, mas isso é totalmente diferente da eliminação da desigualdade de resultados.” Destarte, o escopo e a duração das políticas de ação afirmativa são utópicas: a ação afirmativa, temporária, converte-se inevitavelmente em política de tratamento igualitário, eterna.

³⁵ SOWELL, Thomas. *Ação afirmativa ao redor do mundo: um estudo empírico sobre cotas e grupos preferenciais*. Trad. Joubert de Oliveira Brízida. Edição Kobo. São Paulo: Ed. Realizações, 2017, prefácio à edição brasileira, posições 1 a 22.

³⁶ *Ibidem*, capítulo 1. Uma perspectiva internacional, posições 1 a 302.

b) Os grupos preferenciais e a reclassificação.

A designação objetiva de beneficiários tem se mostrado ilusória, os grupos dos preferenciais e dos não preferenciais se confrontam com a legislação e as políticas na forma de incentivos e condicionantes, cada qual reagindo à sua maneira, como, reclassificando si próprio – integrantes do grupos não preferenciais buscam a reclassificação como integrantes de grupos preferenciais, individual ou coletivamente –, alterando esforços e atitudes em função de conquistas e mudando a postura em relação a outros membros do grupo. O autor afirma que “a reidentificação de indivíduos e de grupos, assim como a ampliação das preferências de determinados grupos para outros, levam as políticas preferenciais para bem longe das justificativas iniciais em que se baseavam.”³⁷

Destarte, as ações afirmativas se destinam a compensar desvantagens econômicas existentes, porém seu objetivo tem sido mitigado, e isso é verificado quando os benefícios são destinados

desproporcionalmente para aqueles indivíduos dentro dos grupos indicados que estão em situação menos desvantajosa – ou talvez estejam em posição mais favorável do que os integrantes da população geral do país. [...] o acesso preferencial à educação ou a empregos é apenas um dos fatores para que se consiga educação ou empregos. Obviamente, aquelas pessoas que possuem mais dos outros fatores necessários têm maior capacidade para transformar o acesso preferencial ao sucesso real. A prosperidade pré-existente proporciona mais desses outros fatores. [...].³⁸

c) O incentivo e a discriminação.

As políticas preferenciais são quase sempre encaradas, por defensores ou críticos, como “transferência de benefícios de um grupo para outro”, no entanto, também podem “resultar em perda total, quando os dois grupos reagem com uma contribuição menor do que a possível para a sociedade como um todo.” O pesquisador observou que em profissões que demandam a cooperação e a colaboração entre colegas, tais dinâmicas podem ser comprometidas pela existência de grupos preferenciais, fomentando um ambiente de assédio em razão da discriminação, feitas por seus pares, dos profissionais “da ação afirmativa” ou “de cota”, especialmente quando estes cometem um erro.³⁹

d) O ressentimento entre grupos.

³⁷ Ibidem.

³⁸ Ibidem.

³⁹ Ibidem,

Outra perda social importante é a resultante da emergência de ressentimentos entre grupos, contra a existência de privilégio especial, em si, e contra as preferências não proporcionais aos benefícios transferidos, podendo gerar polarização e violência intergrupo.

Uma das coisas que não permitem que a ação afirmativa seja um processo de soma zero é que uma pequena transferência de benefícios pode causar ressentimentos enormes entre mais pessoas do que as que na realidade perderam alguma coisa. Além do mais, tais mágoas não terminam com as ações políticas ou jurídicas.⁴⁰

e) As tendências.

Mesmo diante da rara existência de dados estatísticos adequados sobre o progresso de quaisquer grupos, é um “desafio determinar quanto do progresso se deve às políticas de preferências e não a outros fatores que estejam operando ao mesmo tempo”. Comparar o “antes e o depois” é bastante simplório, pois “a própria dinâmica do estabelecimento de programas de ação afirmativa normalmente reflete alterações que já estavam se processando antes do início dos grupos preferenciais.” Em outras palavras, a implantação da política de ação afirmativa é decorrente de um contexto histórico social, amplo e dinâmico, portanto é difícil fazer uma análise do resultado de tal política de forma isolada. Para o pesquisador, “qualquer avaliação das políticas preferenciais tem de levar em conta as tendências preexistentes, em vez de supor um mundo estático com alteração adicionada.”⁴¹

Por fim, o economista conclui:

se o estudo da história é uma das maneiras de evitar repeti-la, existe muito da história das políticas de ação afirmativa ao redor do mundo que jamais deve ser repetido. Em muitos países, tais políticas se transformaram em formas de produzir benefícios relativamente pequenos para uns poucos e problemas enormes para a sociedade como um todo. Tanto os advogados quanto os críticos de tais políticas tenderam a superestimar os benefícios que foram transferidos. Ademais, a distribuição das benesses dos grupos preferenciais e cotas com frequência demonstra as mesmas disparidades que as desigualdade sociais mais amplas que ela, supostamente, deveriam remediar.⁴²

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ Ibidem.

⁴² Ibidem, capítulo 07. O passado e o futuro, posições 01 a 458.

3 A LEGISLAÇÃO DE INCENTIVO À INSERÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO

3.1 Lei de cotas, art. 93 da Lei 8.213 de 24 de julho de 1991

De iniciativa da Presidência da República, o Projeto de Lei 825/1991 propôs reestruturar a Previdência Social de acordo com o projeto de reconstrução nacional do governo Fernando Collor que deu origem a Lei nº 8.213 de 24/07/1991.⁴³

A Subseção II, da Seção VI do projeto de lei, cuidava da reabilitação profissional e social, e seu art. 74 indicava como beneficiários os incapacitados parcial ou totalmente para o trabalho e as pessoas com deficiência física ou mental, com o objetivo de proporcionar os meios para a reeducação e social para que pudessem participar do mercado de trabalho (art. 74, *caput*).

Tais meios compreendiam (i) o fornecimento de próteses, órteses e instrumentos de auxílio para a locomoção, quando a perda ou redução da capacidade funcional pudesse ser atenuada por seu uso; (ii) a reparação ou a substituição desses; e, (iii) quando necessário, o transporte do acidentado do trabalho (art. 74, parágrafo único), determinando que tal prestação era devida em caráter obrigatório, porém na medida das possibilidades da Previdência Social, aos seus dependentes (art. 75).

O texto previa, em caso de reabilitação profissional, um auxílio para tratamento ou exame fora do domicílio do beneficiário (art. 76); e, que ao final do processo o órgão emitiria um certificado individual, indicando as atividades que poderiam ser exercidas pelo beneficiário, nada impedindo que este exercesse outra atividade para qual se capacitaria (art. 77).

Por derradeiro, o art. 78 da PL 825/1991, previa a reserva de cargos, nas empresas com vinte ou mais empregados, aos reabilitados ou às pessoas com deficiência habilitadas (art. 78, *caput* e incisos); e, regulava os casos de dispensa ao final do contrato de trabalho por prazo determinado de mais de noventa dias, e a imotivada, quando por prazo indeterminado, o que só poderia ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante (art. 78, parágrafo único).⁴⁴

O texto da Lei nº 8.213 de 1991, por sua vez, incluiu o direito à habilitação, além da reabilitação profissional e social, às pessoas com deficiência e, ao prever os meios para a (re)educação e a (re)adaptação profissional e social indicados para participar do mercado de trabalho, incluiu o âmbito do contexto em que vive (art. 89).

⁴³ Câmara dos Deputados, PL825/1991.

⁴⁴ Diário do Congresso Nacional, 5711, quinta-feira 9 de maio de 1991, p. 5710 e s.s.

Ao compararmos os textos do projeto e da lei promulgada, observamos que houve um acréscimo no número de beneficiários, ao prever, de forma complementar, o direito à habilitação às pessoas com deficiência e uma ampliação dos objetivos a serem alcançados, ao incluir a participação “no contexto em que vivem”, assinalando, o reconhecimento de outras espécies de deficiências e a importância da participação no contexto social, amplificando a dimensão da convivência em sociedade.

Verificamos, também, que houve uma modificação do número mínimo de empregados disposto para que empresa seja obrigada à reserva de cotas, de 20 (vinte) ou mais (art. 78, caput, da PL 825/91), para a “empresa com 100 (cem) ou mais empregados” (art. 93, caput, da Lei 8.213/91), em que pese, os descrito nos incisos de ambos os textos, permaneceram idênticos.

Ao cuidar da dispensa dos beneficiários (art. 78, parágrafo único, da PL 825/91), notamos que a Lei Previdência Social manteve texto original (art. 93, § 1º, da Lei 8.213/91), e incluiu, no parágrafo segundo, os deveres do Estado, de gerar estatísticas a respeito da política pública de ação afirmativa implantada e fornecê-los, quando solicitados, aos sindicatos ou entidades representativas dos empregados (art. 93, § 2º).

Passo seguinte, quando promulgada a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Estatuto da Pessoa com Deficiência ou LBI (Lei nº 13.146, de 2015) –, o *caput* do artigo 93 da Lei da Previdência Social e seus incisos foram mantidos, no entanto, o dispositivo inovou ao incorporar a nomenclatura “pessoa com deficiência”, como definido no art. 2º daquela lei.⁴⁵

Do mesmo modo, a LBI alterou, sutilmente, a regra para a dispensa dos beneficiários, porém mantendo sua substância (§ 1º, art. 93, da Lei da Previdência Social); incluiu, a obrigação do Estado de gerar dados, atribuindo a competência ao Ministério do Trabalho e Emprego – MTE (§ 2º, art. 93); e, estabeleceu a condição para a reserva de vagas, considerando “a contratação direta de pessoa com deficiência, excluído o aprendiz com deficiência de que trata a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)”, conforme o parágrafo 3º.

Outrossim, a nova lei definiu o processo de habilitação e reabilitação, como aquele que tem por objetivo o desenvolvimento de potencialidades, talentos, habilidades e aptidões físicas, cognitivas, sensoriais, psicossociais, atitudinais, profissionais e artísticas que contribuam para a conquista da autonomia da pessoa com deficiência (art. 14, parágrafo único, da LBI).

⁴⁵ A LBI tem como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (art. 1º, parágrafo único).

3.2 Lei do Menor Aprendiz

A Lei 10.097 de 19 de dezembro de 2000, conhecida como a Lei do Menor Aprendiz; a Lei 11.180 de 2005; e, a Lei Brasileira de Inclusão - LBI, alteraram a CLT (Decreto-lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943), assim como, a relação jurídica de trabalho para os trabalhadores a partir de quatorze anos que atendam as condições ali impostas, por meio do contrato de trabalho especial de aprendizagem.

Em consonância com as políticas públicas de incentivo da inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho, a CLT prevê (i) que o contrato de aprendizagem não poderá ser estipulado por mais de dois anos, exceto quando se tratar de aprendiz com deficiência (428, §3º); (ii) que a extinção do contrato de aprendizagem se dará no seu termo ou quando o aprendiz completar 24 (vinte e quatro) anos, ressalvando que a idade máxima não se aplica aos aprendizes com deficiência (art. 428, § 5º); (iii) as hipóteses de antecipação da extinção do contrato de aprendizagem, excluindo para o aprendiz com deficiência o caso de desempenho insuficiente ou inadaptação, quando desprovido de recursos de acessibilidade, de tecnologias assistivas e de apoio necessário ao desempenho de suas atividades (art. 433, incisos I); (iv) o requisito de comprovação da escolaridade para o aprendiz com deficiência, que “deve considerar, sobretudo, as habilidades e competências relacionadas com a profissionalização” (428, § 6º); e, (v) a validade do contrato de aprendizagem, que para o aprendiz com deficiência com 18 (dezoito) anos ou mais, “pressupõe anotação na CTPS e matrícula e frequência em programa de aprendizagem desenvolvido sob orientação de entidade qualificada em formação técnico-profissional metódica” (428, § 8º).

Destacamos que, os três últimos dispositivos estão alinhados com o novo paradigma mundial a respeito da deficiência, introduzido ao ordenamento jurídico pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146, de 2015).

3.3 Lei de Estágio

Ato educativo escolar supervisionado, desenvolvido no ambiente de trabalho, o estágio é valioso instrumento de preparação dos estudantes para o ingresso ao mercado de trabalho.

A Lei nº 11.788 de 25 de setembro de 2008, que regulamenta o contrato de estágio, também incentiva a contratação da pessoa com deficiência, dispondo que a duração do estágio, na mesma parte concedente, limitar-se-á a dois anos, exceto quando se tratar de estagiário com deficiência (art. 11); e, que é assegurado às pessoas com deficiência 10% (dez por cento) das vagas oferecidas pela parte concedente (art. 17, § 5º).

Cabe observar, que a lei em tela alterou o parágrafo 3º do artigo 428 da CLT, que dispõe a respeito do contrato de aprendizagem.⁴⁶

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos humanos estão em constante evolução, em consonância com as transformações da vida em sociedade e as necessidades infinitas do homem no sentido de ter uma vida digna.

Em que pese alguns retrocessos, é evidente que desde que conquistados os direitos às garantias e liberdades individuais, houve uma ampliação no leque de direitos, como os direitos sociais e, posteriormente, o reconhecimento de que na sociedade há grupos de pessoas, com determinadas características intrínsecas, que não gozam do direito à igualdade material no que tange as oportunidades de acesso à educação e ao mercado de trabalho, configurando uma discriminação e exclusão social histórica, nos ambientes educacional e laboral. A não discriminação, juntamente com a promoção da igualdade material perante a lei, é princípio básico da proteção dos direitos humanos.

Apesar de elogiável e necessária a atuação estatal na promoção da igualdade, não podemos perder de vista o estudo empírico feito por Thomas Sowell, em diferentes países, permitindo a reflexão crítica a respeito de tal política, vez que deveria ser temporária e constantemente monitorada considerando o contexto social pré-existente à sua introdução, pois sem os dados de controle da sua aplicação e avaliação dos resultados obtidos, há risco de perpetuação das ações com incentivo à discriminação e o surgimento de ressentimento entre grupos.

Como visto, no Brasil, o reconhecimento dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência vem progredindo nas últimas décadas, especialmente, a partir da introdução da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo ao texto constitucional, assim como, da promulgação da Lei Brasileira de Inclusão.

No que tange a busca da igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para as pessoas com deficiência, as políticas públicas ganharam força. O Estado mostra-se mais ativo ao punir e prevenir a discriminação e a exclusão e ao incentivar a promoção da igualdade material de direitos sociais e a inclusão, considerando que a legislação estabelece a reserva de cotas para a contratação de empregados e estagiários pelas

⁴⁶ Ver o subtítulo 3.2 *supra*.

empresas e servidores públicos, além do incentivo à permanência dessas pessoas como aprendizes.

Portanto, a cota para inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho é importante instrumento para a promoção da igualdade material e da inclusão relacionadas às características inerentes às pessoas com deficiência.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do Direito**. 11^a ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BERGMANN, Barbara. *In defense of affirmative action*. New York: Basic Books, 1996. P.7. In: MOEHLECKE, Sabrina. Ação afirmativa: história e debates no Brasil.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH). **Institucional**. Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/informacao-ao-cidadao/institucional/copy_of_institucional> Acesso em 03/10/2019.

_____. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH). **Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência – CONADE**. Disponível em: <<https://www.mdh.gov.br/informacao-ao-cidadao/participacao-social/orgaos-colegiados/conade/conselho-nacional-dos-direitos-da-pessoa-com-deficiencia-conade>> Acesso em: 04/10/2019.

_____. Câmara Federal dos Deputados. **Projeto de Lei 825/1991**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=183017>> Acesso em 04/10/2019.

_____. Câmara Federal dos Deputados. **Diário do Congresso Nacional, 5711, quinta-feira 9 de maio de 1991**. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD09MAI1991.pdf#page=146>> Acesso em 04/10/2019.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CONTINS, Marcia; SANT'ANA, Luiz Carlos. O movimento negro e a questão da ação afirmativa. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 4, n. 1, p. 209, jan. 1996. ISSN 1806-9584. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/16670/15239>>. Acesso em: 09/07/2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28^o ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERNÁNDEZ GARCIA, Eusébio. *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. Direitos humanos: conceitos, significados e funções. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 104.

KANT, Immanuel. Fundamentos da metafísica dos costumes. In: BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do Direito**. 11^a ed. São Paulo: Atlas, 2015.

LANNA Júnior, Mário Cléber Martins (Comp.). **História do movimento político das pessoas com deficiência no Brasil**. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010. Disponível em: <mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/historia_movimento_pcd_brasil.pdf> Acesso em: 09/09/2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33^a ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

MOEHLECKE, Sabrina. **Ação afirmativa: História e debates no Brasil**. Cad. Pesqui., São Paulo, n. 117, p. 197-217, Nov. 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742002000300011&lng=en&nrm=iso> Acesso em: 09/07/2019.

NUNES, Rizzatto. Manual da monografia jurídica: como se faz uma monografia, uma dissertação, uma tese. 10^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

ONU. **Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes**. ONU, 1975. Resolução aprovada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas em 09/12/75. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/dec_def.pdf> Acesso em 03/10/2019.

_____. **Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad**. Nova York: ONU, 2016. Disponível em: <<https://acnudh.org/load/2014/10/newCoreTreatiessp-1-nuevos.7-46.pdf>> Acesso em 05/10/2019.

_____. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Compilação de instrumentos internacionais de direitos humanos. Provedoria dos direitos humanos e justiça. **Recomendação Geral n.º 14: artigo 1.º, número 1 (conceito de discriminação)**. Quadragésima segunda sessão. Timor Leste: UNPD, 1993. Disponível em: <<http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/06/Compilation-of-HR-instruments-and-general-comments-2009-PDHJTimor-Leste-portugues.pdf>> Acesso em 03/10/2019.

PIOVESAN, Flavia. **Temas de direitos humanos**. 10^a ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva 2017.

ROCKEFELLER FOUNDATION. *International Perspectives on Affirmative Action. A Bellagio Conference. Lake Como, Italy, August 16-20, 1982*. Disponível em: <<https://files.eric.ed.gov/fulltext/ED249297.pdf>> Acesso em: 04/10/2019

SANTOS, Boaventura de Souza. Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. In: PIOVESAN, Flavia. **Temas de direitos humanos**. 10^a ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva 2017. p. 367

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. In: MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33^a ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. Subtítulo 3. Classificação das constituições. Item 3.7.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos humanos: conceitos, significados e funções**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOWELL, Thomas. **Ação afirmativa ao redor do mundo: um estudo empírico sobre cotas e grupos preferenciais**. Trad. Joubert de Oliveira Brízida. Edição Kobo. São Paulo: Ed. Realizações, 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 5^a ed. 4^a tiragem. São Paulo: Malheiros, 2013.

PESSOA COM DEFICIÊNCIA E SUA CAPACIDADE CIVIL AO LONGO DA VIDA

Ana Carolina Silva Devidé¹; César Eduardo Lavoura Romão²

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo conceituar as pessoas com deficiência e a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), também conhecida como Lei Brasileira de Inclusão, mostrar como se dá a capacidade civil da pessoa com deficiência ao longo da vida, bem como, trazer os direitos advindos pelo novo contexto social, como o direito à reprodução, constituição de família, entre outros.

PALAVRAS-CHAVE: Estatuto da Pessoa com Deficiência. Capacidade Civil. Tomada de decisão apoiada.

DISABLED PERSON AND YOUR CIVILIAN CAPACITY THROUGHOUT LIFE

ABSTRACT: This article aims to conceptualize people with disabilities and from the Statute of People with Disabilities (Law 13.146/2015), also known as the Brazilian Inclusion Law, show how the civil capacity of people with disabilities occurs throughout life, as well as bring the rights arising from the new social context, such as the right to reproduction, family constitution, among others.

KEYWORDS: Statute of Person with disability. Civil capacity. Supported decision making.

¹ Graduanda do Curso de Direito no Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, e-mail: acsdevide@gmail.com

² Advogado, Defensor de Direitos Humanos; Mestre em Direito pela PUC/SP; Professor na Faculdade de Direito da FMU e; INstrutor do IN Movimento Inclusivo.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico visa estudar as mudanças legislativas trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) num contexto social complexo, com foco na alteração da capacidade civil da pessoa com deficiência.

Dessa forma, utilizando-se da metodologia de compilação de doutrinas e artigos, este trabalho tem como objetivo tratar a respeito da Evolução Legislativa, os conceitos da pessoa com deficiência e sua capacidade civil desde o nascituro, menor impúbere, menor púbere, maioridade, casamento e aspectos matrimoniais até o envelhecimento da pessoa com deficiência, além de abordar brevemente a diferença e as características dos institutos jurídicos da tutela, curatela e tomada de decisão apoiada.

1 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA:

A ONU (Organização das Nações Unidas) elaborou a Declaração Universal dos Direitos Humanos no pós-guerra, em 1948, a fim de garantir os direitos básicos do ser humano.

O Brasil consolidou o Estado Democrático de Direito incluindo na Constituição Federal de 1988: os Direitos e Garantias Fundamentais, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Princípio da Isonomia, reforçando a igualdade de direito entre as pessoas:

“Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.”³

Em 2007, a ONU estabeleceu a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada em Nova York, com Protocolo Facultativo, que foi ratificado pelo Brasil (Decreto Lei 186/2008), entrando em vigor (Decreto 6.949/2009), com o propósito e a definição do que é pessoa com deficiência:

“Artigo 1 – Propósito – “O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.
Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com

³ BRASIL. Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988. Artigo 5º, caput.

diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.”⁴

Com o passar dos anos, a Carta Magna vem se remodelando e se aperfeiçoando nas lacunas do Direito, e a fim de abranger a todos, e grupos minoritários têm conquistado maior visibilidade e o exercício do seu direito, numa sociedade em constante transformação e readaptação.

Embora a Constituição Federal já tenha incorporado em seu texto, é necessária uma adequação mais específica que vise acolher todos os direitos da pessoa com deficiência, sua capacidade civil e os direitos fundamentais como saúde, educação e trabalho.

Em 2015, surge a LBI (Lei Brasileira de Inclusão - Lei 13.146/2015)⁵, também chamada de Estatuto da Pessoa com Deficiência, que tem por objetivo assegurar e promover os direitos e as liberdades fundamentais visando à inclusão social da pessoa com deficiência, bem como sua cidadania, em condições de igualdade.

O Estatuto da Pessoa com deficiência trouxe uma imensa evolução, pois a pessoa com deficiência não pode ser considerada civilmente incapaz por ter uma deficiência, ou seja, a deficiência não afeta a capacidade civil da pessoa, que passa a poder decidir sobre casamento, sexo, filhos, fertilidade, convivência familiar, o exercício da guarda, tutela, curatela e adoção, conforme o Art. 6, Estatuto da Pessoa com Deficiência:

“Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:
I - casar-se e constituir união estável;
II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;
III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;
IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;
V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e
VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.”⁶

A igualdade da pessoa com deficiência, inclusive perante a lei, está disposto no Art. 84, Estatuto da Pessoa com Deficiência, ou seja, a pessoa com deficiência é legalmente capaz. Temos aí, dois importantes princípios: o da Isonomia e o da Dignidade da Pessoa Humana, que passa a reconhecer que a pessoa com deficiência tem o direito ao exercício da capacidade legal, como as demais pessoas:

⁴ BRASIL. Convenção sobre os direitos da Pessoa com Deficiência. Decreto Lei 186/2008. Artigo 1º - Propósito.

⁵ <https://www.maragabrilli.com.br/wp-content/uploads/2016/03/Guia-sobre-a-LBI-digital.pdf>

⁶ BRASIL. Lei Brasileira de Inclusão. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Lei 13.146/2015. Artigo 6º

“Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei.

§ 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada.

§ 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.”

§ 4º Os curadores são obrigados a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano.”⁷

E, somente se necessário à prática dos atos da vida civil, a pessoa com deficiência poderá ser amparada pelos institutos assistenciais específicos como a Tomada de Decisão Apoiada e, extraordinariamente, a Curatela, para atos de natureza patrimonial e negocial, com a prestação de contas de seus curadores.

Art. 85. A curatela afetarão tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

§ 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

§ 2º A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado.

§ 3º No caso de pessoa em situação de institucionalização, ao nomear curador, o juiz deve dar preferência a pessoa que tenha vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado.

Art. 86. Para emissão de documentos oficiais, não será exigida a situação de curatela da pessoa com deficiência.

Art. 87. Em casos de relevância e urgência e a fim de proteger os interesses da pessoa com deficiência em situação de curatela, será lícito ao juiz, ouvido o Ministério Público, de ofício ou a requerimento do interessado, nomear, desde logo, curador provisório, o qual estará sujeito, no que couber, às disposições do Código de Processo Civil.⁸

Portanto, para Pablo Stolze⁹, nesse novo sistema, a pessoa com deficiência passa a ser considerada legalmente capaz, e seria uma “imprecisão técnica” considera-la incapaz, vez que, a pessoa com deficiência “é dotada de capacidade legal, ainda que se valha de institutos assistenciais para a condução da sua própria vida.”

⁷ BRASIL. Lei Brasileira de Inclusão. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Lei 13.146/2015. Artigo 84.

⁸ BRASIL. Lei Brasileira de Inclusão. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Lei 13.146/2015. Artigos 85, 86 e 87.

⁹ STOLZE, Pablo – Artigo: O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Sistema Jurídico Brasileiro de Incapacidade Civil (<https://jus.com.br/artigos/41381/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-o-sistema-juridico-brasileiro-de-incapacidade-civil>)

A partir deste conceito, a avaliação da deficiência, quando necessária, leva em consideração diversos aspectos, como o biológico, o psicológico e o social, sendo assim, há uma avaliação biopsicossocial com multiprofissionais e interdisciplinaridade. O Estatuto da Pessoa com Deficiência dispõe em seu artigo 2º, § 2º, que é dever do Poder Executivo fornecer os meios e instrumentos necessários para a avaliação.

Deve-se levar em consideração que existem diversos tipos de deficiência de natureza física, mental, intelectual ou sensorial. O artigo 3º do Estatuto da Pessoa com Deficiência cita diversos pontos que precisam ser adequados à realidade da pessoa com deficiência, como: a acessibilidade, o desenho universal, a tecnologia assistiva ou ajuda técnica, as barreiras, a comunicação, as adaptações razoáveis, o elemento de urbanização, mobiliário urbano, pessoa com mobilidade reduzida, residências inclusivas, moradia para a vida independente da pessoa com deficiência, atendente pessoal, profissional de apoio escolar e acompanhante. Desta forma, é dever da família, da sociedade e do Estado olhar para os mais diferentes aspectos que esta pessoa possa vir a encontrar e saná-los da melhor forma possível.

O Art. 3º do Estatuto da Pessoa com Deficiência traz as barreiras que devem ser superadas possibilitar a inclusão da pessoa com deficiência: acessibilidade, desenho universal, tecnologia assistiva, barreiras (urbanísticas, arquitetônicas, nos transportes, nas comunicações, atitudinais, tecnológicas), comunicação, adaptações razoáveis, elemento de urbanização, mobiliário urbano, pessoa com mobilidade reduzida, residências inclusivas, moradia para a vida independente, atendente pessoal, profissional de apoio escolar, e acompanhante.

Porém, apesar de somente pensar em soluções para as mais diversas barreiras, também é necessário pensar nos aspectos psicológicos, sociais, nas relações pessoais, relações jurídicas, realização de negócios jurídicos, ou seja, na dignidade da pessoa com deficiência e em sua capacidade civil ao longo da vida. Assim, o artigo 28 deste Estatuto dispõe que é responsabilidade do Poder Público assegurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar diversas políticas públicas intersetoriais, ou seja, correlacionando todos os setores (educação, saúde e trabalho).

2 CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA AO LONGO DA VIDA:

Entende-se que a personalidade é um valor, uma essência ou substância (*quid*), e a capacidade seria um *quantum*¹⁰, ou seja, é relacionado com a aptidão de a pessoa conseguir exercer seus direitos e assumir seus deveres em uma relação jurídica.

Dessa forma, uma pessoa natural que possua capacidade civil plena significa dizer que essa pessoa tem a capacidade de direito (ou de gozo) e a capacidade de fato (ou de exercício)¹¹. Portanto, a pessoa natural nasce com personalidade, mas nem sempre é capaz.

Para Flávio Tartuce¹², o sistema de incapacidade antes do Estatuto da Pessoa com Deficiência, tinha uma visão excessivamente patrimonialista, que protegia apenas os negócios e atos praticados, mas não protegia a pessoa em si. A partir das ideias presentes na Convenção de Nova York (Tratado Internacional de Direitos Humanos), o Estatuto da Pessoa com Deficiência consolidou o princípio à Igualdade Plena das Pessoas com Deficiência e sua Inclusão com Autonomia, revogando os dispositivos legais esparsos que tratavam as pessoas com deficiência de forma discriminatória.

Para Pablo Stolze¹³, a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, o que afeta é a impossibilidade de a pessoa exprimir sua vontade, sendo assim, a pessoa com deficiência agora é considerada plenamente capaz, salvo se não puder exprimir sua vontade – caso em que será considerada relativamente incapaz, podendo, quando necessário, ter um curador nomeado em processo judicial. O Estatuto deixa isso bem claro no artigo 84:

Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei.

§ 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada.

§ 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.

¹⁰ Silmara Juny de Abreu Chinellato (coord.), Código Civil Interpretado, artigo por artigo, parágrafo por parágrafo, 2010.

¹¹ DINIZ, Maria Helena, Curso de Direito Civil Brasileiro, V. 1, Teoria Geral do Direito Civil, 2012, p. 131

¹² TARTUCE, Flávio, Direito Civil – Lei de Introdução e Parte Geral, V. 1, 2018

¹³ Pablo Stolze – Artigo: O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Sistema Jurídico Brasileiro de Incapacidade Civil (<https://jus.com.br/artigos/41381/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-o-sistema-juridico-brasileiro-de-incapacidade-civil>)

§ 4º Os curadores são obrigados a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano.¹⁴

Para Carlos Roberto Gonçalves¹⁵, o objetivo dessas inovações é impedir que a pessoa com deficiência seja tratada e considerada como incapaz, tendo em vista os princípios constitucionais da Igualdade e da Dignidade Humana. Entretanto, essas inovações têm sido criticadas pela doutrina, principalmente por desproteger aqueles que merecem a proteção legal.

Para Venosa¹⁶, a questão da surdo-mudez, que no antigo CC/1916 representava uma incapacidade expressa por não poderem exprimir sua vontade. A partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência, as pessoas surdas-mudas estão entre aquelas que, por enfermidade ou doença mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática de atos civis. Porém, se puderem exprimir suas vontades, através da Linguagem Brasileira de Sinais (Libras), adquirida por meio de educação adequada, serão consideradas plenamente capazes. Vale ressaltar que as pessoas com esse tipo de deficiência específica, ficam restritas aos atos em que a audição e a fala oral sejam necessárias, como por exemplo, não poderão ser testemunhas em testamento, pois estas devem ouvir as disposições testamentárias.

2.1 NASCITURO:

A personalidade civil da pessoa natural começa desde a concepção, de acordo com o artigo 2º, do Código Civil (Lei 10.406/2002):

“Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”¹⁷

Assim, depreende-se do artigo 2º, do CC, que o nascituro tem personalidade desde a concepção, ou seja, desde a Nidação na mãe, o nascituro já tem essência de pessoa e, conseqüentemente direitos, mesmo sem ter nascido.

2.2 MENOR IMPÚBERE (Criança - menor de 16 anos):

A incapacidade absoluta para exercer os atos da vida civil está disposta no Art. 3º do CC/2002. Antes do Estatuto da Pessoa com Deficiência, eram considerados absolutamente incapazes: os menores de dezesseis anos; os que não tivessem o necessário

¹⁴ BRASIL. Lei Brasileira de Inclusão. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Lei 13.146/2015. Artigo 84.

¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto – Direito Civil Brasileiro – Parte Geral – V.1 - 2017

¹⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo – Direito Civil – Parte Geral – V. único - 2017

¹⁷ BRASIL. Planalto. Lei 10.406/2002. Código Civil. Artigo 2º.

discernimento devido a enfermidade ou deficiência mental; e os que não pudessem exprimir sua vontade, ainda que por causa transitória.

Mas, o Estatuto da Pessoa com Deficiência trouxe uma nova redação ao Art. 3º do CC/2002, e revogou todos os seus incisos, passando a criar uma nova *Teoria das Incapacidades*, baseada tão somente na faixa etária, ou seja, apenas os menores impúberes, crianças com até 16 anos, são absolutamente incapazes para os atos da vida civil:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

I - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

II - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

III - (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)¹⁸

Portanto, o artigo 3º, do CC, passou a considerar absolutamente incapazes somente os menores de 16 anos. A partir da redação dada pelo Estatuto, a pessoa com deficiência passa a ser plenamente capaz.

2.3 MENOR PÚBERE (Adolescente - entre 16 e 18 anos):

A incapacidade relativa para exercer os atos da vida civil está disposta no Art. 4º do CC/2002. Antes do Estatuto da Pessoa com Deficiência, eram considerados relativamente incapazes: os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, os deficientes mentais com discernimento reduzido; os excepcionais sem desenvolvimento mental completo; e os pródigos.

Com o Estatuto da Pessoa com Deficiência houve uma nova redação ao Art. 4º do CC/2002: mantendo-se os menores púberes (entre 16 e 18 anos); os ébrios; os pródigos; mas retirou-se os deficientes mentais; e os excepcionais:

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)¹⁹

¹⁸ BRASIL. Planalto. Lei 10.406/2002. Código Civil. Artigo 3º.

¹⁹ BRASIL. Planalto. Lei 10.406/2002. Código Civil. Artigo 4º.

Os relativamente incapazes e necessitam ser assistidos para certos atos da vida civil.

A partir da nova redação dada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, tanto a incapacidade absoluta, quanto a relativa não se mensuram existência da deficiência (física, mental ou intelectual), que não gera a incapacidade, dada a diversidade e o grau de comprometimento. Entretanto, caso a deficiência tenha como consequência o impedimento de a pessoa exprimir a sua vontade, estará caracterizada a sua incapacidade. Logo, é preciso fazer uma análise detalhada caso a caso, que está normatizada no Estatuto da Pessoa com Deficiência.

O artigo 3º, do Código Civil, citava as pessoas com deficiência mental ou intelectual em seus incisos II e III, e as considerava como relativamente incapazes. Porém, com a alteração feita pelo Estatuto as pessoas com discernimento mental reduzido e as pessoas com desenvolvimento mental incompleto são consideradas, em regra, como plenamente capazes e eventualmente, para os atos patrimoniais, sujeitas à tomada de decisão apoiada, por sua iniciativa.

O parágrafo único do artigo 3º, do CC/2002, alterou apenas a terminologia, passando de “índios” a “indígenas. O Estatuto do Índio (Lei nº. 6.001/1973) coloca o silvícola e sua comunidade sob o regime tutelar, por não estarem integrados à comunidade nacional, sendo assistidos pela FUNAI (Fundação Nacional do Índio).

2.4 MAIORIDADE:

A maioridade está prevista no Art. 5º, do CC/2002: a menoridade é cessada logo no primeiro momento do dia em que o indivíduo faz os 18 anos, ou seja, a maioridade começa aos 18 anos completos, assim, a pessoa se torna apta para as atividades da vida civil que não exigem limite especial, como as de natureza política, por exemplo. O critério para a maioridade é unicamente etário, sem fazer distinção entre homem e mulher ou qualquer outro tipo de distinção.

Vale ressaltar que essa capacidade de natureza civil não deve ser confundida com outras capacidades disciplinadas em leis especiais, como a capacidade eleitoral aos 16 anos (art. 14, § 1º, II, c, CF; art. 4º, Código Eleitoral), nem com a idade limite para o serviço militar aos 17 anos (art. 73, Lei nº. 4.375/64) ou com a prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 2º, Lei nº. 8.069/90).

Dessa forma, com 18 anos completos, os jovens passam a responder civilmente pelos seus atos e danos causados a terceiros, ficando autorizados a praticar validamente todos os atos da vida civil sem a assistência de seu representante legal. Essa regra da maioridade e essa autorização para a prática dos atos civis também se estendem às pessoas com deficiência, que são consideradas plenamente capazes, salvo nas hipóteses já mencionadas e que requer a análise do caso concreto.

2.5 CAPACIDADE CIVIL PARA POSTULAR NOS JECs:

Ter a capacidade civil reconhecida como legalmente capaz, possibilita que a pessoa com deficiência ingresse com ações nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, conforme o Art. 8º da Lei 9.099/1995:

Art. 8º Não poderão ser partes, no processo instituído por esta Lei, o incapaz, o preso, as pessoas jurídicas de direito público, as empresas públicas da União, a massa falida e o insolvente civil.

§ 1º Somente serão admitidas a propor ação perante o Juizado Especial: [\(Redação dada pela Lei nº 12.126, de 2009\)](#)

I - as pessoas físicas capazes, excluídos os cessionários de direito de pessoas jurídicas; [\(Incluído pela Lei nº 12.126, de 2009\)](#)...

§ 2º O maior de dezoito anos poderá ser autor, independentemente de assistência, inclusive para fins de conciliação.²⁰

Mais uma demonstração de que a pessoa com deficiência é plenamente capaz para realizar atos da vida civil sem precisar da ajuda de outra pessoa, salvo nos casos previstos em lei ou na análise do caso concreto.

3 CASAMENTO E ASPECTOS MATRIMONIAIS:

Quanto à invalidade do casamento, o Estatuto da Pessoa com Deficiência revogou o inciso I do Art. 1548, do CC/2002, que considerava nulo o casamento contraído “pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil”.

E, inseriu o parágrafo 2º ao art. 1.550, CC/2002, para garantir à pessoa com deficiência mental ou intelectual o direito de adquirir matrimônio, desde que esteja em idade núbia, e possa expressar sua vontade:

Art. 1.550. É anulável o casamento:

I - de quem não completou a idade mínima para casar;

II - do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal;

III - por vício da vontade, nos termos dos arts. 1.556 a 1.558;

IV - do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento;

V - realizado pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevivendo coabitação entre os cônjuges;

VI - por incompetência da autoridade celebrante.

§ 1o. Equipara-se à revogação a invalidade do mandato judicialmente decretada. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

§ 2o A pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbia poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)²¹

²⁰ BRASIL. Planalto. Lei 9.099/1995. Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Artigo 8º

A capacidade núbil, No âmbito matrimonial, a capacidade núbil, que é a capacidade para se casar, é atingida aos 16 anos completos, conforme o disposto no artigo 1.517, do Código Civil/2002:

Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.

Parágrafo único. Se houver divergência entre os pais, aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 1.631.²²

Tratando-se deste tema, o Estatuto da Pessoa com Deficiência trouxe inovações de suma importância à legislação vigente pautando-se nos princípios constitucionais da isonomia e da dignidade da pessoa humana, disposto em seu artigo 6º:

Art. 6º. A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

I - casar-se e constituir união estável;

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;

IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;

V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e

VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.²³

Logo, a pessoa com deficiência, pode ser plenamente capaz, tendo o direito de se casar ou constituir união estável; de exercer seus direitos sexuais e reprodutivos; de ter um planejamento familiar (art. 226, § 7º, CF/88); de congelar seus óvulos; de fazer fertilização *in vitro*; de constituir família; de uma convivência familiar e comunitária; e do direito de guarda, tutela, curatela, e adoção (adotando ou sendo adotado).

O Estatuto da Pessoa com Deficiência modificou também outros dispositivos legais relacionados com aspectos matrimoniais, como inserção do § 2º no artigo 1.548, do Código Civil, salientando que a pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbil poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador. E em relação ao capítulo concernente ao erro essencial sobre a pessoa de um dos cônjuges, o Estatuto alertou sobre o defeito físico irremediável que autoriza a anulação do casamento como não se caracterizando como uma deficiência propriamente dita, tal redação era discriminatória e desrespeitosa em relação às pessoas com deficiência.

²¹ BRASIL. Planalto. Lei 10.406/2002. Código Civil. Artigo 1.550.

²² BRASIL. Planalto. Lei 10.406/2002. Código Civil. Artigo 1.517.

²³ BRASIL. Lei Brasileira de Inclusão. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Lei 13.146/2015. Artigo 6º.

Ademais, o Código Civil de 2002, previa no inciso IV do artigo 1.557, uma hipótese de anulação do casamento também por erro sobre a pessoa, a ignorância, anterior ao casamento, de doença mental grave que, por sua natureza, torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado. Entendia-se, por exemplo, que a esquizofrenia de que já era portador um dos cônjuges, manifestada após o casamento, e que tornasse insuportável a vida em comum, poderia propiciar na invalidade matrimonial. Porém, o Estatuto revogou expressamente tal hipótese.

4 A PESSOA IDOSA E A PESSOA COM DEFICIÊNCIA:

Na legislação vigente, pessoa com deficiência é a pessoa com impedimento a longo prazo, de natureza física, intelectual ou sensorial, conforme citado anteriormente no artigo 2º do Estatuto da Pessoa com Deficiência. E idosa é a pessoa com 65 anos ou mais, lembrando que a velhice ou senilidade, por si só, não é causa de limitação da capacidade, salvo se motivar um estado patológico que afete o estado mental e acabe privando o discernimento dessa pessoa para gerir os seus negócios ou cuidar de si mesma. Neste caso, a incapacidade advém do estado psíquico e não da velhice, conseqüentemente, caberia um pedido de interdição ou curatela²⁴.

²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto – Direito Civil Brasileiro – Parte Geral – V.1 – 2017 – p.128

5 TUTELA, CURATELA E TOMADA DE DECISÃO APOIADA:



25

Inicialmente, a tutela, a curatela e a tomada de decisão apoiada são institutos jurídicos que visam à proteção pessoal e patrimonial de determinadas pessoas.

5.1 TUTELA

A tutela é um instituto jurídico de direitos e obrigações conferidos pela lei a um terceiro, visando a administração dos bens patrimoniais de um menor em caso de falecimento dos pais, quando estes forem julgados ausentes ou em caso de ausência do poder familiar, cabendo ao tutor resguardar pela educação, defesa, prestação de alimentos ao menor e adimplir os demais deveres, que normalmente cabem aos pais, com zelo e boa fé.

Os tutores são obrigados a prestar conta da sua administração. E a tutela cessa com a maioridade, ou com a emancipação do menor, ou quando cair sob o poder familiar por reconhecimento ou adoção.

²⁵ <https://andreaaraujoadvocacia.jusbrasil.com.br/artigos/590688305/direito-assistencial-tutela-curatela-e-tomada-de-decisao-apoiada>

5.2 CURATELA:

A curatela é outro instituto jurídico que visa à defesa dos interesses patrimoniais e negociais dos maiores incapazes, que estejam impedidos de realizar atos da vida civil por enfermidade ou deficiência física, sendo medida protetiva extraordinária, uma vez que deixou de existir maiores incapazes, em regra, de acordo com o artigo 1.767, inciso I, do Código Civil e o artigo 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência:

Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:

I - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; ([Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015](#)) ([Vigência](#))

...²⁶

Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

§ 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

§ 2º A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado.

§ 3º No caso de pessoa em situação de institucionalização, ao nomear curador, o juiz deve dar preferência a pessoa que tenha vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado.²⁷

A curatela é sempre deferida pelo juiz, acompanhado do Ministério Público, em processo de interdição que pode ser promovido pelos pais, tutor, cônjuge (desde que não seja separado judicialmente), por parente próximo sucessível ou colateral até o quarto grau, excluídos os afins. Também na curatela deve ser observada a ordem legal para a escolha do curador, não sendo possível a escolha dentre esses, o juiz nomeará um curador dativo. Vale ressaltar que o curador deverá ser necessariamente pessoa capaz e idônea.

Art. 1.775. O cônjuge ou companheiro, não separado judicialmente ou de fato, é, de direito, curador do outro, quando interdito.

§1º Na falta do cônjuge ou companheiro, é curador legítimo o pai ou a mãe; na falta destes, o descendente que se demonstrar mais apto.

§ 2º Entre os descendentes, os mais próximos precedem aos mais remotos.

§ 3º Na falta das pessoas mencionadas neste artigo, compete ao juiz a escolha do curador.²⁸

O Estatuto da Pessoa com Deficiência acrescentou ainda o artigo 1.775-A, do Código Civil, para admitir a denominada “curatela compartilhada” em favor da pessoa com deficiência.

²⁶ BRASI. Planalto. Lei 10.406/2010. Código Civil. Artigo 1.767.

²⁷ BRASIL. Lei Brasileira de Inclusão. Lei da Pessoa com Deficiência. Lei 13.146/2015. Artigo 85.

²⁸ BRASIL. Planalto. Lei 10.406/2002. Código Civil. Artigo 1.775.

Art. 1.775-A. Na nomeação de curador para a pessoa com deficiência, o juiz poderá estabelecer curatela compartilhada a mais de uma pessoa. ²⁹

Com isso, passa a ser possível a designação de mais de um curador, simultaneamente. Porém, a “curatela compartilhada” só será viável quando visar o melhor para o curatelado. Há casos em que há uma divisão de poderes entre o curador responsável pela pessoa e outro curador responsável pelos bens do curatelado, respeitando a habilidade de cada curador para o melhor atendimento do curatelado.

5.3 TOMADA DE DECISÃO APOIADA:

A tomada de decisão apoiada é outro instituto jurídico, incluído pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência pelo artigo 1.783-A no Código Civil, que visa o auxílio da pessoa com deficiência em atos mais complexos, como a assinatura de contratos, por exemplo. Esse auxílio não é um modelo limitador da capacidade de agir, apenas ajuda a conservar a capacidade de fato e as medidas de cunho patrimonial são tidas como mero acessório.

A tomada de decisão apoiada consiste no processo pelo qual a pessoa com deficiência indica pelo menos duas pessoas idôneas e com as quais possuam vínculo de confiança para prestar-lhes apoio na tomada de decisão para certos atos da vida civil. Vale ressaltar que este instituto surge de forma concorrente à curatela, não sendo cumulativo ou substitutivo.

Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade. ³⁰

Além disso, o § 1º do artigo 1.783-A, dispõe que na formulação do pedido de tomada de decisão apoiada à pessoa com deficiência, os apoiadores devem apresentar termo constando os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, incluindo o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar. Este termo é fundamental para resguardar os direitos das pessoas com deficiência, obedecendo também o princípio da dignidade da pessoa humana.

O instituto da tomada de decisão apoiada aplica-se aos casos de pessoas que possuem algum tipo de deficiência, mas conseguem exprimir sua vontade. Um caso típico

²⁹ BRASIL. Planalto. Lei 10.406/2002. Código Civil. Artigo 1.775-A.

³⁰ BRASIL. Planalto. Lei 10.406/2002. Código Civil. Artigo 1.783-A.

é o da pessoa com Síndrome de Down, que a torna uma pessoa com deficiência, mas não acarreta, necessariamente, qualquer impedimento para a manifestação da sua vontade. De acordo como o Estatuto da Pessoa com Deficiência, essa pessoa é plenamente capaz, portanto, não está sujeita à curatela e sim à tomada de decisão apoiada, se assim quiser, conforme o § 2º do artigo 1.783-A, do Código Civil.

6 CONCLUSÃO

O Estatuto da Pessoa com Deficiência nada mais é do que um compilado de leis esparsas na Constituição Federal/88, no Código Civil/02, no Código Processual Civil/15 e outros códigos. Além de juntar todas as leis que mencionavam as pessoas com deficiência, o Estatuto fez diversas alterações em leis já existentes, bem como, revogou e criou leis com temas atuais de um novo contexto social.

A pessoa com deficiência era vista como relativamente incapaz em alguns casos e absolutamente incapaz em outros. Os Códigos visavam “proteger” as pessoas com deficiência principalmente no quesito patrimonial.

Atualmente, a sociedade vem evoluindo e se atualizando em diferentes aspectos e o Estatuto da Pessoa com Deficiência aproveitou a deixa para reformular conceitos pré-estabelecidos trazendo temas como a sexualidade, fertilidade, casamento, educação em todas as etapas da vida e o mercado de trabalho.

Dessa forma, entendemos que a deficiência não é uma doença, longe disso. É certo que, por vezes, na análise do caso concreto, a deficiência pode impedir o indivíduo de praticar certos atos da vida civil, o que nos leva aos institutos jurídicos da tomada de decisão apoiada e da curatela. Não havendo qualquer impedimento, sempre com a análise do caso concreto, a pessoa com deficiência é uma pessoa plenamente capaz de realizar os atos da vida civil, prevalecendo, então, a sua vontade de escolha e não mais a “proteção” patrimonial.

BIBLIOGRAFIA

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (coord.), Código Civil Interpretado, artigo por artigo, parágrafo por parágrafo, 2010.

DINIZ, Maria Helena - Curso de Direito Civil Brasileiro, V. 1, Teoria Geral do Direito Civil, 2012

GONÇALVES, Carlos Roberto – Direito Civil Brasileiro – Parte Geral – V.1 – 2017

STOLZE, Pablo– Artigo: O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Sistema Jurídico Brasileiro de Incapacidade Civil (<https://jus.com.br/artigos/41381/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-o-sistema-juridico-brasileiro-de-incapacidade-civil>)

TARTUCE, Flávio - Direito Civil – Lei de Introdução e Parte Geral, V. 1, 2018

TORQUES, Ricardo – Estatuto da Pessoa com Deficiência Esquematizado (<https://dhg1h5j42swfq.cloudfront.net/2019/06/18130323/Estatuto-da-Pessoa-com-Defici%C3%Aancia-Esquematizado-vp.pdf>)

VENOSA, Sílvio de Salvo – Direito Civil – Parte Geral – V. único - 2017

<https://andreaaraujoadvocacia.jusbrasil.com.br/artigos/590688305/direito-assistencial-tutela-curatela-e-tomada-de-decisao-apoiada>

<https://gife.org.br/lei-brasileira-da-inclusao-em-versao-comentada-e-publicada-pela-fundacao-feac/>

<https://jmacedorbadv.jusbrasil.com.br/artigos/759474968/voce-sabia-que-idosos-e-pessoas-com-deficiencia-podem-ter-ate-90-de-desconto-em-fraldas?ref=feed>

<https://jus.com.br/artigos/62737/da-capacidade-civil-e-implicacoes-atuais>

<https://marcellamss.jusbrasil.com.br/artigos/762318521/posso-me-aposentar-mesmo-sem-contribuir-para-o-inss?ref=feed>

<https://nacoesunidas.org/acao/pessoas-com-deficiencia/>

<https://santosvalter.jusbrasil.com.br/artigos/751397024/beneficio-assistencial-ao-idoso-ou-deficiente-carente-bpc-especie-b87-e-b88?ref=feed>

<https://thaiscirillo.jusbrasil.com.br/artigos/754755717/a-aposentadoria-especial-da-pessoa-com-deficiencia-e-a-lei-complementar-142-2013?ref=feed>

<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/48111/a-convencao-de-nova-iorque-e-o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-ordenamento-brasileiro-e-politicas-publicas>

<https://www.maragabrilli.com.br/wp-content/uploads/2016/03/Guia-sobre-a-LBI-digital.pdf>

2^o INFORMATION SOCIETY AND LAW

FMU
CENTRO UNIVERSITÁRIO

GT - CONTRATOS ELETRÔNICOS

OS CONTRATOS ELETRÔNICOS

Silvia Regina Ali Zeitoun Revi¹

RESUMO: O constante desenvolvimento tecnológico impacta as formas de contratações. Este texto estuda como os contratos eletrônicos alterou o mundo jurídico, envolvendo as relações bancárias, responsabilidade civil e a execução processual de contratos eletrônicos, com a edição da Lei 13.775/2018. O estudo ressalta os princípios que regem os contratos eletrônicos bem como suas regras específicas, destacando os contratos bancários eletrônicos e a responsabilidade civil das instituições bancárias com relação à contratação eletrônica. A forma da contratação eletrônica também impacta o âmbito processual sobretudo em relação aos títulos executivos extrajudiciais que embora tenha sua forma vinculada merece relativização já que surge por meios virtuais, diverso do papel.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos eletrônicos; Contratos bancários eletrônicos.

ELECTRONIC CONTRACTS

ABSTRACT: The ongoing development of technology affects how we enter into contracts. This text studies how the electronic contracts has changed the way, involving banking, civil responsibility and procedural execution of electronic contracts with the edition of the Law 13.775/2018. The study highlights the principles governing electronic contracts as well as their specific rules highlighting electronic banking contracts and the civil liability of banking institutions with regard to electronic procurement. The form of electronic contracting also impacts the procedural scope especially regarding extrajudicial executive titles that although it has its linked form deserves relativization since it arises by virtual means, different from the paper.

KEYWORDS: Electronic contracts; Electronic bank contracts.

¹ Mestranda em Direito pela UNIVERSIDADE UNINOVE. Pós graduada em Gestão Pública pela UNIVERSIDADE CRUZEIRO DO SUL. Assistente Jurídica/TJ-SP. Linha de pesquisa 2: Empresa, Sustentabilidade e Funcionalização do Direito.

INTRODUÇÃO: OS CONTRATOS ELETRÔNICOS

O contrato eletrônico é constituído pelo encontro de uma oferta de bens (produtos e serviços) que se expressa de forma audiovisual por meio de rede privada ou pública de telecomunicações, sobretudo com o uso de equipamento específico e de identificação própria, seguida de uma aceitação interativa. Eletrônico é apenas o meio utilizado pelas partes para conjugar e formalizar a celebração do ajuste de vontades, caracterizando-se os equipamentos de informática como instrumentos destinados à concretização de declarações, a partir das quais surge a vinculação obrigacional de uma pessoa a uma outra.

A oferta e a aceitação partem da conjugação do uso de uma tecnologia diferenciada. O contrato eletrônico não difere de um contrato comum em sua essência o que existe na realidade é a utilização de um meio diferente que conjuga o ajuste de vontades por meio da informática que irá concretizar declarações de vontade negociais, com o uso do computador a partir de cliques, do fornecimento de senhas, da utilização de biometria e assim por diante, existindo um novo meio para atividade empresarial.

Há o surgimento de um novo suporte para a atividade empresarial, sobrevindo um novo mercado, em que além de substituir o papel e a voz, cria um novo “locus”, capaz de aproximar pessoas distantes e viabilizar negócios antes impossibilitados em virtude de dificuldades físicas (geográficas), o que evidentemente se conjuga com a superação de limites territoriais (globalização ou mundialização) e com uma nova velocidade na consecução de negócios. Facilitada a celebração e a documentação do contrato, surge a desmaterialização do contrato, com o chamado “e-commerce”.

Antes as pessoas só se aproximavam a partir de uma conjugação em razão da aproximação geográfica. O indivíduo tinha que se deslocar de um local para outro, ainda que a contratação fosse realizada com uso de tecnologias analógicas como o caso do telefone, das cartas escritas, fax, etc.. Atualmente é possível o papel e a voz em transferência de mensagens por via do computador ou sistema de internet, superando-se as dificuldades geográficas para atingir muito mais pessoas, criando-se com isso a possibilidade de se expandir os mercados de atuação entre os empresários. Assim, um empresário chinês pode mandar mercadorias para um consumidor paulista por via de remessa comum, por meio de uma contratação pelo computador. A expansão de mercados tem um grande impacto em termos de concorrência e de facilidades, fazendo surgir espécies diferenciadas de comércio como é o caso do *e-commerce*. A documentação do contrato passa a ser feita por arquivos digitais, com manifestações de vontade por formas distintas daquelas conhecidas tradicionalmente.

A maneira de contratar se transformou e o Direito não pode ignorar tal realidade e em havendo a alteração da lei e da jurisprudência o seu estudo não pode ser ignorado.

ESPÉCIES DE CONTRATOS ELETRÔNICOS

Segundo professor Rafael Illescas Ortiz, da Universidade Carlos III de Madrid, os contratos eletrônicos podem ser classificados nos seguintes grupos:

Contratos eletrônicos sistêmicos: Utilizados no âmbito interempresarial, em redes fechadas de comunicação, com o uso de aplicativos previamente programados, para viabilizar operações de atacado. Operações caracterizadas, principalmente, pelo uso do chamado EDI (Electronic Data Interchange), permitindo uma interação imediata entre equipamentos, inclusive com a possibilidade de consentimento automático e emitido por máquinas (o estoque de uma mercadoria abaixo de um nível mínimo implica a imediata requisição perante o fornecedor pelo equipamento que controla o estoque). Há um comando inicial e a partir dele outras contratações vão se seguindo. Essa modalidade contratual tem maior incidência para contratos de fornecimento.

Contratos eletrônicos interpessoais: Celebrados a partir de comunicação direta entre as partes, com o uso de “e-mail”, videoconferência ou salas de conversação, expresso o consentimento de maneira direta. Podem ser simultâneos (em tempo real) ou não simultâneos, estabelecido certo espaço de tempo entre a oferta e a aceitação.

Nos contratos eletrônicos interpessoais, a comunicação entre as partes, pessoas físicas ou jurídicas, opera-se por meio do computador, tanto no momento da proposta, quanto no momento da aceitação e instrumentalização do acordo. Geralmente este tipo de contrato é feito por meio de correio eletrônico (e-mail, videoconferência ou salas de conversão, chats).

Este contrato pode ser simultâneo, quando celebrado em tempo real, *on-line*, por exemplo, contrato realizado em sala de conversação ou vídeo conferência, sendo que desta forma as partes são consideradas como presentes. O não simultâneo ocorre quando a manifestação de vontade de uma das partes demora mais ou menos longo tempo, como por exemplo, realizado por correio eletrônico, que pode ser equiparado ao contrato entre ausentes.

Contratos eletrônicos interativos: Celebrados a partir da utilização de rede informática aberta (Internet), com a adesão a uma oferta destinada ao público em geral, veiculada em sítios previamente arquitetados para tanto (sítio ou loja virtual), cabendo ao interessado a aceitação pura e simples. Este contrato também é conhecido por contrato de clique ou *clickwrap*, pois é com clique do mouse que o consumidor concorda com os termos do contrato.

Contratos eletrônico *off line*: trata-se de contratos celebrados a partir do acesso a um ambiente fechado, por meio de habilitação especial física e antecedente cadastramento como cliente associado a um determinado fornecedor de bens. Esse contrato é o principal

instrumento no âmbito bancário, que exige uma habilitação prévia do cliente que entra no ambiente eletrônico programado que reconhece a sua identidade a fim de disponibilizar as contratações.

PRINCÍPIOS QUE REGEM OS CONTRATOS ELETRÔNICOS

1. Identificação precisa dos celebrantes, nos termos do art. 1º, I e 2º, III, do Decreto 7.962/2013, que regulamenta o *e-commerce*, segundo as regras do CDC, e o art. 5º da Diretiva 2000/31, da União Europeia.

2. Autenticação eletrônica: A identificação dos celebrantes deve se dar por meio de autenticação com uso de senhas e assinaturas eletrônicas, confirmação biométrica ou qualquer outro meio capaz de confirmar a sua identificação. A autenticação é absolutamente necessária no âmbito eletrônico, já que não há a presença física das pessoas. Assim, utilizam-se cartões de *token* com a alteração periódica da sequência numérica ou alfanumérica a fim de que o sistema se torne seguro com relação à legitimidade daquele que realiza o contrato eletrônico.

3. Armazenamento em meio eletrônico: esse princípio visa ao armazenamento de dados, com disponibilidade para verificação futura, para fins de comprovação da contratação eletrônica. Para tanto o sistema bancário utiliza a tecnologia de congelamento de arquivos digitais, consistente em um sistema de bloqueio que permite a utilização do arquivo digital sem ser possível a sua alteração, possibilitando a prova inequívoca da contratação e de suas características.

4. Especificação de informações exatas: os contratos eletrônicos devem descrever acerca da qualidade dos bens, produtos ou serviços expostos para negociação. Tal exigência está prevista no Decreto nº 7.962/2013 que regulamenta o *e-commerce* e visa a garantir o fornecimento de informações perfeitas ao contratante que é o destinatário da oferta. Qualquer oferta de produtos ou serviços disponibilizados em mercado precisa ser individualizada de maneira perfeita evitando confusões. O art. 5º do mencionado Decreto prevê a possibilidade de arrependimento com a desistência do contrato, de maneira semelhante ao previsto no CDC no âmbito também das contratações eletrônicas, havendo assim a possibilidade do consumidor desfazer o negócio, sob o fundamento de ausência de informações sobre as especificações do produto, disponibilizadas pelo fornecedor.

5. Privacidade: os contratos eletrônicos são informados pela vedação da divulgação a terceiros acerca dos dados disponibilizados para que o ajuste de vontade seja concretizado. Assim qualquer utilização de dados para outra finalidade que não a contratação originária é vedada e deve ser coibida pelo sistema.

REGRAS ESPECÍFICAS DA CONTRATAÇÃO ELETRÔNICA

Sobre a contratação eletrônica, podemos destacar os seguintes princípios jurídicos:

Equivalência funcional: dispõe que a função jurídica dos contratos eletrônicos não é só expressada pela antiga instrumentalização escrita ou por eventual expressão oral. É cumprida também com a mesma validade e eficácia pela instrumentalização eletrônica, ou seja, por meio de envio de dados digitais independentemente do conteúdo, dimensão, alcance e finalidade do ato a ser instrumentalizado.

Os meios eletrônicos são instrumentos que cumprem a função prática de aproximar as pessoas, mas sua função não é diferente em termos jurídicos da função que era exercida pela linguagem escrita ou pela linguagem oral.

Em termos de direito privado as regras antigas continuam vigentes, no entanto é preciso adaptar a contratação eletrônica às regras privadas atuais, que são normas que continuam válidas por força do princípio da conservação das normas jurídicas existentes. Assim, as novidades introduzidas pelo *e-commerce* não implicam a modificação social do direito privado existente, surgindo apenas novas regras de adequação com relação à interpretação da norma já estabelecida.

Neutralidade tecnológica: esse princípio propõe que as regras próprias do *e-commerce* não de ser aplicadas a partir de quaisquer tecnologias, atuais ou futuras, disponíveis no mercado, pouco importando a potencial emulação de documentos escritos e o uso da biometria ou qualquer avanço ainda não vislumbrado ou esperado. A potencial alteração de tecnológica não esperada não é capaz por si só de alterar as regras do direito privado para as contratações eletrônicas.

Primado da boa fé: a boa fé objetiva, prevista no art. 422 do Código Civil rege a execução de todos os negócios, merecendo grau superior de respeito quanto aos contratos eletrônicos, pois as relações dos intervenientes em meio digital só podem subsistir a partir de um exercício de confiança recíproca. É preciso que as pessoas tenham um comportamento ilibado, marcado pelo respeito às regras da boa fé.

Reiteração da liberdade de contratar: apesar dos limites mais reduzidos de expressão em certos ambientes digitais, o suporte eletrônico não exclui a liberdade de pactuar em maior grau em relação à uma contratação verbal ou a partir de um instrumento comum. Os limites impostos para a contratação realizada em uma agência bancária também devem ser estabelecidos para uma contratação eletrônica.

Construção de um direito uniforme “eletronificado”: a disseminação do uso da eletrônica impõe um tratamento uniforme nas diferentes partes do globo terrestre, potencializando a celebração de convenções internacionais ou alteração daquelas já existentes, como é o caso da Convenção de Viena de 1980, que cuida da venda

internacional de mercadorias, que já sofreu alteração para se adaptar às contratações eletrônicas.

CONTRATOS BANCÁRIOS ELETRÔNICOS

O ramo bancário sempre teve uma atuação muito destacada com relação às evoluções tecnológicas e sistêmicas relativas à formação de oferecimento da prestação de seus serviços, com uso intensivo da tecnologia, para reduzir custos, intensificar sua atividade de intermediação de fluxos financeiros e fornecer de crédito. A posição de vanguarda do mercado bancário com relação à tecnologia aplicada pode ser verificada com a proliferação de caixas eletrônicos, implementação do uso do *internet banking*, entre outros, que possibilitaram o alargamento das contratações eletrônicas.

Por meio da celebração do contrato quadro (conta corrente), conceito esse dado pelo Professor Português, José Engrácia Antunes, é possível fixar ou somar outras contratações, com fornecimento de documentos e entrega de meios de identificação (cartão magnético e senhas), seguindo-se a possibilidade de serem celebrados outros contratos, voltados a operações diversificadas. Assim, é possível que o correntista realize outras contratações a partir do contrato quadro.

O Conselho Monetário Nacional, que é quem tem competência para expedir normas regulatórias da mais alta hierarquia, nos termos do art. 4º, VIII, da já citada Lei 4.595/1964 ao atualizar o texto da Resolução 4.480, de 25 de abril de 2016 (art. 2º, caput), autorizou as instituições financeiras, por meio da edição da Resolução n.º 4.697, de 27 de novembro de 2018, a promoverem a abertura de contas de depósitos por meio eletrônicos, sem limitações.

Anteriormente havia limitação de contratação eletrônica apenas por pessoas físicas e microempresas. A partir de 27.11.2018, a edição da mencionada resolução ampliou a legitimidade para contratação digital de abertura de contas de depósitos por meio eletrônico, para incluir as pessoas jurídicas. Tal fato cria uma potencial expansão e viabiliza os bancos sem agências de maneira expressiva como vemos atualmente, com projeção de crescimento desse tipo de seguimento. O art. 4º da resolução referida ainda prevê a possibilidade dos bancos fazerem a colheita de assinaturas eletrônicas com controle por conferência, com cruzamento de dados, ou seja, o cliente pode remeter os seus documentos via internet para abertura da conta, sem a necessidade de comparecimento a qualquer lugar, pois a abertura da conta é prevista na forma digital. Nesse caso o banco de dados interage para a abertura e encerramento das contas, por via exclusiva de internet.

A Resolução n.º 4.697/18 ainda previu o encerramento de contas por via exclusivamente digital, submetendo-se as instituições à possibilidade de constante fiscalização do Banco Central para confirmar a segurança das práticas (artigos 4º e 7º da Resolução n.º 4480/2016)

A Resolução 4.480/2016 em seus artigos 4º e 7º faz menção de que o Banco Central do Brasil fará auditoria sobre o *software* dos bancos e também sobre a segurança da manutenção dos arquivos digitais, incluindo a tecnologia de congelamento de arquivos (*blocking*)

Assim, estão viabilizadas, com amplitude total e completa, as contratações bancárias por via eletrônica, inclusive com o surgimento de bancos sem agências, instituições capazes de manter relacionamento com seus clientes por meio da utilização da tecnologia trazida pela informática. Deste modo, o correntista poderá por meio de um computador ou até mesmo de um celular emitir declarações volitivas. Por meio de um clique de computador ou de um celular é possível que o cliente solicite um crédito e realize operações disponibilizadas sempre sob a forma de adesão e conforme variações já predispostas pelo banco, vinculando-se a elas.

CONTRATO ELETRÔNICO COMO TÍTULO EXECUTIVO

A taxatividade do rol dos títulos executivos extrajudiciais confronta com a realidade da contratação eletrônica, surgindo como dificuldade prática relevante, a inviabilidade do acréscimo de testemunhas instrumentais (art. 784, III, do CPC/15).

A contratação feita com assinatura eletrônica é aquela realizada com o uso de senhas alfanuméricas, códigos de acesso, chaves públicas com sequências específicas e individuais de bits, que tem a segurança superior ou equivalente à tradicional firma exarada sobre papel.

A assinatura eletrônica, intrínseca aos contratos eletrônicos, foi discutida em um caso concreto levado ao Superior Tribunal de Justiça de maneira diferenciada. Nesse ponto, importante destacar o art. 10, da Medida Provisória n.º 2200/2001, que dispõe que se presumem verdadeiros em relação aos signatários as declarações feitas sob forma eletrônica. Esse artigo deu origem ao julgamento proferido pelo pela 3ª turma do STJ, em 15.05.2018, recurso especial 1.495.920 DF, relatado pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, em que foi admitida a contratação eletrônica a fim de caracterizá-la como título executivo, utilizando-se a assinatura digital aferida com criptografia assimétrica. Do mencionado julgado extrai-se que:

“2. O rol dos títulos executivos extrajudiciais, previsto na legislação federal em “*numerus clausus*”, deve ser interpretado restritivamente, em conformidade com a orientação da jurisprudência desta Corte Superior.

3. Possibilidade, no entanto, de excepcional reconhecimento da executividade de determinados títulos (contratos eletrônicos) quando atendidos especiais requisitos, em face da nova realidade comercial com o intenso intercâmbio de bens e serviços em sede virtual.

4. Nem o Código Civil, Nem o Código de Processo Civil, inclusive o de 2015 mostram-se permeáveis à realidade negocial vigente e especialmente à revolução tecnológica que tem sido vivida no que toca aos modernos meios de celebração de negócios, que deixaram de se servir unicamente do papel, passando a se consubstanciar em meio eletrônico.

5. A assinatura digital de contrato eletrônico tem a vocação de certificar, por meio de terceiro desinteressado (autoridade certificadora), que determinado usuário de certa assinatura a utilizara e, assim, está efetivamente a firmar o documento eletrônico e a garantir serem os mesmos os dados do documento assinado que estão a ser sigilosamente enviados. 6. Em face destes novos instrumentos de verificação de autenticidade e presencialidade do contratante, possível o reconhecimento da executividade dos contratos eletrônicos.”

RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS

Os danos patrimoniais derivados da atuação dos “hackers” constituem uma das maiores preocupações do sistema bancário como um todo, estando o Banco Central do Brasil encarregado de fiscalizar as instituições que atuam no sistema financeiro, em especial se elas adotam medidas de salvaguarda necessárias à atuação de criminosos e à perda ou adulteração de dados.

De toda sorte, é sempre aplicável a Súmula 479 do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe “As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias”

As instituições financeiras têm uma atividade eminentemente profissionalizada e devem tomar todas as providências possíveis para evitar algum tipo de fraude. Caso ela não tenha em seu sistema eletrônico meios para evitar fraudes, a orientação é que ela não se utilize desse meio eletrônico para contratações, já que sua responsabilidade tem natureza objetiva, ou seja, basta a comprovação do dano patrimonial concretizado e o nexo de causalidade adequado, que haverá o dever de indenizar, dispensando-se a discussão da culpa em situação de fraude.

DESCONTO BANCÁRIO E A DUPLICATA ESCRITURAL: O POTENCIAL IMPACTO DA LEI 13.775, DE 20 DE DEZEMBRO DE 2018

Em 21 de dezembro de 2018, foi publicada a Lei 13.775, com a previsão do início de sua vigência para o final do prazo de cento e vinte dias, tendo seus impactos imediatos. Mencionada lei inovou no sentido de admitir a expedição da duplicata na forma escritural materializando-se a cártula num arquivo magnético, em paralelo com a manutenção da possibilidade do saque e da emissão da duplicata em meio físico (em papel).

A duplicata consiste em um título de crédito endossável e causal, sempre sacado em decorrência de uma relação comercial, que contém uma ordem de pagamento relativa ao preço de mercadoria vendida (mercantil) ou de serviço prestado (de prestação de serviços), não podendo ter como suporte qualquer outra espécie de contratação, como por exemplo uma relação locatícia. Sua regência legal foi mantida pela Lei 13.775/18, não se cogitando de revogação ou derrogação da Lei 5.474/1968.

Segundo a lei mencionada, a emissão da duplicata escritural deve ser feita mediante *“lançamento em sistema eletrônico de escrituração gerido por quaisquer das entidades” (...)* *“autorizadas por órgão ou entidade da administração federal direta ou indireta”* (artigo 3º, “caput” e § 1º da Lei 13.775). É, portanto, elaborado um arquivo digital e promovida sua remessa a uma das entidades autorizadas, que assume a função de gestor do sistema eletrônico, que estará encarregada de anotar (escribirar) a apresentação do título (feita sempre por meio eletrônico – artigo 12, §1º da Lei 13.775), o aceite, a recusa e devolução sem aceite (feita sempre por meio eletrônico – artigo 12, §2º da Lei 13.775), o endosso e o aval (estes últimos dependentes de declaração volitiva enviada à entidade certificadora), além dos dados atinentes ao negócio subjacente, ou seja, à venda ou à prestação de serviços (sobretudo, a efetiva entrega da mercadoria ou prestação do serviço), comunicando os atos ao devedor e demais interessados (mas a forma de comunicação ainda será definida em regulamento).

A duplicata, seja de prestação de serviços ou de venda de mercadorias, é largamente utilizada em operações de desconto. Os bancos devem manter uma ou várias entidades certificadoras, que, neste caso, devem funcionar com a autorização do Banco Central do Brasil (apesar do texto legal não ostentar uma direta referência a esta autarquia federal), que promoverá uma espécie de oficialização do título de crédito digital, sem a qual não pode haver circulação e, nem mesmo, exigibilidade de pagamento.

Foi mantido o protesto como condição de procedibilidade da ação de execução fundada em qualquer espécie de duplicata (artigo 15 da Lei 5.474), o qual será tirado mediante a expedição de um extrato fornecido pela entidade certificadora e seu envio ao tabelião (nova redação do artigo 8º, §2º da Lei 9.492/1997, conferido pelo artigo 8º da Lei 13.775).

Os tabeliães de protesto são obrigados a manter uma “central nacional de serviços eletrônicos compartilhados”, bem como, em paralelo, a escrituração da duplicata escritural, além da recepção e distribuição de títulos para protesto (novo artigo 41-A da Lei 9.492/1997, adicionado pelo artigo 8º da Lei 13.775).

O protesto deve ser sempre promovido na praça de domicílio do devedor (sacado), “salvo convenção expressa entre as partes que demonstre a concordância inequívoca do devedor”. O sistema eletrônico mantido pela entidade certificadora substitui o Livro Registro de Duplicatas (artigo 19 da Lei 5.474/1968), que tem uma função específica no âmbito dos procedimentos falimentares.

CONCLUSÃO

O Sistema Financeiro Nacional tem função primordial no desenvolvimento do país. Os contratos bancários exercem função relevante na política monetária, pois é por meio deles que o crédito é difundido no mercado, disponibilizando moeda aos agentes econômicos.

A evolução tecnológica aos longos dos últimos 30 anos teve impacto significativo nas relações bancárias. O Banco Central do Brasil, como braço operacional do Conselho Monetário Nacional, já expediu diversas resoluções visando à atualização dos contratos bancários eletrônicos com objetivo de regulamentar as contratações virtuais, como é o caso das Resoluções n.ºs 4.480/2016 e 4.697/18.

O sistema bancário atua de forma vanguardista, implementando tecnologias inovadoras com vistas à modernização de seus serviços. No entanto, o sistema de salvaguardas também deve ser aprimorado na medida em que as inovações surgem, já que as fraudes se desenvolvem com a mesma velocidade da evolução tecnológica.

Os princípios que regem as contratações eletrônicas são de suma importância, inclusive para fins probatórios, já que em caso de questionamentos judiciais a responsabilidade da instituição bancária é objetiva, nos termos da súmula 479 do Superior Tribunal de Justiça.

A alteração da realidade fática do modo de contratação requereu mudanças do ordenamento jurídico com relação à análise dos títulos executivos, sob o ponto de vista processual. Assim, a contratação eletrônica também passa a ser aceita como título executivo extrajudicial, alterando o paradigma de interpretação pelos Tribunais, além de fazer exsurgir a Lei n.º 13.775 de 20.12.2018, que dispõe sobre a emissão de duplicata sob a forma escritural, alterando a Lei n.º 9.492, de 10 de setembro de 1997.

As inovações tecnológicas são mutantes, sem prazo de validade, o que exige alargamento de entendimento a cada inovação em todas as áreas, sobretudo a jurídica, sob pena de o direito ignorar a realidade e suas regras se tornarem ineficazes.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Ronaldo Alves de. Contrato eletrônico no novo código civil e no código do consumidor. Barueri: Manole, 2004.

ANTUNES, José A. Engrácia. Direito dos Contratos Comerciais, Coimbra, Almedina, 2009.

BARBAGALO, Erica Brandini. Contratos eletrônicos: contratos formados por meio de redes de computadores: peculiaridades jurídicas da formação do vínculo, São Paulo: Saraiva, 2001.

BOIAGO JÚNIOR, José Wilson. Contratação eletrônica: aspectos jurídicos. 1^a ed. Curitiba: Juruá, 2006.

LAWAND, Jorge José. Teoria geral dos contratos eletrônicos. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2003.

ORTIZ, Rafael Illescas. Derecho de la contratación electrónica. Madrid: Civitas, 2009.

2^o INFORMATION SOCIETY AND LAW

FMU
CENTRO UNIVERSITÁRIO

GT - NOVA EMPRESARIALIDADE E
DIREITOS HUMANOS

A PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO E O PAPEL DAS EMPRESAS DE GAMES NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Rafael Rizzi¹

RESUMO: O presente trabalho busca identificar e analisar as práticas adotadas pela empresas transnacionais que integram o setor de jogos digitais em sua dinâmica produtiva sob o paradigma da nova empresarialidade e da dimensão social da globalização. No desenvolvimento do presente artigo foi utilizada a metodologia hipotética-dedutiva, sendo também realizada uma revisão da literatura acerca do tema, considerando, em uma perspectiva crítica, a flexibilização e a precarização das relações de trabalho no contexto da nova economia digital.

Palavras-chave: Sociedade da informação, Empresarialidade, Precarização, Videogames.

THE PRECARIOUSNESS OF WORK AND THE ROLE OF GAME COMPANIES IN THE EFFECTIVENESS OF HUMAN RIGHTS

ABSTRACT: The present work seeks to identify and analyze the practices adopted by transnational companies that integrate the digital games sector in their productive dynamics under the paradigm of new entrepreneurship and the social dimension of globalization. In the development of this article, the hypothetical-deductive methodology was used, and a literature review was also performed, considering, in a critical perspective, the flexibility and precariousness of labor relations in the context of the new digital economy.

Keywords: Information society, Entrepreneurship, Precariousness, Video games.

¹ Mestrando em Direito da Sociedade da Informação no Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Pós-graduado em Direito Civil pela PUC Minas. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Advogado.

INTRODUÇÃO

A indústria de games tem se tornado a cada dia uma parte mais significativa do mercado global de entretenimento, seus produtos, que até poucas décadas atrás eram produzidos de forma amadora e quase experimental por entusiastas de tecnologia em empresas de garagem, hoje possuem um processo produtivo muito mais complexo, contando com diversas equipes de profissionais multidisciplinares especializadas em roteirização, programação, criação de arte dentre muitas outras.

Acompanhando a complexificação de sua produção, a estrutura empresarial também cresceu e hoje gera lucros tão ou mais expressivos que setores como o cinema e a televisão, neste cenário as empresas que atuam no setor de games se tornaram cada vez mais competitivas em busca de uma parcela maior do mercado consumidor, em busca destes objetivos, algumas empresas estabelecem regimes de trabalho que priorizam o cumprimento de metas e o retorno financeiro daquele produto em detrimento do bem-estar de seus funcionários.

Desta forma, a flexibilização das relações de trabalho de um lado proporciona facilidades para as grandes empresas transnacionais na competição pelo mercado de consumo global e de outro impõe exigências mais severas, salários mais baixos, jornadas maiores e um cenário mais competitivo e muitas vezes pouco recompensador aos seus funcionários, aumentando as incertezas de emprego na medida em que diminui direitos.

Tais questões envolvendo grandes empresas transnacionais e violações aos direitos humanos se tornaram, principalmente no século XXI, importantes itens de pauta em organizações internacionais como a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização Internacional do Trabalho (OIT), contando com projetos como o Relatório Ruggie sobre as responsabilidades das Empresas Transnacionais com relação aos Direitos Humanos em suas atividades.

O estabelecendo da ideia de um novo paradigma para a empresarialidade, fundada nos deveres de proteção contra abusos contra os direitos humanos por empresas, por meio de políticas e regulamentos, da imposição de uma a responsabilidade independente para as empresas de respeitar os direitos humanos e para enfrentar os impactos negativos de suas ações proporcionando recursos de reparação efetiva, se mostra importante para a criação de padrões éticos e valores objetivos para sua atuação no ramo dos negócios.

Nesta perspectiva a indústria global de jogos digitais, um dos setores de fronteira e também um dos mais lucrativos da indústria da tecnologia, se vale de práticas que merecem ser analisadas de forma crítica com relação ao papel das empresas na efetivação dos direitos humanos no curso do processo de criação dos produtos do mercado de games,

tendo em vista o estabelecimento de um conjunto de princípios éticos e valores objetivos no desenvolvimento de sua atividade.

A PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO NA NOVA ECONOMIA DIGITAL

No século XX o sistema internacional capitalista passou por grandes mudanças, principalmente no período pós-Guerra fria, quando a comunidade internacional acompanhou a passagem de um sistema bipolar de partição do poder, para um sistema orientado para a multipolaridade, um contexto em que diversos atores não estatais como as organizações não governamentais, os indivíduos e, principalmente, as grandes corporações internacionais passaram a ocupar um lugar de destaque no plano internacional.²

Começou a se desenvolver uma nova fase do capitalismo contemporâneo, caracterizada pela “acumulação flexível” e pela circulação mundial do capital, num processo revolucionário cujos efeitos atingem sobretudo o desenvolvimento tecnológico e as relações de trabalho, possibilitando uma drástica redução de custos para o primeiro e uma flexibilidade aliada a desregulamentação, vindo a tornar-se precarização para a segunda.³

Os Estados nacionais, anteriormente fortes e capazes de regular de forma mais ou menos rígida os trânsitos internacionais do capital cedem cada vez mais espaço as grandes corporações internacionais.

As mudanças nas forças sociais vêm formando, por exemplo, uma classe global de executivos que tem suas próprias ideologias, estratégias e instituições de ação coletiva. Os membros dessa classe transnacional não envolveriam apenas os executivos das multinacionais, como também os oficiais das agências internacionais e membros burocráticos dos governos, que, de alguma forma, estão ligados à produção internacional. Em tempos de globalização, o combalido Estado nacional está totalmente submetido à economia capitalista mundial e aos interesses das classes dominantes transnacionais.⁴

A Sociedade da informação traz novos paradigmas no mundo do trabalho, onde o modelo fordista-taylorista é substituído por formas de flexibilização da produção frutos do neoliberalismo, ou seja, da ideia de que “o bem-estar humano pode ser melhor

² CASTRO, Thales. **Teoria das relações internacionais**. Brasília: FUNAG, 2012. p.456.

³ SPINELLI, José Antonio; LYRA, Rubens Pinto. Capitalismo de acumulação flexível e as categorias gramscianas. **Revista Cronos**, v. 8, n. 2, p. 567-587. 2007. Disponível em <https://periodicos.ufm.br/inde-x/cronos/article/view/1856>. Acesso em 12 Set. 2019.

⁴ SARFATI, Gilberto. **Teoria das Relações Internacionais**. São Paulo, SP: Saraiva, 2005, p.255.

promovido liberando-se as liberdades e capacidades empreendedoras individuais no âmbito de uma estrutura institucional caracterizada por sólidos direitos a propriedade privada, livres mercados e livre comércio”.⁵

Neste contexto o mundo do trabalho, fortemente impactado pelo desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação (TICs), se modificou de forma bastante sensível, principalmente nos países em desenvolvimento, levando a uma diminuição da classe operária industrial tradicional, em razão de fatores como o avanço da automação industrial e as mudanças no próprio mercado consumidor, gerando um ecossistema de precariedade do trabalho com regimes de exploração vinculados à economia informal.

Enquanto a flexibilidade para o capital envolve a competição macroeconômica exigindo capacidade reorganizativa das empresas ante as flutuações do mercado, por outro lado, para o trabalhador, isto significa precarização, maiores exigências profissionais, baixos salários, jornadas prolongadas, eclosão de novas doenças e reaparecimento de velhas doenças em um novo cenário de acentuado individualismo. Assim, a precarização transformou o trabalho em emprego com incertezas, sem direitos ou com poucos direitos.⁶

VIOLAÇÕES AOS DIREITOS HUMANOS NA INDÚSTRIA DE JOGOS DIGITAIS

O desenvolvimento de videogames é uma atividade bastante complexa que envolve habilidade tecnológicas, artísticas e redacionais bastante desenvolvidas, além de uma capacidade de gestão de projetos e de pessoas bastante eficiente.

Em busca de operacionalizar tal tarefa as grandes empresas de videogames contratam grandes equipes multiprofissionais buscando oferecer inovação e entretenimento para um mercado cada vez mais competitivo que, em 2010, já contava com uma base instalada no país de mais de 20 milhões de consoles, uma média de 1 console para cada 10 brasileiros.⁷

O setor que apresenta lucros que muitas vezes ultrapassam os de produções cinematográficas em curto período de vendas, alguns deles ganhando destaque na mídia

⁵ HARVEY, David. A produção capitalista do espaço. São Paulo, SP: Annablume, 2005, p.7.

⁶ BARRETO, Margarida Maria Silveira; HELOANI, José Roberto Montes. Da violência moral no trabalho à rota das doenças e morte por suicídio. **Trabalho e saúde: a precarização do trabalho e a saúde do trabalhador no Século XXI**. São Paulo: LTr, p. 173-184, 2011. p.174.

⁷ SCHMIDT, Albano Francisco; GONÇALVES, Oksandro Osdival. Fomentando a legalidade e a estabilidade do mercado de videogames no Brasil: em busca da nomenclatura correta, da igualdade e tributária e do preço justo. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 12, n. 16, 2014. Disponível em <http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/view/205>. Acesso em: 17 Set. 2019.

como por exemplo o sucesso de vendas do título “Call of Duty: Modern Warfare 3”⁸ que ultrapassou a marca de 775 milhões de dólares em apenas cinco dias de seu lançamento.⁹

A indústria de videogames, além de extremamente lucrativa, é reconhecida como um mercado para países como China, Estados Unidos e Japão que preveem uma movimentação de 128,5 bilhões de dólares até 2020, chegando a alcançar, aproximadamente, 28,4% da população mundial no mesmo ano.¹⁰

Com o objetivo de manter esta trajetória de sucesso e tornar tais previsões realidade as desenvolvedoras de videogames impõe aos seus funcionários condições extremas de trabalho, se valendo do fato de que muitos dos que trabalham no setor também são fãs de videogames e os utilizam em seus momentos de lazer. O que possibilita a criação de uma narrativa meritocrática onde a autorealização profissional está mais associada a possibilidade de criar um produto de que se orgulhem do que por melhores salários ou condições de trabalho.

A criação de uma nova indústria de alta tecnologia exigiu capital para recrutar e cultivar uma nova força de trabalho digitalmente qualificada, cujo controle requer técnicas que partem dos modelos fordista e taylorista. Isso envolve um alto grau de 'suaves' coerções, cooptações 'legais' e exploração disfarçada. Mas o trabalho multimídia provavelmente oferece a alguns homens (e muito poucas mulheres) um trabalho mais gratificante do que as linhas de montagem às quais eles poderiam ter sido expedidos uma geração atrás.¹¹

Este fenômeno pode ser percebido tanto no desenvolvimento dos “softwares” como dos “hardwares” do setor de videogames, não sendo algo apenas dos últimos anos, pois, na década de 1990, foi bastante emblemático o caso da empresa Maxi-Switch, uma companhia que fabricava teclados, painéis de controle para equipamentos de ginástica, cartuchos e placas de circuito para consoles de videogames.

⁸ ACTIVISION, **Call of Duty: Modern Warfare 3**. Santa Monica: Activision. 2011. Jogo eletrônico.

⁹ ROSE, Mike. **Modern Warfare 3 Grosses 775M Worldwide in 5 Days**. Gamasutra, 17. Nov. 2011. Disponível em www.gamasutra.com/view/news/38619/Modern_Warfare_3_Grosses_775M_Worldwide_In_5_Days.php Acesso em 10 Set. 2019.

¹⁰ DIGI-CAPITAL. **Games software/hardware over \$150B in 2017, \$200B by 2021, record \$2.8B invested**, 2017. Disponível em <https://www.digicapital.com/news/2017/07/games-softwarehardware-over-150b-in-2017-200b-by-2021-record-2-8b-invested/#more-1821>. Acesso em 15 Set. 2019.

¹¹ Tradução livre de “The creation of a new high-technology industry has required capital to recruit and cultivate a new digitally skilled workforce, whose control requires techniques that depart from Fordist and Taylorist models. This involves a high degree of 'soft' coercion, 'cool' co-option and disguised exploitation. But multimedia work probably does offer some young men (and a very few women) more rewarding work than the assembly lines to which they might have been consigned a generation ago.” em DYER-WITHEFORD, Nick. The work in digital play: Video gaming's transnational and gendered division of labour. **Journal of International Communication**, v. 6, n. 1, p. 69-93, 1999. p.79. Disponível em <https://doi.org/10.1080/13216597.1999.9751883> Acesso em 08 Out. 2019.

Nick Dyer-Witthford¹² menciona que a empresa foi fundada nos Estados Unidos da América se tornando, a partir de 1990, uma subsidiária de um conglomerado taiwanês chamado On-Lite Group, que também possuía fábricas na Malásia e na China. A partir de 1992 a empresa começou a fabricar cartuchos para a Sega Genesis e, a partir de 1993, para a Nintendo, duas das maiores empresas do setor de videogames naquele período, época em que a Max-Swtich contava com um escritório central nos Estados Unidos e centros de distribuição na Irlanda e na França, uma configuração empresarial que representa bem o perfil das grandes companhias transnacionais.

O incidente mais famosos relacionado a Maxi-Swtich ocorreu em uma planta produtiva localizada em Cananea, no México, entre 1995 e 1996, época em que a produção de consoles portáteis da Nintendo, como o “Game Boy”, estava em alta chegando a empregar, aproximadamente três mil funcionários.¹³

O estabelecimento desta planta no México teve como objetivo beneficiar a empresa com um custo operacional menor dado aos baixos salários, legislação trabalhista e ambiental mais flexível, benefícios tributários e a facilidade logística de estar próxima da fronteira com os Estados Unidos, as empresas que participavam desta estratégia produtiva recebendo o redirecionamento da produção em países em desenvolvimento buscando uma redução de custos, especialmente no caso mexicano, ficaram conhecidas como “maquiladoras”.

indústrias que produzem fora do território de onde se origina o Capital, para exportar em seguida para seu país de origem. Além de ser fruto das exportações de capitais, elas produzem para satisfazer necessidades externas, na maioria dos casos, as necessidades “dos territórios” de onde se origina esse Capital. Esse movimento do Capital, de expansão com o intuito de valorizar-se a partir da exploração do trabalho ao produzir mercadorias, para atender necessidades de outro território (seja como produção de componentes de uma mercadoria, ou a mercadoria pronta a ser consumida), no revela que, para o Capital, não há distinção de barreiras, de territórios, que não possa ser superadas. Há apenas o espaço, pronto para a extração de valor mpresas que importam peças e componentes de suas matrizes estrangeiras para que os produtos (como carros, computadores, aparelhos de som) sejam manufaturados (montados) - em geral, por trabalhadores que ganham um salário inferior ao daqueles que trabalham nas

¹² DYER-WITHEFORD, Nick. The work in digital play: Video gaming's transnational and gendered division of labour. **Journal of International Communication**, v. 6, n. 1, p. 69-93, 1999. p.80. Disponível em <https://doi.org/10.1080/13216597.1999.9751883> Acesso em 08 Out. 2019.

¹³ DYER-WITHEFORD, Nick. The work in digital play: Video gaming's transnational and gendered division of labour. **Journal of International Communication**, v. 6, n. 1, p. 69-93, 1999. p.83. Disponível em <https://doi.org/10.1080/13216597.1999.9751883> Acesso em 08 Out. 2019.

matrizes - para depois exportar o produto final para o país de origem da empresa ou para outros países em que o produto seja competitivo.¹⁴

Diante das péssimas condições de trabalho a que os funcionários eram submetidos, teve início um processo de organização dos trabalhadores para a criação de um sindicato, sendo surpreendidos com a notícia de que já estavam sendo representados pela Confederação dos Trabalhadores Mexicanos, uma organização de postura favorável as empresas e ao governo.

Na fábrica da Maxi-Switch, os trabalhadores, muitos deles meninas ainda na adolescência, trabalhavam dez horas por dia, por 3,50 dólares por dia, em uma fábrica mal ventilada. As autoridades de saúde locais relataram fazer de três a quatro viagens de ambulância por dia durante os meses de verão para resgatar aqueles que desabavam nas linhas de produção. Em 1995, os trabalhadores, liderados por uma jovem, Alicia Perez, começaram a se sindicalizar. Mais de três quartos dos trabalhadores da fábrica se inscreveram. Imediatamente após isso, Perez foi demitida após ter sido agredida com socos e derrubada no chão por bandidos a mando da empresa. Três outros líderes sindicais também foram demitidos. Em 1996 os conselhos trabalhistas mexicanos negaram o reconhecimento sindical, alegando que uma associação local (fantasma), notoriamente favorável à empresa e ao governo, a confederação de trabalhadores mexicanos (CTM) já havia assinado um acordo coletivo com o Maxi-Switch. Quando os trabalhadores pediram detalhes de seu novo representante, foram negadas as cópias de seu acordo.¹⁵

Casos de condições abusivas de trabalho envolvendo grandes empresas transnacionais do setor de videogames não se restringem a década de 1990, tampouco a produção de cartuchos ou placas de circuito, uma carta aberta escrita, em dez de novembro de 2004, por uma esposa de um dos funcionários da gigante desenvolvedora de jogos Electronic Arts Inc, conhecida popularmente como EA, ganhou notoriedade ao

¹⁴ MAZIN, Angelo Diogo. **A exportação de capitais brasileiros 2012-2014: estudo sobre as empresas "maquiladoras" brasileiras no Paraguai**. 2016. 99 p. Dissertação (Mestrado em Geografia) - Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", Instituto de Políticas Públicas e Relações Internacionais IPRI, Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Territorial na América Latina e Caribe (TerritotiAL) São Paulo, 2016. Disponível em <http://hdl.handle.net/11449/180579>. Acesso em 08 Set. 2019.

¹⁵ Tradução livre de "At the Maxi-Switch factory the workers, many of them young girls in their teens, work ten-hour days for US\$ 3.50 a day in a poorly ventilated factory. Local health officials reported making three to four ambulance trips a day during the summer months to rescue those who collapsed on the production lines. In 1995 the workers, led by a young woman, Alicia Perez, began to unionise. More than three-quarters of workers in the plant signed up. Immediately following this Perez was fired after reportedly being punched and knocked to the floor by company thugs. Three other union leaders were also fired. In 1996 the Mexican labour boards denied the union recognition on the grounds that a (phantom) local of the notoriously company-friendly, pro-government Mexican Workers Confederation (CTM) had already signed a collective contract with Maxi-Switch. When workers asked for details of their new representative, they were denied copies of its statutes." em DYER-WITHEFORD, Nick. The work in digital play: Video gaming's transnational and gendered division of labour. **Journal of International Communication**, v. 6, n. 1, p. 69-93, 1999. p.83. Disponível em <https://doi.org/10.1080/13216597.1999.9751883> Acesso em 08 Out. 2019.

descrever como “ o entusiasmo inicial de trabalhar em uma companhia listada entre uma das “100 melhores empresas para trabalhar”, no ranking da Fortune, evaporou quando uma rotina de trabalho de sete dias por semana, com oitenta e cinco horas semanais de trabalho, muitas vezes extra ou não remunerado, se tornou rotina”¹⁶

Mais recentemente Dan Houser, co-fundador do estúdio Rockstar Games declarou em entrevista que por diversas vezes, no ano de 2018, sua equipe trabalhou mais de cem horas por semana na produção do jogo “Red Dead Redemption 2”¹⁷, diante da repercussão bastante negativa na imprensa, foram feitas outras declarações tentando esclarecer que tal jornada ocorreu “apenas” durante três semanas, em um período de trabalhos finais conhecido como “crunch time”¹⁸, em um processo de sete anos de produção.¹⁹

Ainda que tal jornada de trabalho tenha sido cumprida por apenas três semanas em um período de sete anos, o escândalo levou a muitos consumidores a questionar se deveriam ou não boicotar o jogo em protesto as condições de trabalho a que os seus desenvolvedores forma submetidos²⁰, dando visibilidade a questão da organização coletiva ou mesmo sindicalização dos trabalhadores desta indústria.²¹

Entretanto tal organizando enfrenta obstáculos de difícil superação, sobretudo pela própria cultura de trabalho estabelecida no contexto da economia digital e do êxodo empreendedor.

A organização sindical, no entanto, enfrentará grandes obstáculos. A ideia de ética empreendedora que envolve o desenvolvimento de jogos mostra como antitética a cultura tradicional do movimento trabalhista. Muitos trabalhadores do setor de

¹⁶ Tradução livre de “how initial enthusiasm for a job with a company listed as one of the Fortune’s “100 Best Companies to Work For” had evaporated, as seven-day, 85-hour work weeks, uncompensated either by over-time pay or time off, became routine.” Em DYER-WITHEFORD, Nick; DE PEUTER, Greig S. “ EA Spouse” and the Crisis of Video Game Labour: Enjoyment, Exclusion, Exploitation, and Exodus. **Canadian Journal of Communication**, v. 31, n. 3, 2006. P. 600. Disponível em <https://doi.org/10.22230/cjc.2006v31n3a1771>. Acesso em 08 Set. 2019.

¹⁷ GOLDBERG, Harold. **How the West Was Digitized The making of Rockstar Games’ Red Dead Redemption 2**. Vulture, 14 Out. 2018. Disponível em <https://www.vulture.com/2018/10/the-making-of-rockstar-games-red-dead-redemption-2.html>. Acesso em 11 Set. 2019.

¹⁸ SCHREIER, Jason. **Inside Rockstar Games’ Culture Of Crunch**. 23 Out. 2018 Disponível em <https://kotaku.com/inside-rockstar-games-culture-of-crunch-1829936466>. Acesso em 11 Set. 2019.

¹⁹ GAMEHALL. **100 horas semanais! Rockstar defende longa jornada de trabalho em "RDR 2"**. 23 Out. 2018 Disponível em <https://www.uol.com.br/start/ultimas-noticias/2018/10/16/rockstar-responde-criticas-de-exploracao-de-trabalho-em-rdr-2.htm>. Acesso em 11 Set. 2019.

²⁰ JEANBART, Le. **Should You Boycott 'Red Dead Redemption 2'?**. 26 Out. 2018 Disponível em https://www.vice.com/en_ca/article/598x4a/should-you-boycott-red-dead-redemption-2. Acesso em 11 Set. 2019.

²¹ MACDONALD, Keza. **Red Dead Redemption 2 was created by an industry in dire need of reform**. 01 Nov. 2018 Disponível em <https://www.theguardian.com/games/2018/nov/01/red-dead-redemption-2-games-developers-welfare>. Acesso em 11 Set. 2019.

desenvolvimento de jogos toleram más condições de trabalho porque veem um período de trabalho corporativo como um passo para iniciar suas próprias empresas. Um sintoma da crise trabalhista no setor e de uma crise mais geral de criatividade decorrente da dependência dos editores em franquias e cópias, tem revivido o interesse em jogos independentes, expressos em iniciativas como a da Manifesto Games. Esses projetos expressam a aspiração dos desenvolvedores de jogos de aumentar seu controle sobre a qualidade e o conteúdo de seu trabalho, uma ambição que eles pretendem cumprir fundando pequenas empresas comprometidas em realizar o potencial criativo dos jogos. Tais tentativas de diversificar a cultura de videogames merecem apoio. Mas suspeitamos que esse caminho de êxodo empresarial da crise trabalhista seja difícil diante da atual onda de consolidação corporativa.²²

A NOVA EMPRESARIALIDADE E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Desde o início do século XXI questões envolvendo grandes empresas transnacionais e violações aos direitos humanos como a exploração de mão-de-obra infantil, a imposição de ambientes insalubres de trabalho ou a degradação ambiental se tornaram importantes itens de pauta em organizações internacionais como a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização Internacional do Trabalho (OIT), o que levou a formulação, em 2003, de um documento denominado Normas da ONU sobre as Responsabilidades das Empresas Transnacionais e outros Empreendimentos Privados com relação aos Direitos Humanos que buscava estabelecer, no âmbito do direito internacional, os deveres e obrigações das empresas transnacionais em relação aos direitos humanos e ao meio ambiente.

Até então as ações de algumas empresas se limitavam a iniciativas voluntárias, sendo que, após a criação das normas, a atuação das empresas no sentido de efetivar direitos humanos se tornaria impositiva gerando uma reação bastante controversa no meio empresarial, o que levou a Comissão de Direitos Humanos da ONU a pedir que o

²² Tradução livre de "Union organizing will, however, face major obstacles. The strong entrepreneurial ethos of game development would seem to be antithetical to traditional labour-movement culture. Many game development workers themselves tolerate bad working conditions because they see a period of corporate drudgery as a step to starting their own companies. A symptom of the labour crisis in the industry, and of an overall creativity crisis arising from publishers' dependence on clones and franchises, has been a revived interest in indie games, expressed in initiatives such as Manifesto Games. These projects express the aspiration of game developers to increase their control over the quality and content of their work, an ambition they aim to fulfill by constructing small companies committed to realizing the creative potential of games. Such attempts to diversify video game culture deserve support. But we suspect this path of entrepreneurial exodus from the labour crisis will be difficult in the face of the current wave of corporate consolidation" em DYER-WITHEFORD, Nick; DE PEUTER, Greig S. " EA Spouse" and the Crisis of Video Game Labour: Enjoyment, Exclusion, Exploitation, and Exodus. *Canadian Journal of Communication*, v. 31, n. 3, 2006.p.613. Disponível em <https://doi.org/10.22230/cjc.2006v31n3a1771>. Acesso em 08 Set. 2019.

Secretário-Geral nomeasse um representante para investigar mais profundamente tais questões, sendo escolhido, para um período de dois anos, John Ruggie.²³

Os trabalhos de John Ruggie levaram a elaboração de um relatório, conhecido como Relatório Ruggie, que buscava fundar uma nova empresarialidade baseada em três princípios orientadores, sendo o primeiro deles dever do Estado de proteger contra abusos cometidos contra os direitos humanos por parte de terceiros, incluindo empresas, por meio de políticas e regulamentos, o segundo seria a responsabilidade independente das empresas de respeitar os direitos humanos, o que significa agir com a devida diligência para evitar a violação dos direitos dos outros e para enfrentar os impactos negativos com os quais as empresas estão envolvidas e, por último, o Estado deveria proporcionar maior acesso das vítimas a um recurso de reparação efetiva, tanto por meios judiciais como extrajudiciais.²⁴

A ideia do estabelecimento de um paradigma para a nova empresarialidade não faz com que seja contrária aos interesses das empresas e sua finalidade lucrativa, mas busca pelo estabelecimento de padrões éticos e valores objetivos, não interfere, necessariamente na procura da lucratividade, pelo contrário, dependendo da forma como a questão for internalizada no seio da empresa, poderá resultar no sensível acréscimo do lucro.²⁵

A nova empresarialidade apesar de ser um ideia relativamente recente no plano internacional, ainda não corresponde com a realidade vivenciada em grandes partes do globo seja pela equivocada ideia de que tais deveres e responsabilidades na efetivação de direitos humanos necessariamente implicam na diminuição dos lucros, seja por falta de vontade política da classe empresária ou pela ausência de mecanismos.

A nova empresarialidade pode ser vista como uma ideologia a ser implementada no cenário empresarial e precisa ser melhor compreendida e concretizada com vistas a poder gerar benefícios sociais reais e não utópicos. A ideologia embutida neste conceito trata do alcance das relações éticas em consonância com a lucratividade do estabelecimento comercial. O respeito, a conscientização dos direitos e deveres, entre outros padrões éticos de conduta, vez que implementada nas práticas empresariais possibilitam a otimização nos resultados financeiros e na produtividade dos funcionários.²⁶

²³ BILCHITZ, David. O marco Ruggie: uma proposta adequada para as obrigações de direitos humanos das empresas. *Sur, São Paulo*, v. 7, n. 12, p. 209-241, 2010. p.209. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/16025025.pdf>. Acesso 08 Out. 2019

²⁴ RUGGIE, John Gerard. *Quando negócios não são apenas negócios*. São Paulo: Abril. 2014. p.23

²⁵ SIMÃO FILHO, Adalberto. A nova empresarialidade. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 9, n.18, p.05-46, jul./dez. 2006, p.46

²⁶ MACHADO, Ronny Max; SIMÃO FILHO, Adalberto. A NOVA EMPRESARIALIDADE E O DESENVOLVIMENTO SOCIAL NO AMBIENTE INFORMACIONAL. *Revista Jurídica Cesumar-Mestrado*, v. 18, n. 2, p. 525-548, 2018. p.544. Disponível em <http://177.129.73.3/index.php/revjuridica/article/view/6482/3261>. Acesso em 09 Out. 2019

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A indústria de jogos digitais se mostra como um dos setores mais lucrativos da nova economia digital, movimentando um capital que ultrapassa o de setores mais tradicionais do entretenimento, entretanto, se no campo tecnológico e empresarial se apresenta como uma indústria de fronteira, o mesmo não se revela no que se relaciona com suas práticas em relação a efetivação dos direitos humanos.

A utilização de estratégias de produção abusivas, seja nas linhas de produção dos componentes eletrônicos ou dos escritórios de programação e arte, se apresenta como um problema que atravessa gerações e não se restringe a determinadas empresas ou regiões do globo mas, dada a natureza transnacional das empresas envolvidas, pelo redirecionamento das atividades produtivas e pela atuação quase sem fronteiras do capital, atinge diversos países.

Diante deste quadro a indústria de games se mostra em uma situação paradoxal, enquanto apresenta avanços nos campos da inovação, empreendedorismo e produtividade, no campo da efetivação dos direitos humanos e da responsabilidade social, principalmente no que se refere ao respeito as condições de trabalho de seus funcionários, se apresenta com valores e padrões éticos de atuação muito ultrapassados.

REFERÊNCIAS

ACTIVISION, **Call of Duty: Modern Warfare 3**. Santa Monica: Activision. 2011. Jogo eletrônico.

ALMEIDA, Raquel de Queiroz. **O ecossistema de jornalismo na cultura digital: startups, arranjos e coletivos empreendedores de produção de notícias**. 2018. 113 p. Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Estudos da Linguagem, Campinas, SP. Disponível em <http://repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/332231>. Acesso em 28 Set. 2019

BARRETO, Margarida Maria Silveira; HELOANI, José Roberto Montes. Da violência moral no trabalho à rota das doenças e morte por suicídio. **Trabalho e saúde: a precarização do trabalho e a saúde do trabalhador no Século XXI**. São Paulo: LTr, p. 173-184, 2011.

BILCHITZ, David. O marco Ruggie: uma proposta adequada para as obrigações de direitos humanos das empresas. **Sur, São Paulo**, v. 7, n. 12, p. 209-241, 2010.p.209. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/16025025.pdf>. Acesso 08 Out. 2019.

CASTRO, Thales. **Teoria das relações internacionais**. Brasília: FUNAG, 2012.

DIGI-CAPITAL. **Games software/hardware over \$150B in 2017, \$200B by 2021, record \$2.8B invested**, 2017. Disponível em <https://www.digicapital.com/news/2017/07/games-software-hardware-over-150b-in-2017-200b-by-2021-record-2-8b-invested/#more-1821>. Acesso em 15 Set. 2019.

DYER-WITHEFORD, Nick. The work in digital play: Video gaming's transnational and gendered division of labour. **Journal of International Communication**, v. 6, n. 1, p. 69-93, 1999. Disponível em <https://doi.org/10.1080/13216597.1999.9751883> Acesso em 08 Out. 2019.

DYER-WITHEFORD, Nick, DE PEUTER, Greig S. "EA Spouse" and the Crisis of Video Game Labour: Enjoyment, Exclusion, Exploitation, and Exodus. **Canadian Journal of Communication**, v. 31, n. 3, 2006. Disponível em <https://doi.org/10.22230/cjc.2006v31n3a1771>. Acesso em 08 Set. 2019.

GAMEHALL. **100 horas semanais! Rockstar defende longa jornada de trabalho em "RDR 2"**. 23 Out. 2018 Disponível em <https://www.uol.com.br/start/ultimas-noticias/2018/10/16/rockstar-responde-criticas-de-exploracao-de-trabalho-em-rdr-2.htm>. Acesso em 11 Set. 2019.

GOLDBERG, Harold. **How the West Was Digitized The making of Rockstar Games' Red Dead Redemption 2**. Vulture, 14 Out. 2018. Disponível em <https://www.vulture.com/2018/10/the-making-of-rockstar-games-red-dead-redemption-2.html>. Acesso em 11 Set. 2019.

HARVEY, David. A produção capitalista do espaço. São Paulo, SP: Annablume, 2005.

JEANBART, Le. **Should You Boycott 'Red Dead Redemption 2'?**. 26 Out. 2018. Disponível em https://www.vice.com/en_ca/article/598x4a/should-you-boycott-red-dead-redemption-2. Acesso em 11 Set. 2019.

MACDONALD, Keza. **Red Dead Redemption 2 was created by an industry in dire need of reform**. 01 Nov. 2018 Disponível em <https://www.theguardian.com/games/2018/nov/01/red-dead-redemption-2-games-developers-welfare>. Acesso em 11 Set. 2019.

MACHADO, Ronny Max; SIMÃO FILHO, Adalberto. A NOVA EMPRESARIALIDADE E O DESENVOLVIMENTO SOCIAL NO AMBIENTE INFORMACIONAL. **Revista Jurídica Cesumar-Mestrado**, v. 18, n. 2, p. 525-548, 2018. Disponível em <http://177.129.73.3/index.php/revjuridica/article/view/6482/3261>. Acesso em 09 Out. 2019

MAZIN, Angelo Diogo. **A exportação de capitais brasileiros 2012-2014: estudo sobre as empresas "maquiladoras" brasileiras no Paraguai**. 2016. 99 p. Dissertação (Mestrado em Geografia) - Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", Instituto de

Políticas Públicas e Relações Internacionais IPRI, Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Territorial na América Latina e Caribe (TerritotIAL) São Paulo, 2016. Disponível em <http://hdl.handle.net/11449/180579>. Acesso em 08 Set. 2019.

ROSE, Mike. **Modern Warfare 3 Grosses 775M Worldwide in 5 Days**. Gamasutra, 17. Nov. 2011. Disponível em www.gamasutra.com/view/news/38619/Modern_Warfare_3_Grosses_775M_Worldwide_In_5_Days.php Acesso em 10 Set. 2019.

RUGGIE, John Gerard. **Quando negócios não são apenas negócios**. São Paulo: Abril. 2014.

SARFATI, Gilberto. **Teoria das Relações Internacionais**. São Paulo, SP: Saraiva, 2005.

SCHMIDT, Albano Francisco; GONÇALVES, Oksandro Osdival. Fomentando a legalidade e a estabilidade do mercado de videogames no Brasil: em busca da nomenclatura correta, da igualdade e tributária e do preço justo. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 12, n. 16, 2014. Disponível em <http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/view/205>. Acesso em: 17 Set. 2019.

SCHREIER, Jason. Inside **Rockstar Games' Culture Of Crunch**. 23 Out. 2018 Disponível em <https://kotaku.com/inside-rockstar-games-culture-of-crunch-1829936466>. Acesso em 11 Set. 2019.

SILVA, Andriele Aparecida do Nascimento Arnaud Santos da. **Relações entre força de trabalho Uberizada e a necessidade de expansão do capital: análise do caso Sul Americano**. 2019. 22p. Artigo científico (Especialização em Relações Internacionais Contemporâneas) - Universidade Federal da Integração Latino-Americana (Unila), Foz do Iguaçu, 2019. Disponível em <http://dspace.unila.edu.br/123456789/5183>. Acesso em 28 Set. 2019

SIMÃO FILHO, Adalberto. A nova empresarialidade. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, v. 9, n.18, p.05-46, jul./dez. 2006.

SPINELLI, José Antonio, LYRA, Rubens Pinto. Capitalismo de acumulação flexível e as categorias gramscianas. **Revista Cronos**, v. 8, n. 2, p. 567-587. 2007. Disponível em <https://periodicos.ufrn.br/index/cronos/article/view/1856>. Acesso em 12 Set. 2019.

A QUEBRA DO INTERESSE SOCIAL E O COMPLIANCE: COMO AS REGRAS SOBRE CONFLITOS DE INTERESSES IMPACTAM NOS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE¹

Bárbara Simões Narciso²; Caroline da Rosa Pinheiro³

RESUMO: O presente trabalho objetiva analisar se os critérios utilizados para mitigar o conflito de interesses no Brasil devem ser considerados nos programas de integridade. Tendo em vista que é tema recorrente para todos os tipos de sociedade, inclusive, as unipessoais e, diante do fato que os programas de integridade servirem, sobretudo, ao interesse social da empresa, gerando deveres para o administrador, é fundamental o estudo sobre como os programas de integridade tratam o assunto. A partir da revisão bibliográfica e legislativa sobre *compliance* e conflito de interesses, e da utilização do método dedutivo no exame dos programas de integridade da B3, órgão de autorregulação do Novo Mercado, procurou-se verificar o tratamento do tema no programa de integridade. O trabalho considera também as alterações da LSA em matéria de Governança Corporativa.

PALAVRAS-CHAVE: Programas de Integridade. Conflito de interesses. Novo Mercado. Autorregulação.

THE BREAKDOWN OF SOCIAL INTEREST AND COMPLIANCE: HOW THE RULES ON CONFLICTS OF INTEREST IMPACT ON INTEGRITY PROGRAMS

ABSTRACT: This work aims to analyze whether the criteria used to mitigate the conflict of interest in Brazil should be considered in integrity programs. Bearing in mind that this is a recurring theme for all types of society, including single-member companies, and in view of the fact that integrity programs serve, above all, the social interest of the company, generating duties for the administrator, it is essential to study how integrity programs deal with the subject. From the bibliographic and legislative review on compliance and

¹Este artigo é fruto do Grupo de Pesquisa Empresa, Desenvolvimento e Responsabilidade (“EDResp”) da Universidade Federal de Juiz de Fora (“UFJF”).

²Estudante de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. Integrante do Grupo de Pesquisa “Empresa, Desenvolvimento e Responsabilidade (EDResp). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6848612377954974>. Email: barbaras.narciso@gmail.com; telefone: (32)98883-5145.

³Professora de Direito Empresarial da UFJF. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Empresa, Desenvolvimento e Responsabilidade (EDResp). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5677415478719377>. Email: caroline.ufjf@gmail.com, telefone: (21) 98465-1021.

conflict of interest, and from the use of the deductive method in the examination of the integrity programs of B3, the self-regulatory body of the Novo Mercado, it was sought to verify the treatment of the issue in the integrity program. The work also takes into account the changes to the LSA in terms of Corporate Governance.

KEY-WORDS: Integrity programs. Conflict of interest. New Market Seal. Self-regulation.

INTRODUÇÃO

Requerendo o comprometimento, por parte das empresas listadas, à melhor realização de práticas de governança estabelecidas no seu próprio regulamento, a B3 - Brasil, Bolsa, Balcão -, órgão de autorregulação⁴ responsável pelo “Novo Mercado⁵”, estabeleceu esse segmento destinado à negociação de ações de empresas que adotem voluntariamente práticas de governança adicionais às exigidas pela legislação brasileira.

As empresas listadas nesse segmento, possuindo os melhores índices de governança corporativa no mercado brasileiro, gozam de privilégios de negociação no livre mercado, uma vez que se supõe o atendimento a todos os requisitos legais do ordenamento jurídico brasileiro de forma satisfatória no que diz respeito à regulação da alta governança corporativa em seus programas de integridade, principalmente aqueles determinados pela Lei no 12.846/13, o seu Decreto Regulamentador no 8.420/1 e pela Lei 12.529/11 (Lei de Defesa à Concorrência – “LDC”), entre outras. Assim, listando as empresas que possuem os níveis mais altos de governança corporativa, sua implementação tornou-se referência perante a transparência exigida por investidores de capital aberto⁶.

Por isso, considerando que o próprio direito societário ainda não resolveu a questão do interesse social e do conflito de interesses, o questionamento que orienta a presente perquirição, constituindo seu problema de pesquisa é: É possível que o programa de integridade contenha regras capazes de mitigar o problema conflito de interesses? E mais, sendo um órgão de autorregulação, podendo ser sancionada por regras que produz, ela abarca o que exige no seu regulamento quando se trata de conflito de interesses? Pretende-se verificar, com esses questionamentos, se os padrões exigidos pelo órgão se fazem

⁴ Para fins do presente trabalho, a atividade da autorregulação é compreendida como momento em que “pessoas ou entidades agem conjuntamente com objetivo de organizar-se ou regular-se e quando terceiros anuem e respeitam a autoridade porque entendem que se trata de uma espécie de —reforço‖ do interesse comum. Dito de outra maneira, a autorregulação é exercida por entidades profissionais privadas, por meio de poderes outorgados pelo Estado ou com base na adesão de seus membros” (PINHEIRO, 2017, p. 204).

⁵ O Novo Mercado foi lançado no ano de 2000 e é um conjunto de companhias que se encontra no nível mais avançado de governança corporativa. O seu principal ponto é exigir que o capital social da companhia seja composto somente por ações ordinárias, ou seja, as assembleias de acionistas só podem emitir ações com direito a voto (ALVES, PINHEIRO, 2017, p.55).

⁶ Informação disponível em: <http://www.bmfbovespa.com.br/pt_br/listagem/acoes/segmentos-de-listagem/novo-mercado/>, Acesso em 04 set. 19.

presentes nos seus programas de integridade. A relevância de tal questionamento é um ponto de partida para avaliar o padrão de abordagem do conflito de interesses pelas empresas, longe de esgotar todo o estudo que esse conflito requer e toda a documentação relativa aos programas de integridade.

A hipótese é de que sem uma definição do conflito de interesses clara e precisa frente ao interesse da companhia, não é possível estabelecer os contornos objetivos de sua aplicação. Em outras palavras, o programa só será capaz de mitigar o problema do conflito de interesses se baseado em padrões objetivos e adequados à atividade empresarial desempenhada. Com isso, é necessário diferenciar, minimamente, os gêneros de conflitos atinentes à cada cargo ocupado dentro do ambiente empresarial e as formas utilizadas para evitar a instauração do problema.

A pesquisa se iniciou mediante revisão bibliográfica acerca do *compliance* e conflito de interesses, e da utilização do método dedutivo a partir da análise documental. Esse método exige identificação prévia à seleção do caso, das afirmações que se pretende verificar, sendo esse “status de afirmação provisória a ser testada em um contexto diferente do que a gerou que caracteriza uma hipótese de pesquisa em sentido estrito” (MACHADO, 2017, p. 362).

Já a análise documental consiste em um método de coleta de dados responsável por eliminar, em partes, “a dimensão da influência, dificilmente mensurável, do pesquisador sobre o sujeito”, devendo o pesquisador, no processo de análise, questionar se o autor do documento conseguiu reportar fielmente os dados que pretendia, compreender, de maneira adequada, a informação contida no documento e “contentar-se com o que estiver à mão”, fazendo a partir disso, uma leitura crítica do documento. Precisa também, compreender o contexto do documento, a identidade e os motivos que levaram a pessoa/entidade a escrevê-lo; a natureza do texto, assegurar a confiabilidade e autenticidade desse, entre outros (POUPART, 2008. p. 295-316).

Pontuando a solução organizativa como a mais apta a resolver o problema de conflito de interesses, Calixto (2002) - marco teórico do trabalho - desenvolve a sociedade como solução organizativa para os conflitos dos agentes econômicos no mercado, vendo naquela não uma forma de organização do poder controlador, mas uma forma de integração dos conflitos entre os fatores que podem operar na atividade empresarial. Assim, mostra-se que as soluções de governança aumentam a eficiência organizativa, reduzindo custos, principalmente em um país - o Brasil - que frequentemente se mostra ineficiente em defender os interesses dos *stakeholders*, em um momento de crise de confiança (SALOMÃO FILHO, 2002, p.93). O que se ajusta ao cenário atual, corroborando, cada vez mais, para a implementação de mecanismos de transparência, como o implementado pela B3.

Nesse sentido, almejando começar a mapear o perfil dos programas de integridade implementados no Brasil, optou-se, devido à limitação espacial do presente artigo, por analisar o programa da B3, tendo em vista a função pública desempenhada por essa, considerando a análise documental e a aplicação do método dedutivo para encaminhar se e como o documento de integridade desse órgão enfrenta a questão do conflito de interesses diante de sua multiplicidade e complexidade.

Com isso em mente, a pesquisa divide em três seções, sendo a primeira a introdução, almejando estabelecer as linhas gerais da pesquisa. Na segunda seção analisa-se o impacto do conflito de interesses no programa de integridade, subdividindo-se em i) como o impacto do conflito de interesses pode comprometer o programa considerando a especial atenção do conflito entre acionista e sociedade trazido pela LSA e ii) conflito entre *compliance officer* e administrador, devido à posição de garante que ambos ocupam. A terceira seção, por sua vez, realiza um exame nos documentos divulgados pela B3, analisando se e como o programa de integridade lida com o problema do conflito de interesses para, em seguida, chegar-se à conclusão.

1 O IMPACTO DO CONFLITO DE INTERESSE NOS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE

Modesto Carvalhosa (2014, p.510) define o interesse social da empresa como “transcendência dos interesses individuais de cada acionista por um interesse comum a todos, definido no objetivo empresarial da companhia e nos fins sociais”. Por isso, o interesse social deve cumprir a função de respeitar os interesses individuais e comuns dos acionistas - minoritários e majoritários - e dos trabalhadores. Calixto (2015, p.171) acrescenta que “identificando-se o interesse social ao interesse à melhor organização possível do feixe de relações envolvidas pela sociedade, jamais poderá ser identificado como o interesse à maximização dos lucros ou com o interesse à preservação da empresa”.

O conflito de interesses⁷, nesse âmbito, atua como fator de quebra do interesse social, sendo um problema natural em toda empresa e sua gestão, aliada ao interesse social, visa à melhor configuração possível das relações societárias. Nesse sentido, tem-se conflito de interesses sempre que o acionista se encontrar em posição dupla frente à sociedade, possuindo, ao mesmo tempo, o dever legal de se posicionar a favor dos

⁷ O parâmetro encontra regulação nas leis 6.404/76 - Lei das Sociedades por Ações -, que revogou por completo o Decreto-Lei nº 2.627/40; na Lei 10.303/01, que revogou parte da Lei das S.A.; no decreto nº 8.420/15, que regulamentou a Lei 13.846/13 - Lei Anticorrupção; na lei 12.813/13, que regulamentou o conflito de interesse na Administração Pública; e na Lei Antitruste - 12.529/11, do CADE, que estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

interesses da sociedade e o seu interesse privado. Dessa forma, torna-se inevitável o atendimento de um em detrimento de outro (AZEVEDO, FRANÇA, 2003, pp. 658-660)⁸.

Por isso, em vista do panorama geral exposto e das novas funções pensadas para o direito, cujas bases não são, prioritariamente, obrigar coercitivamente as pessoas⁹, a análise do conflito de interesses se alinha à persecução do valor da governança corporativa, se mostrando necessária pela atenção que os últimos ganharam no cenário nacional, sendo compreendido, inclusive, como fator concorrencial. É justificável analisar este parâmetro tanto do ponto de vista interno da sociedade, quanto externamente, em face das relações da sociedade com seus *stakeholders*, os quais estão sistematicamente protegidos na legislação pátria¹⁰, porque a adoção de um programa de gestão do problema de conflito de interesses pode se mostrar capaz de transformar a atuação da estrutura societária, considerando padrões éticos de conduta e a consecução do interesse social da empresa, bem como de sua função social.

Os programas de integridade, nos termos do Decreto nº 8.420/2015 são “mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades”, utilizados para a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes, cujos objetivos são detectar, entre outros, desvios de finalidade, irregularidades e ilícitos contra a administração pública¹¹ - nacional ou estrangeira.

Nesse sentido, analisando-se o conceito sob a ótica empresarial, os programas de *compliance* se referem a um conjunto de procedimentos, cuja adoção é determinada por uma sociedade “objetivando otimizar o cumprimento de normas legais, regulamentos e políticas estabelecidas pela organização, com o intuito de mitigar riscos e responsabilidades” (PINHEIRO, 2017, p.2).

Para a consecução desse objetivo, cada órgão ou entidade pode adotar a metodologia que compreender mais adequada para a gestão de riscos à integridade. Apesar disso, entende-se pela necessidade de estabelecimento de alguns critérios visando

⁸O conflito de maneira mais ampla, na realidade, é estabelecido à medida que o integrante da empresa não tem apenas o seu interesse enquanto funcionário, gestor, acionista, mas também enquanto particular, podendo ter influência perante uma decisão a ser tomada na sociedade ou nas relações contratuais.

⁹ Isso acrescenta as funções de sinalizar valores, estimular a cooperação entre Estado-cidadãos, “bem como a de incentivar a autorregulação naquilo em que esta possa ser convergente com os propósitos de regulação estatal” (FRAZÃO; MEDEIROS, 2018, p.198), ponto em que o *compliance* possui competência para mitigar atos que atentem contra a integridade empresarial.

¹⁰ Interpretação sistemática do artigo 170, inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil.

¹¹ Por essa informação, é certo que o conflito de interesses é um problema de direito societário que não ocorre apenas no setor privado. A própria lei 12.813/2013, por exemplo, regula a hipótese do conflito de interesses para servidor e empregados públicos federais, sendo necessário, nesses casos que a atuação do ocupante de cargo ou emprego público resulte em prejuízo para o interesse coletivo ou para o desempenho da função pública (BRASÍLIA.CGU, 2018). Entretanto, como escolha metodológica, o objetivo do presente trabalho é iniciar a análise de em que medida o conflito de interesses impacta nas atividades empresariais.

mensurar e mitigar riscos futuros, compreendendo o *compliance* como *standard* de conduta. Entre esses critérios, encontra-se o “conflito de interesses”, o qual se apresenta como um risco para a integridade empresarial pautada em valores como o respeito às normas e à ética profissional (BRASÍLIA. CGU, 2018, pp.7-20).

Como mecanismo de autorregulação, o programa de integridade deve estabelecer as hipóteses de conflito de interesses visando o objeto social daquela empresa específica, já que a norma será criada diretamente pela sociedade. Por isso, embora o programa possua parâmetros básicos para a persecução da governança corporativa, deve abarcar mecanismos próprios e adequados para o funcionamento interno de cada empresa, configurando os riscos ligado a sua atividade e a consequente mitigação.

E esse processo deve ser feito quantas vezes forem necessários (ALBUQUERQUE, 2018, p.114). Para isso, deve ser disseminada não só a responsabilidade social corporativa, que se mostra como um fenômeno “voltado para solucionar o conflito entre a busca de maior benefício possível por parte das empresas e a vigência de importantes interesses públicos possivelmente afetados pela atuação empresarial (ALBUQUERQUE, 2018, p.101)”, mas também apresentar onde esses conflitos podem ser encontrados e como devem ser enfrentados.

Dentre os múltiplos interesses contido no ambiente empresarial, observa-se, em especial, duas situações em que o conflito pode ocorrer: entre acionista e sociedade e entre *compliance officer* e administrador. Para verificar se há o impacto nos programas de integridade, a partir do conflito de interesses, é preciso, primeiro, ver quais são os reflexos das ações desses profissionais na consecução do programa de integridade e do interesse social empresarial.

1.1 COMO O IMPACTO DO CONFLITO DE INTERESSES PODE COMPROMETER O PROGRAMA CONSIDERANDO A ESPECIAL ATENÇÃO AO CONFLITO ENTRE ACIONISTA E SOCIEDADE TRAZIDO PELA LSA

Diante do cenário de múltiplos de interesses (e possível conflito entre eles), as sociedades anônimas porque identificadas, em sua maioria, por pluralidade de acionistas, comunhão voluntária de interesses e maximização e otimização dos resultados pretendidos, abarcam uma complexidade organizacional cuja formação engloba a coexistência de diversos interesses. Tal fato, aliado à implementação histórica da SA que fortaleceu econômica e politicamente o controle de poder concentrado, justifica a influência que os acionistas têm, ainda hoje, no desenvolvimento da sociedade, sendo necessário verificar seu impacto não só na sociedade, como também na implementação dos programas de integridade.

O sucesso da empresa reveste em benefícios aos acionistas, sejam estes pecuniários ou não, por isso, muitas vezes, os interesses particulares de um acionista ou de um conjunto de acionistas podem se mostrar contrários ao interesse primário da sociedade (RIVERA, 2013, p.6), demandando cuidado maior por parte do programa de integridade.

Ao facilitar a capitalização das empresas por meio do mercado acionário, a lei de SA criou um sistema de proteção das minorias acionárias, institucionalizando poderes e deveres dos sócios controladores e dos administradores (SALOMÃO FILHO, 2015, p.169), diminuindo essa concentração de poder e colocando os interesses de trabalhadores e terceiros. Com isso, foram criados mecanismos de restrição ao direito de voto.

Entretanto, a Lei n° 6.404/76, estabelecendo o objetivo de vedar o administrador de intervir em qualquer operação em que exista interesse conflitante com o da companhia, não definiu o que seria caracterizado como interesse conflitante do administrador, tampouco o que seria considerado intervenção em qualquer operação social. Isso abriu uma série de discussões doutrinárias a respeito do que consistiria o conceito, a natureza, a extensão do interesse conflitante do administrador e a eventual oponibilidade ao exercício do direito de voto pelo administrador ou acionista¹². O artigo 156 da Lei das Sociedades por Ações é extremamente relevante, porque impacta diretamente na condução dos negócios das sociedades, por equalizar os polos de interesse da sociedade, da administração e dos acionistas, cujos interesses estão presentes em todas as deliberações tomadas ao longo da existência da atividade empresarial (NAGALLI, 2017, p.6).

Em uma análise mais sistemática da lei, é possível verificar que são previstas regras gerais, não sendo proibido contratar mediante conflitos meramente formais¹³. Segundo Calixto (2002), essa configuração continua permitindo a identificação dos interesses da companhia aos interesses do acionista controlador. Definir o conflito como regra é uma maneira menos traumática para a sociedade, porque evita mudanças estruturais drásticas, mas também menos realista, porque se baseia na visão de que o conflito pode ser eliminado (SALOMÃO FILHO, 2002, pp. 93-94), hipótese irreal se se considera o conflito como algo natural da sociedade, sendo imperioso o seu enfrentamento como problema através de mudanças estruturais, como a proposta pelo programa de integridade.

Os programas de *compliance* têm um papel importante nesse contexto de independente de seus integrantes e da estrutura acionária da empresa, estabelecerem um ânimo de cooperação para além das decisões assembleares, abarcando a participação efetiva de todos os colaboradores na persecução do objeto social da corporação. Com isso,

¹²<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisoes/anexos/2017/20170926/0728__DGG.pdf>. Acesso em: 13 jun. 19.

¹³ Uma análise mais detalhada dos arts. 245, 264 também permite chegar à mesma conclusão.

atua prevenindo hipóteses de favorecimento pessoal, na medida em que se associa à existência mecanismos de controle internos e externos, limitando e gerando equilíbrio de poder (ATHAYDE, 2018, p.72). Traz o que Calixto (2002, p.104) pontua de “importantes elementos para a redução das crises de excesso de concentração de poder” e “(falta de) confiança” no mercado acionário.

O desafio prático a ser enfrentado, nessa toada, é delimitar o conceito de “conflito de interesses” trazido pela Lei das Sociedades por Ações, a fim de evitar que ele (o conceito) seja manipulado pelos diversos interesses envolvidos em uma deliberação social, o que inclui a própria condução dos negócios da companhia e a formulação e o conteúdo dos programas de integridades (NAGALLI, 2017, p.7). Isso porque, apesar de adotar o conflito como problema e não como regra, todo mecanismo heterorregulatório norteia a aplicação do conceito trazido.

Analisar somente as figuras do acionista - ou do administrador -, como a lei de SA faz, é justificável, na medida em que, diferentemente dos outros participantes da vida empresarial têm, por dever, “não trabalhar exclusivamente em razão de seus interesses particulares, protegendo a empresa do abuso daqueles que utilizam da estrutura corporativa em benefício próprio” (VILELA, 2012, p.9). Entretanto, não justifica submeter a quase nenhuma análise, os deveres dos sócios minoritários, terceiros, colaboradores e trabalhadores. Por isso é importante que o programa de integridade deixe claro seus efeitos para todos os integrantes, respeitando as funções e os riscos inerentes à cada cargo.

Tal ponderação é relevante, porque a lógica dos programas de *compliance*, como mecanismo de autorregulação permite que os agentes, conhecedores da sua atividade empresarial, estabeleçam normas de conduta de forma mais eficiente e efetiva (ATHAYDE, 2018, p.308). Estabelecer essas condutas sem abarcar ao menos grande parte dos gêneros de participação na sociedade, significa não esclarecer minimamente o que se aborda no conflito de interesses como parâmetro.

Esses programas, para se pretenderem efetivos, precisam prevenir de maneira mais efetiva, a hipótese do conflito de interesses, muitas vezes antes de essas projetarem seus efeitos sobre a estrutura corporativa. Por isso, pontuar a extensão do conflito e o que se encontra por trás do poder de voto faz-se não só adequado como necessária, haja vista que o pano de fundo é proteger o interesse social.

Anota-se, nesse ponto que toda a preocupação em relação ao problema do conflito de interesse se concentra na extensão desse problema. Qualquer pequena empresa, com pessoas físicas e seus interesses individuais, torna-se suscetível de presenciar situações

mediante conflito de interesses. As hipóteses que envolvem sociedade unipessoal¹⁴ ou de pequeno porte, embora mais remotas, não impossibilitam a existência daquele quando se trata de interesse de terceiros e do interesse social, contraposto ao interesse individual do único sócio ou dos sócios.

Podendo alcançar diferentes dimensões e atores da organização, abarca, inclusive, colaboradores subcontratados pela empresa. Por esse sentido, a participação dos trabalhadores nas decisões sociais deve ser incentivada pela implementação de mecanismos de autorregulação. Significa dizer, em outras palavras que, no que se refere à execução do programa de integridade, deve haver segundo Calixto (2002) a melhor configuração possível desse à possibilitar uma verdadeira cogestão empresarial relativa à conflito de interesses Dessa forma cabe a cada pessoa, ciente de suas atribuições e conflitos a elas aplicáveis, reportar-se ao *compliance officer*¹⁵ para mitigá-los¹⁶.

A proposta do *compliance* é, inclusive, a de oferecer uma solução mais eficiente para o cumprimento da legislação, “possibilitando a iniciativa e o protagonismo dos agentes econômicos não apenas na adoção dos programas, mas sobretudo na compreensão do valor intrínseco das regras por ele previstas (FRAZÃO, 2018)”. É uma solução que favorece os programas a partir da percepção de cumprimento da legislação.¹⁷ E essa solução, visando se tornar efetiva, engloba, dentro do critério do conflito de interesses, toda e qualquer empresa, assim como toda e qualquer pessoa que se envolva na cadeia produtiva.

Nesse sentido, a partir da complexidade do que efetivamente constitui o *compliance*, apenas citar “conflito de interesses” e mencionar que os colaboradores devem evitar agir mediante conflito de interesses, acrescentando deveres específicos para acionistas, parece uma escolha bastante simplista e que não reflete a preocupação da sociedade empresária na utilização adequada do programa de integridade. Tal simplificação reduz o assunto a

¹⁴ Nas sociedades unipessoais pode ocorrer o conflito entre a pessoa jurídica e a pessoa física, uma vez que enquanto a primeira encontra-se obrigada a seguir com o objeto social proposto quando de sua constituição, a última possui maior liberdade de atuação.

¹⁵ Isso se dá, porque, dentre as funções aplicáveis ao *compliance officer* destaca-se as de “coordenar, com outras áreas de controle, a comunicação efetiva com órgãos reguladores e facilitar a estruturação [...] e desenvolvimentos de negócios, almejando encontrar soluções criativas e inovadoras para questões regulatórias e internas” (ALVES, PINHEIRO, 2017, p. 45) e essa função implica realizar políticas adequadas ao alcance do mais alto padrão de governança alcançável no cenário da empresa, mas depende que as pessoas diante de situações de conflito de interesses dirijam-se a ele, a fim de que esse atue da melhor forma possível na contenção desse risco.

¹⁶ Tal colocação é feita de forma ideal, porque apesar de a Lei de S.A e o nosso ordenamento não escolherem entre o contratualismo e o institucionalismo há, na primeira, a adjetivação “excepcional” na intervenção, dos trabalhadores na gestão da companhia (art. 7º, XI), aqui compreendida como visão mais adequada quando da elaboração e implementação de um programa de integridade, pelos próprios fundamentos do art. 170, CF em sua função social.

¹⁷Sua proposta é fornecer uma cultura de integridade, que não se confunde com cultura de conformidade.

hipóteses meramente exemplificativas e óbvias, que certamente não demonstram de que forma o critério impacta o programa de integridade.

É a partir de uma explanação considerável dos deveres desses profissionais em face da atividade que exercem que se começa a pontuar a transparência do programa em face dos acionistas como parcela relevante da integridade a que se propõe, sem deixar de lado, contudo, a influência de outros trabalhadores. Os mesmos possuem o poder de influenciar as decisões da sociedade mediante da participação em assembleias gerais, nas quais podem expressar seu poder de voto e de fiscalização das atividades sociais. E por isso, o programa deve pontuar, de forma clara, como eles devem agir.

Entretanto, os acionistas apenas conseguem ter noção dos seus deveres de diligência e cumprimento com o interesse primário da sociedade quando a direção cumpre com seu dever de informação pensando no bem-estar da sociedade a longo prazo. Por esse motivo, é importante que o setor de *compliance* reflita tais valores e demonstre a vocação da empresa para o cumprimento de tais normas, inclusive no que se refere às informações que são dadas aos acionistas. Nesse ponto, é fundamental que o programa de integridade, alinhado com os demais documentos da organização e sua capacidade de gerar obrigações, se ocupe de demonstrar o comprometimento da companhia com os acionistas, especificando, inclusive, o tratamento de informações sigilosas e privilegiadas, sobretudo considerando que tais informações influenciam a tomada de decisões das atividades de companhia. Assim, tratando-se de informações sensíveis, uma sociedade que possua um setor de *compliance* que não preveja os meios e métodos para a divulgação desse tipo de informação no programa, estará mais propensa ao cometimento de atos ilícitos de corrupção ou concorrenciais, hipótese de conflito de interesses expressa.

1.2 CONFLITO ENTRE *COMPLIANCE OFFICER* E ADMINISTRADOR

Outra hipótese de conflito que merece destaque é a entre o *compliance officer* e o administrador, porque embora haja a percepção de que o parâmetro deve se estender a todos os envolvidos na relação empresarial, incluindo terceiros e subcontratados, essas duas figuras merecem especial destaque no programa, em virtude de posição que ambas ocupam na estrutura da atividade.

O *compliance officer* é o profissional defensor da conformidade das ações da empresa em relação ao interesse social, tendo função preventiva frente ao interesse estabelecido; é o diretor de *compliance*. Em relação ao *compliance*, desempenha, ao mesmo tempo, função de

garante do programa e de defensor da conformidade dos atos de todos os *stakeholders* de determinada pessoa jurídica (OLIVEIRA, 2018)¹⁸.

Já em relação à empresa, o administrador ocupa o papel de representante, devendo trabalhar pelo melhor negócio no interesse econômico da empresa. Ademais, no que tange a LSA temos a previsão legal do dever de cuidado e de informação - no art. 157 - por parte da administração responsável, sob a premissa de dever ser diligente na forma como toma as decisões da companhia. A atuação desse profissional impacta na responsabilização dos acionistas, já que esses últimos só tomarão decisões precisas se forem fornecidos os devidos meios informativos, decisórios e preventivos a possibilitar a identificação de suas ações como relevantes para a alteração do posicionamento da companhia.

Em suma, ressalta-se que ambas as figuras são responsáveis por resguardar os interesses da companhia perante, inclusive, os investidores, evitando riscos desnecessários e abusos de poder dentro do sistema de governança corporativa adotado. O administrador é o responsável por elaborar demonstrações financeiras individuais que sejam consolidadas e livre de distorções causadas por fraude ou por erro; é o responsável por viabilizar a atuação da pessoa jurídica como sujeito de direitos e obrigações, tendo sua conduta limitada quanto ao conteúdo discricionário de suas decisões pela implementação dos programas de integridade (PINHEIRO, 2017, pp. 88-90). Diferentemente, o *compliance officer*, embora não possuindo função delimitada pelo Decreto 8.420/15¹⁹, é compreendido como aquele que possui, inclusive, a posição de garante do administrador e do cumprimento dos deveres de diligência desse último, possuindo a responsabilidade de pela supervisão do processo realizado pelo primeiro.

A natureza prática dessa espécie de conflito se revela quando o administrador ou o acionista ocupa dois papéis negociais ao mesmo tempo. Por um lado, agirá como contratante particular e tomará de decisões autônomas, trabalhando com incentivos para melhor atingir seus interesses pessoais e por outro, representará o executivo da empresa, cujo dever será o de gerar o melhor negócio mediante o interesse empresarial (VILELA, 2012, p.11). Isso explica o porquê de o administrador não pode ser o “*compliance officer*” -, já que ocuparia papéis antagônicos frente ao programa de *compliance*, sendo, ao mesmo tempo, o tomador de decisões e o fiscalizador dessas no âmbito empresarial.

Para a instauração do conflito de interesses, nessa situação, basta que o sujeito tenha, sozinho, a chance de realizar a sua vantagem pessoal via celebração de negócios com a empresa em que é administrador, ou por meio de uma ação negativa perante

¹⁸Nesse sentido, aconselha todas as linhas de negócios da instituição e dá suportes às políticas corporativas, objetivando atingir altos padrões éticos de comportamento comercial (PINHEIRO, 2017, p.20).

¹⁹O referido decreto pontua que o *compliance officer* é o “responsável pela aplicação do programa de integridade”.

determinada situação. Ou seja, é suficiente que, em razão de suas prerrogativas “tenha o poder de decidir em favor da celebração de um negócio que responda ao seu interesse pessoal ou, simplesmente, possa ser omissa quando lhe for conveniente” (VILELA, 2012, p.11).

Até aqui, constatou-se que para a configuração do conflito de interesses é necessária: i) a existência de uma transação entre aqueles que têm seu interesse colocado em risco, reunidos na figura da empresa, e outra pessoa, jurídica ou física; ii) de um sujeito que tenha poder decisório, ocupando cargo de administrador e; iii) de uma pessoa tenha seu interesse pessoal voltado à persecução de seus interesses, cujo resultado provoque prejuízo ao setor empresarial.

Mas não só. Quando a mesma pessoa acumula esses dois cargos, configura-se conflito de interesses expresso, já que essa poderá se eximir da responsabilização a que o *compliance* submete todos os envolvidos no setor empresarial. E além, pode, por meio de inúmeras possibilidades, manifestar a atuação do programa em função de seus interesses pessoais.

Essa pessoa, portanto, pode direcionar certas decisões da companhia em seu favor e gerar uma série de ilícitos empresariais que o *compliance* deveria prevenir ou reportar à autoridade competente. O problema, nesse contexto, passa a ser não só de conflito de interesses, mas ainda mais grave: o de comprometer a eficácia do programa de integridade, tornando-o um protocolo de intenções que vai de encontro ao interesse social empresarial. Assim, o *compliance officer* administrador levaria a consecução do programa de integridade como meio para alcançar vantagens pessoais, utilizando-se da estrutura empresarial como coisa própria.

O risco dessa situação varia em razão do nível de complexidade da sociedade envolvida, mas independente de qual seja a estrutura aplicável, será capaz de romper com os limites de delegação, diligência e responsabilidade que permeiam esses dois cargos extremamente importantes para a ideia de cidadania corporativa. Isso, principalmente se se considera que a estrutura organizacional de uma corporação determina a efetivação do interesse social em dois momentos: primeiramente, através das decisões assembleares e, posteriormente, da atuação dos órgãos administrativos da companhia, cotidianamente (CARVALHO; OLIVEIRA, 2013, p.48.). No primeiro caso, consistiria na formação do interesse da companhia, tendo em vista seus interesses individuais, determinando as diretrizes gerais de atuação da companhia. Já no segundo, na formação do interesse social tendo em vista não os interesses dos diversos *stakeholders* da companhia, ou seja, nas tomadas de decisões pelos órgãos administrativos e que dizem mais respeito às atividades exercidas diariamente pela companhia do que às diretrizes gerais que adota.

Em resumo, o administrador, que exerce o poder de voto, tem o poder de dirigir a companhia, no sentido de perseguir o interesse social almejado, mas também tem o poder de afastá-la desse objetivo (CARVALHO; OLIVEIRA, 2013, p.49). O último caso ocorre quando o exercício do voto conflita com o próprio interesse social da companhia, inerente às sociedades por ações. E tal situação se acentua ainda mais, se há acúmulo do papel de *compliance officer*, o qual não deve se sucumbir à hierarquia nem se confundir com outras posições.

Por isso, com atenção aos contratos celebrados mediante conflito de interesses, é necessário verificar primeiro não só se a sua função em razão do objeto social da companhia foi atendida e depois, se em relação à função econômica no interesse da mesma, a atuação foi benéfica ou não. Faz-se mister verificar, antes de tudo, a impossibilidade de um mesmo sujeito ser detentor de tanto poder quando se refere à persecução de uma ética empresarial. E, nesse ponto, o programa de integridade também precisa abordar de forma precisa, considerando um padrão ideal de alta governança.

Por isso, a fim de abranger o assunto com maior propriedade e gerar a discussão apropriada no ambiente corporativo, é necessário observar o programa de integridade e averiguar, conforme o objeto social da empresa, se as diretrizes nele contidas encontram-se em simetria com o que a empresa se propõe realizar. O programa, constando como documento essencial da empresa, deve ser observado sob a mesma ótica dos contratos, com todo o seu potencial de gerar obrigações em torno de seu cumprimento.

O programa de integridade, carecendo de um impulso institucional para que os colaboradores aceitem suas diretrizes e não realizem transações mediante conflito, necessita demonstrar quais são os efeitos da realização de determinada ação ou omissão e de que maneira impactam o ambiente empresarial. Nessa toada, é preciso sempre se atentar às determinantes estruturais que levam os indivíduos à se comportarem cooperativa ou estrategicamente. “A última forma de comportamento gera particular preocupação em face dos abusos que dela podem decorrer” (SALOMÃO FILHO, 2015, p.32). É preciso, pois, incentivar o primeiro tipo de atitude, desestimulando o segundo.

O estímulo de um ambiente cooperativo depende da compreensão de quais situações rompem com essa expectativa em cada ambiente empresarial. Isso só é possível por meio da realização de um estudo prévio - que é custoso e trabalhoso - do comportamento dos colaboradores da empresa, aqui compreendidos todos os empregados, acionistas, administradores, controladores.

Nesse sentido, Calixto (2015, p.176) considerando como objeto societário principal o próprio interesse social, aponta que esse se encontra na integração de interesses e na solução de conflito entre os vários interesses envolvidos pela atividade social. É partindo dessa lógica que se deve conjugar a análise dos mecanismos de autorregulação e a

existência dos conflito de interesses, possibilitando a proteção dos interesses da empresa e a solução interna de conflitos.

2. UM EXAME NOS DOCUMENTOS DA B3

Nessa perspectiva, a análise dos programas de integridade da B3 é relevante, porque, com a reforma das LSA e da CVM pela Lei nº 10.303, entes reguladores do mercado, como a B3, passaram a assumir papel de destaque no combate às práticas nocivas dos controladores e dos administradores das companhias, regulando o mercado brasileiro por meio das regras do Novo Mercado (ALVES, PINHEIRO, 2017, pp. 41-42). Entende-se, por isso, que- a B3 exerce atividade regulatória na medida em que cria regras que devem ser cumpridas pelos agentes que participam do mercado, as quais impõem padrões de comportamento e implicam em sanções, caso descumpridas pelas sociedades²⁰.

Como realiza essa função, seu programa deve servir de paradigma para todas as outras empresas listadas no segmento do Novo Mercado²¹, o que se pretende verificar nesse tópico, tendo em mente como objeto societário principal o interesse social na solução de conflito entres os vários interesses envolvidos pela atividade social. Por isso a função desempenhada pela B3 é de extrema relevância, já que possui a função pública de impor limites às corporações, autorregulando o relacionamento delas com o mercado ao aplicar sanções àquelas que não cumpram com os *standards* de governança corporativa estabelecido, mudando, inclusive o status da empresa como forma de fazê-las perder privilégios de negociações.

O primeiro fator que deve constar expressamente em um programa de integridade é o que constitui o conceito do conflito de interesses e se ele é adotado como problema ou como regra. Isso é importante porque norteará toda a interpretação do mesmo ao longo do documento. Nesse sentido, o programa da B3²² não apresenta um conceito preciso de conflito de interesses apto a demonstrar, a partir da leitura do trecho, que se trata de problema ou regra, pontuando apenas os envolvidos devem “evitar praticar qualquer ato, participar de processos ou exercer influência sobre decisões que possam resultar em

²⁰ Dentre as competências exercidas pela B3 encontram-se a “regulação e a fiscalização do mercado de capitais para preservar a sua estabilidade e desenvolvimento. Para regular o mercado, a B3 emite regulamentos, resoluções, ofícios circulares e roteiros que contém as normas a serem observadas pelos agentes que atuam no mercado de capitais” (ALVES, PINHEIRO, 2017, p.55).

²¹ A B3 realiza uma função pública, na medida em que se configura como agente prestador de atividade administrativa, ou seja, de atividade pública, sendo, pela lei, auxiliar da CVM, sem a fiscalização dessa última, como a exercida sobre aqueles que exercem atividades privadas, mas sob a supervisão desta (RIBEIRO, 2015, p.86).

²² Disponível no sítio eletrônico do órgão em <<https://ri.b3.com.br/static/ptb/estatutos-codigos-politicas.asp?idioma=ptb>>. Acesso em 29 set. 19.

benefício para nós ou para a pessoa com quem possuímos relação de parentesco ou envolvimento sentimental.”

Retomando esse conceito à lei societária, parece que o problema de delimitar o que vem a ser o problema do conflito de interesses permanece intrínseco nesse documento, reportando a hipóteses meramente ilustrativas que demonstram de forma simplista, o impacto do conflito no interesse social da empresa.

Como segundo ponto, destacado na pesquisa, o conflito de interesses não deve se centrar apenas nas figuras de gestão, mas em todos os envolvidos. Quanto a isso, a B3 pontua que “todos os administradores, funcionários e estagiários da B3, bem como de suas controladas, no Brasil e no exterior, devem seguir o presente Código de Conduta e Ética (Código), em conjunto com as políticas e normas da B3”. Em relação a isso, coaduna-se à perspectiva de todos os envolvidos estarem igualmente comprometidos, em consideração à sua função, à consecução do interesse social da empresa.

Como a lei de SA supõe os deveres de diligência do administrador na forma como toma as decisões da companhia - além dos seus deveres de informação e cuidado - a fim de os acionistas poderem se sentir mais protegidos, diminuindo seus riscos e custos de capital, isso também foi analisado no programa da B3. É a partir desse ponto que se deve começar a falar em transparência do órgão perante o conflito de interesses. Nessa análise, deve estar contida as hipóteses de conflito para o administrador. O programa da B3 chega a estabelecer a responsabilidade adicional de gestores, mas não exemplifica de que forma a responsabilidade adicional impacta no agir da sociedade empresária²³.

Sobre esse ponto, há menção, no programa ao “compliance” e à política de “Transações com Partes Relacionadas e Demais Situações de Potencial Conflito de Interesses”, mas não há possibilidade de acesso a ambos. Compreende-se a razão de exclusividade para o setor interno, ser privado o acesso ao *compliance*, mas não em relação à política. Isso, porque é provavelmente nesse documento em que se destrincha todas as indagações realizadas durante o presente trabalho, o que prejudica o acesso à informação quanto aos pontos levantados²⁴.

²³ O administrador tem, conforme a lei societária e o Código Civil, poder de diligência, devendo adotar as melhores práticas nas conduções dos negócios e dos fins sociais. E como esse poder de diligência é dotado de enorme fluidez, devido a fatores como o tamanho da companhia, a natureza das atividades, a estruturação da administração, o tempo e as circunstâncias em que a decisão administrativa ou de gestão foi tomada (PINHEIRO, 2017, p. 104), é preciso que o programa descreva minimamente situações que envolva conflito de interesses para os administradores.

²⁴ Na parte intitulada “comunicamos possíveis conflitos de interesses” o código pontua que “caso você saiba de alguém que possa estar em situação de conflito de interesses e que não tenha assim se manifestado, você deve fazê-lo. O silêncio sobre possível conflito de interesses caracteriza violação deste Código e da Política para Transações com Partes Relacionadas e Demais Situações de Potencial Conflito de Interesses”, entretanto, sem acesso a essas plataformas e, por isso, ausência de

De qualquer forma, é importante que esse documento inclua os deveres de responsabilidade de diligência do acionista, do *compliance officer* e do administrador já que, direta ou indiretamente são entes responsáveis pela sociedade, sendo importante que entendam os conflitos aplicáveis à sua função. Cumpre esclarecer que não se trata de excluir os deveres fiduciários ou valor de mercado como métodos para a direção e administração das sociedades anônimas, mas balizar a busca desenfreada por lucros diante do custo ao bem-estar do investidor, cumprindo com a função social da empresa. Isso vale para todos os cargos de gestão, a fim de que fique clara a sua responsabilidade perante as decisões sociais e que exerça seu dever fiscalizatório pautado não apenas em sua posição/interesse de titular de ação, como também no interesse socialmente relevante.

O que se percebe da análise do programa da B3 é que uma postura clara e honesta em face aos investidores e terceiros é indispensável para todas as sociedades, sobretudo as listadas no segmento de Novo Mercado, porque permite demonstrar a in(existência) do cumprimento do *compliance* como instrumento de conformidade dentro da companhia, orientando os órgãos reguladores e autorreguladores sobre os compromissos firmados e valorizando e direcionando a forma de atuação dos acionistas, administradores, *compliance officer*, estagiários, empregados e investidores de acordo com seus interesses.

Ainda deve-se ressaltar que a conformidade deve estar presente para evitar abusos de poder pelos acionistas majoritários em face aos minoritários, a fim de evitar, nas palavras de Calixto (2002) a manutenção de uma estrutura de poder e a falta de confiança no mercado, uma vez que os acionistas majoritários, muitas vezes, não apresentam oposição ao controle na estrutura societária.

Contudo, a responsabilização pelos atos que atentem contra o disposto no programa só será possível se forem fornecidos os devidos meios informativos, decisórios e preventivos para que o leitor do código possa tomar decisões, identificando suas ações e denúncias como relevantes para a alteração do posicionamento da companhia. Como ressaltado, uma das várias questões a que um bom programa de integridade deve se ocupar é a de dizer como irá mitigar o conflito de interesses. Assim, não é possível estabelecer, da análise documental realizada, que o documento conseguiu reportar fielmente, com relação ao problema do conflito de interesses, o que pretendia assegurar, com relação à autenticidade e confiabilidade das informações.

transparência perante terceiros, não é possível estabelecer como o conflito é trabalhado. Disponível em: <<https://ri.b3.com.br/static/ptb/estatutos-codigos-politicas.asp?idioma=ptb>>, p. 13. Acesso em 29 set. 19.

A B3 admite que seu programa não tem a intenção de se estabelecer como um manual²⁵, requerendo que cada funcionário dedique atenção especial às hipóteses “que são relevantes à sua função e às suas responsabilidades”, pontuando que qualquer inobservância das informações contidas no documento caracteriza violação do código e que cada função estará sujeita a deveres de diligência e sanções específicas. Entretanto, não explora essas informações no tópico destinado ao conflito.

O resultado que se chega da análise do documento disponível a qualquer interessado é que, embora o programa estabeleça quais são os valores do órgão e que não se deve agir em conflito de interesses, estabelece a noção de conflito do senso comum e não como um problema de direito societário que resulta na quebra do interesse social da empresa. O programa destina apenas uma página à prevenção e exemplificação do conflito. Com abordagens superficiais, não é possível constatar se e como a empresa lida com isso.

A análise do parâmetro é superficial, deixando inclusive de demonstrar, de forma clara e precisa, a relação da sociedade com o conflito enquanto mudança estrutural. Isso é demonstrado, por exemplo, pela falta de menção ao profissional garantidor do programa, qual seja, o *compliance officer*, porque não se dá a noção, conforme mencionado em tópico anterior, dos deveres de diligência e cumprimento do compromisso firmado com o interesse social. O *compliance* precisa demonstrar a vocação da empresa para o cumprimento das normas, inclusive no que se refere às informações dos deveres do diretor de *compliance*.

CONCLUSÕES

Considerando o interesse social como transcendência dos valores individuais para tutelar um valor comum e o conflito de interesses como um problema de sociedade que quebra esse interesse social estabelecido previamente, as soluções de governança corporativa e, em especial, os programas de integridade, como soluções organizativas estruturais, são mecanismos aptos a formar uma organização pautada em integrar os conflitos entre os fatores que podem operar na atividade. Servem, por isso, como organização capaz de mitigar o conflito de interesses. Isso, aliado a mecanismos de transparência, como o segmento do Novo Mercado, reforçam o objetivo de detectar, dentre

²⁵ No tópico “O CÓDIGO DE CONDUTA E ÉTICA SE APLICA A TODOS NÓS” a B3 pontua, na página 5 do documento que “Embora ofereça diretrizes e regras sobre o comportamento e a conduta a serem adotados em nosso dia a dia, o Código não foi concebido como manual, nem dispõe de soluções para todas as situações que você possa encontrar cotidianamente”.

outros, desvios de finalidade e irregularidades no setor empresarial, responsáveis por gerar, por vezes, crises de confiança no mercado.

Como o mecanismo de *compliance* e, em geral, os de autorregulação vem ganhando importância no cenário nacional, é necessário que seja encarado sob a mesma ótica dos contratos, refletindo direitos e obrigações em torno do seu cumprimento. Nessa toada, assegurando o cumprimento do interesse social e o compromisso com a mitigação do conflito de interesses, é preciso que seja capaz de demonstrar, minimamente, o que configura conflito de interesses, qual é a relação de prevenção e tratamento do conflito e quais atores são envolvidos. Possibilitando ao leitor compreender o programa como um *standard* de conduta e não como documento que contém regras meramente exemplificativas e simplistas do problema ora ressaltado, deve levar em consideração a natureza da atividade envolvida, a estrutura da sociedade, o tamanho e demais circunstâncias. Só assim o programa se portará ativamente frente ao parâmetro, demonstrando sua aplicabilidade frente à consecução do interesse social.

Diante desse cenário e do papel desempenhado pela B3, seus programas devem servir de paradigma para todos os outros programas do mercado. Isso, porque desempenha a função de regular e sancionar as empresas listadas no segmento do Novo Mercado, servindo como exemplo de conduta a ser seguida ao ter, como competências, dentre outras, a de emitir regulamentos, resoluções e ofícios regulares e rotineiros que criam normas a serem observadas pelos agentes que atuam no mercado.

Dessa forma, espera-se que seu programa demonstre um modelo de enfrentamento dos todos os parâmetros elencados. Entretanto, embora desempenhe função de autorregulação extremamente importante, o seu programa não é capaz de mitigar o conflito de interesses, da forma como desenvolvida no presente trabalho, porque não demonstra como o órgão reage materialmente frente aos valores e atitudes antiéticas, tendo o cuidado com diversos *stakeholders*. Não é esclarecido, ao longo do código de conduta, de forma clara e ampla, as hipóteses de conflito de interesses abarcadas, exteriorizando que o tratamento dispensado ao tema é superficial e sem a transparência necessária. Por isso, não é possível afirmar que a B3 cumpra com os padrões de transparência, perante terceiros, quanto à mitigação do conflito de interesses.

Nesse sentido, como início do mapeamento do tratamento dado ao tema do conflito de interesses, tem-se como resultado a superficialidade dos documentos da B3, cuja base não é capaz de demonstrar o problema como capaz de quebrar o interesse social da empresa e os padrões esperados, com relação à autenticidade e confiabilidade das informações, do segmento do Novo Mercado.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Eduardo Lemos Lins de. *Compliance e crime corporativo*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; PINHEIRO, Caroline da Rosa. O papel da CVM e da B3 na implementação e delimitação do programa de integridade (compliance) no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Empresarial*. Brasília, v. 3, n. 1, p. 40 – 60 | Jan/jun. 2017. Disponível em:

<https://www.researchgate.net/publication/322586773_O_PAPEL_DA_CVM_E_DA_B3_NA_IMPLEMENTACAO_E_DELIMITACAO_DO_PROGRAMA_DE_INTEGRIDADE_COMPLIANCE_NO_BRASIL>.

ATHAYDE, Amanda; FRAZÃO, Ana. Leniência, *compliance* e o paradoxo do ovo ou da galinha: do *compliance* como instrumento de autorregulação empresarial. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

AZEVEDO, Erasmo Valladão e FRANÇA, Novaes. *Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa. Decisão da CVM no caso "Sistel-Previ"*. Erasmo Valladão e Novaes França, 2003, pp.658-660.

BRASIL, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2627.htm>. Acesso em: 24 abr. 19.

BRASÍLIA. CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO - CGU. Guia Prático de Gestão de Riscos para integridade: Orientações para a administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manual-gestao-de-riscos.pdf>>.

____. Lei de conflito de interesses nº 12.813, de 16 de maio de 2013: perguntas e respostas. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/conflito-de-interesses_perguntas-e-respostas.pdf>.

CARVALHO, Gabriela Cerqueira de; OLIVEIRA, Flávia Jardim de. O controle gerencial e a responsabilização do administrador em caso de conflito de interesse. *Revista Discente DIREITO GV*. São Paulo, ano 02, v. 01 n. 03 jul 2013, p.48. Disponível em: <<https://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/controler-gerencial-responsabilizacao-administrador-caso-de-conflito-de-in>>.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FRAZÃO, Ana. *Corrupção e compliance: um exame à luz das relações entre direito e moral*. Parte III, 11 de julho de 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/corruptao-e-compliance-2-11072018>>.

FRAZÃO, Ana; MEDEIROS, Ana Rafaela Martinez. *Desafios para a efetividade dos programas de compliance*. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.198. 527p. ISBN 978-85-450-0564-3.

MACHADO, Maíra Rocha (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. 428 p.

NAGALLI, Giorgia Antoniazzi. *Conflito de Interesses e Impedimento de Voto de Administradores*. Giorgia Antoniazzi. – São Paulo, 2017. Disponível em: <http://dspace.insper.edu.br/xmlui/bitstream/handle/11224/1687/GIORGIA%20ANTONIAZZI%20NAGALLI_Trabalho.pdf?sequence=1>.

OLIVEIRA, Suzana Rososki de. *Panoramas gerais sobre a figura do Compliance Officer*. Canal de Ciências Criminais, 2018. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/figura-compliance-officer/>>.

PINHEIRO, Caroline da Rosa. *Os impactos dos programas de integridade (compliance) sobre os deveres e responsabilidades dos acionistas controladores e administradores de companhia*. Tese de Doutorado apresentada na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2017.

POUPART, J. et al. *A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos*. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 295-316.

RIBEIRO, Victor Bourroul Holloway. *A regulação descentralizada da governança corporativa: uma análise da criação dos segmentos de listagem do mercado organizado de valores mobiliários administrado pela Bovespa*. Dissertação (mestrado) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas 2015. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13695/Disserta%C3%A7%C3%A3o-Victor_Ribeiro-20150505.pdf?sequence=3&isAllowed=y>.

RIVERA, Jandra Victoria Munoz. *Conflitos de interesse no âmbito do direito societário*. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013. Disponível em : <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/22466/22466.PDF>>.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Teoria crítico-estruturalista do direito comercial*/ Calixto Salomão Filho - 1. ed - São Paulo: Marcial Pons, 2015.

VILELA, Renato. *Conflito de interesses nas companhias de capital aberto e o novo padrão de transparência do IFRS: um estudo empírico dos mecanismos voluntários dedicados às transações*

entre partes relacionadas. Dissertação (mestrado) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas. São paulo, 2012.

APLICAÇÃO DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

Francieli Micheletto¹; Felipe de Poli de Siqueira²

RESUMO: O presente trabalho estudou os programas de compliance no contexto das transformações da sociedade e do Direito. Nesse sentido, tem-se por objetivo geral verificar a possibilidade de efetivação dos direitos humanos e fundamentais nos programas de compliance. E por objetivo específico analisar a possibilidade da união de esforços na prevenção de condutas corruptivas que diante de implantação de programas sérios de compliance acabam por efetivar questões como a real salvaguarda dos direitos humanos e fundamentais. O artigo preocupou-se em trazer os principais princípios que devem servir como base para aplicação do compliance com foco na salvaguarda dos direitos humanos e fundamentais. Para tanto, utilizou-se da doutrina a respeito do tema.

PALAVRAS-CHAVE: Compliance; Direitos Fundamentais; Direitos Humanos; Transformações Econômicas; Sustentabilidade.

APPLICATION OF COMPLIANCE PROGRAMS AS A MEANS OF EFFECTIVE FUNDAMENTAL RIGHTS

ABSTRACT: This paper studied compliance programs in the context of the transformations of society and law. In this sense, the general objective is to verify the possibility of realizing human and fundamental rights in compliance programs. The specific objective is to analyze the possibility of joining efforts in the prevention of corrupt conduct that, in the face of the implementation of serious compliance programs, end up affecting issues such as the real safeguarding of human and fundamental rights. The article was concerned with bringing the main principles that should serve as the basis for compliance enforcement focusing on safeguarding human and fundamental rights. To this end, we used the doctrine on the subject.

KEYWORDS: Compliance; Fundamental rights; human rights; Economic transformations; Sustainability.

¹ Especialista em Direito Civil e Processo Civil pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Advogada (disponível em <http://www.psem.adv.br>)

² Doutorando em Direito Econômico e Socioambiental pelo Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pelo Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Linha de Pesquisa: Estado, atividade econômica e desenvolvimento. Especialista em Direito Civil e Empresarial e em Direito e Processo Tributário Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado (disponível em <http://www.psem.adv.br>)

INTRODUÇÃO

As reiteradas notícias de corrupção somam-se diariamente com outras formas de crimes nacionais e transnacionais, como o contrabando, o tráfico de armas e de drogas, a lavagem de dinheiro, terrorismo e demais ilicitudes no âmbito empresarial. Os citados crimes não seriam possíveis sem a incontável ajuda de servidores públicos corruptos, agências financeiras, funcionários que propositalmente se omitem e causam lesão ao patrimônio público.

Diante de tais assertivas é que se constata uma série de violações a direitos humanos e fundamentais decorrentes da corrupção instalada nos governos e empresas privadas de todas as partes do mundo.

Ademais, conforme leciona CANÇADO TRINDADE (1997, p.172), “às violações ‘tradicionais’, em particular de alguns direitos civis e políticos [...] que continuam a ocorrer, infelizmente têm se somado graves discriminações (contra membros de minorias e outros grupos vulneráveis, de base étnica, nacional, religiosa e linguística), além de violações de direitos fundamentais e do direito internacional humanitário”.

Tal cenário trouxe a baila o termo *compliance*, que tem sido palavra usual utilizada na mídia e grandes entidades corporativas, principalmente, diante dos acontecimentos ligados a operação “lava jato” e a edição da Lei n. 12.846/2013 – Lei Anticorrupção, que resumidamente assevera sobre a responsabilidade das pessoas jurídicas por danos à administração pública, com intuito principal de combate à corrupção. Todavia, não é apenas o combate à corrupção que trata o referido instituto, como será demonstrado no referido trabalho.

Não obstante o aumento da atuação dos órgãos de contenção à corrupção tenha impulsionado o desenvolvimento do presente tema, o *compliance* não se limita apenas a esta área, podendo alcançar diversas outras áreas do Direito, como Direito Concorrencial, Ambiental, Penal, Trabalhista, Tributário, Internacional, etc. Muito embora, poucos sejam os estudos empenhados no tema, a proteção dos interesses dos direitos fundamentais é um campo pleno de probabilidades de aplicação do instituto do *compliance*, sendo que por vezes o programa é implantado com interesses econômicos à empresa gerando efeitos secundários como se analisará abaixo.

Portanto, o conceito básico de *compliance* está intimamente ligado a um instrumento de governança, administração e boas práticas das empresas. Ocorre que, por vezes também alcança um viés além de empresarial e social.

Diante de tais assertivas, o referido cenário fez-se notado pelas organizações internacionais que atuam na intenção de mitigar a prática corruptiva e que viole os

direitos humanos, preocupação que deu origem à mecanismos precisos provindos da ordem jurídica internacional, especialmente em convenções contra tais atos.

Verdade é que, alguns destes instrumentos internacionais, quais sejam, a Convenção Interamericana contra a Corrupção, a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE e a Convenção das Nações Unidas contra Corrupção, tem instruído seus Estados-partes em colocar nos sistemas jurídicos normas de responsabilização de empresas com atos corruptivos e que violem direitos humanos e fundamentais, com sanções austeras, como as impostas pela Lei n.º 12.846/2013.

Assim, a regulamentação através de atos sancionatórios, adicionadas ao risco reputacional da empresa e a exigência de mercado que cada vez mais procura empresas sustentáveis com adequações necessárias, fazem com que algumas corporações buscassem boas práticas de governança corporativa, ética e de integridade empresarial, notadas por meio da implantação de programas de *compliance* ou programas de integridade, que visam garantir a sustentabilidade e a responsabilidade social nas atuais formas de relação privada.

O cerne da questão do *compliance* é justamente o atingimento dos profissionais das mais diversas áreas empresariais e em todas as posições e cargos, com a finalidade precípua de disseminarem em seus núcleos os princípios e valores desta cultura organizacional, garantindo, assim, disseminação de práticas sociais mais ética se de integridade, como elementos essenciais para a garantia dos direitos humanos e fundamentais.

Portanto, indaga-se no presente trabalho se os programas de *compliance*, como um conjunto de regras, padrões, procedimentos éticos e legais, estipulado por uma Empresa, pode ser útil para a proteção de direitos fundamentais? E, neste aspecto, o *compliance* pode ser um programa que observa os Princípios Ruggie e demais Convenções Internacionais e, portanto, possa ser um meio de responsabilização das empresas e seus administradores quanto ao desrespeito de direitos humanos? Os Princípios Ruggie e demais Convenções Internacionais têm caráter e vinculação obrigatórios para as Empresas?

O INSTITUTO DO COMPLIANCE

Precipuamente para que possa haver a análise da questão abordada no presente artigo faz-se necessário uma breve menção ao instituto do *compliance* e suas definições, objetivos e formas de implantação.

O instituto do *compliance* “é um conjunto de regras, padrões, procedimentos éticos e legais, que, uma vez definido e implantado, será a linha mestra que orientará o

comportamento da instituição no mercado em que atua, bem como a atitude dos seus funcionários” (CANDELORO; RIZZO; PINHO, 2012, p. 30). Assim, o compliance não poderá ser definido como o simples cumprimento de regras formais, pois, seu alcance se dará de maneira muito mais ampla e eficiente.

Trata-se, portanto, de um instituto responsável pelo controle dos riscos regulatórios e de reputação, com fonte primordial nas leis, convenções do mercado, códigos e padrões estabelecidos por associações, órgãos regulatórios e códigos de conduta (COIMBRA; MANZI, 2010, p. 2). Sendo tal cargo realizado por um compliance officer, o qual será independente e terá acesso ao Conselho de Administração.

Quanto aos efeitos jurídicos, identifica-se em três ordens: circunstância atenuante das sanções administrativas; critério para aferição da culpa nas ações de responsabilidade dos dirigentes ou administradores das empresas e obrigação legal, para contratantes com poder público, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Os tribunais têm gradativamente considerado a existência de programa sério de compliance como parâmetro interpretativo para a resolução de questões.

A conceituação de compliance, seus objetivos e forma de implantação podem ser retirados de documentos e regras feitos por diversos órgãos internacionais, que se voltam a determinado ramo de atividade. (DINIZ; RIBEIRO, 2015, p. 89)

Os objetivos da implementação do compliance são os mais variados, mas, citam-se alguns: cumprir com a legislação nacional e internacional, regulações do mercado e normas internas da corporação; precaver-se de futuras demandas judiciais; transparência na condução dos negócios; salvaguardar a confidencialidade da informação dada por clientes; evitar o conflito de interesse; evitar ganhos pessoais indevidos através da manipulação e uso da informação privilegiada; evitar a lavagem de dinheiro; e, por fim, disseminar na cultura organizacional, por meio de treinamento e educação, os valores de compliance. (CANDELORO; RIZZO; PINHO, 2012, p. 37-38)

Assim, para implementar um programa de compliance “a empresa deverá inicialmente elaborar um programa com base na sua realidade, cultura, atividade, campo de atuação e local de operação.” (DINIZ; RIBEIRO, 2015, p. 89)

E, diante da implantação do compliance de forma eficaz, a empresa tende a obter mais confiança e maior credibilidade no mercado, alcançando elevados níveis de cooperação interna e externa, com aumento de lucro, mas sempre de forma sustentável, trazendo melhoramentos à corporação, a seus empregados e a sociedade como um todo. (DINIZ; RIBEIRO, 2015, p. 90)

Portanto com a tendência de implantação do compliance a empresa tenderá a seguir algumas orientações, e assim, cumpre trazer as lições de DINIZ e RIBEIRO (2015, p. 90) quando assevera que:

Com a implantação da política de Compliance, a empresa tende a: orientar todas as suas ações para os objetivos definidos; utilizar os recursos de forma mais eficiente, visto que as decisões passam a ser mais econômicas, pois uniformes para casos similares; “proteção contra as pressões das emergências”; ter uniformidade e coerência em todos os seus atos e decisões, colaborando com a transparência dos processos; facilitar a adaptação de novos empregados à cultura organizacional; disponibilizar aos gestores mais tempo para repensar políticas e atuar em questões estratégicas; aumentar e aperfeiçoar o conhecimento da organização por todos os seus atores.

Assim a função do compliance é a de “garantir que a própria pessoa jurídica atinja a sua função social, mantenha intactas a sua imagem e confiabilidade e garanta a própria sobrevivência com a necessária honra e dignidade”.(PLETI; DE FREITAS, p.10)

O programa de compliance, portanto, além de trazer melhoramentos ao desenvolvimento da empresa, trará reflexos benéficos à sociedade. Importante neste artigo frisar-se os benefícios de tal implantação à sociedade, pois, o compliance não se limita a questão empresarial, podendo alcançar diversas outras áreas. Mesmo pouco estudado a proteção dos interesses individuais é um campo vasto de probabilidades de aplicação de tal política, com vistas à redução do número de lesões causadas aos direitos e à efetiva implementação das normas de direitos fundamentais.

Analisando o cenário atual tanto no campo do direito quanto da economia “nunca se exigiu tanto das organizações uma conduta íntegra e responsável como nos tempos atuais, [...]”. Tal modificação se deu com base na “maior circulação de informação e provocou um aumento da transparência das organizações e, conseqüentemente, das expectativas da sociedade em geral em relação ao seu comprometimento ético (COIMBRA; MANZI, 2010, p. 11).

Assim, diante de tal perspectiva existe um regresso a determinados valores da cultura humana que pareciam estar perdidos, e deverão se tornar a viga mestra dos ditames empresariais e corporativos.

O INSTITUTO DO COMPLIANCE APLICADO NO DIREITO EMPRESARIAL

A implantação de programas de compliance por uma empresa tende a orientar os seus atos para objetivos pré-definidos, no intuito de utilizar os recursos de forma eficiente, a ter uniformidade e coerência na governança empresarial. (DINIZ; RIBEIRO, 2015, p. 90).

Todavia, muito além dos benefícios à própria empresa, os referidos programas têm a tendência de transcender apenas o benefício empresarial e poderá ter reflexos positivos à toda comunidade em que a corporação atua.

A Lei n.º 12.846/13 (conhecida como Lei Anticorrupção) indica que serão levados em consideração na aplicação das sanções eventual “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”.

Importante, a observação de que os atos corruptivos também trarão inúmeros problemas para a sociedade empresária uma vez que a sua prática poderá propiciar: riscos financeiros elevados, riscos reputacionais e risco na continuidade dos negócios.

Quando se trata de aplicação do compliance na atualidade, tem-se o seguinte cenário em que as grandes corporações e o próprio cenário empresarial como um todo, tem voltado sua atenção tanto para o crescimento da corrupção quanto para as violações causadas aos direitos humanos e fundamentais. Há algum tempo pouco se falava no Direito, em convenções internacionais e regionais de proteção dos direitos humanos no combate efetivo à corrupção.

Todavia, um grande avanço acerca de tais discussões, decorreu da inclusão no ambiente corporativo da preocupação com a ética e integridade nos negócios, bem como com a real obrigação das empresas se preocuparem com a não transgressão de direitos humanos e fundamentais. (MAZZUOLI; CUNHA, 2017, p.174)

Neste interim, diante dos avanços propostos e das novas perspectivas de mercado é que se demonstra a necessidade de uma nova visão deste mercado, e a aplicação dos programas de compliance do âmbito empresarial culmina com o momento atual. Para MATHIS e MATHIS (2012, p. 133):

[...] diante da complexidade das relações de produção e do aumento significativo da produtividade e do consumo, somado às formas de comunicação instantânea do mundo globalizado, tornaram-se imperiosos os investimentos em novas formas de gestão com responsabilidade social corporativa que possam funcionar como estratégias empresariais para assegurar e incrementar a rentabilidade das empresas.

Contudo, a responsabilidade social não é apenas um cumprimento de normas, ela deverá partir da intenção dos anseios sociais e ambientais com as operações empresarias, a ser implantada voluntariamente no ambiente comercial, culminando no fato de as empresas, irem além de suas obrigações em relação ao seu capital humano e ambiental, por entenderem que o bem-estar de toda sociedade e do próprio meio ambiente reflete

diretamente em seu próprio bem-estar/maximização de lucros e na sustentabilidade dos negócios. (FELIX, 2003, p. 19)

Ademais, *Convenção Interamericana Contra a Corrupção* determinou em seu Artigo 3.^o, medidas acerca da prevenção como uma das formas de combate à corrupção, subdividindo-as em doze conjuntos de políticas anticorrupção, a serem adotadas pelos países membros. Ocupam posição de destaque o requerimento de criação e fortalecimento das normas de conduta para o desempenho das funções públicas de maneira correta; das instruções aos órgãos públicos no intuito de garantir o entendimento de suas responsabilidades e das normas éticas que regem as suas atividades; dos sistemas para proteger funcionários públicos que denunciarem, de boa-fé, atos de corrupção, inclusive a proteção de sua identidade. (MAZZUOLI; CUNHA, 2017 p. 175)

Portanto, associando-se ao direito empresarial um programa de integridade, “para ser considerado efetivo, deve levar em consideração o modelo de negócio da organização e incorporar aos controles internos medidas específicas de análise e ratificação desses controles. Estas medidas devem ter como foco o reconhecimento de falhas e potenciais fragilidades nos processos, assim como a identificação de potenciais melhorias nos controles já existentes.” (CLAYTON, 2013, p. 150)

Todavia, embora haja postulações que tentam nortear os instrumentos normativos com intuito de resguardar os direitos humanos e fundamentais, assim como do combate da corrupção no ambiente empresarial, faz-se necessário ações concretas para garantir efetivamente os resultados esperados.

Demonstra-se manifesta a atenção dos sistemas regionais e globais de proteção aos direitos humanos e fundamentais, relativamente aos seus Estados-membros quanto à implantação de melhores práticas no meio empresarial para combate efetivo à corrupção, como maneira de garantir a eficácia dos direitos humanos civis, sociais, econômicos, políticos e culturais, bem como um desenvolvimento sustentável do ambiente empresarial e na responsabilidade social empresarial. (MAZZUOLI; CUNHA, 2017 p. 177)

A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS NA ATIVIDADE EMPRESARIAL EM FACE DO INSTITUTO DO COMPLIANCE

Para iniciarmos tal capítulo necessário se faz a compreensão de que, enquanto a tutela dos direitos humanos encontra-se relacionada ao sistema jurídico do direito internacional público, a tutela dos direitos fundamentais relaciona-se com o sistema jurídico interno de cada Estado, sobretudo o constitucional. (MAZZUOLI; CUNHA, 2017 p. 171)

Assim, ao tratar da salvaguarda dos direitos fundamentais é, sobretudo estudar também as bases do sistema jurídica interno de cada Estado no intuito de verificar sua efetividade.

Ao ingressar no tema proposto nota-se que muito embora a corrupção, não seja apontada como uma violação a direitos fundamentais propriamente dita, seus resultados impedem a concretização dos direitos de toda sociedade, bem como, a efetivação de políticas públicas e sociais, as quais poderiam trazer novas perspectivas aos cidadãos. (MAZZUOLI; CUNHA, 2017 p. 172)

Desta forma, conforme já explanado acima, no cenário nacional e internacional, o papel das grandes empresas é cada vez mais importante e salutar na econômica mundial. E, por sorte de tal afirmação, a responsabilidade social destas empresas e grandes corporações, sobretudo através de seus códigos de conduta (os também atualmente chamados de compliance, por exemplo), passa a ser norte de interação da empresa com a sociedade, de um ambiente de trabalho focado na qualidade e no desenvolvimento, de uma relação de consumo que observa a qualidade dos produtos e servidos e os direitos dos consumidores, de proteção ao meio ambiente, de governança corporativa em consonância com a boa governança da empresa, informação, transparência e a prestação de contas que a empresa apresenta aos seus acionistas e investidores. (ZUBIZARRETA, 2009, p. 559)

A convergência internacional para padrões de honestidade, da ética e da transparência nos negócios é uma consequência natural da preocupação das corporações com a qualidade. Para ALMOND (1996, p.466) “é extraordinariamente difícil para uma empresa global esperar e aplicar padrões de qualidade ‘zero defeito’ em uma atmosfera corporativa de hipocrisia moral e ética.”

Discute-se, conseqüentemente, se o compliance pode também ter como objetivo a proteção aos direitos humanos pelas sociedades empresariais. Segundo a ONU, os direitos humanos são direitos inerentes a todos os seres humanos, independentemente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição, incluindo em seu rol o direito à vida, à liberdade, à liberdade de opinião e de expressão, ao trabalho, à educação, etc.

No âmbito internacional, são sujeitos de direito internacional os Estado e, portanto, somente estes podem ser responsabilizados pelas violações de direitos humanos. Ocorre, contudo, que não é somente o Estado o agente violador de direitos humanos, mas sim as empresas, especialmente as multinacionais / transnacionais. (PAMPLONA; SILVA, 2016, p. 151)

Aliás, com a globalização e o conseqüente poderio econômico, financeiro, técnico e informacional das grandes empresas, essas passaram a ser efetivamente as maiores violadoras de direitos humanos.

Em resposta a conjuntura de desrespeito e irresponsabilidade empresarial, a ONU aprovou em 2011 os Princípios das Nações Unidas para Empresas e Direitos Humanos, também conhecidos como Princípios Ruggie, tendo em vista a nomeação de Jonh Ruggie pela ONU para a elaboração de padrões de responsabilidade das empresas.

Os Princípios Ruggie são contabilizados em trinta e um dispositivos, divididos em três pilares: (1) dever do Estado de proteger os direitos humanos; (2) Responsabilidade das empresas em respeitar os direitos humanos; e (3) acesso a mecanismos de reparação por violação de direitos humanos. (PAMPLONA; SILVA, 2016, p. 151)

Ressalta-se, aqui, a responsabilidade das empresas em respeitar os direitos humanos e fundamentas, especialmente o princípio de número dezesseis que estabelece o compromisso político das empresas incorporarem sua responsabilidade de respeitar os direitos humanos, mediante uma declaração política que seja aprovada pela governança empresarial, baseada em assessoria especializada, estabelece o que a empresa espera, em relação aos direitos humanos, de seu pessoal, seus sócios e outras partes diretamente vinculadas com suas operações, produtos ou serviços, enfim, que reflita, por um qualquer meio eleito, o controle, a proteção e a prevenção de violações de direitos humanos.

Apesar da importância histórica dos Princípios Ruggie, eles não têm caráter vinculativo, de coercibilidade e obrigatoriedade por parte das empresas (repeita-se, em virtude de somente os Estados serem sujeitos de direito internacional, contrário às empresas). Logo, o caráter normativo desses princípios é de soft law.

Ainda, dentre as mais relevantes ações já implementadas, também se encontra o Pacto Global das Nações Unidas, inspirado na “missão de engajar a comunidade empresarial na promoção de uma economia global inclusiva e sustentável”, trata-se da maior iniciativa voluntária do mundo para a responsabilidade corporativa, presente em 162 países e com mais de 13 mil participantes entre empresas e organizações sem fins lucrativos. (MAZZUOLI; CUNHA, 2017 p. 177)

Ademais, outro projeto que deve ser mencionado é o Grupo de Trabalho das Nações Unidas sobre Direitos Humanos, Corporações Transnacionais e outras Empresas, que em junho de 2016 apresentou seu relatório final ao Conselho de Direitos Humanos da ONU. O instrumento teve como enfoque examinar o dever dos Estados de se protegerem contra os abusos e violações de direitos humanos que envolvem as empresas estatais como forma de promoção e proteção de todos os direitos humanos e fundamentais. Após análise o documento traz inúmeras conclusões e recomendações dentre elas; maior atenção dos Estados quanto ao cumprimento dos direitos humanos, definição de que suas empresas

estatais respeitem os direitos humanos em todas as suas operações e aplicação de forma plena das normas internacionais sobre governança corporativa. (MAZZUOLI; CUNHA, 2017 p. 177)

É se observar que, do ponto de vista empresarial, a viabilidade econômico-financeira dos negócios é fator primordial na gestão corporativa. Todavia, o conceito de sustentabilidade deverá ser implantado nesta perspectiva, no intuito de se resguardar a qualidade na produção e nos lucros, a longevidade dos negócios e o bem-estar comum a todos os envolvidos na cadeia produtiva. Assim, a perspectiva econômico-financeira de um empreendimento deve associar-se a outras preocupações também não menos importantes, como o meio ambiente, os direitos fundamentais e sustentabilidade. (MAZZUOLI; CUNHA, 2017 p. 179-180)

Ao mais, o que se observa, portanto, é que os princípios são recomendações para as instituições financeiras, cabendo a elas a incorporação do respeito e da responsabilidade no que tange aos direitos humanos e fundamentais. E, neste aspecto, o compliance pode ser um meio eficaz de implementação de controle, proteção e prevenção de violação de direitos humanos na empresa, como estabelecem os princípios citados neste estudo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Primeiramente, é suma importância a assertiva de que a corrupção a longo prazo trará inúmeros prejuízos a empresa, vez que em um mercado global, ou seja, um mercado de informações, a empresa deve resguardar sob todos os aspectos a sua reputação, que será gravemente agredida com atos corruptivos e com condutas antiéticas e desleais perante o mercado.

Assim, com o desígnio de prevenir, detectar e remediar a práticas de atos lesivos praticados interna e externamente ao ambiente corporativo, que pode ocasionar ou potencializar os riscos empresariais, surge a necessidade de implementar um programa de compliance, sério e efetivo.

Portanto, os programas de compliance estão sendo o filtro de garantia para que as empresas se mantenham no mercado, buscando o lucro, mas, contudo, dentro de padrões e condutas éticas e sustentáveis, valores estes, cada vez mais procuradores, pelos seus clientes.

Assim, o programa de compliance instituído pelas empresas, além de ser um programa que pode observar os Princípios Ruggie e demais Convenções e Pactos Nacionais e Internacionais, poderá trazer reflexos econômicos positivos às empresas, aumentando a sua confiabilidade e credibilidade no mercado em que atua, e, por

consequente, ampliando os seus lucros e promovendo o bem-estar social e o desenvolvimento econômico da sociedade.

Conforme já afirmado ao longo do artigo, entende-se por redes programas de compliance, é um conjunto de regras, padrões, procedimentos que será a linha mestra que orientará o comportamento da instituição no mercado em que atua. Como maior iniciativa voluntária mundial voltada para a responsabilidade corporativa e o desenvolvimento sustentável, os já acima mencionados Pacto Global da ONU e os Princípios Ruggie, bem como demais Convenções Internacionais abrangem as área de direitos fundamentais e combate a atos corruptivos.

Neste contexto, entende-se que o programa de compliance, desde que trazido ao ambiente empresarial sem intenção meramente formal, com sim, como incentivo para condutas éticas, integras, responsáveis para com o outro e sustentáveis, terá importância primordial para resguardar os direitos fundamentais. Assim, somados aos avanços dos órgãos de controle e dos instrumentos de responsabilização, faz com que, as violações a direitos humanos e fundamentais advindos da prática corruptiva não encontrem espaço, ou que, sejam obstadas. Portanto, torna-se justificável a aplicação de programas de compliance no ambiente comercial.

Ao mais, este estudo não comporta uma conclusão propriamente dita do tema sugerido, pois, se há algo que dele se pode extrair é a certeza de que compete ao cidadão, ao empresário e a sociedade empresária como um todo, buscar inteirar-se dos assuntos de interesse da coletividade e, quando for o caso, tomar as providências necessárias para sua adequada tutela com o objetivo de se prevenir atos de corrupção ou de se mitigar/estancar seus efeitos, trazendo benefícios não somente à empresa, mas ao próprio desenvolvimento da nação.

Ainda, do presente estudo, conclui-se da necessidade na mudança no pensamento e na cultura de cada indivíduo que os faça menos indiferente aos atos corruptivos e aos atos que violem os direitos humanos e fundamentais.

Veja-se que, sem tais mudanças de nada adianta a intenção pura de aplicação de programas de compliance, pois a falta de discernimento entre o ético e o antiético, fará com que se demonstre impossível o combate daquilo que não se reconhece como algo a ser combatido.

Conclui-se que a efetividade dos programas de compliance garantem a sustentabilidade corporativa no atual cenário empresarial, ao alastrar-se em toda a cadeia produtiva, como forma de disseminação da ética, da cooperação e da integridade, tornando o comportamento empresarial instrumento de transformação social, mitigando uma série de violações a direitos humanos e fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMOND, Michael A. & Syfert, Scott D. **Beyond compliance: corruption, corporate responsibility and ethical standards in the new global economy.** *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* , v. 22 (1996), p. 446

BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União. Cartilha sobre a Convenção Interamericana contra a corrupção, 2016. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacaointernacional/convencaodaoea/documentos-relevantes/arquivos/cartilha-oea-2016.pdf> . Acesso em: 04 de outubro de 2019.

_____. Lei ordinária n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 2 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 04 de outubro de 2019.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Dilemas e desafios da proteção internacional dos direitos humanos no limiar do século XXI.** *Revista Brasileira de Política Internacional*, v. 40, n.º 1, 1997.

CASTELLA, Gabriel Morretini; GABARDO, Emerson. **A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a Administração Pública.** *Revista de direito administrativo e constitucional*, ano 15, n. 60, p. 129-147, abr/jun. 2015.

CANDELORO, Ana Paula; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinícius. **Compliance 360º: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo.** São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012.

CLAYTON, Mona. **Entendendo os desafios de compliance no Brasil: um olhar estrangeiro sobre a evolução do compliance anticorrupção em um país emergente.** In: Del Debbio, Alessandra; Maeda, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henriques da Silva (Org.). *Temas de anticorrupção & compliance.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (Coord.). **Manual de Compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações.** São Paulo: Atlas, 2010.

DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas.** *Revista de Informação Legislativa*, ano 52, n. 205, p.87-105, mar. 2015.

FÉLIX, Luix Fernando Fortes. **O ciclo virtuoso do desenvolvimento responsável.** In: **Responsabilidade social das empresas: a contribuição das universidades**, v. 2. São Paulo: Peirópolis, 2003.

MATHIS, Adriana de Azevedo; MATHIS, Armin. **Responsabilidade social corporativa e direitos humanos: discursos e realidades.** Revista Katálysis, v. 15, n.º 1, 2012.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; CUNHA, Matheus Lourenço Rodrigues da. **Compliance: de instrumento de sustentabilidade empresarial a mitigador de violações a direitos humanos e fundamentais.** In: Revista de Direito Público, n.º 18, Lisboa, jul.-dez. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Caderno do Pacto.** Grupo Temático Anticorrupção. v. 2, dez. 2015.

PAMPLONA, Danielle Anne; SILVA, Ana Rachel Freitas da Silva. Os princípios orientadores das Nações Unidas sobre empresas e direitos humanos: houve avanços? In: BENACCHIO, Marcelo (coord.). **A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e Direitos Humanos.** Curitiba: Editora CRV, 2016.

PLETI, Ricardo Padovini; DE FREITAS, Paulo César. **A pessoa jurídica de direito privado como titular de direitos fundamentais e a obrigatoriedade de implementação dos sistemas de "compliance" pelo ordenamento jurídico brasileiro.** XXIV Encontro Nacional do CONPEDI – UFS DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

ZUBIZARRETA, Juan Hernández. **Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: Historia de una asimetría normativa.** Madrid: Hegoa, 2009.

CONFIANÇA E COMÉRCIO ELETRÔNICO: UMA BREVE ABORDAGEM

Ezequiel Anderson Junior¹; Gabriela Amorim Paviani²

RESUMO: Ao longo do tempo a relação entre confiança e o direito negocial sofreu variações, sendo que no século XXI se tornou difícil imaginar a concretização de negócios jurídicos sem a confiança enquanto plano de fundo. O aumento da popularização fez com que os contratos passassem a ser em massa e com o uso maciço da tecnologia excluiu-se a necessidade da empresa com grande espaço físico, sendo a confiança a principal matriz para o consumo no comércio eletrônico.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedade da informação. Direito do consumidor. Direito empresarial. Contratos de adesão. Nova empresarialidade

TRUST AND ECOMMERCE: A BRIEF APPROACH

ABSTRACT: Over time the relationship between trust and negocial law has changed, and in the 21st century it has become difficult to imagine the realization of legal business without trust as a background. The increase in popularization made the contracts become massive and with the massive use of technology, the need for the company with large physical space was excluded, with trust being the main program for consumption in electronic commerce.

KEYWORDS: Information society. Consumer law. Business law. Adhesion contracts. Ethical trade

INTRODUÇÃO

O fenômeno da confiança ao longo da história foi extremamente útil ao Direito Civil. Se antes as pessoas concretizavam suas relações negociais com base em sua honra, traduzida nos contratos no fio de bigode, sem a necessidade de assinar nenhum tipo de documento, concretizando-se de forma verbal³, no século XXI e o advento da sociedade da

¹ Mestrando em Direito da Sociedade da Informação pela FMU. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001. E-mail: ezequiel.anderson.dir@gmail.com

² Mestranda em Direito Negocial pela UEL. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001. <https://orcid.org/0000-0002-8985-6264>

³ CAMARGO, Juraci; LASPERG, Marcelo. Negócio no fio do bigode. **Jornada de Iniciação Científica e de Extensão Universitária** [on-line]. v. 3, n. 3. Curitiba: JICEX, 2014. Disponível na Internet: <<http://santacruz.br/ojs/index.php/JICEX/issue/view/7>>. Acesso em: 10 out. 2019.

informação os contratos passaram a ser automatizados, devido há grande proporção humana e as múltiplas relações negociais⁴.

Com o advento das tecnologias, em especial a *internet*, os negócios jurídicos passaram a ser celebrados de maneira cotidiana, feitos com base em “termos de uso”⁵, pactuados em contratos cada vez mais automatizados e que via de regra não expressam de fato uma relação contratual manifestadamente clara.

Desta forma, análise dos contratos em geral passa a ser substancial já que elementos como validade do contrato são essenciais para o estudo do fenômeno da confiança na relação de consumo concretizada via *internet*.

Utiliza-se do método lógico dedutivo partindo da premissa maior de validade dos contratos, para então a premissa menor: confiança e boa-fé. O uso de materiais bibliográficos é fundamental para pesquisa, utilizando-se inclusive de material estrangeiro para um breve comparativo. O uso de documentos, em especial leis também mostra-se relevante já que o ordenamento jurídico pátrio é baseado no sistema positivista.

DO CONTRATO EM GERAL

A problemática parte de como se desenvolve o contrato no século XXI, após a resposta ou ao menos uma diretriz de como este contrato se concretiza, parte-se à análise de como a confiança influi nas relações contratuais feitas na *internet*.

Divide-se em três os requisitos para validade do contrato, requisitos: subjetivos, objetivos e formais.

Tabela 1: Requisitos dos contratos⁶.

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: contratos e atos unilaterais. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3. p. 40 (livro eletrônico).

⁵ LIMA, André et al. **RESPONSABILIDADE CIVIL DA INTERNET**. 2002. Disponível em: <http://www.academia.edu/download/38542737/TRABALHO_CIVIL.doc>. Acesso em: 10 out. 2019.

⁶ Adaptado de: GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3. p. 50-67 (livro eletrônico).



Como se observa, os requisitos envolvem acordos bilaterais de vontade⁷ e consensualidade enquanto forma de celebrar o contrato, permitindo por exemplo a criação de contratos de compra e venda, ou mesmo “contratos de consumo”⁸ na *internet*, podendo ao fornecedor explorar a hipossuficiência do consumidor inserindo cláusulas prejudiciais.

Visando proteger o consumidor, o instituto do Código de Defesa do Consumidor Brasileiro, buscou protegê-los de algumas situações, tutelados no:

Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo. (...)

§ 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em **termos claros** e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor. (Redação dada pela nº 11.785, de 2008)

§ 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão⁹.

Em solo português também se observa tais preocupações:

Artigo 9.o Direito à protecção dos interesses económicos

⁷ Que muitas vezes, por se tratar de contratos de adesão, ou contratos de massa, acabam por não expressar de fato a vontade da parte hipossuficiente, incapaz de entender o real significado de cada cláusula contratual.

⁸ FROTA, Mario. **Os contratos de consumo**: realidades sociojurídicas que se perspectivam sob novos influxos. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/artigos/59a2z2.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2019. p. 1.

⁹ 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>. Acesso em: 10 out. 2019.

1 — O consumidor tem direito à protecção dos seus interesses económicos, impondo-se nas relações jurídicas de consumo a igualdade material dos intervenientes, a lealdade e a boa fé, nos preliminares, na formação e ainda na vigência dos contratos. 2 — Com vista à prevenção de abusos resultantes de contratos pré-elaborados, o fornecedor de bens e o prestador de serviços estão obrigados:

- a) À redacção clara e precisa, em caracteres facilmente legíveis, das cláusulas contratuais gerais, incluindo as inseridas em contratos singulares;
- b) À não inclusão de cláusulas em contratos singulares que originem significativo desequilíbrio em detrimento do consumidor¹⁰.

Destaca-se que tanto em território brasileiro quanto português, busca-se de alguma forma proteger o consumidor nos contratos de adesão (ou pré-elaborados, aos portugueses), em especial no tocante à informação.

Tal fato está intimamente ligado ao dever de informar, já que a falta de informação fornece ao “ofendido o direito de proceder à resolução do negócio jurídico, pelo descumprimento de obrigação colateral fundada no princípio da boa-fé objetiva e no princípio da confiança”¹¹.

Reforçando este sentido: “A informação, no âmbito jurídico, tem dupla face: o dever de informar e o direito de ser informado, sendo o primeiro relacionado com quem oferece o seu produto ou serviço ao mercado, e o segundo, com o consumidor vulnerável”¹².

No contexto de valorização da transparência e da confiança nas relações negociais privadas, o Código de Defesa do Consumidor estabelece um regime próprio em relação aos meios de se propagar a informação, tendente a assegurar que a comunicação do fornecedor e a do produto ou serviço se façam de acordo com regras preestabelecidas, adequadas a ditames éticos e jurídicos que regulam a matéria¹³.

Apenas para demonstração da importância de transparência, publicidades abusivas se dirigidas ao público infantil por exemplo, certamente acarretaram em consequências jurídicas gravosas¹⁴.

¹⁰ PORTUGAL. Lei nº. 24, de 31 de julho de 1996. Estabelece o regime legal aplicável à defesa dos consumidores. Disponível em: <<https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/1996/07/176A00/21842189.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2019.

¹¹ SENISE LISBOA, Roberto. **Manual de direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2. p. 699 (livro eletrônico).

¹² NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. São Paulo: MÉTODO, 2012. p. 36

¹³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. São Paulo: MÉTODO, 2012. p. 36

¹⁴ CURI, Fábio Martins Bonilha; NASPOLINI, Samyra Haydée dal Farra. Direitos Fundamentais e os Limites da Publicidade Dirigida ao Público Infantil em Face da Função Social da Empresa. In: **Prim@ Facie**, 14. v., 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/view/27653/14867>. Acesso em: 10 out. 2019.

Deste modo, merece-se o fenômeno da confiança um estudo um pouco mais aprofundado, seja ela enquanto princípio, ou seja, enquanto valor. Confiança princípio é a “A confiança subjetiva é psicológica, ligada a sensação de estabilidade de determinado sistema e quanto ao negócio jurídico per si”¹⁵, já enquanto valor “A confiança objetiva, enquanto valor, analisa a estabilidade negocial mediante a análise da conduta do outro negociante”¹⁶.

A CONFIANÇA NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

Dadas as considerações supramencionadas, percebe-se a relação da informação com a confiança que determinada empresa terá, proporcionando ao consumidor mais segurança¹⁷ para efetivação do negócio jurídico.

Como ensina PAIS DE VASCONCELOS, “a confiança depositada pelas pessoas merece tutela jurídica. Quando uma pessoa actua ou celebra certo acto, negócio ou contracto, tendo confiado na atitude, na sinceridade, ou nas promessas de outrem, ou confiando na existência ou na estabilidade de certas qualidades das pessoas ou das coisas, ou das circunstâncias envolventes, o Direito não pode ficar absolutamente indiferente à eventual frustração dessa confiança”.¹⁸

Em igual sentido, afirma:

O direito pode auxiliar a estabelecer este novo paradigma se conseguir firmar a devida proteção ao usuário leigo, por meio: da exigência de transparência; da redução da assimetria informacional; do respeito ao direito de o comprador se arrepender da compra; de mais segurança com os meios de pagamento no ambiente virtual; e de mais diligência com os dados coletados¹⁹.

E qual contribuição essa transparência poderá acarretar ao comércio eletrônico? Poderá propiciar um novo paradigma, adaptando o consumidor ao comércio eletrônico²⁰. Vez que a não adequação de diretrizes mínimas de transparência podem ocasionar:

¹⁵ SENISE LISBOA, Roberto. **Confiança contratual**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 20.

¹⁶ SENISE LISBOA, Roberto. **Confiança contratual**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 20.

¹⁷ Percebe-se que preferiu a utilização do termo segurança em sentido amplo, ao invés de “segurança jurídica”, já que a transparência e informação proporcionam ao consumidor a clareza em todos os aspectos ao consumidor que muitas vezes extrapolam o conteúdo legal já protegido.

¹⁸ VASCONCELOS, Pais de. *apud* GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: contratos teoria geral**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 4. p. 225 (livro eletrônico).

¹⁹ TEIXEIRA, Tarcisio. **Comércio eletrônico**: conforme o Marco Civil da Internet e a regulamentação do *e-commerce* no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 34.

²⁰ TEIXEIRA, Tarcisio. **Comércio eletrônico**: conforme o Marco Civil da Internet e a regulamentação do *e-commerce* no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 34.

A proteção de dados pessoais, os certificados de segurança, as regras sobre troca e devolução de mercadorias, cláusulas sobre desistência ou cancelamento de um contrato, definição de obrigações do fornecedor e de seus parceiros, canal de reclamações e outros itens ajudam a construir a credibilidade da empresa digital. Num mundo onde se permite a criação de infinidade de sites comerciais, exercita-se mais a livre concorrência e o “freguês” fica mais rigoroso, pois aumenta o poder de comparação entre os concorrentes, sobretudo em relação à ética e à confiabilidade do vendedor ou do prestador de serviços. Neste ambiente tão aberto e competitivo, a falsa esperteza pode levar ao ostracismo do mau empreendedor. Empresas que se marginalizam, que escondem minimamente seus dados cadastrais para dificultar sua identificação, que se mantêm irregular para não pagar tributos e que desconsiderem anseios mais exigentes do consumidor virtual, transformam-se numa espécie de “camelô virtual” oportunista, **gerando insegurança comercial e jurídica para a clientela**²¹. (grifo nosso).

Em sentido semelhante, discutindo no âmbito das relações no direito privado brasileiro:

Isto é: a colaboração devida, em razão da boa-fé, não há de ser uma “qualquer colaboração”, mas uma colaboração pautada pela finalidade econômico-social do negócio; pelo regramento legal incidente, ou pelo regramento negocial acaso pactuado, ou decorrente dos usos, no espaço que lhes é concedido ordem jurídica; pelos princípios constitucionais informadores da ordem econômica e os demais princípios do Direito das Obrigações, de modo especial pelo respeito à legítima **confiança que, como valor social de base, explica e garante a vinculabilidade jurídica**. Estão instrumentalizados a essa mútua colaboração certos deveres de consideração, proteção e cooperação, deveres positivos e negativos, tais como os deveres de informação e esclarecimento; de lealdade em sentido amplo (vedando, por exemplo, a contraditoriedade desleal, ou da criação de gravame desnecessário ao co-contratante); deveres de sigilo; deveres de segurança, etc²². (grifo nosso).

Desta forma, vê-se que: seja confiança enquanto valor, seja confiança enquanto princípio há relação direta com o animo de estabelecer vínculo entre o consumidor e o empresário sendo fundamental a transparência para criação de vinculabilidade entre eles.

Diante deste dever de transparência, espera-se criar de certa forma padrões de comportamento para que: “... Caso esta hipótese se realize de modo a refletir no direito positivo, talvez se possa verificar o delineamento de um “standard” comportamental

²¹ ARAÚJO, Marcelo Barreto de. **Comércio eletrônico; Marco Civil da Internet; Direito Digital**. Rio de Janeiro: CNC, 2017. p. 117.

²² MARTINS-COSTA, Judith. Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do direito privado brasileiro. In: **Estudos de direito do consumidor**, 6. ed. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2004. p. 104-105.

relativo ao bom homem de negócios, originário do antigo princípio "bônus pater familiae"²³.

Devido a sociedade da informação, espera-se que este *standard* seja pulverizado "Alias, e de se observar também, que um "standard" pode linear um pensamento jurídico e Karl-Heinz Strache, menciona que pensar por "standard ," significa medir o critério formado na tradição, adequando-o ao fato presente e aplicando-o ao caso atualmente existente."²⁴.

Assim sendo, observa-se que é possível a construção de um novo cenário para o comércio eletrônico, pautado em padrões éticos de conduta, em especial aqueles trazidos por relações de transparência devido ao dever de expectativa legítima, confiança, atinente aos negócios jurídicos.

Em outras palavras, ao se fortificar os deveres de lealdade, boa-fé e confiança, em verdade cumpre-se o disposto no Código de Defesa do Consumidor, neste sentido:

Without doubt, the two biggest dogmatic changes in the Brazilian Civil Law originated from the Consumer Code: first, the theory of quality, which approximated the summa division between contract and tort laws with a pragmatic liability at the providers' chain for quality adequacy (faults of product or services—CDC, Article 18 and following) and for security quality (defects of product or services— CDC, Articles 12–17). That has strengthened the duty to inform, as well as the duty to prevent and reimburse the individual—homogeneous, collective, and diffuse— moral or material damages. Second is the new contractual theory, which approximated the contractual regimes for providing (product supply) and rendering (service supply), preparing Brazil for a new economy of services—a technological and informational one—valuing good faith throughout the entire period or for all the contractual iter, as well as the consumer's trust, and innovating when regulating publicity and its obligatory effects. The significant jurisprudence arising from this "material" section of the CDC (Articles 8–54) attests to the success of this renewing dogmatic view, which infuses, nowadays, the 2002 Civil Code itself²⁵.

Ao se "inaugurar" como propõe a autora acima, um período tecnológico-informativo, valorizando a boa-fé durante todo período contratual. Espera-se que o corpo empresarial se fortifique em valores de eticidade para "construção, de uma empresarialidade solidária e humana se faz necessária para que os efeitos prejudiciais da

²³ SIMÃO FILHO, Adalberto. A nova empresarialidade. In: **Revista de Direito da UNIFMU**. 17. a., 25. n. São Paulo: FMU, 2003. p. 24.

²⁴ SIMÃO FILHO, Adalberto. A nova empresarialidade. In: **Revista de Direito da UNIFMU**. 17. a., 25. n. São Paulo: FMU, 2003. p. 25.

²⁵ MARQUES, Claudia Lima; WEI, Dan (ed). **Consumer Law and Socioeconomic Development: national and international dimensions**. Basel, Suíça: Springer, 2017. p. 112

globalização possam ao menos serem minimizados por meio da atuação daqueles atores sociais que mais se beneficiaram neste processo.”²⁶

CONCLUSÕES

Chega-se à conclusão de que a transparência passa a ser um elemento essencial ao mundo empresarial no século XXI. Isto porque as empresas mudam sua dinâmica com o advento da sociedade da informação.

A empresa passa a deixar de ter uma grande necessidade de um espaço físico, palpável ao seu consumidor. No momento que se elimina o espaço físico, afeta-se também o juízo valorativo dos clientes sobre determinados produtos, sendo que o dever de informação é que propiciará à empresa um modo de convencer o cliente de que aquilo é algo confiável, deste modo, um *standart* com base na eticidade, confiança e boa-fé tornam-se fundamentais para construção de uma boa fama empresarial.

Sendo assim, percebe-se que a confiança no século XXI volta a ser um elemento importante dentro do direito negocial, já que hodiernamente começa-se a pensar em uma nova forma de comércio, da qual os fornecedores deixam aos poucos de precisar de sustentar uma aparência local, para migrar à um conjunto entre marca, um nome empresarial, uma determinada imagem [um nome de domínio]”²⁷. Devendo agir da maneira mais clara possível de modo que possa estabelecer com o consumidor uma relação de confiança.

Espera-se que com a nova empresarialidade proposta por Adalberto Simão Filho, aos poucos o mercado torne-se competitivo com base na transparência e no padrão da confiabilidade de informações e relação clara com sua clientela.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Marcelo Barreto de. **Comércio eletrônico; Marco Civil da Internet; Direito Digital**. Rio de Janeiro: CNC, 2017.

²⁶ COELHO, Eduardo Salgueiro; RIZZI, Rafael. A NOVA EMPRESARIALIDADE NA ERA DA INFORMAÇÃO. In: **I Congresso Internacional Information Society and Law**, 1, 2019, São Paulo, Anais eletrônico online, disponível em: <https://informationsocietyandlaw.files.wordpress.com/2019/06/informationsocietyandlawreview3.0.pdf>. São Paulo, p. 66.

²⁷ TEIXEIRA, Tarcisio. **Comércio eletrônico**: conforme o Marco Civil da Internet e a regulamentação do *e-commerce* no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 35.

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>. Acesso em: 10 out. 2019.

CAMARGO, Juraci; LASPERG, Marcelo. Negócio no fio do bigode. **Jornada de Iniciação Científica e de Extensão Universitária** [on-line]. v. 3, n. 3. Curitiba: JICEX, 2014. Disponível na Internet: <<http://santacruz.br/ojs/index.php/JICEX/issue/view/7>>. Acesso em: 10 out. 2019.

COELHO, Eduardo Salgueiro; RIZZI, Rafael. A NOVA EMPRESARIALIDADE NA ERA DA INFORMAÇÃO. In: **I Congresso Internacional Information Society and Law**, 1, 2019, São Paulo, Anais eletrônico online, disponível em: <https://informationsocietyandlaw.files.wordpress.com/2019/06/informationsocietyandlawreview3.0.pdf>, São Paulo.

CURI, Fábio Martins Bonilha; NASPOLINI, Samyra Haydée dal Farra. Direitos Fundamentais e os Limites da Publicidade Dirigida ao Público Infantil em Face da Função Social da Empresa. In: **Prim@ Facie**, 14. v., 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/view/27653/14867>. Acesso em: 10 out. 2019.

FROTA, Mario. **Os contratos de consumo:** realidades sociojurídicas que se perspectivam sob novos influxos. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/artigos/59a2z2.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil:** contratos teoria geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 4. (livro eletrônico).

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** contratos e atos unilaterais. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3. p. 40 (livro eletrônico).

LIMA, André et al. **RESPONSABILIDADE CIVIL DA INTERNET.** 2002. Disponível em: <http://www.academia.edu/download/38542737/TRABALHO_CIVIL.doc>. Acesso em: 10 out. 2019.

MARQUES, Claudia Lima; WEI, Dan (ed). **Consumer Law and Socioeconomic Development:** national and international dimensions. Basel, Suíça: Springer, 2017.

MARTINS-COSTA, Judith. Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do direito privado brasileiro. In: **Estudos de direito do consumidor**, 6. ed. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2004.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor**: direito material e processual. São Paulo: MÉTODO, 2012.

PORTUGAL. **Lei nº. 24, de 31 de julho de 1996**. Estabelece o regime legal aplicável à defesa dos consumidores. Disponível em:
<<https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/1996/07/176A00/21842189.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2019.

SENISE LISBOA, Roberto. **Confiança contratual**. São Paulo: Atlas, 2012.

SENISE LISBOA, Roberto. **Manual de direito civil**: direito das obrigações e responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2. (livro eletrônico).

SIMÃO FILHO, Adalberto. A nova empresarialidade. In: **Revista de Direito da UNIFMU**. 17. a., 25. n. São Paulo: FMU, 2003.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Comércio eletrônico**: conforme o Marco Civil da Internet e a regulamentação do e-commerce no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2015.

VASCONCELOS, Pais de. *apud* GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: contratos teoria geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 4.

2^o INFORMATION SOCIETY AND LAW

FMU
CENTRO UNIVERSITÁRIO

GT - ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

“CAIXA-PRETA” DO BNDES: DEVIR-TRANSPARÊNCIA, SENTIDOS E O PRINCÍPIO DA PRIVACIDADE

Luís Delcídes R. Silva¹; Emerson Malheiro²

RESUMO: Este trabalho apresenta sobre a incessante busca pela transparência no BNDES. No momento de clamor por justiça, busca de culpados pela crise econômica e social em que passa o Brasil, a abertura da “Caixa-Preta” passa a ser uma constante no alto comando brasileiro, num paradoxo de palavras, devires e ações ignorando questões legais para o resguardo da privacidade do cidadão brasileiro, especialmente dos envolvidos na lista dos beneficiados com os recursos do banco.

Palavras-chave: paradoxos. informações. abertura. sigilo.

“BLACK-BOX” OF BNDES: TRANSPARENCY-DEVIR, SENSES AND PRIVACY PRINCIPLE

ABSTRACT: This work presents about the encourage search for transparency in BNDES. At the time of clamor for justice, search of blameds from brazilian economical and social crises, the opening of black box give are a continuous in brazilian high command, in the paradox of words, devirs and actions ignore legal questions for the private guard of Brazilian citizen, specially of involvements in list of beneficiaries with resources of bank.

Key-words: paradox. informations. opening. Secrecy.

¹ Graduado em Jornalismo pelas Faculdades Integradas Alcântara Machado (2011), Especialista em Marketing e Comunicação Integrada pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2014) e Graduando em Direito pela Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Membro do Grupo de Pesquisa Análise Econômica do Direito na Sociedade da Informação.

² Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Metropolitana de Santos (UNIMES), Especialista em Direito Público Pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG), Professor e Advogado.

INTRODUÇÃO

Desde a sanção da Lei de Acesso a Informação (Lei n 12.527 de 18 de novembro de 2011), pela então presidente da República Dilma Rousseff, os dados sobre transparência já se encontram acessíveis para toda a população sem restrição de acesso, onde este pode navegar livremente para conhecer um pouco mais a respeito da utilização do dinheiro público.

Para reforçar, as informações referentes aos empréstimos, valor das operações, taxas de juros, garantias e a integra dos contratos assinados foram iniciados durante a gestão de Luciano Coutinho no BNDES e durante o Governo Temer, sob o comando de Paulo Roberto de Castro, outras informações foram divulgadas com relevância no portal do banco³, como operações, taxas de juros e as razões para compreender e entender a dinâmica dos contratos do banco.

Por ser um tema bastante oportuno e coincidente com o objeto de pesquisa do grupo de Análise Econômica do Direito liderado pelo Prof. Dr. Marcelo Martins Guerra, focado no BNDES e o *Rent Seeking*, resolvemos dissecar com profundidade acerca da transparência sob as nuances dos devires e os sentidos apresentadas pelo filósofo francês Gilles Deleuze (1925-1995).

Mencionamos a obra de Byung-Chul Han (2016), denominada “Sociedade da Transparência”, para reforçar os conceitos e as divagações dos mandatários e, simultaneamente, contamina a população seguidora e fanática a ponto de perder a criticidade e tornar-se um feitiço, ou seja, uma busca desenfreada pela transparência a ponto de passar por cima do regramento estabelecido pela Constituição Federal.

Neste artigo apresentaremos as características da transparência. Como esta ideia ajuda a compreender os imediatismos, a autoridade de si próprio, a relação entre o autoconhecimento e como esta pode tornar-se um feitiço ao remontar em uma ambivalência de sentidos ao mesmo tempo.

A busca da transparência pelos atuais governantes é um devir? É um “Puxar” nos dois sentidos ao mesmo tempo e um paradoxo quando um Chefe de Estado diz com veemência para a abertura da “Caixa-Preta” no período?

Esta abertura da Caixa-Preta trata-se de um acontecimento puro, de acordo com os estudos de Gilles Deleuze (1974)? Ou uma falta de observação, uma atitude pueril a ponto

³ **Monitor Mercantil.** Disponível em [http:// https://monitordigital.com.br/governo-anuncia-transpar-ncia-que-j-existia-no-bndes-desde-2015-2](http://https://monitordigital.com.br/governo-anuncia-transpar-ncia-que-j-existia-no-bndes-desde-2015-2) . Acesso em 03/10/2019.

de desrespeitar princípios estabelecidos pela Lei, ao proteger informações sigilosas, ao desencadear uma possível “obscenidade da informação”, descrita por Han (2016)?

Como o “dever-transparência” pode incomodar e ferir princípios estabelecidos pela Constituição Federal ao tratar-se sobre o sigilo e a privacidade?

Logo, apresentaremos também um pouco sobre o portal da transparência, sobre a sua importância ao cidadão, especialmente para esclarecê-lo a respeito do dinheiro público e , também, sobre a importância da gestão pública. Outra informação relevante é sobre a operacionalidade do portal, como os dados são divulgados para conhecimento do cidadão.

E, com a finalidade para orientar acerca dos princípios das atividades do BNDES, trataremos sobre as Políticas de Transparência e de Divulgação de Informações do Sistema BNDES, um órgão fomentador do desenvolvimento sustentável e competitivo da economia brasileira ao estimular a geração de emprego , reduzir as desigualdades sociais e regionais. O seu desempenho dissemina e influencia princípios e procedimentos éticos e de responsabilidade social, tanto no ambiente privado e no setor público.

A ânsia de um governo em abrir a “caixa-preta” e divulgar informações de alta confidencialidade. Mesmo diante do uso dos recursos de um banco público para compra de bens particulares e não para o uso da coletividade, fere princípios estabelecidos pela Constituição Federal o qual também será exposto acerca dos deveres e o quanto o “dever-transparência” pode incomodar e ferir princípios da dignidade humana, amparados pela Constituição Federal e pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

TRANSPARÊNCIA

É uma característica fundamental do autoconhecimento e a sua ideia ajuda a compreender as noções de imediatez, autoridade de primeira pessoa e a relação entre o autoconhecimento, a racionalidade e a saúde psicológica da pessoa (SILVA FILHO, 2011 apud, MORAN, 2001).

Logo, de acordo com Silva Filho (2011), algumas atitudes são transparentes ao envolver uma referência às razões para compreender e entender o sentido da crença e o que caracteriza a perspectiva do sujeito não é um conhecimento de si – baseado no modelo epistêmico análogo ao conhecimento das coisas e das outras mentes – mas uma capacidade de realizar o ato de manifestar seus atos e intenções.

Para Han (2016), a exigência de transparência intensifica-se de tal modo a tomar um fetiche e um tema totalizante, ao remontar a uma mudança de paradigma que não se limita ao âmbito da política e da sociedade.

Dessa forma, a sociedade da negatividade dá espaço a uma sociedade em desconstrução a negatividade e constitui-se a favor da positividade. Uma sociedade que se

torna positiva quando elimina qualquer negatividade, sem resistência ao curso raso do capital, da comunicação e da informação.

O tempo torna-se transparente quando é nivelado de um presente disponível e o futuro é positivado em um presente otimizado. Assim, Han (2016), descreve sucintamente sobre o tempo:

“(...)...o tempo transparente é um tempo sem destino e sem evento. As imagens tornaram-se transparentes quando despojadas de qualquer dramaturgia, coreografia e cenografia, de toda profundidade hermenêutica, de todo sentido, tornaram-se pornográficas, que é o contato imediato entre imagem e olho.”
(HAN,Byung-Chul. *Sociedade da Transparência*, Ed. Vozes, São Paulo.2016)

A descrição de Han (2016) harmoniza-se com os escritos de Deleuze (1974), ao descrever sobre o puro devir, quando este se furta ao presente e não suporta a separação, nem a distinção do antes e do depois, do passado e do futuro.

Concluimos na nossa observação dessa busca intensa da transparência pelos atuais atores governamentais por tratar-se de um devir, ou seja, um “puxar” em ambos os sentidos ao mesmo tempo, um paradoxo que estes cometem ao fazer afirmações em ambos os sentidos.

Não trata apenas de um puro acontecimento a abertura da Caixa-Preta, a luz dos estudos sobre o Puro Devir de Deleuze (1984) , registrados em seu livro “Lógica dos Sentidos”. Mas é a falta de observação a Lei de Acesso da Informação, criada em 2001 e a “Obscenidade da Informação” chamada por Han (2016), pode ferir princípios da privacidade estabelecidos pela Constituição Federal.

Portal da Transparência

Lançado em 2004 pelo Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União em 2004, o portal⁴ é um site de acesso livre, onde o cidadão pode encontrar informações sobre como o dinheiro público é utilizado, além de se informar sobre os assuntos relacionados à gestão pública do Brasil.

A ferramenta ganhou novos recursos, aumentou a oferta de dados em todos os anos e consolidou-se como importante instrumento de controle social. Esta ferramenta é reconhecida dentro e fora do país.

O projeto de reestruturação do portal iniciou-se em 2018 a fim de atender a crescente demanda e as obrigações de transparência com eximia eficiência. Dentre as

⁴ **Portal da Transparência** – Disponível em : <http://www.portaltransparencia.gov.br/sobre/o-que-e-e-como-funciona>
Acesso em 03/10/10.

novidades estão: as formas diversas de apresentação dos dados, mecanismo de busca integrado e intuitivo, melhor usabilidade, mais recursos gráficos, integração com redes sociais, maior e melhor oferta de dados abertos, adequação a plataformas móveis, maior interatividade.

O modus operandi do portal⁵

Todos os dados divulgados no portal são provenientes de diversas fontes de informação – Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (SIAFI) e o Sistema Integrado de Administração de Recursos Humanos (SIAPE), as bases de benefícios sociais, as faturas de Cartão de Pagamentos do Governo Federal, as bases de imóveis funcionais.

Os órgãos encaminham seus dados a CGU. Esta recebe e disponibiliza as informações na ferramenta. A periodicidade de envio dos dados depende do assunto tratado, assim como a periodicidade da atualização das informações no Portal. Uma vez carregadas, as informações são disponibilizadas para conhecimento do cidadão de diversas formas: painéis, consultas detalhadas, gráficos e dados abertos.

Após as informações serem carregadas no Portal, estas são disponibilizadas para conhecimento do cidadão e seu acesso é livre, sem o uso de senha e usuário e este pode acessar livremente, para visualizar e utilizar os dados disponíveis da melhor forma que convier.

Políticas de Transparência e de Divulgação de Informações do Sistema BNDES⁶

É a política com a finalidade de orientar os colaboradores do BNDES sobre os princípios e diretrizes norteadores de suas atividades ao reforçar seu compromisso de ampliar o acesso as informações para a sociedade, respeitados os sigilos impostos pela legislação aplicável.

A missão do BNDES é fomentar o desenvolvimento sustentável e competitivo da economia brasileira, com geração de emprego e redução das desigualdades sociais e regionais. Este desempenho tem como fundamento a disseminação e a influência de princípios e procedimentos éticos e de responsabilidade social, tanto na iniciativa privada como no setor público.

⁵ **Portal da Transparência** – Disponível em : <http://www.portaltransparencia.gov.br/sobre/o-que-e-e-como-funciona>
Acesso em 03/10/19.

⁶ **Transparência BNDES** – Disponível em: <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/politica-de-transparencia-e-divulgacao> Acesso em 04/10/19

A transparência, no entendimento do BNDES, promove a possibilidade de acompanhamento de suas atividades pela sociedade, o que é indispensável para o cumprimento exitoso de sua missão.

A política de transparência do BNDES foca na promoção desta relação com suas atividades, estabelecer um ambiente de clareza e tem seus princípios alicerçados no Controle e Governança, Receptividade e Respeito à confidencialidade.

A política de divulgação de informações foi aprovada em 07 de novembro de 2017, pelo Conselho de Administração do BNDES e em suas cláusulas disciplinam o uso e a divulgação de informações e esta é aplicável a todos os colaboradores das empresas do sistema BNDES conforme explicita o parágrafo 2º da referida resolução:

§2º Para fim desta política consideram-se:

I – Colaboradores: todas as pessoas envolvidas com o desenvolvimento de atividades para as empresas do sistema BNDES, integrantes do quadro permanente de pessoa do sistema BNDES ou não, incluindo prestadores de serviço, consultores, estagiários e administradores.

II – Empresas do sistema BNDES: conjunto de empresas compostos pelo BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONOMICO E SOCIAL-BNDES; BNDES Participações S.A, Agência Especial de Financiamento Industrial – FINAME; e BNDES Limited.

De acordo com o art. 23 da Política de Divulgação de Informações, qualquer pessoa, seja física ou jurídica, poderá formular pedido de acesso a informações e este será apresentado em formulário padrão disponível no sítio eletrônico do sistema BNDES.

OS DEVIRES DA TRANSPARÊNCIA

De acordo com Deleuze (1974), o devir trata-se de um acontecimento puro. É algo que se torna maior e ao mesmo tempo menor do que é agora. Um furtar-se ao presente, pois o devir não suporta a separação do antes e do depois.

Ao mencionar Platão, Deleuze (1974) apresenta duas dimensões: 1) As das coisas limitadas e medidas, das qualidades fixas, que sejam permanentes ou temporárias, mas supondo sempre freadas como repousos e estabelecimentos de presentes. 2) Um puro devir sem medida, que não se detém nunca, sempre furtando-se ao presente, fazendo coincidir o futuro e o passado.

A transparência, para a atual gestão governamental, tem a necessidade de deus e do mundo em geral. Esta funde-se em substantivos e adjetivos arrastados por verbos de puro devir, com palavras enviesadas, empurradas de viés pelos verbos.

Há uma relação de designação e proposição na abertura da Caixa-Preta a um estado de coisas exteriores e esta opera pela associação das próprias palavras com imagens particulares que devem “representar” o estado de coisas (DELEUZE,1974).

Abrir a Caixa-Preta não é apenas um ato de transparência, é expor algo que já acontece desde 2013. Portanto, não houve uma escolha, uma curadoria de situações e dados correspondentes as movimentações das empresas no BNDES. Portanto a sua abertura é uma manifestação do sujeito que fala e se exprime. É a condição de verdade ,ou seja, o conjunto das condições sob as quais uma proposição “seria” verdadeira (DELEUZE, 1974).

INVIOLABILIDADE À PRIVACIDADE

O frenesi da abertura da Caixa-Preta resultou numa lista de 134 empresas que usaram crédito para compra de jatinhos da fabricante brasileira Embraer⁷. Logo a determinação do atual Chefe de Governo configura quebra de sigilo bancário.

De acordo com Ferraz Júnior (1993) a distinção entre a esfera pública e a privada, clara para gregos e romanos, perde nitidez na era moderna. O privado era o terreno do que era próprio ao homem, como ser jungido ao trabalho e à sobrevivência, a busca de que lhe era útil. Já o público era o âmbito do político, do encontro dos homens para o seu governo. Na era moderna, esta distinção se vê atravessada pela noção do social, comum tanto ao público (político) como ao privado (familiar).

Logo há um problema ao distinguir o social público e o social privado, ou seja, Estado e sociedade, sociedade e indivíduo. A privacidade surge neste contexto, onde o mercado passa a exigir a garantia da livre concorrência, propriedade privada dos bens de produção sem confundir com a política. Logo, a privacidade do indivíduo, contrapõe-se a presença abrangente e avassaladora do mercado ao nivelar os homens a uma mercadoria.

Para Norberto Bobbio (1992, p.17, apud, PEZZELLA, GHISI, 2014), o direito a privacidade propaga no conjunto dos direitos fundamentais e este é componente dos direitos humanos, admitidos como direitos que cabem ao ser humano pelo simples fato de assim se constituir.

De acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu art. XII:

⁷ **Revista Exame.** Disponível em: [http:// www. exame.abril.com.br/blog/primeiro-lugar/o-sigilo-da-caixa-preta-do-bndes](http://www.exame.abril.com.br/blog/primeiro-lugar/o-sigilo-da-caixa-preta-do-bndes)
Acesso em 06/10/19

Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques á sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques

Portanto ao reforçar sobre a privacidade, a Constituição Federal, contempla os direitos a intimidade e a vida privada em seu art. 5^o, inciso X:

São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para nós, autores deste artigo, a busca frenética pela transparência não é um simples acontecimento puro. Pois esta busca fere princípios resguardados pela Constituição Federal e estes devem ser seguidos a rigor por qualquer cidadão, ainda mais por tratar-se de membros do Poder Executivo.

Reforçamos ao dizer sobre a designação na abertura da Caixa-Preta. Há um estado de coisas no momento quando decidem expor algo que acontece desde 2013 e foi aprimorado nos últimos dois anos em detrimento da Lei de Acesso a Informação e ao Portal da Transparência, lançado em 2004 pela Controladoria Geral da União.

Portanto, não cabe a um Chefe de Estado, e muito menos a um presidente de uma instituição bancária, por abuso de autoridade e passar por cima de princípios estabelecidos pela Constituição Federal e este localizado no capítulo sobre as cláusulas imutáveis, ou seja, o núcleo duro desta Carta Magna, protetivo dos direitos a privacidade e ao sigilo.

Num momento onde o mercado passa a exigir a garantia da livre concorrência, há um problema ao fazer a distinção entre o social público e o privado. Estado e sociedade perde a nitidez na era moderna e talvez, por este motivo, pessoas com determinado poder de influência, tem mais condições de adquirir financiamentos do BNDES a juros irrisórios, do que o cidadão comum, pequeno empreendedor, que vai até o banco para obter financiamentos e por mais que junte os documentos, apenas recebe uma negativa da instituição bancária.

Portanto, se o cidadão tem direito a proteção, a vida privada, honra e imagem das pessoas, ele pode ter direito como o cidadão rico e influente, que consegue empréstimos a juros baixos. Logo, todos os cidadãos precisam ter seus direitos a intimidade, a honra e a imagem resguardados, conforme preceitua a Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DELEUZE, Gilles. **Lógica do Sentido**; tradução de Luiz Roberto Salinas Fortes. Perspectiva. Ed. Da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1974.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade da Transparência**. 1^o Edição. Ed. Vozes, São Paulo, 2016.

SILVA FILHO, Valdomiro. **Transparência, Reflexão e Vicissitude**. Revista Kriterion. Vol.52. nº123. Belo Horizonte, 2011.

MORAN, Richard. *Authority and Estrangement: An Essay on Self-Knowledge*. Princeton, Oxford : Princeton University Press, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, 88, 439-459. São Paulo, 1993. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/>

PEZZELA, Maria Cristina Cereser; GHISI, Silvano. **Privacidade e liberdade de expressão na sociedade da informação**. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, 8(29), páginas: 118-138. Disponível em: <https://doi.org/10.30899/dfj.v8i29.192>.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

ACORDO DE LENIÊNCIA NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Murilo Pizzoli Monteiro¹; Leticia Silva da Costa²

Resumo: O presente estudo tem como objetivo analisar o acordo de leniência, sob o cenário das possibilidades de negociação com considerações de análise econômica de direito. Buscou-se elucidar as responsabilizações das pessoas físicas e jurídicas e os efeitos do acordo conforme a Lei 12.846/13. Como também, estabelecer relações entre o acordo e a teoria dos jogos, examinando-se, ainda, além das estratégias dominantes a hipótese da ocorrência do equilíbrio Nash. Por fim, examinou-se o animus que terão os infratores, em breve análise econômica jurídica ao atual momento do Estado do Rio de Janeiro. A metodologia utilizada foi da pesquisa bibliográfica.

Palavra-chave: Acordo de leniência; Teoria dos jogos; Equilíbrio de Nash; Análise econômica jurídica; Sociedade da informação.

LENIENCE AGREEMENT IN THE INFORMATION SOCIETY

Abstract: The present study aims to analyze the leniency agreement, in the scenario of negotiation possibilities with economic analysis considerations. We sought to elucidate the responsibilities of individuals and legal entities and the effects of the agreement according to Law 12.846 / 13. As well as, establish relations between agreement and game theory, examining, besides the dominant strategies, the hypothesis of the Nash equilibrium occurrence. Finally, it was examined the animus that will have the violators, in brief economic analysis to the present moment of the State of Rio de Janeiro. The methodology used was bibliographic research.

Key words: Leniency agreement - game theory - Nash equilibrium - legal economic analysis - information society.

¹ Estagiário da Defensoria Pública da União – SP. Graduando pelo curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU – SP. Estagiário. Guarulhos, Brasil.

² Professora do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU – SP. Mestranda pelo Programa de Direito da Sociedade da Informação – FMU – SP. Pós graduanda em Direito Penal e Processo Penal – FMU – SP. Advogada. São Paulo, Brasil.

INTRODUÇÃO

Os dilemas éticos postos pela convergência entre as ciências econômicas e da sociedade da informação não são recentes na história do capitalismo. Como reflexo, os juristas e economistas, utilizam mecanismos capazes de dar o auxílio necessário nas investigações, também às diversas alternativas para solucionar problemas no ordenamento jurídico, a fim de aproximar-se a verdade dos fatos.

O objetivo geral deste estudo é, em síntese, expor o potencial da cooperação dos delatores com as investigações, visto que, as sucessivas delações se dão através do ordenamento jurídico da Lei 12.846, de 2014, Lei Anticorrupção.

Nessa extensão, o estudo encontra-se estruturado da presente forma:

No Capítulo 1, *Acordo de Leniência*, é feita uma introdução acerca do acordo de leniência, são apresentadas considerações sobre a Lei 13.246/13, Lei Anticorrupção, quais sejam: os efeitos do acordo, e a responsabilização das pessoas jurídicas e físicas.

No Capítulo 2, *Teoria dos Jogos*, são apresentados mecanismos utilizáveis para o desenvolvimento da colaboração para a delação. No tocante, ilustra-se com o dilema do prisioneiro.

No capítulo 3, *Teoria da Agência*, buscamos elucidar um determinado modelo comportamental entre agente e principal, de corporações, pressupondo-se uma situação sem cooperação.

No capítulo 4, *Análise Econômica Jurídica*, inicia-se com questionamentos à luz do acordo de leniência e a teoria dos jogos, objeto de estudo, e desenvolve-se frente as teorias econômicas aplicáveis, concomitantemente, com o ordenamento jurídico.

Portanto, a tarefa a qual essa pesquisa descritiva se dedica consiste em buscar entender a importância da realização de pesquisas que contribuam para solucionar a insuficiência de nosso ordenamento jurídico, em perene as situações da nossa sociedade contemporânea.

1. ACORDO DE LENIÊNCIA

Em 1º de agosto de 2013 a Lei Anticorrupção, nº 12.846³, foi criada com a finalidade de responsabilizar de forma objetiva administrativa e civil as pessoas jurídicas, pela

³ BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de Agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm. Acesso em 16 de Outubro de 2019.

prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, à luz do art. 1º da respectiva Lei.

O capítulo V da lei prevê o Acordo de Leniência, onde garante a autoridade dos órgãos públicos ou entidades em “celebrar o acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis”, de acordo art. 16 da referida Lei.

Para que a celebração seja válida, são necessários alguns requisitos previstos nos incisos do art. 16, como por exemplo: a identificação dos demais envolvidos na infração; as informações e documentos que comprovem o ilícito; que a pessoa jurídica deve ser a primeira a manifestar interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito; que a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações; entre outros.

Os atos ilícitos são detalhados no art. 5º da Lei, dentre eles podemos citar a promessa/oferta/dar de forma direta ou indireta, uma vantagem indevida ao agente público ou terceiros a ele; financiar a prática lesiva; fraudar contratos; impedir procedimentos lícitos públicos; entre outros.

1.1 Conceito

Leniência provém do latim, *lenitate*, que significa mansidão/brandura.⁴ A finalidade do acordo de leniência se aproxima da colaboração premiada (que se enquadra na esfera penal), por isso, alguns doutrinadores pressupõem que o acordo é uma espécie da colaboração premiada, conhecida popularmente também pelo termo delação premiada. Pois, apesar de se tratarem de esferas diversas (uma vez que o primeiro é de natureza administrativa e o segundo de natureza penal), o intuito de ambos os mecanismos, é ofertar a eficiência das investigações dos atos ilícitos, visto que há muitas dificuldades a esclarecimento feita somente através da atuação do Poder Público. Ressalta-se que na delação o agente não apenas reconhece o crime cometido, como também colabora com a investigação.

Também com finalidade de esclarecer a linha tênue existente entre os dois institutos, vale apresentar alguns pontos que serão explorados nos próximos parágrafos,

A delação premiada é homologada pelo Poder Judiciário, também conta com a participação do Ministério Público, enquanto o acordo de leniência é homologado através dos órgãos administrativos do poder executivo fora das regras penais.

⁴ SALES, Marlon Roberth. BANNWART JUNIOR, Clodomiro José. O Acordo de Leniência: uma análise de sua compatibilidade constitucional e legitimidade. Revista do Direito Público. Londrina, v.10, n.3, p.31-50, set/dez.2015.

Portanto, a delação premiada é uma troca entre o Estado, que oferece redução da pena pela confissão, e o delator, caso não colabore, não terá direito ao prêmio.

Já no acordo de leniência, não há a participação do Juiz, por tratar-se exclusivamente no âmbito administrativo, outro fator benéfico ao investigado ou acusado, que diferencia da delação, é que o acordo poderá ser causa de extinção da punibilidade, não somente redução de pena.

1.2 Considerações sobre a Lei 12.846/13

O Acordo de Leniência, em razão aos recentes acontecimentos econômicos, tem tomado bastante lugar nos debates que englobam os temas empresariais, penais, tributárias, ganhos ilícitos, impactos civis públicos, improbidades administrativas, e em sua essência, questões políticas que afetam diretamente os investimentos do país como um todo.

Logo, a necessidade de se estudar este instituto, desde seus primórdios, sendo de extrema relevância não apenas para conhecimento público, mas também frente à sensibilidade econômica e como o sistema judiciário tratará o referido tema e suas consequências.

Os efeitos do acordo acarretam a diversos benefícios para o infrator, à luz do art. 16, podemos observar os seguintes apontamentos:

Quantos aos benefícios à pessoa jurídica infratora ocorrerá a isenção à pessoa jurídica das sanções previstas no art. 6º, inciso II, e no art. 19, inciso IV da Lei. A publicação extraordinária da decisão condenatória e a proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo de 1 a 5 anos, e reduzirá o valor da multa aplicável em até 2/3 (dois terços).

A divulgação do acordo ao público é obrigatória, sendo certa a celebração do acordo de leniência, salvo nas situações em que a publicidade possa prejudicar as investigações ou a condução do processo administrativo (artigo 16, § 6º) e este acordo interrompe o prazo prescricional dos atos ilícitos praticados, conforme prescreve o § 9º do mesmo artigo.

A Lei 12.846/2013 estabelece ainda em seu art. 16, § 5º, que os efeitos do acordo de leniência serão estendidos às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que firmem o acordo em conjunto, respeitado as condições nele estabelecidas.

Por força do disposto no art. 4º, § 2º, da Lei Anticorrupção Empresarial (LAE), as empresas que integram o mesmo grupo econômico são solidariamente responsáveis pela reparação integral do dano e pela multa prevista no art. 6º, I.

Assim, é vantajosa a participação no acordo das sociedades controladoras, controladas, coligadas ou consorciadas, especialmente em razão do benefício de redução em até 2/3 do valor da multa.

Landolfo Andrade, diz em seu apontamento:

Note-se que os benefícios concedidos ao subscritor do acordo de leniência não são os mesmos previstos no programa da Lei do CADE (Lei 12.529/2011)⁵, em que a pessoa jurídica e as pessoas físicas envolvidas podem receber a imunidade penal e administrativa, a depender do momento da celebração do acordo, prêmios esses, a toda evidência, mais atraentes.⁶

Compreende-se que a não concessão de benefícios às pessoas físicas em outras esferas de responsabilização é uma falha da LAE. Afinal, os atos lesivos previstos no artigo 5º só podem ser praticados por pessoas físicas vinculadas às pessoas jurídicas. É dizer, por trás de cada ato de corrupção empresarial, há executivos, administradores e prepostos responsáveis pela decisão de corromper um agente público em troca de benefícios escusos. E a pessoa jurídica, para ter a proposta de acordo de leniência acolhida, deverá entregar provas do ato lesivo, assim como indicar os demais envolvidos, ou seja, as pessoas jurídicas e as pessoas físicas que concorreram para a prática da infração.

2. TEORIA DOS JOGOS

Nas palavras de Amaury Patrick Gremaud e Márcio Bobik Braga:

É inegável a familiaridade que as pessoas têm com o termo jogo. Todos os dias vemos nos jornais ou na televisão reportagens inteiras sobre futebol, basquete ou vôlei. É difícil também encontrar pessoas que pelo menos uma vez na vida não tenham experimentado jogar “palitinho”, “par ou ímpar”, dama ou mesmo xadrez.

⁵ Brasil. Lei nº 12.529, de 30 de Novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm#targetText=Estrutura%20o%20Sistema%20Brasileiro%20de,1999%3B%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias.

⁶ ANDRADE, Landolfo. Possibilidade de extensão dos benefícios do acordo de leniência previsto na Lei Anticorrupção Empresarial para as pessoas físicas. Disponível em:

<https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/728453220/possibilidade-de-extensao-dos-beneficios-do-acordo-de-leniencia-previsto-na-lei-anticorrupcao-empresarial-para-as-pessoas-fisicas?ref=feed>. Acesso em 16 de Outubro de 2019.

O termo jogo, no entanto, pode deixar de ser apenas uma palavra relacionada com lazer para ter importância fundamental como instrumento de análise econômica. Por exemplo, uma firma oligopolista, tal como num jogo de xadrez, deve estar atenta às possíveis estratégias de seus concorrentes, para não acabar em posição difícil ou “em xeque”. Deve também decidir se adota estratégia mais agressiva, qual o ataque mais ofensivo no futebol, ou se mantém comportamento mais moderado ou de espera em relação aos adversários, o que poderia se comparado com a estratégia defensiva de um time, esperando as oportunidades proporcionadas pelos “contra-ataques.”⁷

Essa teoria aborda a interação das partes na ação processual – como pensam os jogadores no processo – criam-se regras, quando conhecido os jogadores internos e externos em análise econômica, por fim, se define a estratégia em objetividade processual para a aproximação da verdade dos fatos.

Quando falamos em Teoria dos Jogos, podemos usar um *podcast* de nome “Salvo Melhor Juízo”, que teve a participação do Juiz de Direito Alexandre Moraes da Rosa, em que o mesmo assegura que:

As questões que advêm da colaboração, passaram a ter espectro enorme de proveito. A leniência, tem consequência da consequência, sobre qual, o fundamento é fazer a leitura diferenciada do impacto que surgirá, ser um advogado que entende o que se trata, para negociar é necessário ter um domínio mínimo.⁸

Nesse contexto, essa teoria torna-se um meio oportuno para tornar mais eficaz à investigação. É um mecanismo que tem a capacidade de criar estímulos para a cooperação, e conseqüente mudança de comportamento dos agentes econômicos, propiciando como consequência um melhor resultado para todos. Cria-se um diálogo.

Vejam, como exemplo, o livro O Dilema do Prisioneiro em sua forma originária escrito por Merrill Flood e Melvin Dreshe. No caso, busca-se encontrar uma solução plausível para o dilema de A e B, isto é, quais estratégias fazer uso se os dois prisioneiros querem diminuir o tempo de cadeia?

Se analisarmos o jogo do ponto de vista de A, ele pode raciocinar da seguinte maneira: Duas coisas podem acontecer: B pode confessar ou B pode negar. Se B confessar, então é melhor para eu confessar também. Se B não confessar, então eu fico livre se eu confessar. Em qualquer um dos casos, é melhor para eu confessar. Então, eu confessarei. Se analisarmos agora o jogo do ponto de vista de B, podemos aplicar a mesma linha de raciocínio e concluir que B também irá confessar. Assim,

⁷ GREMAUD, Amaury Patrick et al. Manual de Economia. Equipe de Professores da USP. 5 ed. São Paulo: Saraiva 2004.

⁸ MORAIS, Alexandre. Podcast “Salvo Melhor Juízo”. Teoria dos Jogos. Disponível em: <https://salvomelhorjuizo.com/post/185654607488/smj-84-teoria-dos-jogos-no-segundo-epis%C3%B3dio-da>. Jun/2019. Acesso em 16 de Outubro de 2019.

ambos confessarão e ficarão presos por 05 anos. Em termos da Teoria dos Jogos, dizemos que os dois jogadores possuem uma estratégia dominante, isto é, todas menos uma estratégia é estritamente dominada, que o jogo é resolúvel por dominância estrita iterada e que o jogo termina em uma solução que é um equilíbrio de estratégia dominante, conceitos que definiremos a seguir.⁹

Esse modelo do Dilema do Prisioneiro ilustra a característica de um conflito que existe entre dois infratores, os quais serão condenados, mas que objetivam a diminuição da pena, eles têm uma assimetria de informação, e a presunção é delatar.

Conforme observa Gisele Chaves Sampaio Alcântara:

Analisando estrategicamente as opções de cada acusado, percebe-se que a melhor decisão individual é confessar, já que, ao agir assim, haverá pelo menos dois anos a menos de prisão, independentemente do que o outro prisioneiro fizer. A melhor estratégia geral, no entanto, é a de cooperação: nenhum confessa, e ambos permanecem reclusos pelo tempo mínimo. Tal cooperação, entretanto, não é possível, já que eles não podem se comunicar.¹⁰

Portanto, nas estratégias possíveis, visto que não há contato entre os prisioneiros que possibilitem a cooperação, a escolha mais benéfica, torna-se a delação.

Essa ferramenta importantíssima para a teoria dos jogos é chama-se equilíbrio de Nash, mesmo quando não há estratégias dominantes, os jogadores se encontram em um ponto de equilíbrio com respostas dirigidas no mesmo sentido, a partir de então, uma mudança de planos de quaisquer dos dois lados, leva ao esperado, ou seja, os jogadores usem estratégias que são melhores respostas para si.

3. TEORIA DA AGÊNCIA

Para regular a relação de conflitos de interesses existentes em atividades de cooperativas, a Teoria da Agência possibilita relacionar mecanismos eficientes, que envolvem sistemas de controles e incentivo, entre pessoas com divergentes objetivos, para o entendimento comportamental dos indivíduos em corporações.

Sobre o tema, afirma Jensen e Meckling:

Definimos uma relação de agência como um contrato sob o qual uma ou mais pessoas principais emprega outra pessoa (agente) para executar em seu nome um serviço que implique a delegação de algum poder de decisão ao agente. Se ambas as partes da relação forem maximizadoras de utilidade, há boas razões para

⁹SARTINI, B. et al. Uma Introdução a Teoria dos Jogos. In: II BIENAL DA SBM, Universidade Federal da Bahia, 25 a 29 de outubro de 2004. Anais. Salvador, 2004.

¹⁰ALCÂNTARA, Gisele Chaves Sampaio. Concretização Judicial do Direito à Saúde: uma Reflexão à Luz da Teoria dos Jogos.

acreditar que o agente nem sempre agirá de acordo com os interesses do principal.¹¹

No estudo dessa relação entre o agente e o principal, em síntese, é certo que o mais interessante para este trabalho é a compreensão de importância fundamental de interação entre os agentes.

É notório o mesmo comportamento racional diante de questões políticas, econômicas, entre outras, pressupondo-se o saber de escolha em uma mesma linha de raciocínio que informações são compatíveis. Exceção nesse dilema é a dificuldade que podem surgir a partir de informações assimétricas.

Em relação à teoria da agência e a teoria dos jogos, retratando o agente e o principal como jogadores de um determinado jogo, a separação desses jogadores havendo conflitos de interesses possibilita um leque diversificado de ações possíveis em detrimento de interesse individual.

4. ANÁLISE ECONÔMICA JURÍDICA

Nessa atmosfera, qual o *animus* que terão os infratores na propositura do acordo de leniência, por atos lesivos, com os benefícios exclusivos à empresa para a qual trabalham sabedores de que, na sequência, com as provas fornecidas, eles próprios serão processados tanto na esfera criminal como na esfera de improbidade administrativa?¹²

É possível a negociação para celebração de um acordo da colaboração premiada, simultaneamente, com benefícios para as pessoas físicas na esfera criminal à luz da Lei n. 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas).¹³

No tocante, os atos que geram a tipificação estão expostos no art. 3 da lei de anticorrupção, sendo que a responsabilização da pessoa jurídica é objetiva, enquanto a da pessoa física é da sua culpabilidade. No parágrafo primeiro do mesmo artigo, é exposto

¹¹ JENSEN, Michael C., MECKLING, William H. Teoria da firma: comportamento dos administradores, custos de agência e estrutura de propriedade. Disponível em:

<http://www.scielo.br/pdf/rae/v48n2/v48n2a13.pdf>. Acesso em 18 de Outubro de 2019.

¹² ANDRADE, Landolfo. Possibilidade de extensão dos benefícios do acordo de leniência previsto na Lei Anticorrupção Empresarial para as pessoas físicas. Disponível em:

<https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/728453220/possibilidade-de-extensao-dos-beneficios-do-acordo-de-leniencia-previsto-na-lei-anticorrupcao-empresarial-para-as-pessoas-fisicas?ref=feed>. Acesso em 16 de Outubro de 2019.

¹³ BRASIL. Lei nº 12.850, de 02 de Agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm. Acesso em 18 de Outubro de 2019.

que a pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais.

Devemos elucidar que a LAE não prevê a inclusão de pessoas físicas sem a participação da pessoa jurídica no acordo de leniência. Podem ser proponentes do acordo as pessoas jurídicas, e estendem-se as responsabilizações para as pessoas físicas envolvidas (os dirigentes, administradores e empregados), bem como as empresas do mesmo grupo econômico, de fato ou de direito, envolvida na infração, conforme exposto no artigo 86, §2º e §6º, da Lei do CADE.

Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

§ 2º Com relação às pessoas físicas, elas poderão celebrar acordos de leniência desde que cumpridos os requisitos II, III e IV do § 1º deste artigo.

§ 6º Serão estendidos às empresas do mesmo grupo, de fato ou de direito, e aos seus dirigentes, administradores e empregados envolvidos na infração os efeitos do acordo de leniência, desde que o firmem em conjunto, respeitadas as condições impostas.¹⁴

Há divergência de pensamento sobre esse tema, vejamos, se o acordo de leniência previsto na Lei n. 12.259/2011 expõe a possibilidade de concessão de benefícios às pessoas físicas na esfera penal, interpreta-se, em prol da coerência do microsistema que os acordos de leniência da Lei Anticorrupção possam produzir tais efeitos.

Por outro lado, Landolfo Antunes diz:

Pensamos que as pessoas físicas contempladas nesse acordo também poderão ser beneficiadas na esfera de improbidade administrativa. Afinal, não abona a regra da isonomia (art. 5º, caput, da CF/1988) admitir que a pessoa jurídica beneficiada pela prática de ato lesivo à Administração Pública e que também configure ato de improbidade administrativa possa ser beneficiada pelo acordo de leniência, enquanto a pessoa física que pratica tal ato, mesmo colaborando efetivamente para

¹⁴ BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de Novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm#targetText=Art.%201%C2%BA%20Esta%20Lei%20estrutura,ao%20abuso%20do%20poder%20econ%C3%B4mico. Acesso em 18 de Outubro de 2019.

o sucesso das investigações, não faça jus a nenhum tipo de benefício na esfera cível.¹⁵

A segunda sub objeção, como já mencionado no capítulo anterior, diz respeito à estender as esferas de responsabilização à luz da teoria dos jogos, como segue Landolfo:

Se o acordo de leniência da Lei 12.846/2013 não se estender a outras esferas de responsabilização, quando cabível, por múltipla incidência sancionatória – improbidade administrativa, infrações à ordem econômica, esfera penal e sanções do controle externo – dificilmente esta técnica especial de investigação terá potencial para efetivamente trazer eficiência e eficácia à atuação estatal sancionatória na matéria. Vislumbra-se que, se não consagrada à transversalidade, haverá desnaturação do instituto por violação da razoabilidade e proporcionalidade.¹⁶

A luta a corrupção é um ato civilizatório muito importante, mas o estado não sustenta a si mesmo, e atacar as entidades privadas irá ampliar a catástrofe financeira no Brasil, quando não estendido à responsabilização de infrações as ordens econômicas, quando se faz necessário às pessoas físicas. Há instrumentos legais para serem utilizados e eles devem ser quando há a necessidade, afasta-se a célula cancerígena sem passar o bisturi no órgão inteiro, porque o nosso corpo precisa daquele órgão para sobreviver, assim se faz por analogia a economia do País.

Nesse contexto, se faz necessário contemplar a situação econômica do Rio de Janeiro. Houve a realização do seminário “*O papel do Judiciário na retomada do desenvolvimento do Rio de Janeiro*”¹⁷, na Escola da Magistratura do Estado do Rio, com o objetivo de juntar juristas e estudantes do direito a buscar alternativas eficazes para que o Judiciário possa contribuir com a retomada econômica promovendo a segurança jurídica. Afinal, investidores alocam mais recursos se conhecem as regras do jogo e têm confiança de que elas serão cumpridas.

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça Antônio Saldanha, participou do seminário, sobre o tema e ponderou:

¹⁵ ANDRADE, Landolfo. Possibilidade de extensão dos benefícios do acordo de leniência previsto na Lei Anticorrupção Empresarial para as pessoas físicas. Disponível em:

<https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/728453220/possibilidade-de-extensao-dos-beneficios-do-acordo-de-leniencia-previsto-na-lei-anticorruptao-empresarial-para-as-pessoas-fisicas?ref=feed>. Acesso em 16 de Outubro de 2019.

¹⁶ ANDRADE, Landolfo. Possibilidade de extensão dos benefícios do acordo de leniência previsto na Lei Anticorrupção Empresarial para as pessoas físicas. Disponível em:

<https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/728453220/possibilidade-de-extensao-dos-beneficios-do-acordo-de-leniencia-previsto-na-lei-anticorruptao-empresarial-para-as-pessoas-fisicas?ref=feed>. Acesso em 16 de Outubro de 2019.

¹⁷ CONJUR, Revista Consultor Jurídico. Seminário: O papel do Judiciário na retomada do desenvolvimento do Rio de Janeiro – Resumo. Disponível em:

<https://www.youtube.com/watch?v=o27paY7wAU4>. Acesso em 16 de Outubro de 2019.

Quem vai investir milhões, às vezes até bilhões em uma sociedade sem ter certeza de que o contrato vai ser respeitado? Qualquer juiz pode dar uma interpretação extravagante com base no desequilíbrio contratual. Temos que ter limites. E o limite é a legalidade, a letra da lei. E temos que ter certeza de que não haverá arbitrariedades.¹⁸

O Rio de Janeiro ainda está engatinhando em políticas de integridade, apontou o controlador-geral do Estado, Bernardo Barbosa. Os esquemas de corrupção do estado revelados nos últimos anos mostraram que a administração pública não priorizava o assunto. Para mudar esse cenário, a Controladoria-Geral do Estado do Rio busca firmar regras para acordos de leniência com a Procuradoria-Geral do Estado e o Ministério Público. O objetivo é sempre celebrar o melhor compromisso possível no caso.

O Desembargador Marcelo Buhatem do TJ-RJ, diz que:

Não é crível que essas empresas tenham todo o seu patrimônio congelado por conta de malfeitos de corrupção de seus diretores, para pagar multas que sequer foram arbitradas. São bilhões de reais bloqueados, que poderiam estar criando empregos, gerando renda. Essa forma de entender as empresas de certa maneira criminaliza as suas atividades. Os administradores devem ser afastados. Mas os empregos, a renda devem continuar. Especialmente nesse momento, em que o estado do Rio está absolutamente paralisado", avalia o desembargador.¹⁹

Quem comete ilícitos criminais ou cíveis são pessoas, as jurídicas são sequelas, e as penas centrais devem ser contra pessoas, e a jurídica por outro lado é quem sustenta o país, a economia circula com base na iniciativa privada, quem cria empregos é a iniciativa priva, por isso é muito importante o foco ser a pessoa, e não a entidade que não tem braços pernas e cérebros, e devem ter boas medidas para afastar os gestores que venham a cometer atos ilícitos, e o acordo de leniência deve ter uma cláusula para que ocorra o afastamento dos diretores que participaram do ato ilícito.

No âmbito federal os acordos de leniência são bem-sucedidos e há marcantes casos conhecidos até em esfera global como: Odebretch jul/2018 2,72 bi ao setor público;²⁰ Andrade Gutierrez dez/2018 recuperado 1,49 bi de reais.²¹

¹⁸ SALDANHA, Antônio. Seminário: O papel do Judiciário na retomada do desenvolvimento do Rio de Janeiro – Resumo. Disponível em:

<https://www.youtube.com/watch?v=o27paY7wAU4>. Acesso em 16 de Outubro de 2019.

¹⁹ BUHATEM, Marcelo. Seminário: O papel do Judiciário na retomada do desenvolvimento do Rio de Janeiro – Resumo. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=o27paY7wAU4>. Acesso em 16 de Outubro de 2019.

²⁰ BRASIL. Ministério Público Federal. Força Tarefa Lava-Jato: Termo do Acordo de Leniência. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/coordenacao/colaboracoes-premiadas-e-acordos-de-leniencia/doc_acordos_votos/Acordo_Odebrecht_1.00.000.019193-2016-92.pdf. Acesso em 17 de Outubro de 2019.

Ademais, ao ver jurídico, a negociação com mais presta que engloba a matéria do acordo de leniência foi realizada pela CGU, AGU e o MPF pela Tecnip Brasil e Flexibras 1,13 bilhões, acordo feito em conjunto, um exemplo de segurança jurídica.²² Ressalta-se, em síntese, é dever do poder judiciário assegurar através dos estados e órgãos estatais o acordo de leniência.

Eduardo Barroso transporece os dados:

Não há acordo de leniência feito no Rio de Janeiro, em razão até mesmo de o governo anterior dar a máxima insegurança jurídica para que isso acontecesse, diferente da segurança jurídica almejada.²³

Diante dessa pontuação no Seminário organizado pela Conjur, a busca foi voltada para os acordos que obtiveram sucesso em âmbito federal, publicados e disponibilizados no próprio site do MPF, são que foram celebrados 28 acordos de leniência pelo MPF e 22 acordos de delações premiadas.²⁴

É importantíssimo ressaltar que o acordo de leniência é afetado pela ineficiência jurídica. As perspectivas é que os próximos acordos sejam realizados com base no modelo do acordo de leniência do caso Tecnip e Flexibaz. Defende-se que os compromissos vinculados aos órgãos públicos em esfera estadual e federal, fornecem a segurança jurídica necessária para que as empresas que se encontram envolvidas em casos ilícitos compreendam o interesse não só jurídico, mas, principalmente voltado ao desenvolvimento econômico.

Uma empresa pode fazer acordo de leniência com o Ministério Público estadual e continuar respondendo pelos mesmos fatos no Tribunal de Contas da União. Temos de estabelecer a confiança. Quando a empresa fizer leniência, tem que ter

²¹ BRASIL. Ministério Público Federal. Força Tarefa Lava-Jato: Termo do Acordo de Leniência. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/coordenacao/colaboracoes-premiadas-e-acordos-de-leniencia/doc_acordos_votos/Acordo_AndradeGutierrez.Inv.Eng_prpr00004250-2016.pdf. Acesso em 17 de Outubro de 2019.

²² BRASIL. Ministério Público Federal. Termo do Acordo de Leniência. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/coordenacao/colaboracoes-premiadas-e-acordos-de-leniencia/doc_acordos_votos/Acordo_TECNHIP_1.25.000.001452-2018-11.pdf. Acesso em 17 de Outubro de 2019.

²³ BARROSO, Eduardo. Especialistas defendem regulamentação de leniência e preservação de empresas. Revista consultor jurídico. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2019-set-03/especialistas-defendem-regulacao-leniencia-preservacao-empresas>

²⁴ BRASIL. Ministério Público Federal. Julgados da 5ª CCR. Disponível em:

http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/coordenacao/colaboracoes-premiadas-e-acordos-de-leniencia/copy_of_colaboracoes-premiadas-e-acordos-de-leniencia

certeza que não será processada por outro órgão. Isso é insegurança absoluta. – Desembargador Marcelo Buhatem.²⁵

Dados de todo o país pelo Tribunal de Contas da União, identificaram que há mais de 14 mil obras públicas paralisadas. Concentradas no Rio de Janeiro: 1.300. Boa parte delas, diz Patrícia Vilella, *atoladas na estagnação do relacionamento entre o setor público e empreiteiro*.²⁶ A Administração Pública deixa de injetar R\$ 132 bilhões na economia com as paralisações das obras.

Entende-se necessário, - em casos de corrupção e crimes contra a administração pública - as pessoas infratoras serem responsabilizadas pelos atos, e as atividades econômicas das empresas sendo preservadas.

Por fim, ressalta-se, a relevância do uso da teoria dos jogos, após o uso de qualquer tentativa de confissão fracassada como estímulo à opção pela delação, devido a sensação de vulnerabilidade. Estabilizando a construção de uma relação de confiança entre quem tem a capacidade de punir e a quem se entrega dentro da segurança jurídica.

Logo, o acordo de leniência alcançara o seu objetivo, a adoção de práticas comerciais lícitas, sobretudo, éticas, em contrapartida que as delações contribuam para as investigações a fim de fazer com que os números de corrupção diminuam, e se alcance a punibilidade de outros partícipes do fato investigado.

Feito isso, o legislador poderá exigir das empresas a adoção dos programas de *compliance*, reabilitando a empresa que no passado ficou irregular. Essa ideia objetiva a devida manutenção dos cargos e da atividade econômica, retomando a gerência da empresa em conformidade com as normas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O intuito do poder judiciário é tirar o acordo de leniência da inércia promovendo a segurança jurídica para uma contribuição com a economia. O estado deixa de agir de modo isolado, passando a interagir com infratores confessos e negociando as penas e multas substancialmente mais brandas, deixando esses de serem vistos como “inimigos”, com o retorno da cooperação para obtenção de informações que agilizem a solução do processo.

²⁵ BUHATEM, Marcelo. Seminário: O papel do Judiciário na retomada do desenvolvimento do Rio de Janeiro – Resumo. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=o27paY7wAU4>. Acesso em 16 de Outubro de 2019.

²⁶ VILELLA, Patrícia. Seminário: O papel do Judiciário na retomada do desenvolvimento do Rio de Janeiro – Resumo. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=o27paY7wAU4>. Acesso em 16 de Outubro de 2019.

Quem comete ilícitos criminais ou cíveis, tanto como improbidades administrativas, são pessoas, em nosso entendimento a estas devem ser voltadas a decorrência das penas, as jurídicas por outro lado é uma seqüela, a economia circula com base na iniciativa privada, por isso, é muito importante o foco ser a pessoa, não a entidade que como bem mencionado pelo Ministro Marcelo Buhatem “não tem braços, pernas e cérebros, devendo ter boas medidas para afastar os gestores que venham a cometer atos ilícitos”, assim preservando as atividades das empresas, isso porque é a geradora de empregos e rendas.

O acordo à luz da Teoria dos Jogos traz possibilidades de fazer uso de estratégias para que ocorram números crescentes de delação, em sua ótica, a ideia é estimular os acordos de leniência pescando ao que importa de forma objetiva, sobretudo, dinâmica, de maneira ética e assertiva, apresentando ao delator segurança no ordenamento jurídico.

Nesse contexto, a teoria exemplificada em dilema do prisioneiro objetiva/possibilita a dissuasão do delator por escolha racional, demonstrando que sua melhor escolha no momento é delatar, ou seja, não somente alegar fatos, e sim comprovar aquilo que está narrando, e quando o êxito for alcançado em contrapartida receberá os benefícios do acordo.

Por meio da teoria da agência, demonstrou-se um determinado modelo comportamental entre as pessoas que trabalham em certo ambiente cooperativo. Constatou-se, que quando há assimetria informacional dentre os agentes, concomitantemente, ocorre a não cooperação, sendo esse um dos requisitos que proporcionam o acordo de leniência.

No acordo, a cautela recai sobre a autonomia de que qualquer juiz pode dar uma interpretação extravagante com base no desequilíbrio contratual. Quanto a isso há limites, e o limite é a legalidade, a letra da lei.

Cabe aos acadêmicos e profissionais se atentarem aos debates atuais, em análise a novos conceitos e perspectivas diferentes sobre o assunto. Dessa forma, contribuindo para que nosso ordenamento jurídico seja aprimorado.

Em suma, é de longo prazo e de forma estratégica o desenvolvimento desta matéria, mas essa nova relação entre Estado e empresa, além de revelar uma forma de solução para casos complexos de improbidades com tempo razoável processual mais ágil preservando a esfera da atividade econômica, é o caminho para a compreensão das empresas que se encontram envolvidas em crises dessa natureza para retomarem os negócios de forma regular.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, J. O combate à corrupção no Brasil e a Lei n. 12.846/2013: a busca pela efetividade da Lei e celeridade do processo de responsabilização através do Acordo de Leniência. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 4, n. 1, p. 170-203, 26 jan. 2017.

ALCÂNTARA, Gisele Chaves Sampaio. *Concretização Judicial do Direito à Saúde: uma Reflexão à Luz da Teoria dos Jogos*.

GREMAUD, Amaury Patrick et al. *Manual de Economia*. Equipe de Professores da USP. 5 ed. São Paulo: Saraiva 2004.

MARRARA, T. (2015). Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. *Revista Digital De Direito Administrativo*, 2(2), 509-527. <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v2i2p509-527>.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *A insegurança jurídica das empresas e os acordos de leniência na legislação anticorrupção brasileira*. 2017.

SALES, Marlon Roberth. BANNWART JUNIOR, Clodomiro José. O Acordo de Leniência: uma análise de sua compatibilidade constitucional e legitimidade. *Revista do Direito Público*. Londrina, v.10, n.3, p.31-50, set/dez.2015.

SARTINI, B. et al. Uma Introdução a Teoria dos Jogos. In: II BIENAL DA SBM, Universidade Federal da Bahia, 25 a 29 de outubro de 2004. Anais. Salvador, 2004.

Endereços eletrônicos

ANDRADE, Landolfo. Possibilidade de extensão dos benefícios do acordo de leniência previsto na Lei Anticorrupção Empresarial para as pessoas físicas. Disponível em: <<https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/728453220/possibilidade-de-extensao-dos-beneficios-do-acordo-de-leniencia-previsto-na-lei-anticorruptao-empresarial-para-as-pessoas-fisicas?ref=feed>>. Acesso em 16 de Outubro de 2019.

BARROSO, Eduardo. Especialistas defendem regulamentação de leniência e preservação de empresas. *Revista consultor jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-03/especialistas-defendem-regulacao-leniencia-preservacao-empresas>. Acesso em 17 de Outubro de 2019.

BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de Agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm. Acesso em 16 de Outubro de 2019.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de Novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm#targetText=Art.%201%C2%BA%20Esta%20Lei%20estrutura,ao%20abuso%20do%20poder%20econ%C3%B4mico)

[2014/2011/lei/112529.htm#targetText=Art.%201%C2%BA%20Esta%20Lei%20estrutura,ao%20abuso%20do%20poder%20econ%C3%B4mico](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm#targetText=Art.%201%C2%BA%20Esta%20Lei%20estrutura,ao%20abuso%20do%20poder%20econ%C3%B4mico). Acesso em 18 de Outubro de 2019.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 02 de Agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm. Acesso em 18 de Outubro de 2019.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de Novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm#targetText=Estrutura%20o%20Sistema%20Brasileiro%20de,1999%3B%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias)

[2014/2011/lei/112529.htm#targetText=Estrutura%20o%20Sistema%20Brasileiro%20de,1999%3B%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm#targetText=Estrutura%20o%20Sistema%20Brasileiro%20de,1999%3B%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias).

BRASIL. Ministério Público Federal. Força Tarefa Lava-Jato: Termo do Acordo de Leniência. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/coordenacao/colaboracoes-premiadas-e-acordos-de-leniencia/doc_acordos_votos/Acordo_Odebrecht_1.00.000.019193-2016-92.pdf. Acesso em 17 de Outubro de 2019.

BRASIL. Ministério Público Federal. Força Tarefa Lava-Jato: Termo do Acordo de Leniência. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/coordenacao/colaboracoes-premiadas-e-acordos-de-leniencia/doc_acordos_votos/Acordo_AndradeGutierrez.Inv.Eng_prpr00004250-2016.pdf. Acesso em 17 de Outubro de 2019.

BRASIL. Ministério Público Federal. Termo do Acordo de Leniência. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/coordenacao/colaboracoes-premiadas-e-acordos-de-leniencia/doc_acordos_votos/Acordo_TECNHIP_1.25.000.001452-2018-11.pdf. Acesso em 17 de Outubro de 2019.

BRASIL. Ministério Público Federal. Julgados da 5^a CCR. Disponível em:

http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/coordenacao/colaboracoes-premiadas-e-acordos-de-leniencia/copy_of_colaboracoes-premiadas-e-acordos-de-leniencia. Acesso em 17 de Outubro de 2019.

BUHATEM, Marcelo. Seminário: O papel do Judiciário na retomada do desenvolvimento do Rio de Janeiro – Resumo. Disponível em:

<https://www.youtube.com/watch?v=o27paY7wAU4>. Acesso em 16 de Outubro de 2019.

CONJUR, Revista Consultor Jurídico. Seminário: O papel do Judiciário na retomada do desenvolvimento do Rio de Janeiro – Resumo. Disponível em:

<https://www.youtube.com/watch?v=o27paY7wAU4>. Acesso em 16 de Outubro de 2019.

DA ROSA. Alexandre Morais. Podcast “Salvo Melhor Juízo”. Teoria dos Jogos. Disponível em: <https://salvomelhorjuizo.com/post/185654607488/smj-84-teoria-dos-jogos-no-segundo-epis%C3%B3dio-da-Jun/2019>. Acesso em 16 de Outubro de 2019.

JENSEN, Michael C., MECKLING, William H. Teoria da firma: comportamento dos administradores, custos de agência e estrutura de propriedade. Disponível em:

<http://www.scielo.br/pdf/rae/v48n2/v48n2a13.pdf>. Acesso em 18 de Outubro de 2019.

SALDANHA, Antônio. Seminário: O papel do Judiciário na retomada do desenvolvimento do Rio de Janeiro – Resumo. Disponível em:

<https://www.youtube.com/watch?v=o27paY7wAU4>. Acesso em 16 de Outubro de 2019.

2^o INFORMATION SOCIETY AND LAW

FMU
CENTRO UNIVERSITÁRIO

**GT - DIREITO TRIBUTÁRIO,
FINANCEIRO E ECONÔMICO**

APLICABILIDADE DOS *SMART CONTRACTS* NAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

Bianca dos Santos de Cavalli Almeida¹

Resumo: Com o surgimento da plataforma denominada *Blockchain* e todas as inovações tecnológicas que a acompanham, surgem indagações a respeito dos impactos na sociedade gerados por novo modelo econômico consequente da alteração no armazenamento de dados. As Instituições financeiras brasileiras, sempre à vanguarda das tecnologias lançadas no mercado digital, estão se preparando para a maior transformação do *modus operandi* no setor. No presente artigo, almeja-se demonstrar a aplicabilidade do uso dos *Smart contracts* no segmento e se este pode ser eficaz na relação contratual bancária. Para tanto, será necessário analisar aspectos positivos e limitações da aplicabilidade destes, bem como discutir possível cautela à sua utilização no ramo.

Palavras-chave: *Blockchain*; 4^a Revolução Industrial; Regulação financeira; Contratos inteligentes; Direito bancário.

SMART CONTRACTS APPLICABILITY IN FINANCIAL INSTITUTIONS

Abstract: With the emergence of the platform called *Blockchain* and all the technological innovations that accompany it, there are questions about the impacts on the society generated by a new economic model consequent to the change in data storage. The Brazilian financial institutions, always at the forefront of the technologies launched in the digital market, are preparing for the largest transformation of *modus operandi* in the sector. In this article, we aim to demonstrate the applicability of the use of *Smart contracts* in the segment and whether it can be effective in the contractual relationship. For so much, it will be necessary to analyze the positive aspects and limitations of their applicability, as well as discuss possible caution to their use in the branch.

Keywords: *Blockchain*; 4th Industrial Revolution; Financial regulation; *Smart contracts*; Banking law.

INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva analisar a aplicação de nova modalidade de contrato resultante da revolução tecnológica, os *Smart Contracts* ou “contratos inteligentes” que, em

¹ Advogada e mestranda no Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação-FMU. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Mackenzie São Paulo. Especialista em Direito Empresarial pela Fappes SP e em Direito Tributário pela Faculdade Damásio de Jesus SP. Email: biancacavallialmeida@gmail.com

síntese, são contratos auto executáveis, considerando que suas cláusulas são descritas no código-fonte em linguagem cibernética². A partir de método dedutivo, serão abordadas algumas considerações a respeito desta nova ferramenta: sua imutabilidade e as consequências de sua aplicação na hipótese de substituição aos contratos de consumo bancários tradicionais.

Decerto, a revolução tecnológica trouxe profundas modificações em todos os setores da vida humana. Relevante mencionar que uma das áreas mais impactadas pela disponibilidade de novos recursos tecnológicos oriundos da 4^a revolução industrial é o setor financeiro. Uma das novidades substanciais no setor diz respeito à evolução dos sistemas de pagamentos, bem como o modo de elaborar contratos, ambos ligados a novas oportunidades oferecidas pela tecnologia *blockchain*. Dentre outras, esta tecnologia possui a característica de não depender de uma autoridade central para sua execução, decorrendo assim na possibilidade de redução de custos de transações, e ainda, na impossibilidade de modificação unilateral do contrato³.

Precisamente, as características e formas de operacionalização da tecnologia *blockchain* em suas diversas aplicações, adicionado ao seu desenvolvimento e aceitação mundial entre comerciantes e indústrias, convergiram ao surgimento de conflitos e questões legais importantes que não podem ser desconsideradas atualmente. De fato, ainda não há precisão de que forma dar-se-á a resolução de conflitos oriundos da tecnologia *blockchain* nas suas variadas aplicações, em especial nos *smart contracts*, objeto central desta análise.

Destarte, o estudo jurídico dos contratos inteligentes demonstra-se necessário na medida em que as relações do consumidor bancário com as Instituições Financeiras, sejam estas tradicionais ou *fintechs*, têm-se adaptado às realidades jurídica e econômica atuais considerando o advento da revolução digital no cenário contemporâneo. Ainda, importante refletir sobre a aplicabilidade desta nova modalidade de contrato, bem como suas possibilidades, limitações e possíveis precauções a serem tomadas na elaboração deste modelo no segmento supracitado, tendo em vista aspectos relacionados a vício de forma, conteúdo, vontade, técnicos, como também a proteção dos consumidores frente a nova modalidade contratual.

² GATES, M. **Blockchain: Ultimate Guide to Understanding Blockchain, Bitcoin, Cryptocurrencies, Smart Contracts and the Future of Money**. Breinigsville, Pensilvânia: Createspace Independent Publishing Platform. 2017, p.126.

³ WALPORT, M. **Distributed Ledger Technology: Beyond Blockchain**. UK Government Office for Science. Tech. Rep, 2015. Disponível em: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/492972/gs-161-distributed-ledger-technology.pdf. Acesso em: 04.outubro.2019.

1.O SISTEMA *BLOCKCHAIN*

Em linhas gerais, o sistema *Blockchain* é tecnologia que possibilita o registro de dados compartilhados entre usuários que estejam registrados em rede, guardando registro de transações permanente e à prova de violação. Com precisão técnica, Antônio Unias de Lucena e Marco Aurélio Amaral Henriques elucidam o conceito de *blockchain*:

Assim, pode-se definir o *blockchain* como uma base distribuída de dados que mantém uma lista encadeada com todos os registros dos elementos de uma rede, bem como registros de qualquer criação de novos elementos e modificação destes, impossibilitando revisão e adulteração dos mesmos⁴.

Não há como analisar a sistemática da *blockchain* sem o estudo das moedas virtuais *bitcoins*, uma vez que a criação de uma está entrelaçada com as necessidades da outra. A tecnologia surgiu, inicialmente, para ser um sistema capaz de registrar e armazenar a escrituração das transações realizadas com a moeda virtual *bitcoin*⁵.

Considerando que a segurança e a validade das transações financeiras no mercado tradicional são garantidas por um terceiro confiável que geralmente é uma instituição bancária, o *blockchain* surge como alternativa segura para a realização de operações financeiras com custos reduzidos, menos burocráticas e muitas vezes sem a necessidade de qualquer tipo de intervenção, minimizando assim a participação deste agente centralizador.

Desenvolvida por Satoshi Nakamoto (suposto pseudônimo)⁶, a engenharia operacional conhecida como *blockchain* (“cadeia de blocos” em tradução literal), tinha como objetivo precípua evitar que fossem utilizadas uma mesma quantia de *bitcoins* para realização de diversas transações financeiras. No entanto, a proteção oferecida despertou a atenção do mercado financeiro para as inúmeras possibilidades criadas por essa tecnologia de proteção criptográfica. Nesse sentido, os dados inseridos no *blockchain* são registrados e processados através de um sistema de rede descentralizada conhecida como *peer-to-peer* (P2P), que significa transacionar operações entre pares sem intermediários para gerir tal ação. Como Tapscott e Tapscott definem “nós a estamos

⁴ LUCENA, Antônio Unias de. HENRIQUES, Marco Aurélio Amaral. **Estudo de arquiteturas dos blockchains de Bitcoin e Ethereum**. In: IX Encontro de Alunos e Docentes do DCA/FEEC/UNICAMP (EADCA). Ed. FEEC, 2016. Disponível em: http://www.fee.unicamp.br/sites/default/files/departamentos/dca/eadca/eadcaix/artigos/lucena_henriques.pdf. Acesso em: 06.outubro.2019.

⁵ BLOCKCHAIN LUXEMBOURG S.A. Disponível em: <https://www.blockchain.com/pt/learning-portal/bitcoin-faq>. Acesso em 01.outubro.2019.

⁶ NAKAMOTO, S. Bitcoin: **A Peer-to-Peer Electronic Cash System**. Disponível em: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Acesso em: 06.Outubro.2019.

chamando de Protocolo da Confiança”⁷. A partir disto, Satoshi Nakamoto abriu o debate sobre a confiança, ou melhor, a desconfiança em um sistema financeiro centralizado.

Através desse protocolo de rede, vários computadores estão interligados em uma cadeia que trabalha no processamento das transações com vistas a garantir a integridade e veracidade destas negociações. Dessa maneira, qualquer transação financeira é visível a todos os membros da rede bitcoin e uma transação é realizada mediante a transferência de valor de um terminal de computador (*peer*) para outro computador ligado da rede, sendo considerado um nó qualquer ponto da rede previamente identificado⁸.

Como há vários membros na cadeia de processamento, as tentativas de violação e ataques de *hackers* são detectadas de maneira mais rápida por um dos terminais (*peer*), tornando difícil a ocorrência de fraudes nas transferências virtuais de valores monetários. Erik Oioli, Henrique Vicentin Lisboa e Danilo Aragão sintetizam de forma clara o funcionamento da *blockchain* no processamento dos *bitcoins*: Cada “bloco” é unidade de registro de informações criptografadas, que, para ser validada, se conecta com um bloco anterior por ordem cronológica formando uma cadeia sequencial de registros armazenada em rede que não pode ser quebrada⁹.

Conforme descrevem os autores supracitados, há um alto padrão de segurança nas redes projetadas como *blockchain* e segurança no mundo virtual é muito valorizada em tempos de ataques cibernéticos cada vez mais frequentes.

De acordo com análise de 2017 do banco americano J.P.Morgan, a tecnologia *blockchain* permitirá uma reformulação do sistema financeiro, tornando suas transações menos caras e mais simples, além de garantir, por um lado, maior controle e privacidade sobre as transações financeiras aos indivíduos e, por outro, mecanismos mais eficientes de monitoramento e proteção aos agentes reguladores. No entanto, o banco ressalta ainda dificuldades técnicas, sistêmicas, de legalidade e regulatórias que podem surgir desta tecnologia, como: a necessidade de operar as transações com maior tempestividade, escala e segurança; questões de privacidade e identidade digitais; como serão feitos os contratos relativos às transações realizadas pela nova tecnologia; e como

⁷ TAPSCOTT, D.; TAPSCOTT, A. **Blockchain Revolution**: como a tecnologia por trás do Bitcoin está mudando o dinheiro, os negócios e o mundo. São Paulo: SENAI-SP Editora, 2016, p. 392.

⁸ OIOLI, Erik. LISBOA, Henrique Vicentin. ARAGÃO, Danilo. **Blockchain será importante aliada dos mercados bancário e de capitais**. In: Revista Consultor Jurídico. Publicado em 8 de setembro de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-08/blockchain-importante-aliada-mercados-bancario-capitais>. Acesso em 06.Outubro.2019.

⁹ Ibid., Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-08/blockchain-importante-aliada-mercados-bancario-capitais>. Acesso em 06.Outubro.2019.

dar-se-á a jurisdição internacional que regulará o *blockchain*, protegendo tanto indivíduos quanto o sistema financeiro¹⁰.

2. DEFINIÇÃO DE *SMART CONTRACTS*

Por ser uma tecnologia nova, não há consenso sobre a definição de *smart contracts*, embora exista certa concordância com relação às noções gerais do termo. No entanto, em grande parte das obras e artigos que discorrem sobre o tema, *smart contracts* são conceituados como manifestação digital de um contrato, em que o acordado entre as partes é transformado em código de computador auto executável, ou seja, capaz de implementar as condições acordadas pelas partes independentemente de intervenção humana (seja de qualquer das partes ou de algum intermediário)¹¹.

Importante destacar que o termo foi originalmente formulado pelo cientista da computação e professor Nick Szabo, em artigo publicado em 1994¹². A definição empregada pelo autor vincula de modo claro os conceitos de *smart contract* e contratos tradicionais:

“A smart contract is a computerized transaction protocol that executes the terms of a contract. The general objectives of smart contract design are to satisfy common contractual conditions (such as payment terms, liens, confidentiality, and even enforcement), minimize exceptions both malicious and accidental, and minimize the need for trusted intermediaries.”¹³

A pretensão de Szabo ao defender a idéia e aplicação dos *Smart Contracts* coaduna-se com o propósito de superar as inúmeras instabilidades presentes nos contratos tradicionais, permitindo que, uma vez assinados, se executem de forma automática, sem a necessidade de intervenção de terceiros estranhos à relação contratual¹⁴.

Há também a definição trazida pelos fundadores da plataforma de *blockchain Ethereum*, criada com o foco de permitir que os usuários fossem capazes de introduzir

¹⁰ JPMORGAN, May, 2019. Disponível em: <https://www.jpmorgan.com/global/research/blockchain-next-steps>. Acesso em: 16. Outubro.2019.

¹¹ SCHUETTELE, Patrick. **The Concise Fintech Compendium**. Fribourg: School of Management Fribourg/Switzerland, 2017.

¹² MORRIS, David Z. "Bitcoin is not just digital currency. It's Napster for finance". Fortune 21 January 2014. Disponível em: <https://fortune.com/2014/01/21/bitcoin-is-not-just-digital-currency-its-napster-for-finance/>. Acesso em: 15. Outubro.2019.

¹³ SZABO, Nick. "Smart Contracts". 1994. Disponível em:

<http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinter school2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html>. Acesso em: 06. Outubro.2019.

¹⁴ SZABO, Nick. **The idea of smart contracts**. 1–2, 1997. Disponível em: http://szabo.best.vwh.net/smart_contracts_idea.html. Acesso em: 06. Outubro.2019.

regras específicas na rede. O termo escolhido para descrever esta possibilidade de condicionar transações com criptoativos a regras criadas por particulares foi justamente o *smart contract*, conceituado, no *white paper* da *Ethereum*, como sendo “sistemas que automaticamente movem ativos digitais de acordo com regras arbitrárias pré-definidas” (tradução livre)¹⁵.

Seu ponto central nesta definição é a automaticidade do programa, sendo as regras utilizadas contingentes. Em outras palavras, as regras não são necessárias ao sistema (decorrentes de alguma necessidade técnica da programação), mas sim definidas pelos usuários (ou seja, poderiam ou não ser parte do programa).

Ainda, conforme ensina a advogada italiana Chantal Bompreszi, os contratos inteligentes são uma combinação de algoritmos e códigos criados com o objetivo de aplicar os princípios comumente previstos em um ordenamento jurídico para o ciberespaço, destinando-se a formalizar e proteger relatórios em redes de computadores¹⁶. No contexto *blockchain*, os contratos inteligentes resultam em transações que vão além da simples compra e venda de criptomoedas, podendo ter instruções mais extensas incorporadas a estes. Em definição da economista italiana Ilaria Vivaldi, um contrato inteligente é um método de utilizar o bloco para criar um acordo entre determinadas partes¹⁷.

Observa-se neste modelo de contrato, relevante economia e simplicidade em sua elaboração e execução no que tange a dispensa de intermediários, incluindo-se neste contexto o aparato judicial e, portanto, o setor público, bem como advogados contratados especialmente para conceber formalmente as vontades e interesses das partes¹⁸. Outra característica importante deste contrato é sua imutabilidade, resultante do uso de *blockchain*. Assim, uma vez lançado no bloco, o contrato é executado automaticamente quando as condições pré-estabelecidas são cumpridas, não havendo necessidade de contribuição humana, nem de um lado ou de outro¹⁹.

¹⁵ ¹⁴ ETHEREUM. **White Paper. Ethereum Foundation**: 14 de setembro de 2014. Disponível em: <https://github.com/ethereum/wiki/wiki/WhitePaper/08e9d07781f50dac264314a551b5ba060a07c06a>. Acesso em: 26.setembro.2019.

¹⁶ BOMPRESZI, Chantal. **Blockchain e assicurazione: opportunità e nuove sfide**. Rivista Diritto Mercato Tecnologia - Nuova Editrice Universitaria, Roma, pp. 37, Anno VII, Luglio 2017, p.20. Disponível em: <https://www.dimt.it/images/pdf/Blockchaineassicurazione.pdf>. Acesso em: 15. Outubro.2019.

¹⁷ VIVALDI, Ilaria. **Blockchain: la rivoluzione digitale nel mondo finanziario**. Tesi di Laurea Magistrale in Finanza Aziendale e Mercati Finanziari, università di Pis, relatore Riccardo Cambini. pp. 112, Pisa, 2015/2016, p.66. Disponível em: <https://etd.adm.unipi.it/etd-06012016-164829/>. Acesso em: 15. Outubro.2019.

¹⁸ BOMPRESZI, op. cit., p. 22.

¹⁹ *Ibid.*, p.18.

3. APLICABILIDADE, LIMITAÇÕES AO USO DOS CONTRATOS INTELIGENTES E MITIGADORES DE RISCO

De fato, a ideia da aplicação dos contratos inteligentes no setor financeiro em primeiro momento pode remeter a inúmeros benefícios ao segmento, principalmente pela capacidade de auto execução.

Contudo, pertinente mencionar que a execução inteligente requer que uma das partes centralize o cumprimento do acordo, ao menos em uma plataforma. Para que a execução seja atendida plenamente, a versão digital precisa ter vínculo com a versão física, considerando a necessidade de se verificar o efetivo cumprimento de cláusula executável no mundo real.

Conforme anteriormente explanado, o modelo objeto deste artigo é dotado de inalterabilidade em sua aceção e, neste cenário, a primeira grande limitação para utilização de *smart contracts* é o fato de que o contrato será executado exatamente como elaborado, sem qualquer flexibilidade. O resultado disto é que *smart contracts* continuarão a ser executados mesmo com erros de programação, técnicos ou decorrentes de incompatibilidade entre o intuito original das partes e o efetivamente programado²⁰.

Neste diapasão, considerando a natureza irretroativa dos *smart contracts*, é oportuno pontuar que, se as partes envolvidas por qualquer razão desejarem reverter a transação, retornando ao *status quo*, deverão se engajar em um novo contrato inteligente para tal. No âmbito dos *smart contracts*, cabe salientar que sua eficácia depende apenas do cumprimento de requisitos objetivos de possibilidade, determinação e economicidade. Por se executarem com plena eficácia no momento de sua assinatura pelas partes envolvidas, os requisitos subjetivos para sua validade não têm relevância prática.

Naturalmente, esta constatação confronta o Direito brasileiro. É inadmissível para nosso ordenamento jurídico que um contrato possa ser executado com plena eficácia sem que as partes tenham chance de alegar sua nulidade total ou parcial por descumprimento de requisitos subjetivos ou formais, pelas seguintes razões: não há tempo hábil para que isto se faça após a assinatura do contrato e, após a execução do contrato, os bens ou valores transacionados estarão em situação que impossibilitará a reversão do mesmo, se assim for necessário ser pleiteado.

Ainda sob a ótica da execução da tecnologia, tal função no modelo integralmente digital dependerá de todas as possibilidades estarem previstas no código programável da

²⁰¹⁹MIK, Eliza. **Smart contracts: terminology, technical limitations and real world complexity.** Law, Innovation and Technology, v. 9, n. 2, 2017, p. 269-300.

Plataforma. Entretanto, nem sempre será possível incluir todas as variáveis em um contrato e, muitas vezes isto sequer será desejável, considerando que a inclusão de ambiguidade no contrato pode ser uma técnica para viabilizar o acordo²¹.

Decerto, para seu efetivo funcionamento, as partes devem acordar as condições que deverão ser adimplidas para a realização do negócio. As regras definidas serão inseridas no sistema operacional e deverão ser programadas no código auto executável que, após a assinatura digital e cumprimento das disposições contratuais, cumprir-se-ão de forma irreversível e automática. Assim, quando os termos fixados no contrato são alcançados, a ação seguinte é liberada automaticamente. Por este aspecto, o modelo é considerado seguro e transparente, determinado por cláusulas fixadas pelas partes que podem acompanhar em qual estágio se encontra a transação, assim como todas as ações que foram realizadas neste percurso²².

Ademais, no Brasil não existe legislação específica que regulamente a celebração de contratos através de meio eletrônico ou virtual. Nesse sentido, considerando que não há regramentos específicos no Código Civil brasileiro (10406/2002), tem-se que os contratos eletrônicos são classificados como atípicos, nos moldes do artigo 425. Portanto, diante da falta de legislação específica sobre o assunto, são aplicadas as regras gerais que regem os contratos do diploma civilista. Todavia, os *smart contracts* tendem a ser cada vez mais utilizados, visto que garantem mais celeridade, economia e segurança nas transações cíveis e comerciais e nesse sentido, a legislação precisará de adequação para atender as peculiaridades dessa nova modalidade contratual.

Voltando-se para o domínio das transações financeiras legais, a tecnologia baseada em *blockchain* tem sido usada como ferramenta para impulsionar o empréstimo *peer-to-peer* (consiste em viabilizar empréstimo de dinheiro entre indivíduos por meio de plataforma digital, ligando investidores/credores com mutuários) especialmente na China. É importante frizar que, recentemente, a China enfrentou um colapso em seu mercado de empréstimos *peer-to-peer*, mostrando os riscos de um mercado que cresceu muito rapidamente e à sombra de supervisão regulatória²³.

Independente do ocorrido na China, há outros projetos em andamento para aplicação dos *smart contracts* de forma eficaz, particularmente para o mercado de

²¹ BERNHEIM, B. Douglas; WHINSTON, Michael D. **Incomplete contracts and strategic ambiguity**. American Economic Review, 1988, p. 902-932.

²² GONÇALVES, Pedro Vilela Resende. **Blockchain, Smart Contracts e "Judge as a service" no Direito Brasileiro**. 2016. Disponível em: <http://irisbh.com.br/blockchain-smart-contracts-e-judge-as-a-service-no-direito-brasileiro/>. Acesso em: 15.Outubro.2019.

²³ MALLOY, Christopher J., Lauren H. Cohen, and Anthony K. Woo. **"Dianrong: Marketplace Lending, Blockchain, and 'The New Finance' in China."** Harvard Business School Case 218-043, September 2017.

microcrédito que possui enorme potencial de crescimento em países subdesenvolvidos, por exemplo, que pode promover a inclusão financeira de milhões de pessoas.

Como forma de mitigar riscos e imprevistos nesta relação contratual, é recomendável estabelecer algumas obrigações acessórias ao contrato em si, como por exemplo, o estabelecimento prévio de cláusula em que as partes se obrigam a utilizarem sempre a mesma plataforma de *blockchain* na qual está disponível o contrato, não possuírem outra carteira naquela *blockchain* além da vinculada ao *smart contract* já existente, não transferir o acesso a conta vinculada ao *smart contract* a terceiros e declarar todos os outros *smart contracts* aos quais aquela carteira está aderente.

Há que se prever, ainda, que determinadas funções do contrato possam resultar em erro. Por exemplo, a transferência de determinada quantia pode não ser efetuada conforme programado, seja pela falta de pagamento da taxa para execução do contrato ou por qualquer outro motivo. É relevante que no momento de elaboração do contrato, busque-se prever alguns dos possíveis erros e seja acordado como proceder. Como forma de soluções a serem utilizadas na hipótese de as partes depararem-se com erros no contrato, pode-se destacar a suspensão parcial ou total do instrumento, limitação dos valores de cada transação (para limitar o custo do erro) ou programar a divisão de grandes transações em várias menores, visando minimizar impactos ocasionados por equívocos tecnológicos.

4. ASPECTOS LEGAIS RELACIONADOS AO USO DOS SMART CONTRACTS

Dentre as discussões sobre o tema dos contratos inteligentes, estão as implicações do direito dos contratos, uma vez que tal área é sempre dinâmica, evoluindo de acordo com as transformações da sociedade. Destaca-se a lição moderna do Professor Roberto Senise Lisboa:

“O contrato é, indiscutivelmente, a categoria mais importante dentre os negócios jurídicos possíveis. Como acordo de vontades que possui por finalidade a constituição, a modificação ou extinção dos direitos, dele advém um conjunto de obrigações a serem cumpridas pelas partes.”²⁴

Por conseguinte, faz-se oportuno esclarecer que, conforme determina o artigo 422 do Código Civil (10406/2002), as partes necessitam resguardar “os princípios de probidade e boa-fé”, na conclusão e execução do contrato, a fim de que cada qual cumpra seu papel

²⁴ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil** Ed. Saraiva, São Paulo, 6ª edição.2012, p. 29.

na obrigação. Os contratos inteligentes incluem o mesmo tipo de obrigação de fazer ou não fazer, mas eliminam, de modo geral, a necessidade de qualquer tipo de confiança entre as partes. Isso ocorre porque um contrato inteligente é definido pelo código ou executado e aplicado pelo algoritmo, automaticamente²⁵.

Certamente, algumas dificuldades podem surgir por conta da imutabilidade do uso da *blockchain*, uma vez que, no momento em que o contrato é inserido, não pode mais haver, em regra, intervenção no instrumento. Se, por um lado, isso pode ser positivo em termos de certeza de execução, por outro pode trazer transtornos, se forem encontrados elementos que possam dar azo à invalidade ou rescisão do contrato, ou ainda quando presentes circunstâncias que justifiquem uma retirada, renegociação ou rescisão²⁶. Nestes casos, a eficiência buscada através da execução automática de acordos, se levada a excesso, poderia levar ao efeito oposto.

Além disso, embora se afirme que, com a *blockchain* seja possível realizar contratos sem os chamados intermediários ou terceiros, novas figuras intervêm a esse respeito, como o programador de computação, das quais poderiam emergir os perfis de responsabilidade civil²⁷. O papel do programador de computador, ao qual se deve recorrer para criar um contrato inteligente, terá como finalidade a interpretação correta da vontade das partes e no qual estes depositarão sua confiança. Essa confiança, no entanto, poderia ser mal interpretada, já que o profissional pode dar vida a um contrato inteligente com resultados indesejáveis, por engano ou mesmo intencionalmente, conforme interpreta a advogada Chantal Bompreszi, outrora mencionada²⁸.

Outro ponto que merece atenção é que uma parcela dos contratos inteligentes utiliza como bem de valor as criptomoedas. Entretanto, o ordenamento jurídico brasileiro ainda não possui normas que consideram tal tecnologia como uma moeda corrente válida no país. A exemplo disso, constata-se que a Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu artigo 21, inciso VIII, estabelece como competência da união a emissão de moedas, acrescentando-se, em seu artigo 164, a exclusividade do Banco Central para tal tarefa.

²⁵ ²⁴VIVALDI, Ilaria. **Blockchain: la rivoluzone digitale nel mondo finanziario**. Tesi di Laurea Magistrale in Finanza Aziendale e Mercati Finanziari, università di Pisa, relatore Riccardo Cambini. pp. 112, Pisa, 2015/2016, p. 21. Disponível em: <https://etd.adm.unipi.it/t/etd-06012016-164829/>. Acesso em: 15. Outubro.2019.

²⁶EENMAA-DIMITRIEVA, Helen. SCHMIDT-KESSEN, Maria José. **Regulation through code as a safeguard for implementing smart contracts in no-trust environments**. EUI Working Papers. European University Institute. 2017/13, p.26. Disponível em :https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/47545/LAW_2017_13.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 10.outubro.2019.

²⁷ BOMPRESZI, Chantal. **Blockchain e assicurazione: opportunità e nuove sfide**. Rivista Diritto Mercato Tecnologia - Nuova Editrice Universitaria, Roma, pp. 37, Anno VII, Luglio 2017, p.27. Disponível em: <https://www.dimt.it/images/pdf/Blockchaineassicurazione.pdf>. Acesso em: 15. Outubro.2019.

²⁸ Ibid., 2017, p. 27.

A não consideração das moedas virtuais, amplamente difundidas pelo uso da *blockchain*, como uma moeda legal, traz incerteza a respeito de sua executividade como título de crédito, o que por consequência pode enfraquecer a segurança jurídica dos negócios e contratos efetuados com o uso das mesmas.

Diante de todo o contexto, a adoção da *blockchain* pode não resolver muitos dos aspectos críticos supra relatados, existindo a possibilidade de sacrificar algumas formas de instituições de proteção dos direitos fundamentais, especialmente no campo contratual²⁹, demonstrando-se necessário a existência de instituições preparadas para lidar com os possíveis litígios advindos do uso dessa tecnologia. O progresso tecnológico do bloco precisa de certo grau de padronização, bem como um arcabouço jurídico *ad hoc* para lidar com os possíveis litígios, tal como a arbitragem, com necessidade de adaptação das peculiaridades da tecnologia a esta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como consequência de sua contratação, automática e imutável, poder-se-ia concluir que há evidente risco de que os *smart contracts* sejam utilizados em contratos de adesão na seara consumerista, diminuindo ainda mais o poder de negociação dos consumidores bancários, suprimindo, em uma contratação cada vez mais rápida e automatizada, qualquer possibilidade de que uma cláusula abusiva seja identificada e afastada.

Por outro lado, a chegada dos contratos inteligentes parece significar o lado diametralmente oposto. Os *softwares* criados para a programação dos contratos permitem que os consumidores especifiquem suas exigências e registrem seu “de acordo” somente quando satisfeitas as condições preestabelecidas, o que pode representar uma antinomia aos contratos de adesão disponíveis pelas instituições financeiras. Somente com o advento do *blockchain* será possível oferecer por meio dos *smart contracts* a possibilidade de o consumidor inserir suas exigências no contrato e contratar somente quando o fornecedor oferecer as condições ali dispostas.

Com efeito, as Instituições devem ter cautela em sua aplicação, visto que, por serem dotados de imutabilidade, os contratos inteligentes precisam prever hipóteses que sobrevierem a conclusão destes, como por exemplo: desequilíbrio material entre as partes ou até mesmo vulnerabilidade do consumidor bancário, situações tão comumente observadas nos contratos físicos de adesão do segmento.

²⁹ Ibid., 2017, p. 33.

Em suma, os contratos inteligentes representam o futuro das relações negociais, uma vez que permitem a eliminação de intermediários para a transação, elevam o poder de negociação dos consumidores (usuários dos contratos) e ainda diminuem riscos legais e de crédito na relação contratual.

Portanto, resta evidente que os contratos inteligentes possuem atributos deveras atrativos, que abrem as portas para sua utilização em toda a cadeia de fornecimento de produtos e serviços. Entretanto, além das dificuldades técnicas para a implementação em larga escala desse novo modelo contratual, também é preciso atentar-se aos inúmeros aspectos legais que precisam ser enfrentados.

Ainda, os impactos no mundo econômico, decorrentes da utilização da *blockchain* e dos *Smart Contracts* terão por premissa uma nova economia baseada em dois pilares: a transparência, que será gerada através da criptografia, e a confiança. Nessa nova plataforma organizacional, sai de cena um modelo centralizador, em que o detentor da mão de obra, informação e recursos era o agente principal, e surge uma rede descentralizada que será implantada por meio de plataformas tecnológicas que permitirão a sociedade usufruir de formas mais simples e eficientes de contratos nas relações de consumo.

Há diversas perspectivas sobre o que tal tecnologia ocasionará no futuro próximo. Contudo, diversos pontos ainda necessitam serem desdobrados e aperfeiçoados para que o seu uso se consolide em uma maior seguridade e efetividade, seja no campo do direito, da economia ou no próprio meio técnico. A tecnologia *blockchain* por meio dos contratos inteligentes está na iminência de mudar a maneira de fazer negócios habitualmente conhecida e caberá a sociedade adaptar-se às facilidades e desafios do mundo cada vez mais digital.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERNHEIM, B. Douglas; WHINSTON, Michael D. **Incomplete contracts and strategic ambiguity**. *American Economic Review*, 1988, p. 902-932.

BLUM, Renato Opice. **Estamos preparados para lidar com as novidades da?** In: *Revista Consultor Jurídico*. Publicado em 1 de setembro de 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-set-01/opice-blum-estamospreparados-lidar-novas-tecnologias>. Acesso em: 16. setembro. 2019.

_____. **Sistemática blockchain deve fustigar a burocracia pelas beiradas**. In: *Revista Consultor Jurídico*. Publicado em 3 de janeiro de 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-jan-03/opice-blum-sistematicablockchain-fustigar-burocracia>. Acesso em: 16. setembro. 2019.

BOMPRESZI, Chantal. **Blockchain e assicurazione: opportunità e nuove sfide**. Rivista Diritto Mercato Tecnologia - Nuova Editrice Universitaria, Roma, pp. 37, Anno VII, Luglio 2017, p.20. Disponível em: <https://www.dimt.it/images/pdf/Blockchaineassicurazione.pdf>. Acesso em: 15. outubro.2019.

EENMAA-DIMITRIEVA, Helen. SCHMIDT-KESSEN, Maria José. **Regulation through code as a safeguard for implementing smart contracts in no-trust environments**. EUI Working Papers. European University Institute. 2017/13, p.26. Disponível em :https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/47545/LAW_2017_13.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 10.outubro.2019.

GATES, M. **Blockchain: Ultimate Guide to Understanding Blockchain, Bitcoin, Cryptocurrencies, Smart Contracts and the Future of Money**. Breinigsville, Pensilvânia: Createspace Independent Publishing Platform. 2017, p.126.

GONÇALVES, Pedro Vilela Resende. **Blockchain, Smart Contracts e "Judge as a service" no Direito Brasileiro**. 2016. Disponível em: <http://irisbh.com.br/blockchain-smart-contracts-e-judge-as-a-service-no-direito-brasileiro/>. Acesso em: 15.outubro.2019.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil** Ed. Saraiva, São Paulo, 6^a edição.2012, p. 29.

LUCENA, Antônio Unias de. HENRIQUES, Marco Aurélio Amaral. **Estudo de arquiteturas dos blockchains de Bitcoin e Ethereum**. In: IX Encontro de Alunos e Docentes do DCA/FEEC/UNICAMP (EADCA). Ed. FEEC, 2016. Disponível em: http://www.fee.unicamp.br/sites/default/files/departamentos/dca/eadca/eadcaix/artigos/lucena_henriques.pdf. Acesso em: 06.outubro.2019.

MALLOY, Christopher J., Lauren H. Cohen, and Anthony K. Woo. **"Dianrong: Marketplace Lending, Blockchain, and 'The New Finance' in China."** Harvard Business School Case 218-043, September 2017.

MIK, Eliza. **Smart contracts: terminology, technical limitations and real world complexity**. Law, Innovation and Technology, v. 9, n. 2, 2017, p. 269-300.

MORRIS, David Z. "Bitcoin is not just digital currency. It's Napster for finance". **Fortune 21 January 2014**. Disponível em: <https://fortune.com/2014/01/21/bitcoin-is-not-just-digital-currency-its-napster-for-finance/>. Acesso em: 15.outubro.2019.

NAKAMOTO, S. **Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System**. Disponível em: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Acesso em: 06.outubro.2019.

OIOLI, Erik. LISBOA, Henrique Vicentin. ARAGÃO, Danilo. **Blockchain será importante aliada dos mercados bancário e de capitais**. In: Revista Consultor Jurídico. Publicado em

8 de setembro de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-08/blockchain-importante-aliada-mercados-bancario-capitais>. Acesso em 06.outubro.2019.

SCHUETTEL, Patrick. **The Concise Fintech Compendium**. Fribourg: School of Management Fribourg/Switzerland, 2017.

SZABO, Nick. “Smart Contracts”. 1994. Disponível em: http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinter_school2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html. Acesso em: 06.outubro.2019.

_____. **The idea of smart contracts**. 1–2, 1997. Disponível em: http://szabo.best.vwh.net/smart_contracts_idea.html . Acesso em: 06. outubro.2019.

TAPSCOTT, D.; TAPSCOTT, A. **Blockchain Revolution: como a tecnologia por trás do Bitcoin está mudando o dinheiro, os negócios e o mundo**. São Paulo: SENAI-SP Editora, 2016, p. 392.

VIVALDI, Ilaria. **Blockchain: la rivoluzone digitale nel mondo finanziario**. Tesi di Laurea Magistrale in Finanza Aziendale e Mercati Finanziari, università di Pis, relatore Riccardo Cambini. pp. 112, Pisa, 2015/2016, p. 21. Disponível em: <https://etd.adm.unipi.it/t/etd-06012016-164829/>. Acesso em: 15. outubro.2019.

WALPORT, M. **Distributed Ledger Technology: Beyond Blockchain**. UK Government Office for Science. Tech. Rep, 2015. Disponível em: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/492972/gs-161-distributed-ledger-technology.pdf. Acesso em: 04.outubro.2019.

Websites consultados

BLOCKCHAIN LUXEMBOURG S.A. Disponível em: <https://www.blockchain.com/pt/learning-portal/bitcoin-faq>. Acesso em 01.outubro.2019.

ETHEREUM. **White Paper. Ethereum Foundation**: 14 de setembro de 2014. Disponível em: <https://github.com/ethereum/wiki/wiki/WhitePaper/08e9d07781f50dac264314a551b5ba060a07c06a>. Acesso em: 26.setembro.2019.

JPMORGAN, May, 2019. Disponível em: <https://www.jpmorgan.com/global/research/blockchain-next-steps>. Acesso em: 16. outubro.2019.

2^o INFORMATION SOCIETY AND LAW

II Congresso Internacional Information Society and Law
Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU)
São Paulo - SP - 6 a 8 de novembro de 2019

ISS SOBRE ROYALTIES COBRADOS NO CONTRATO DE FRANCHISING

Benedito Mauro Egêa Baco¹ e Eduardo Salgueiro Coelho²

Resumo: O objetivo deste trabalho é desafiar o cabimento do tributo municipal denominado como ISS – Imposto Sobre Serviços sobre *royalties* cobrados pela franqueadora. A pesquisa perseguirá a incidência deste tributo sobre a atividade da franqueadora “*franchising*”, considerando, principalmente, a controvérsia que percorrem nossos tribunais. Como primeiros passos e também para auxiliar a pesquisa sobre o ISS no *franchising*, será feita uma breve abordagem da atividade econômica do “*franchising*” no Brasil, definição sobre franqueador e franquia, e por fim, sobre a franquia da marca junto com a expertise “*know-how*” do negócio em linhas gerais. Superado a definição de como de como essa relação se desenvolve, será abordada a forma de remuneração do objeto contratado no “*franchising*” também conhecida como “*royalties*”, trazendo a temática tributária do Imposto Sobre Serviços “ISS” envolvendo a remuneração do Franqueador. A partir desse ponto, a pesquisa passa para o universo jurídico do tributo em estudo “ISS” nesse segmento de negócio denominado “*franchising*”, com abordagem das leis específicas aplicadas ao ISS sobre os *royalties* do *franchising*, fazendo algumas citações sobre como os tribunais vem decidindo a temática da incidência do ISS sobre a receita dos franqueadores advindas dos *royalties*, cujo tema se encontra em julgamento na Suprema Corte de demanda com repercussão geral, encerrando com a polêmica da incidência do tributo “ISS” sobre a remuneração do Franqueador, tendo em vista que o Franqueador pode prestar diversos serviços para a rede de franqueado, a pesquisa concentra-se tão somente e especificamente sobre a receita advinda da outorga da marca e expertise, a qual denomina-se como *royalties*.

Palavras Chaves: Imposto Sobre Serviços – ISS – *Franchising* – *Royalties* – Prestação de Serviços no *Franchising* – Incidência do ISS sobre os *Royalties*.

¹ Bacharel em Direito. Atuação em Direito Tributário, Direito Civil, Planejamento Tributário e Societário, com especialização em Crimes Financeiros e Especializando em Direito Trabalhista. Advogado e Contabilista.

² Mestrando em Direito da Sociedade da Informação. Especialista *latu sensu* em Direito Civil e Processual Civil. Advogado e Professor Universitário

IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS – ISS – FRANCHISING – ROYALTIES – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NO FRANCHISING – INCIDÊNCIA DO ISS SOBRE OS ROYALTIES

SUMMARY: The objective of this study is to promote the challenge in relation an appropriation of the municipal tax, called ISS - Tax on Services, on royalties charged by the franchiser company. The research will pursue the incidence of this tax on the activity of the franchiser, considering, mainly, the controversy observed in our courts. As a first step and also to assist the “ISS” research in franchising, a brief approach will be made to the economic activity of franchising in fact, reported by some pioneer consultants in the field of franchising in Brazil, passing through a simple definition about franchisor and franchise, and lastly the brand franchise with know-how of the business in general lines. Having overcome the definition of how this relationship develops, with a brief approach to the economic remuneration of the franchising activities, denominated “royalties”, bringing the tax subject of the Tax on Services "ISS" involving the remuneration of the Franchisor. From this point, the research moves to the legal universe of the tax, "ISS", study, in this business segment called "franchising", with an approach to the specific laws applied to the “ISS” on franchising royalties, performing some citations about how the courts have been decided the issue of the incidence of ISS on the franchisors revenues in occasion of the royalties, whose subject is in the Supreme Court of lawsuit with general repercussion, closing with the controversy of the incidence of tribute "ISS" on the Franchisor's remuneration, since the Franchisor can provide several services to the franchise network, the research focuses only and specifically on the part of the granting of the brand and expertise, which is called such as royalties.

Key Words: Tax on Services - ISS - Franchising - Royalties - Provision of Services in Franchising - ISS Incidence on Royalties.

INTRODUÇÃO

A incidência tributária do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS ou ISSQN) sobre a remuneração de *royalties* do Franqueador desafia as normas vigentes, cujo texto legal versa sobre o cabimento do tributo municipal denominado como ISS – Imposto Sobre Serviços sobre os *royalties* cobrados pela franqueadora, o que resultou em controvérsias que percorrem nossos tribunais, das quais, uma delas encontra-se com repercussão geral em nossa Suprema Corte.

Para compreender como essa relação de franquia “*franchising*” se desenvolve no campo dos negócios de fato, delimitando-se especificamente quanto ao objeto contratado nessa atividade econômica “*franchising*”, seguido da definição em direito quanto ao objeto contratado previsto em lei específica, Lei nº 8.955 de 15 de dezembro de 1994 que dispõe sobre o contrato de franquia empresarial, também conhecida como Lei de *Franchising*.

O “*franchising*” ou “franquia empresarial” ou simplesmente “franquia”, refere-se ao sistema de negócio da relação entre franqueador e franqueado, cujo contrato entre as partes deve ser sempre escrito, não só pela sua complexidade, mas também por exigência legal, tendo em vista que envolve direitos e obrigações dos dois lados da relação “franqueador e franqueado”, porém, nessa pesquisa, nos debruçamos apenas do lado franqueador, o qual consiste como obrigação principal de um ceder “obrigação de dar”, atrelada a transferência de expertise “*know-how*” “obrigação de fazer”, tendo como remuneração “*royalties*” um percentual sobre a vantagem econômica do franqueado.

O *franchising* consta no rol de atividade econômica tributada pelo ISS – Imposto Sobre Serviços de qualquer natureza, no entanto, tal exação tributária não encontra abrigo em nossa Constituição Federal e é rechaçada pela doutrina majoritária, cuja controvérsia tem levado muitos contribuintes aos tribunais para afastar a cobrança do tributo municipal. Sobre o entendimento da doutrina e das controvérsias que transitam em nossos tribunais, principalmente sobre a demanda que aguarda o julgamento no STF – Supremo Tribunal Federal, versando sobre incidência ou a afastabilidade de incidência do ISS sobre os *royalties*, é o tema principal explorado nesse trabalho.

A ATIVIDADE DE *FRANCHISING*

Franchising é uma atividade econômica que compreende a exploração de uma marca associada à transferência da expertise do negócio “*know-how*” vinculado a um sinal devidamente registrado no INPI – Instituto Nacional de Propriedade Industrial, proporcionando para o consumidor identificar como sendo uma coisa boa ou de boa qualidade e integridade, cuja reputação se guarda por meio de mecanismos complexos, que vão desde a fase de seleção de um operador do negócio “franqueado” até a formalização do contrato de franquia.

Franchise, em inglês, provém do verbo francês, *franchir*, que significa libertar ou liberar, dar imunidade a alguém originalmente proibido de praticar certos atos. Daí o termo *franchisage*, correspondente ao privilégio que se concedia na idade Média a cidades e súditos. Tem a compreensão de um privilégio concedido a uma pessoa ou a um grupo. Juridicamente, portanto, significa um direito concedido a alguém³.

O estabelecimento não se organiza facilmente. Aliás, se o mercado valoriza o aviamento, o fundo de empresa, então reconhece a importância e a dificuldade do trabalho organizativo que o empresário despende. As pessoas sem experiência na condução de

3 VENOSA, Silvio de Salvo, Direito Civil: contratos em espécie / Silvio de Salvo Venosa. - 14. ed. - São Paulo: Atlas, 2014. (Coleção direito civil; v. 3), p. 591

atividades econômicas poderão sofrer prejuízos consideráveis, ou até mesmo quebrar, se não possuem aptidão. Nesse contexto, desenvolveram-se serviços organização da empresa, prestados por profissionais, que visam suprimir eventuais deficiências do empresário. O contrato de franquia (*franchising*) corresponde a um dos mecanismos mais aprimorados de prestação de serviços. Ele resulta da conjugação de marca, e, de outro, a prestação de serviços de organização de empresa. Sob o ponto de vista do franqueador, serve o contrato para promover acentuada expansão dos seus negócios, sem os investimentos exigidos na criação de novos estabelecimentos. Sob o ponto de vista do franqueado, o contrato viabiliza o investimento em negócios de marca já consolidada junto aos consumidores, e possibilita o aproveitamento da experiência administrativa e empresarial do franqueador⁴.

FRANQUEADOR, FRANQUEADO E O OBJETO DA RELAÇÃO

As partes da relação de franquia são “franqueador e franqueado”, onde a primeira, é detentora do direito de uma marca, e ainda, dispõe de expertise “*know-how*” que proporciona a viabilidade do negócio e a sua exploração por vários canais de expansão, assim sendo, ao dispor para o mercado a exploração econômica desse direito e expertise pela via da franquia, o detentor desse direito transforma-se em um franqueador, enquanto que a segunda, é aquela pessoa que contrata com a primeira, recebe autorização para uso e exploração da marca juntamente com o treinamento da expertise “*know-how*” do negócio, transformando-se a partir da contratação em um franqueado.

Para Silvio de Salvo Venosa, a definição das partes dessa relação é assim definida: “*Franqueador* é a pessoa jurídica que outorga sua marca, seus produtos e serviços. *Franqueado* é a pessoa física ou jurídica adquirente dessa outorga”⁵

Tendo a sucinta definição das partes na relação de franquia, o que proporciona suficiente compreensão das partes da relação no *franchising*, passamos então para o objeto da relação, o que passa a ser abordado com um pouco mais de detalhamento e aprofundamento.

A lei brasileira sobre franquia não disciplina especificamente os direitos e deveres dos contratantes, durante a execução do contrato. Ela apenas obriga que os empresários,

4 COELHO, Fábio Ulhoa, Curso de direito empresarial, volume 1: direito de empresa / Fábio Ulhoa Coelho. - 19. ed. - São Paulo: Saraiva, 2015, p. 193

5 VENOSA, Silvio de Salvo, Direito Civil: contratos em espécie / Silvio de Salvo Venosa. - 14. ed. - São Paulo: Atlas, 2014. (Coleção direito civil; v. 3), p. 592

ao oferecerem franquia, prestem aos interessados informações indispensáveis à avaliação das reais condições proporcionadas pelo negócio.⁶

Em depoimento do ex-deputado José Roberto Magalhães Teixeira, autor do Projeto de Lei que originou a Lei 8.955 (a Lei de Franchising):

[...] Inteirei-me dos problemas e me convenci de que a ação do Estado na área deveria se restringir ao mínimo indispensável, apenas garantindo às partes um mínimo de disciplina e de transparência, especialmente na fase da “venda” ou concessão da franquia. Contudo, sem implicar em ingerência pública em relações comerciais tipicamente privadas.⁷

Na *business format franchising*, o espectro da concessão é mais amplo, com controle rígido de normas. É concedida ao franqueado toda a competência e estrutura do negócio. O franqueador desenvolve um negócio cujo modelo formatado é transferido aos franqueados, o quais deverão seguir uma série de regras. Concede-se o uso da marca registrada, nome comercial, logotipo, planos de comercialização, assistência técnica etc. O pagamento ao concedente é feito geralmente com uma taxa inicial e pagamento periódico de *royalties*. Nessa modalidade, o controle exercido pelo franqueador é rígido, não permitindo autonomia ao franqueado, que deve submeter-se à estrutura previamente estabelecida. Tal não ocorre na chamada franquia tradicional, somente de marca ou de produto, quando o franqueado tem maior autonomia, inclusive no tocante ao treinamento de seus empregados e aparência do estabelecimento comercial. No *business format*, o franqueador presta assistência total e permanente ao franqueado.⁸

Sidney Amendoeira Junior leciona que o formato “*business format*”, também conhecido como franquia de terceira geração, compreende:

[...] além da cessão da licença de uso de marca e do direito de distribuição de produtos e serviços, a franqueadora cede ao franqueado todo o *know how* necessário para a abertura, implantação e operação do negócio franqueado, permitindo sua operação diária, constante estruturação e supervisão de campo, remota ou local, para análise e fiscalização de todos os aspectos operacionais do negócio, permitindo, inclusive, sua padronização.⁹

6 COELHO, Fábio Ulhoa, Curso de direito empresarial, volume 1: direito de empresa / Fábio Ulhoa Coelho. - 19. ed. - São Paulo: Saraiva, 2015, p. 193

7 CHERTO, Marcelo Raposo, 1954 – O Franchising e a Lei / Marcelo Raposo Cherto. - São Paulo: Instituto Franchising Comércio e Eventos, 1996, p. 97

8 VENOSA, Silvio de Salvo, Direito Civil: contratos em espécie / Silvio de Salvo Venosa. - 14. ed. - São Paulo: Atlas, 2014. (Coleção direito civil; v. 3), p. 592

9 AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei. Principais características dos contratos de franchising. In: Gilberto Gomes Bruschi; Monica Bonetti Couto; Ruth Maria Junqueira de A. Pereira e Silva; Thomaz Henrique Junqueira de A. Pereira. (Org.). Direito

O conteúdo do contrato de franquia consiste na cessão pelo franqueador ao franqueado do direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços. Eventualmente, serve para a cessão de direito de usos de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante o pagamento de uma remuneração, sem que haja entre as partes qualquer vínculo de natureza empregatícia (art. 2º da Lei nº 8.955/94).¹⁰

O artigo 2º da Lei nº 8.955 de 15 de dezembro de 1994 define a relação de franquia:

Art. 2º Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso da marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.

Partindo do princípio que as partes “Franqueador / Franqueado” visam um ao outro, não admitindo que um terceiro ingresse nessa relação, o que torna o contrato personalíssimo “*intuitu personae*”, e ainda, é consensual que as partes pactuam os termos por meio da manifestação de suas vontades, que podem ir além da própria franquia no mesmo instrumento ou em outro apartado. No entanto, primordialmente, o contrato deve conter a outorga do direito de uso da marca e a transferência de expertise “*know-how*” definido como *franchising*, além disso, as partes podem contratar consultorias, treinamentos pontuais ou outros serviços que entenderem adequados ou de interesse.

O objeto da relação de *franchising* entre o franqueador e franqueado se concentra na cessão do direito de uso da marca, associado a transferência da expertise do negócio “*know-how*” o que é feito mediante treinamento do próprio franqueado e de seus funcionários, e ainda, em razão de eventuais padrões exigidos do negócio, o franqueador acompanha o franqueado na montagem do estabelecimento para manutenção do padrão envolvendo a marca, com implantação de sistemas padrão para toda a rede da franquia, proporcionando melhor acompanhamento e consultoria de campo a ser realizada pela franqueadora.

A franquia procura, sem dúvida, forma mais eficiente e prática de distribuição de produtos e serviços. A conjugação de esforços entre as empresas no contrato denota

processual empresarial: estudos em homenagem ao professor Manoel de Queiroz Pereira Calças. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 942

10 PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de direito civil – Vol. III / Atual. Caitlin Mulholland. – 21. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 278

colaboração recíproca. O pagamento compreende geralmente uma taxa inicial e pagamento periódico posterior. Para que o contrato opere, é necessário que o franqueador autorize uso de marcas, patentes, símbolos etc. Ambas as empresas são independentes uma da outra; essa a característica mais proeminente do instituto. O franqueador obriga-se a prestar assistência estrutural a seu franqueado, metodologia, treinamento de pessoal etc. A exclusividade está ligada a território de atuação e comercialização de produtos e serviços. Percebe-se que a natureza da atividade busca sempre o lucro, sendo, portanto, de índole mercantil.¹¹

A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO NO FRANCHISING

Como visto no capítulo anterior, o objeto principal do contrato de franquia, aqui tratado como “*franchising*”, consiste na cessão do direito de uso da marca e a transferência da expertise do negócio “*know-how*”, remunerado pelo franqueado ao franqueador sob a denominação de *royalties*. O objeto principal dessa relação é a cessão do direito de uso da marca e que consiste na obrigação de dar, porém, em razão de sua complexidade, para que o objeto principal se realize, necessita da transferência do know-how, o que se realiza pela prestação de serviço de treinamento e assessoria, os quais consistem numa obrigação de fazer. Por esse motivo, a doutrina majoritária entende a obrigação de fazer como atividade meio para se realizar a atividade fim, em outro dizer, a vantagem econômica advém do ceder o direito de uso da marca e não da prestação de um serviço.

Na busca da desmistificação do objeto da relação de *franchising* e da complexidade do contrato, é necessário separar do objeto a “cessão de direito de uso da marca” da transferência de expertise “*know-how*”. Não raro, as partes por vezes contratam outras obrigações, tais como consultoria e treinamento continuado, assessoramento do negócio, que encontra abrigo na lei de *franchising*, a qual atribui algumas obrigações para o Franqueador, cuja remuneração pode ser simples, mista “híbrida”, como se observa o disposto no art. 3º, inciso VIII, alínea “a”, e no inciso XII, alíneas “b”, “c” e “d” da Lei nº 8.955 de 15 de dezembro de 1994, respectivamente: **a)** remuneração periódica pelo uso do sistema, da marca ou em troca dos serviços efetivamente prestados pelo franqueador ao franqueado (*royalties*); **b)** serviços de orientação e outros prestados ao franqueado; **c)** treinamento do franqueado, especificando duração, conteúdo e custos; **d)** treinamento dos funcionários do franqueado, os quais por força do contrato o franqueado está obrigado a adquirir.

11 VENOSA, Silvio de Salvo, Direito Civil: contratos em espécie / Silvio de Salvo Venosa. - 14. ed. - São Paulo: Atlas, 2014. (Coleção direito civil; v. 3), p. 595 e 596

Fazendo um apontamento do objeto na relação de franchising, separando o que consiste em “*obrigação de dar*” e em “*obrigação de fazer*”:

OBRIGAÇÃO DE DAR
“*atividade fim*”

a) outorga do direito de uso da marca e a transferência do know-how

OBRIGAÇÃO DE FAZER
“*atividade meio*”

b) serviços de consultoria e orientação prestados ao franqueado;

c) treinamento do franqueado, especificando duração, conteúdo e custos;

d) treinamento dos funcionários do franqueado.

Não se trata de mera prestação de serviços (fazer), uma vez que a participação na distribuição de bens (mercadorias e serviços) entre franqueador e franqueado envolve ampla atividade de transferência de tecnologia, imposição de condutas, cessão de direitos, obrigação de aquisição de quantidades mínimas etc., evidenciando objetivo participativo entre as partes.¹²

ORDENAMENTO JURÍDICO SOBRE O OBJETO NO FRANCHISING

As pessoas sem experiência na condução de atividades econômicas poderão sofrer prejuízos consideráveis, ou até mesmo quebrar, se não possuem aptidão. Nesse contexto, desenvolveram-se serviços organização da empresa, prestados por profissionais, que visam suprimir eventuais deficiências do empresário. O contrato de franquia (*franchising*) corresponde a um dos mecanismos mais aprimorados de prestação de serviços. Ele resulta da conjugação de marca, e, de outro, a prestação de serviços de organização de empresa.¹³

O contrato de franquia (item 17.08) encontra-se disciplinado pela Lei federal nº 8.955 de 15/12/1994, em que o franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e

12 PAULSEN, Leandro, Impostos federais, estaduais e municipais / Leandro Paulsen, José Eduardo Soares de Melo. 10. ed. Ref. E atua. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 402

13 COELHO, Fábio Ulhoa, Curso de direito empresarial, volume 1: direito de empresa / Fábio Ulhoa Coelho. - 19. ed. - São Paulo: Saraiva, 2015, p. 193

administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta.¹⁴

Segundo Henrique Napoleão Alves e Eduardo Junqueira Coelho, a definição legal brasileira é sábia. Sendo "locação" ou "cessão" de todo um modelo de negócio, o franchising pode adquirir inúmeras feições, cada qual com um ou mais elementos da definição legal. Independentemente das variações, há algo que os une: os diferentes direitos e atividades envolvidos sempre servem ao fim último de proporcionar ao franqueado a reprodução do negócio concebido pelo franqueador. O contrato de franquia tipicamente abrange, portanto, prestações recíprocas de natureza variada. Ambas as partes assumem obrigações de dar e de fazer, todavia indivisíveis, porquanto partes de um todo (a franquia), de uma locação ou cessão de todo um modelo de negócio.¹⁵

O contrato de franquia é complexo, bilateral e deve ser na forma escrita conforme determina o art. 6º Lei nº 8.955 de 15 de dezembro de 1994, sendo que, antes de assinar o contrato propriamente dito, o processo todo se inicia com a COF – Circular de Oferta de Franquia nos termos do art. 3º do mesmo diploma legal, cujo documento deve ser fornecido ao franqueado pelo franqueador com no mínimo 10 (dez) dias antes de qualquer contratualização, ou seja, é o documento que conta a história da marca, do modelo de negócio “*franchising*”, onde se encontra o detalhamento do objeto da relação, em outros termos, é na COF que se encontra o objeto da relação entre o Franqueador e o Franqueado, o contrato pode no máximo ratificar esse objeto, conforme disposto no art. 3º, incisos VIII e XII da Lei nº 8.955 de 15 de dezembro de 1994, “*in verbis*”:

[...]

VIII - informações claras quanto a taxas periódicas e outros valores a serem pagos pelo franqueado ao franqueador ou a terceiros por este indicados, detalhando as respectivas bases de cálculo e o que as mesmas remuneram ou o fim a que se destinam, indicando, especificamente, o seguinte:

- a) remuneração periódica pelo uso do sistema, da marca ou em troca dos serviços efetivamente prestados pelo franqueador ao franqueado (royalties);
- b) aluguel de equipamentos ou ponto comercial;
- c) taxa de publicidade ou semelhante;
- d) seguro mínimo; e
- e) outros valores devidos ao franqueador ou a terceiros que a ele sejam ligados;

[...]

XII - indicação do que é efetivamente oferecido ao franqueado pelo franqueador, no que se refere a:

14 PAULSEN, Leandro, Impostos federais, estaduais e municipais / Leandro Paulsen, José Eduardo Soares de Melo. 10. ed. Ref. E atua. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 402

15 Henrique Napoleão Alves e Eduardo Junqueira Coelho <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI254768,11049-ISS+nao+incide+em+contratos+de+franquia>

- a) supervisão de rede;
- b) serviços de orientação e outros prestados ao franqueado;
- c) treinamento do franqueado, especificando duração, conteúdo e custos;
- d) treinamento dos funcionários do franqueado;
- e) manuais de franquia;
- f) auxílio na análise e escolha do ponto onde será instalada a franquia; e
- g) layout e padrões arquitetônicos nas instalações do franqueado;

Como se observa pelo dispositivos legais acima, o objeto da relação a ser recebido pelo franqueado e remunerado ao Franqueador é complexo, sendo que essa remuneração se dá o nome de “*royalties*”. Os *royalties* pode compreender apenas a cessão do direito de uso da marca e *know-how* ou, pode compreender além disso, a contra prestação de serviços embutidas na mesma receita, o que se dá por meio de faturamento “emissão de documento fiscal exigidos pelas normas fiscais” em cada período “mês”.

O *franchising* se torna viável na conjugação de esforços entre franqueadora e franqueado, de modo que a cessão do direito de uso da marca por si só não é suficiente para isso, daí a necessidade de um acompanhamento por parte da franqueadora em proporcionar treinamentos e consultoria visando o sucesso da unidade franqueada, ou seja, o *know-how* é uma coisa que está sempre em evolução, o que por vezes necessita de treinamento contínuo, nesses casos, é importante definir o que será remunerado pelos *royalties* conforme as possíveis combinações abaixo:

a) os *royalties* remunera a cessão do direito de uso da marca mensalmente, sendo que os treinamentos e consultorias são remunerados em separado e quando utilizados;

b) os *royalties* remunera a cessão do direito de uso da marca mensalmente e também os treinamentos e consultorias independente de sua utilização.

ROYALTIES

Conforme Sidnei Amendoira Junior, para ingressar no sistema, os franqueados pagam, geralmente, uma taxa inicial de franquia, que varia de acordo com o modelo de unidade franqueada (loja, quiosque etc), seu tamanho e localização. Essa cobrança é cobrada em função dos seguintes aspectos:

- a) licença de uso da marca não exclusiva;
- b) comumente exclusividade territorial definida em contrato, que importa no fato de a franqueadora não explorar diretamente ou mediante terceiros o sistema em sua área delimitada;
- c) transferência de *know how* que podem ser descrito:
 - pela assistência completa prestada na implantação da franquia;
 - pela assistência técnica fornecida no preparo, na divulgação e na abertura do estabelecimento franqueado;

- pelo custo de formatação e treinamento operacional, administrativo e técnico e pelas normas e procedimentos bem-sucedidos descritos nos manuais e instrumentos preliminares de transferência do *know how*; e
- pela assistência técnica fornecida ao franqueado nos momentos que se seguem à inauguração, geralmente o período mais crítico.
- Ademais, mensalmente, cada franqueado paga uma taxa de franquia (royalties) no valor, em reais, equivalente a um percentual sobre o faturamento bruto mensal da sua unidade franqueada ou sobre suas compras perante um dos fornecedores homologados. Os royalties são cobrados pela Franqueadora em função dos seguintes aspectos:
- assistência contínua / supervisão de campo (remota ou in loco) e prestação de informações regulares;
- continuidade de um programa de pesquisa e desenvolvimento de novos produtos ou serviços, equipamentos, técnicas operacionais e gerenciais, visando a manutenção e o desenvolvimento de novos serviços e/ou produtos; e
- usufruto da marca e das inovações desenvolvidas pela rede enquanto perdurar o contrato de franquia.¹⁶

A taxa inicial de franquia tem como princípio, financiar “pagar” todos os préstimos contratualizados para a unidade de franquia poder iniciar suas operações, enquanto o royalty é a remuneração central do objeto do contrato de franchising, cujo valor pode ser um valor fixo ou, um percentual incidente sobre a receita da unidade de franquia “mais comum”, também pode ser um percentual incidente sobre as compras quando a franquia opera com mercadorias adquiridas de fornecedores homologados ou da própria franqueadora, de qualquer forma, para esta pesquisa, o que importa é saber se os *royalties* incorporam alguma contraprestação de serviço ou somente a cessão do direito de uso da marca a partir da fase inicial de implantação da unidade franqueada. A razão dessa importância se deve à legislação de regência do tributo sobre os royalties em estudo, pois é de suma importância verificar se há ou não incidência do ISS sobre os *royalties*.

CONCEITOS SOBRE SERVIÇOS PARA FINS TRIBUTÁRIOS

A Constituição Federal vigente não especifica expressamente o que vem a ser prestação de serviço, fazendo distinção por exceção conforme disposto no art. 156, inciso III, *in verbis*: “serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)”.

16 AMENDEIRA JUNIOR, Sidnei. Principais características dos contratos de franchising. In: Gilberto Gomes Bruschi; Monica Bonetti Couto; Ruth Maria Junqueira de A. Pereira e Silva; Thomaz Henrique Junqueira de A. Pereira. (Org.). Direito processual empresarial: estudos em homenagem ao professor Manoel de Queiroz Pereira Calças. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 944

O cerne da materialidade do ISS não se restringe a “serviços”, mas a uma prestação de serviço, compreendendo um negócio (jurídico) pertinente a uma obrigação de “fazer”, de conformidade com as diretrizes de direito privado.¹⁷ As correntes sobre o conceito de serviços são duas:

- a) econômica, que entende que o conceito de serviços vem da Economia;
- b) jurídica ou civil, em que o conceito é estabelecido pelo Direito, mais especificamente pelo Direito Civil, que trata da prestação de serviços, correspondente a antiga locação de serviços.¹⁸

Se tivermos em mente que a prestação de serviços é caracterizada pelo trabalho do homem, pelo “fazer” que tem por escopo o cumprimento de uma obrigação para com o contratante dos serviços, a distinção entre “obrigações de fazer” em contraposição às “obrigações de dar” se afigura como critério importante e por demais operativo para a identificação dos fatos que hão de sofrer a incidência da norma do ISS.¹⁹

A obrigação de fazer (*obligatio ad faciendum*) pode ser conceituada como uma obrigação positiva cuja prestação consiste no cumprimento de uma tarefa ou atribuição por parte do devedor.²⁰

Em inúmeras situações a obrigação de fazer confunde-se com a obrigação de dar, sendo certo que os seus conteúdos são completamente diferentes. Exemplifica-se com uma obrigação cuja prestação é um quadro (obra de arte). Se o quadro já estiver pronto, haverá obrigação de dar. Caso o quadro seja encomendado, devendo ainda ser pintado pelo devedor, a obrigação é de fazer. Com tom didático, pode-se afirmar: *o dar não é um fazer, pois, caso contrário, não haveria nunca a obrigação de dar.*²¹

Leandro Paulsen leciona:

O conceito de serviços de qualquer natureza é fundamental para delimitações da base econômica dada à tributação, ou seja, para definirmos o que pode ser tributado a título do ISS. *Apud*: Para AIRES F. BARRETO, “serviço é esforço de pessoas desenvolvido em favor de outrem, com conteúdo econômico, sob regime de direito privado, em caráter negocial, tendente a produzir uma utilidade material ou imaterial”. Pode-se dizer que se trata de um fazer em favor de terceiros,

17 PAULSEN, Leandro, Impostos federais, estaduais e municipais / Leandro Paulsen, José Eduardo Soares de Melo. 10. ed. Ref. E atua. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 359

18 MARTINS, Sergio Pinto, Manual do ISS / Sergio Pinto Martins. - 10 ed. - São Paulo: Saraiva, 2017, p. 54

19 Questões controvertidas em matéria tributária: uma homenagem ao Professor Paulo de Barros Carvalho. / Aristóteles Moreira Lima e Marcelo Jatobá Lôbo (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 436

20 TARTUCE, Flávio, Manual de direito civil: volume único / Flávio Tartuce. 4. ed. ref., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 335

21 *Idem* -, Manual de direito civil: volume único / Flávio Tartuce. 4. ed. ref., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 335

específico, como objeto mesmo de um negócio jurídico, ou seja, um fazer como fim colimado, e não como simples meio para outra prestação. Ademais, deve ser prestado a título oneroso, mediante contraprestação.²²

FATO GERADOR DO ISS

O fato gerador do tributo “ISS” é a prestação de serviço por uma pessoa física ou jurídica, de serviços que não sejam de competência da União ou dos Estados. A pesquisa revelou que não o “serviço” mas sim a “prestação de serviço” como resultado de uma obrigação de “fazer” de forma personalizada, constitui o fato gerador do tributo “ISS”, o que não acontece com uma industrialização, pois embora haja a prestação de serviço, ela integra o processo de industrialização e, igualmente, a prestação de serviço prestado por um empregado, a qual se reveste de uma relação de emprego, a qual é regido pelas normas trabalhistas “CLT”.

Fato gerador. A hipótese de incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza é a prestação de serviços constantes da lista de serviços anexa à lei, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.²³

O conceito do que seja *serviço*, estampado numa classificação econômica dos impostos adotada pelo sistema tributário nacional, como objeto do imposto municipal, não pode ser confundido com a simples “locação de serviços” do Direito Civil, nem com a ideia do objeto do “contrato de trabalho” do Direito do Trabalho.²⁴

Nos ensinamentos de José Eduardo Soares de Melo, o ISS não se restringe a “serviço”, mas a uma prestação de serviço, compreendendo um negócio jurídico pertinente a obrigação de “fazer” assim definido: A obrigação de “fazer” concerne à prestação de uma utilidade ou comodidade a terceiro, de modo personalizado e incindível, configurando-se de modo negativo à obrigação “de dar” (entrega de coisas móveis ou imóveis a terceiros).²⁵

22 PAULSEN, Leandro, *Curso de direito tributário completo* / Leandro Paulsen. - 9. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 378

23 *Código Tributário Nacional comentado: doutrina e jurisprudência, artigo por artigo, inclusive ICMS e ISS* / coordenação Vladimir Passos de Freitas. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 402

24 MARTINS, Sergio Pinto, *Manual do ISS* / Sergio Pinto Martins. - 10 ed. - São Paulo: Saraiva, 2017, p. 61

25 PAULSEN, Leandro, *Impostos federais, estaduais e municipais* / Leandro Paulsen, José Eduardo Soares de Melo. 10. ed. Ref. E atua. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 387

Prestação de serviços. Prestação de serviços é o aspecto nuclear da materialidade da incidência do ISS e consiste no negócio jurídico da obrigação de fazer, no ato positivo de o prestador contratado prestar serviços ao contratante.²⁶

A Constituição Federal em seu art. 156, inciso III, dispõe que compete aos Municípios instituir impostos sobre serviços “ISS”, não compreendidos no art. 155, inciso II, definidos em lei complementar (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993). No CTN – Código Tributário Nacional “Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966” em seu art. 114 que o fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência. Nesse diapasão, tanto no que diz respeito ao comando constitucional quanto CTN, o art. 1º da Lei Complementar nº 116 de 31 de julho de 2003 define o ISS como imposto residual, tendo como fato gerador do tributo “ISS” a prestação de serviços constantes da lista anexa ao referido diploma legal, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.

Com relação a conceituação de “serviço” para fins tributários, Leandro Paulsen e José Eduardo Soares de Melo²⁷ lecionam:

Embora o IPI e o ISS impliquem um “fazer”, a atividade de industrialização compreende a produção ou beneficiamento de bens em massa, repetidos, sendo distinta de serviço, por possuir individualidade. Embora os impostos apresentem um natural substrato econômico (inerente à própria capacidade contributiva), há que se considerar as distintas categorias jurídicas tributárias, inexistindo sentido em conferir-se preeminência a etapas econômicas (produção, circulação, consumo), para a conceituação do serviço.

Os tributos distinguem -se pela circunstância de que o IPI não consiste unicamente num “fazer”, mas também num “dar” (produto industrializado), decorrente de operações de transformação, beneficiamento, montagem, acondicionamento ou recondicionamento, e renovação ou recondicionamento. O ISS implica apenas um “fazer”, mediante esforço pessoal, que pode (ou não) traduzir -se num bem corpóreo, ou na utilização de materiais.

Como já demonstrado no objeto da relação e quanto a prestação de serviço no *franchising*, verificou-se a existência de dualidades de “dar e fazer” por força do contrato entre as partes “franqueador e franqueado”.

Sidnei Amendoira Junior, leciona que:

[...] mensalmente, cada franqueado paga uma taxa de franquia (royalties) no valor, em reais, equivalente a um percentual sobre o faturamento bruto mensal da sua

26 Código Tributário Nacional comentado: doutrina e jurisprudência, artigo por artigo, inclusive ICMS e ISS / coordenação Vladimir Passos de Freitas. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 402

27 PAULSEN, Leandro, Impostos federais, estaduais e municipais / Leandro Paulsen, José Eduardo Soares de Melo. 10. ed. Ref. E atua. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 388

unidade franqueada ou sobre suas compras perante um dos fornecedores homologados. Os royalties são cobrados pela Franqueadora em função dos seguintes aspectos:

- assistência contínua / supervisão de campo (remota ou *in loco*) e prestação de informações regulares;
- continuidade de um programa de pesquisa e desenvolvimento de novos produtos ou serviços, equipamentos, técnicas operacionais e gerenciais, visando a manutenção e o desenvolvimento de novos serviços e/ou produtos; e
- usufruto da marca e das inovações desenvolvidas pela rede enquanto perdurar o contrato de franquia.”²⁸

A doutrina majoritária considera que, mesmo os serviços prestados na relação do *franchising* “transferência do *know-how*”, são meras atividades meio, as quais viabilizam a atividade fim “cessão do direito de uso da marca, sendo que esses serviços prestados não se configuram ou se realizam com finalidade específica de lucro.

Considerando-se que a cessão de direitos, conforme demonstrado, não se afigura como prestação de serviços, e que a eventual assistência ou mesmo prestação de serviços envolvidos no negócio são meras atividades-meio, somente sendo admissível a incidência do tributo sobre atividades-fim, forçosa a conclusão quanto a inconstitucionalidade da cobrança do imposto sobre serviços quando da ocorrência das operações de *franchising*.²⁹

De maneira mais simples, os contratos de franquias não determinam a “obrigação de fazer”, mas a “obrigação de ceder”, ou seja, a franquia não tem como principal instrumento contratual os serviços que o franqueador deve prestar ao franqueado, mas a cessão do uso da marca.³⁰

O contrato de franquia (item 17.08) encontra-se disciplinado pela Lei federal nº 8.955, de 15.12.94, em que o franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e

28 AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei. Principais características dos contratos de franchising. In: Gilberto Gomes Bruschi; Monica Bonetti Couto; Ruth Maria Junqueira de A. Pereira e Silva; Thomaz Henrique Junqueira de A. Pereira. (Org.). Direito processual empresarial: estudos em homenagem ao professor Manoel de Queiroz Pereira Calças. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 944

29 Questões controvertidas em matéria tributária: uma homenagem ao Professor Paulo de Barros Carvalho. / Aristóteles Moreira Lima e Marcelo Jatobá Lôbo (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 445

30 AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei. Principais características dos contratos de franchising. In: Gilberto Gomes Bruschi; Monica Bonetti Couto; Ruth Maria Junqueira de A. Pereira e Silva; Thomaz Henrique Junqueira de A. Pereira. (Org.). Direito processual empresarial: estudos em homenagem ao professor Manoel de Queiroz, p. 953

administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta.³¹

O Professor Eduardo Sabbag cita Leandro Paulsen e José Eduardo Soares de Melo com relação ao objeto do contrato de franquia (lei n. 8.955/94):

que se estabelece entre o franqueador e o franqueado, há uma cessão de direito de uso de marca (ou patente), acompanhado do direito de distribuição exclusiva de produtos ou serviços e do direito de uso de tecnologia de implantação e administração do negócio. Vale dizer que o franqueador deverá ofertar ao franqueado a licença para uso da marca, a assistência técnica adequada e, finalmente, a garantia do fornecimento dos bens comercializáveis. Assim, o contrato de franquia possui natureza complexa ou híbrida, mas, ao mesmo tempo, por ser autônomo – e não se confundir com nenhuma outra categoria –, não pode ser associado a um contrato de locação de bens móveis.³²

É fácil perceber, neste tipo de ajuste, o forte objetivo participativo entre as partes. Daí se falar que não há, em princípio, prestação de serviço entre franqueado e franqueador, mas um envolvimento mútuo e bilateral, de colaboração recíproca, marcado pela existência de direitos e deveres para ambas as partes.³³

A lei complementar que dispõe sobre o ISS é a Lei Complementar nº 116 de 31 de julho de 2003 e, em seu art. 1º estabelece que o ISS tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador. Na referida lista “*grifos meus*”, a atividade do *franchising* se encontra listado como sendo o item 17.08 “ – Franquia (*franchising*)”, o qual pertence ao grupo 17 que tem como redação “ – Serviços de apoio técnico, administrativo, jurídico, contábil, comercial e **congêneres.**”

Até 2003, a legislação que tratava do assunto, Decreto-lei nº 406/1968, não previa a franquia ou a licença de marca no rol das atividades tributáveis pelo ISS. Em função disso, até aquele momento, nossos Tribunais entendiam que não incidiria o tributo por não haver previsão legal específica e por não se poder equiparar o *franchising* a outras formas contratuais como, por exemplo, a locação de bens móveis, como tentavam fazer crer os fiscos municipais.³⁴

31 PAULSEN, Leandro, Impostos federais, estaduais e municipais / Leandro Paulsen, José Eduardo Soares de Melo. 10. ed. Ref. E atua. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 402

32 SABBAG, Eduardo, Manual de direito tributário / Eduardo Sabbag. - 10. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 1232 - 1233

33 *Idem* – Manual de direito tributário / Eduardo Sabbag. - 10. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 1233

34 AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei. Principais características dos contratos de *franchising*. In: Gilberto Gomes Bruschi; Monica Bonetti Couto; Ruth Maria Junqueira de A. Pereira e Silva; Thomaz Henrique Junqueira de A. Pereira. (Org.). Direito processual empresarial: estudos em homenagem ao professor Manoel de Queiroz, p. 953

A partir de julho de 2003, porém, foi publicada a Lei Complementar, de número 116, que alterou a legislação do ISS e incluiu as franquias no rol dos serviços tributáveis, classificando os *royalties* como “prestação de serviços de franquia”.³⁵

O art. 110 do CTN guarda os princípios constitucionais tutelados em nossa Magna Carta, o que não ocorre com a dilação trazida pela Lei Complementar nº 116/2003 ao inserir o *franchising* como serviço para fins tributários “*grifos meus*”:

“Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.”

Maria Helena Rau de Souza cita os ensinamentos de Regina Helena Costa:

Apud: “a Lei Maior, que emprega com frequência conceitos de direito privado na previsão das regras-matrizes de incidência – bens móveis, imóveis, mercadoria, propriedade, patrimônio, renda, serviço, empresas etc., ao fazê-lo, já define – e, portanto, limita – o campo de atuação da lei tributária. Tais conceitos, conseqüentemente, são utilizados com a significação que lhes é própria no direito privado.

E, mais adiante acrescenta: “efetivamente, é vedado à lei modificar não somente os conceitos de direito privado, mas quaisquer conceitos que tenham sido empregados na definição da competência tributária, efetuada no plano constitucional. Nenhum conceito, que de direito privado, quer de direito público, conceito jurídico ou conceito extraído do léxico, desde que utilizado na definição da competência tributária, pode ser modificada pela lei, sob pena de se ampliar o âmbito eficaz desta” (*ob. cit. Infra, p. 191*)³⁶

DIREITO COMPARADO SOBRE O ISS

Sergio Pinto Martins³⁷, leciona que a França, em 1954, inaugurou o imposto sobre valor agregado, passou a cobrar dois impostos, a “*TVA taxe sur la valeur ajoutée*” que em tradução livre significa “imposto sobre valor agregado” e a “*TPS taxe sur les prestations de services*” que em tradução livre significa “imposto sobre serviços prestados” que incidia sobre outras operações, como o comércio a varejo, a locação de serviços e todas as demais prestações de serviços, tendo como base de cálculo o valor da receita auferida.

35 *Idem* – Principais características dos contratos de franchising. In: Gilberto Gomes Bruschi; Monica Bonetti Couto; Ruth Maria Junqueira de A. Pereira e Silva; Thomaz Henrique Junqueira de A. Pereira. (Org.). Direito processual empresarial: estudos em homenagem ao professor Manoel de Queiroz, p. 953

36 Código Tributário Nacional comentado: doutrina e jurisprudência, artigo por artigo, inclusive ICMS e ISS / coordenação Vladimir Passos de Freitas. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 605

37 MARTINS, Sergio Pinto, Manual do ISS / Sergio Pinto Martins. - 10 ed. - São Paulo: Saraiva, 2017, p. 39

Com a Resolução do Conselho de Ministros n.º 119/97, de 14 de Julho, onde, no ponto 8.º, n.º 3, alínea b), assinala o papel determinante da referida lei na reforma fiscal que o Governo vem empreendendo, dentre os pontos relevantes, destaca-se a redução das desigualdades na sociedade portuguesa através da redistribuição da carga fiscal.

A Lei Geral Tributária de Portugal “Livro LGT – Lei Geral Tributária, última atualização: Lei nº 39/2018, de 08 de agosto de 2018”, equivalente ao nosso CTN, em seu artigo 7.º trata dos objetivos e limites da tributação, no item 3, dispõe que a tributação não discrimina qualquer profissão ou atividade nem prejudica a prática de atos legítimos de carácter pessoal, sem prejuízo dos agravamentos ou benefícios excepcionais determinados por finalidades econômicas, sociais, ambientais ou outras.

O Decreto-Lei 394-B/84 aprova o Código do Imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA), assim disposto em seu artigo 1.º “É aprovado o Código do Imposto sobre o Valor Acrescentado, que faz parte do presente Decreto-Lei.”. Com o presente diploma procede-se a uma importante reforma do sistema da tributação indireta. O imposto sobre o valor acrescentado (IVA) passará a vigorar em substituição do imposto de transações (IT), criado em 1966, o que significa uma substancial alteração do modelo da tributação geral do consumo. O Código do Imposto de Valor Acrescentado, aqui tratado como “CIVA”, o diploma legal vigente é o Decreto-Lei nº 102 de 20 de junho de 2008, alterado pelo Decreto-Lei nº 186 de 12 de agosto de 2009, com vigência a partir de 01 de janeiro de 2010”, tendo como última atualização promovida pela Lei nº 8 de 02 de março de 2018.

A tributação sobre a atividade do *franchising*, em Portugal, tem que, a cessão de direito de uso da marca se define como “Cessão ou concessão de direitos de marcas de fabrico, e de comércio e outros direitos análogos”, cujo requisito de exceção está em um dos requisitos para sua tributação, qual seja, é o carácter espacial da operação, em outros termos, do lugar onde se conclui ou se verifica o resultado da transação.

O art. 1º do CIVA trata da incidência objetiva, na qual, estão sujeitas ao imposto sobre o valor acrescentado “*grifos meus*”: **a)** as transmissões de bens e as prestações de serviços efetuadas no território nacional, a título oneroso, por um sujeito passivo agindo como tal; **b)** As importações de bens; **c)** As operações intracomunitárias efetuadas no território nacional, tal como são definidas e reguladas no Regime do IVA nas Transações Intracomunitárias.

O art. 2º do CIVA trata da incidência subjetiva, a qual se reporta ao sujeito passivo como contribuinte do tributo de acordo com sua classificação e rendimento “*grifos meus*”: **a)** o exercício de atividade econômica, ainda que em única operação tributável, desde que preencha os pressupostos de incidência real do imposto; [...] **e)** os adquirentes de serviços sujeitos a tributação, desde que o prestador do serviço não tenham, no território nacional, sede ou estabelecimento.

No caso da prestação destes mesmos serviços a pessoas (não sujeitos passivos) estabelecidas ou domiciliadas na Comunidade, são tributáveis no Estado-Membro onde o prestador tiver a sede da sua atividade, um estabelecimento estável ou, na sua falta, o domicílio. Por outro lado, a prestação dos serviços indicados a sujeitos passivos com sede, ou estabelecimento estável, noutro Estado Membro, não são tributáveis no território nacional, mas sim no Estado-Membro do destinatário/adquirente dos serviços. Contudo, em jeito de conclusão, e de acordo com o n.º 11 do artigo 6.º do CIVA, não serão tributáveis no território nacional, quando o adquirente dos serviços for uma pessoa estabelecida ou domiciliada fora da Comunidade.³⁸

CONCLUSÃO

No começo da pesquisa, havia expectativa de que a doutrina enveredasse pela incidência do ISS sobre a atividade de franchising, privilegiando o princípio da legalidade “item 17.08 da Lei Complementar nº 116 de 31 de julho de 2003”. No entanto, verificou-se na doutrina majoritária que o ISS tem como fato gerador a prestação de serviço, ainda que não se constitua como atividade preponderante, assim definido no art. 1º do mesmo diploma legal, em outros termos, o ISS não incide sobre o “ceder” ou sobre a “obrigação de dar”.

Observa-se nas normas infraconstitucionais a falta de consonância com a Constituição Federal, a qual define o imposto municipal como sendo residual, talvez, por falta de melhor esforço do legislador constituinte, em produzir uma redação com melhores definição de quais serviços seriam tributados pelo ISS, seu comando normativo se restringiu com a definição de imposto residual, assim definido “compreendendo os serviços não abrangidos pelo ICMS - Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação”, o que pode ser observado no art. 156, Inciso III da CF.

Em razão desses dilemas normativos, os nossos Tribunais Superiores tem se debruçado sobre o tema “ISS SOBRE ROYALTIES COBRADOS NO CONTRATO DE FRANCHISING”, sobre o qual ainda não se chegou a uma decisão definitiva, visto que os Tribunais tem decidido ora pela incidência e outras pela não incidência. Nesse diapasão, no STJ tem predominado o entendimento pela incidência do tributo em razão ao princípio da legalidade, enquanto que o STF observa que há uma controvérsia quanto ao princípio constitucional.

38 <http://www.oroc.pt/fotos/editor2/Revista/54/Fiscalidade.pdf>, por Rui Lares

O IVA – Imposto sobre Valor Acrescentado adotado na União Europeia, conforme se verifica pelas normas de Portugal, mostra-se mais eficiente quanto ao entendimento e aplicabilidade, o que também se observa pela evolução história do ISS e do IVA, cujo modelo tributário pode virar uma tendência global para os países capitalistas.

O princípio do fato gerador do ISS é o serviço “um fazer”, assim disposto nas normas vigentes que regem o tributo, enquanto que o *franchising* advém da obrigação de da “ceder”, cobrado sob o título de *royalties*, não há que se falar da incidência do ISS, pois tal exação tributária não incide sobre “o dar” que é caso do *franchising*. Em que pese o princípio da legalidade previsto na Lei Complementar nº 116/2003, o *franchising* não é resultado de uma prestação de serviço, mas sim a cessão de direito de uso da marca “um dar” auxiliado pelos serviços pactuados “um fazer”, o que afasta a exação tributária em estudo “ISS sobre *Royalties*”.

Por fim, tramitam no Congresso Nacional diversas propostas de reforma tributária, dentre elas, a que se encontra mais madura é a PEC “Proposta de Emenda Constitucional” nº 0045/2019 de autoria do Deputado Baleia Rossi, o qual propõe a criação do IBS – Imposto sobre Bens e Serviços nos mesmos moldes do IVA – Imposto sobre Valor Agregado. A criação do IBS não inova a tributação vigente, apenas agrupa diversos tributos sob uma única rubrica “IBS”, tributando-se a receita independente da atividade desenvolvida pelo contribuinte, e, uma vez que agrupa o ISS “tributo municipal”, o ICMS “tributo estadual” além de outros tributos federais, sua arrecadação independe das competências dos entes tributantes “União, Estados, Distrito Federal e os Municípios”.

REFERÊNCIAS

AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei. Principais características dos contratos de franchising. In: Gilberto Gomes Bruschi; Monica Bonetti Couto; Ruth Maria Junqueira de A. Pereira e Silva; Thomaz Henrique Junqueira de A. Pereira. (Org.). Direito processual empresarial: estudos em homenagem ao professor Manoel de Queiroz Pereira Calças. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012

CHERTO, Marcelo Raposo, 1954 – O Franchising e a Lei / Marcelo Raposo Cherto. - São Paulo: Instituto Franchising Comércio e Eventos, 1996

COELHO, Fábio Ulhoa, Curso de direito empresarial, volume 1: direito de empresa / Fábio Ulhoa Coelho. - 19. ed. - São Paulo: Saraiva, 2015

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 2 : teoria geral das obrigações / Carlos Roberto Gonçalves. — 11. ed. — São Paulo : Saraiva, 2014

MARTINS, Ives Grandra da Silva. A inconstitucionalidade da nova lista de serviços do ISS. Repertório IOB de Jurisprudência 10/147, maio 1988

MARTINS, Sergio Pinto, Manual do ISS. - 10 ed. - São Paulo: Saraiva, 2017

PAULSEN, Leandro, Impostos federais, estaduais e municipais / Leandro Paulsen, José Eduardo Soares de Melo. 10. ed. Ref. E atua. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016

PAULSEN, Leandro, Curso de direito tributário completo / Leandro Paulsen. - 9. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018

PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de direito civil – Vol. III / Atual. Caitlin Mulholland. – 21. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2017

Questões controvertidas em matéria tributária: uma homenagem ao Professor Paulo de Barros Carvalho. / Aristóteles Moreira Lima e Marcelo Jatobá Lôbo (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SABBAG, Eduardo, Manual de direito tributário. - 10. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018

TARTUCE, Flávio, Manual de direito civil: volume único. 4. ed. ref., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

VENOSA, Silvio de Salvo, Direito Civil: contratos em espécie. - 14. ed. - São Paulo: Atlas, 2014. (Coleção direito civil; v. 3).

<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI254768,11049-ISS+nao+incide+em+contratos+de+franquia>

<https://www.conjur.com.br/2017-mar-18/paralelo-entre-impostos-servicos-brasil-portugal>

<http://www.oroc.pt/fotos/editor2/Revista/54/Fiscalidade.pdf>

2^o INFORMATION SOCIETY AND LAW

FMU
CENTRO UNIVERSITÁRIO

GT - GOVERNANÇA AMBIENTAL E URBANÍSTICA

AS SMARTS CITIES SOB A ÓTICA DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD)

Bárbara Ferreira De Bonis¹

RESUMO: O presente artigo visa conceituar o que atualmente se denomina de Smarts Cities sob a ótica da relação da Lei Geral de Proteção de Dados. Isto porque a tecnologia promovida por tais cidades pode expor os dados de seus moradores/habitantes. Com efeito, se analisará de forma sucinta a origem das cidades e suas transformações até a atualidade, principalmente, em razão do âmbito digital e pelo desenvolvimento tecnológico. Como é cediço diante da integração entre máquinas robotizadas por comandos automáticos pelo uso da tecnologia é possível alcançar patamares inimagináveis. Diante do impacto das novas tecnologias é importante mencionar os efeitos positivos e negativos que tais novidades tecnológicas podem trazer a sociedade, bem como as cautelas necessárias que poderiam ser tomadas para eventual proteção de dados daquele residente da *smart city* sob a ótica da Lei Geral de Proteção de Dados legislação do ordenamento jurídico pátrio. Por fim, relevante analisar o efeito da legislação perante as respectivas tecnologias inerentes as *smarts cities* que fazem parte da sociedade da informação.

Palavras-chave: Smarts Cities, Society 5.0., Tecnologia, Proteção de Dados, Lei Geral de Proteção de Dados, Sociedade da Informação.

SMARTS CITIES UNDER THE VIEW OF THE GENERAL DATA PROTECTION LAW (LGPD)

ABSTRACT: This article aims to conceptualize what is currently called Smarts Cities from the perspective of the relation to the General Data Protection Law. This is because the technology promoted by such cities can expose residents data. In fact, we will briefly analyze the origin of cities and their transformations to date, mainly due to the advent of the digital realm and technological development. Since it is easy to deal with the integration between robotic machines by automatic commands through the use of technology, unimaginable levels can be reached. It is important to mention the positive and negative effects that such new technologies can bring to society, as well as the necessary precautions that could be taken to protect the smart city resident's data from the perspective of the General Data Protection Law. Finally, it is important to analyze the

¹ Mestranda em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU-SP). Especialista em Direito Civil Lato Sensu pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada atuante. São Paulo, SP, Brasil. E-mail: barbarabonis@gmail.com

impact of legislation on the respective technologies inherent in smart cities that are part of the information society.

Keywords: Smarts Cities, Technology, Data Protection, General Data Protection Law, Information Society.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar por meio de um breve histórico o desenvolvimento das cidades até a atualidade, enfatizando a evolução tecnológica obtida até o presente momento.

Importante frisar a relevância das máquinas automatizadas que serão sem sombra de dúvidas os principais personagens do novo modelo de cidades com a finalidade de facilitar a vida dos indivíduos pertencentes no local.

Com efeito, vale ressaltar quais os possíveis impactos positivos e negativos perante a sociedade diante de tal evolução que promoverá a alteração na convivência pessoal entre os indivíduos em sociedade, tendo em vista que a tecnologia apesar de facilitar o dia a dia das pessoas, afasta de certa forma a convivência com proximidade cada vez mais.

Nessa linha de raciocínio se refletirá sobre a perspectiva de aplicação da legislação pátria relativa à Lei Geral de Proteção de Dados perante alguns pontos específicos relacionados as *Smarts Cities*, isto porque apesar da vasta evolução tecnológica há possibilidade dos usuários ou residentes de eventuais cidades inteligentes serem expostos a possíveis vazamentos de dados.

Nota-se que a existência de uma *Smart City* (cidade inteligente) não se trata mais de realidade hipotética, mas de um fenômeno que em breve e com o desenvolvimento tecnológico contínuo alcançará a realidade do nosso país. Desta feita, é relevante analisar a perspectiva legislativa que possuímos quanto a Lei Geral de Proteção de Dados e aplica-la em panorama hipotético de uma cidade inteligente.

Por fim, a metodologia de pesquisa aplicada se baseia na interpretação e aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados em detrimento e proteção dos dados dos usuários de uma *Smart City* pela perspectiva da legislação vigente no ordenamento jurídico pátrio, ou seja, perante a realidade que possuímos na atualidade e para aprofundar o processo dialético da análise e o emprego da norma em determinadas situações do cotidiano.

1. BREVE RELATO SOBRE A ORIGEM DAS CIDADES

Antes de se adentrar ao conceito das *Smarts Cities* importante realizar um breve relato sobre a origem das cidades em seu contexto histórico. Isto porque o desenvolvimento das cidades desde seus primórdios originou o que hoje pode se tornar

uma realidade muito próxima ao convívio dos indivíduos em sociedade, assim como possibilita a vivência em uma *Smart City*.

Anteriormente as *Smarts Cities* eram apenas ideias hipotéticas de possível existência, todavia, na atualidade com o desenvolvimento voraz do que se denomina de Sociedade 5.0. (*Society 5.0*), ou seja, uma nova fase evolutiva, claramente, há futuro para as cidades inteligentes por meio da alta tecnologia utilizada, o que significa dizer que, o maquinário robotizado com funções autônomas se torna mais próximo de nossa realidade.

Inicialmente, pode-se afirmar que a existência originária das cidades ocorreu pelas transformações do ambiente externo e das alterações do comportamento dos indivíduos pertencentes à sociedade, acarretando, assim, o desenvolvimento dos locais com a finalidade de deixá-los o mais completo e integrado possível em prol daqueles que habitavam o local.

Nesse sentido aduz Celso Pacheco Fiorillo:

“A origem das cidades, como ensina [...] Benevolo, está fundida com o nascimento bem como as transformações do ambiente urbano [...] na área euroasiática que teria ocorrido a ideia de cidade como estabelecimento mais completo e integrado, que contém e justifica todos os estabelecimentos menores – bairros, edifícios etc. –, a cidade permanece, na visão do autor, ‘uma criação histórica particular: ela não existiu sempre [...] e pode acabar, ou ser radicalmente transformada, num outro momento.’”²

Importante enfatizar que em cada época as estruturas foram se aprimorando, bem como os fatos históricos foram impactando a forma de vivência da sociedade, como observa Celso Pacheco Fiorillo:

“[...] A Idade do Bronze [...], época ‘na qual os metais usados para os instrumentos e armas são raros [...], reservados’, como reitera Benevolo, ‘a uma classe dirigente restrita que absorve todo o excedente disponível, mas que, com seu consumo limitado, também limita o crescimento dos habitantes e da produção’.
[...] A civilização feudal e a civilização burguesa cuidam da transição histórica seguinte, ou seja, aquilo que Benevolo chama de ‘desenvolvimento da produção com métodos científicos’. [...]”³

Isto posto, após anos de desenvolvimento alcançou-se o patamar da revolução agrícola com o fenômeno da mecanização no setor de produção agrícola em larga escala, o que claramente gerou impacto nas cidades mais próximas ao campo.

² FIORILLO, Celso A. Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. **Estatuto da cidade comentado**: Lei 10.257/2001: Lei do meio ambiente digital. 4. ed., São Paulo: RT, 2010, p. 15-19.

³ FIORILLO, Celso A. Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. **Estatuto da cidade comentado**: Lei 10.257/2001: Lei do meio ambiente digital. 4. ed., São Paulo: RT, 2010, p. 23-24.

Após tal fenômeno com o passar dos anos ocorreu o desenvolvimento dos meios de produção de bens, promovendo, assim, a produção em larga escala originando as indústrias.

Nessa linha ressalta Celso Pacheco Fiorillo:

“Nesta situação nova, [...] a cidade (sede das classes dominantes) ainda se contrapõem ao campo (sede das classes subalternas), mas esse dualismo não é mais inevitável e pode ser superado. Desta possibilidade nasce a ideia de um novo estabelecimento, completo em si mesmo, como a sociedade antiga (chamado, portanto, com o mesmo nome), mas estendido a todo o território habitado: a cidade moderna.⁴

Com efeito, a revolução industrial foi um marco para o desenvolvimento global da humanidade refletindo claramente no desenvolvimento e estruturação das cidades que se aprimoravam para obter mais infraestrutura para em prol dos indivíduos que ali habitavam.

Nessa linha, o marco da evolução tecnológica ocorreu com as transformações no contexto social, econômico e político, por meio da qual a sociedade passou no último quartil do século XX, em virtude da denominada revolução tecnológica que criou uma nova estrutura social de uma sociedade baseada na informação, ou seja, houve a penetração da tecnologia da informação na sociedade, que ganhou o adjetivo de “sociedade da informação”.

Segundo Manuel Castells:

No fim do segundo milênio da Era Cristã, vários acontecimentos de importância histórica transformaram o cenário social da vida humana. Uma revolução tecnológica concentrada nas tecnologias da informação começou a remodelar a base material da sociedade em ritmo acelerado.⁵

Em razão do dinamismo e contínuo desenvolvimento das tecnologias alcançou-se um patamar em que as cidades estão se robotizando, bem como os utensílios de uso diário já possuem programação instalada para facilitar a vida daquele que o utiliza.

Ressalta-se que o fenômeno pode ser analisado como uma segunda fase dentro da revolução tecnológica existente há tempos atrás, tendo em vista que a robotização com função autônoma e os utensílios digitais inovam novamente a estrutura da sociedade como um todo.

⁴ FIORILLO, Celso A. Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. **Estatuto da cidade comentado**: Lei 10.257/2001: Lei do meio ambiente digital. 4. ed., São Paulo: RT, 2010, p. 25.

⁵ CASTELLS, Manuel. **A era da informação: a sociedade em rede**. vol.1. 6ª Ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p.39.

Observa-se também que a maioria dos serviços prestados na atualidade já são realizados via internet, o que claramente demonstra o uso cada vez maior da rede para a realização de tarefas que anteriormente eram realizadas de forma pessoal ou por telefone.

Consubstanciado a tais fatos na atualidade se tem para venda aparelhos eletroeletrônicos que possuem a capacidade de programar suas próprias funções (ex. máquinas de lavar roupas ou ferro que reconhece o tecido), detectar em sua estrutura os itens faltantes (ex. geladeira), aparelhos que já possuem inteligência artificial (ex. televisores), *wearables* (tecnologias com dispositivos vestíveis), transporte público controlado por programação autônoma (ex. linha amarela do metrô), uso de *blockchain* (tecnologia de registros e dados distribuídos com a função realizar transações no mercado) em cartórios e bancos, uso de *criptomoedas* (moedas eletrônicas), uso de assinatura por certificação digital em contratos, entre outras formas e modalidades que estão sendo aperfeiçoadas.

Nestes termos o aperfeiçoamento do uso das novas tecnologias encaminha a sociedade para o que se denomina de Sociedade 5.0 (*Society 5.0*)⁶ que basicamente trará a sociedade a gestão pessoal (informações pessoais) armazenadas em enormes nuvens, também denominada de computação/estrutura na *Cloud*⁷, veículos automatizados sem necessidade de condutor, uso de Inteligência Artificial para recepção de dados pessoais do usuário estabelecendo um diálogo entre máquina e ser humano, telemedicina com uso eventual de robôs (enfermeiros e cuidadores), mecanização sofisticada de indústrias e máquinas rurais completamente autônomas e robotizadas guiadas por GPS, e por fim, utilização de *drones* (veículo aéreo não tripulado) para entrega de *delivery* e acompanhamento de grandes obras e empreendimentos.

Tais alterações impactarão frontalmente o contexto social, bem como a estrutura social atual diante do vasto aprimoramento e proximidade com o meio digital para realização de tarefas do dia a dia.

Desta feita se originarão do respectivo desenvolvimento tecnológico as denominadas *Smarts Cities* que, sem dúvida, revolucionarão a vivência dos indivíduos em sociedade, posto que promover-se-á uma nova estrutura e uma nova forma de comportamento dos indivíduos.

⁶ Society 5.0. – Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=MA-9ZYDnGKM>. Acesso em 14.set.2019

⁷ Serviço de Cloud caracteriza-se por permitir ao utilizador a parametrização da capacidade de processamento e armazenamento, de acordo com as suas necessidades. Exemplos Servidores, Icloud, Dropbox. In: RODRIGUES, Mário Antunes Baltazar. Introdução à Cibersegurança. FCA – Editora de Informática. Lisboa, 2018, p. 26.

2. A INOVAÇÃO DAS MÁQUINAS ROBOTIZADAS E A CIBERCULTURA

Como é cediço as inovações tecnológicas que permeiam as cidades já não são mais ideais hipotéticos, pelo contrário, a cada dia se tornam uma realidade mais próximas dos indivíduos da sociedade.

Importante ressaltar que os países desenvolvidos como China e Japão já possuem realidades robotizadas e automatizadas se comparado ao Brasil, em razão de seu primor e investimento maciço nas áreas de desenvolvimento e expansão tecnológica.

Para tanto, o ideal que se preza para essa nova sociedade denominada de *Society 5.0*. não estaria limitada apenas a robotização e utilização de meios tecnológicos, mas também se centraria para o ser humano.

Isto porque, a ideia central seria integrar o ser humano e a máquina com a finalidade de facilitar e otimizar seu cotidiano, possibilitando novas experiências em avanços e meios para promover uma melhora nos afazeres de suas tarefas em sociedade.

Atrelado a tais fatos, a Sociedade 5.0. não se limitaria aos países desenvolvidos como China e Japão, dessa forma, o objetivo seria ampliar e implementar tal conceito ao redor mundo, obtendo-se, assim, parcerias entre os países.

Desta feita, em virtude do compartilhamento de dados entre os países o ganho de conhecimento e a redução de problemas seriam panoramas possíveis, sendo assim, pode-se denominar tal fenômeno como um solidarismo digital a nível mundial estabelecido pela *Society 5.0*.

As inovações poderão trazer novas estratégias nacionais e internacionais entre os povos, bem como trazer uma integração dos sistemas governamentais o que promoveria um avanço para todos em sociedade em escala mundial.

Vale frisar que a integração poderá trazer uma adoção coletiva de cidades inteligentes com leis otimizadas para implantação de tecnologias avançadas, impulsionando ainda mais as pesquisas para novos avanços.

É evidente que o discurso acima pode gerar um cenário utópico que nunca se alcançará, todavia, a tentativa em estabelecê-lo é válida e sem sombra dúvida necessária, tendo em vista que o avanço tecnológico desenfreado e sem limites podem ocasionar consequências catastróficas.

A inovação tecnológica trará ao indivíduo pertencente à sociedade um novo comportamento e conduta em um panorama a nível mundial, em razão das alterações e impactos do uso massivo dos meios tecnológico, inclusive, nas cidades inteligentes (*Smarts Cities*), o que conseqüentemente, acarretará um novo modelo de *Cibercultura*.

Importante realizar uma distinção sucinta entre *Ciberespaço* e *Cibercultura*, posto que o *Ciberespaço* se trata da interação e comunicação entre indivíduos por meio da interconexão de computadores e meios eletrônicos variados, como por exemplo, celulares, *ipads* e *notebooks*, conectados pela internet, propiciando a interação na esfera informacional.

No entanto a *Cibercultura* pode ser conceituada pelas interações originadas diante da construção de novos grupos, atitudes, preferências nas redes sociais (*likes*), modos de pensamentos e condutas dentro do ambiente do *Ciberespaço* ou *Cibernético*.

Pierre Levy traz a distinção entre os dois conceitos:

O termo [ciberespaço] especifica não apenas a infraestrutura material da comunicação digital, mas também o universo oceânico de informação que ela abriga, assim como os seres humanos que navegam e alimentam esse universo. Quanto ao neologismo 'cibercultura', especifica aqui o conjunto de técnicas (materiais e intelectuais), de práticas, de atitudes, de modos de pensamento e de valores que se desenvolvem juntamente com o crescimento do ciberespaço.⁸

É inconteste que o comportamento humano poderá mudar ainda mais com essa integração maior entre máquina e homem, isto porque é possível que a interação entre indivíduos se distancie ainda mais.

Pierre Levy aduz no seguinte sentido “a *cibercultura* expressa o surgimento de um novo universo, diferente das formas que vieram antes dele no sentido de que ele se constrói sobre a indeterminação de um sentido global qualquer”⁹

É evidente que não há meio de se prever qual o impacto direto do uso dessa nova tecnologia automatizada ou meios eletrônicos para resolução de quase todos os problemas cotidianos, bem como dos instrumentos eletrônicos que otimizam o cotidiano de sobremaneira inerentes a uma *Smart City* e *Society 5.0*.

Como análise reflexiva importante enumerar alguns pontos positivos como segue abaixo.

Aspectos positivos

Facilitação na busca por informação;
Dinamismo nas trocas de informação;
Diversidade nas relações profissionais e pessoais de forma eletrônica;
Agilidade na realização de pesquisas científicas em diversas áreas;
Ambiente informatizado;
Ambiente de entretenimento virtual;
Liberdade de escolha de acesso as informações;

⁸ LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: Editora 34, 1999, p. 17.

⁹ LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: Editora 34, 1999, p. 15.

Facilitação da aquisição de produtos a nível internacional e dinamizado;
Facilitação de outros meios midiáticos e de comunicação;
Superação de distâncias (relativização do tempo e do espaço);
Avanços inimagináveis na medicina;
Automação de máquinas, eletroeletrônicos, veículos, transportes entre outros;
Cidades com estruturas otimizadas.

Em breve análise sociológica que traça um modelo ideal de uma abstração com características determinadas de um fenômeno social como forma de se analisar a realidade concreta, no que tange ao aspecto sociológico o modelo ideal necessita de um aprofundamento nos denominados fenômenos ideais e sociais, restringindo posteriormente aos aspectos de maior relevância.

Assim, o estudo se aprofundaria na análise dessa nova fase da sociedade da informação, que evidentemente, possui características da nossa sociedade (física) no meio informacional (virtual).

Para tanto, sob a ótica de uma visão antropológica com a verificação dos novos paradigmas trazidos pela *Cibercultura* e pelo *Ciberespaço*, se origina uma nova perceptiva de análise na relação do homem comparado a esse novo saber informacional (virtual) dentro de um espaço cibernético diante de uma nova cultura, ou seja, uma segunda fase da *Cibercultura*.

A questão acima abrange inclusive funções cognitivas dos seres humanos como, por exemplo, raciocínio, exposição de ideias, memória, imaginação, comunicação, comportamento, reações, entre outros.

Em complemento ao mencionado alhures aduz Karina Campos:

A sociedade atual encontra-se inserida numa era totalmente informatizada, em que a velocidade das informações não permite o alcance da mesma. É possível perceber a rapidez das novas tecnologias apenas fazendo uma pesquisa breve no site de busca Google e milhares de soluções surgem em tempo real, de maneira instantânea, [...] ¹⁰

Desta forma, no momento atual, não há como determinar quais as consequências futuras do comportamento humano diante das tecnologias inovadoras que serão em um breve espaço de tempo acessíveis aos indivíduos.

Importante também refletir sobre alguns pontos negativos, como segue abaixo.

Aspectos negativos

¹⁰ CAMPOS, Karina, **Influência da informática na sociedade**, Rio Grande do Norte, Web Artigos, 2011. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/influencia-da-informatica-na-sociedade/68478/#ixzz3YAp7Q5WP>> Acessado em: 25 ago. 18

Ausência tem fonte segura;
Ausência de interação com outros indivíduos;
Impedimento de filtro da seleção da informação;
Relações profissionais e pessoais equiparadas ao imediatismo da internet;
Veiculação de informações errôneas ou falsas (*fake news*);
Uso indevido de imagens e informações sem uso da fonte;
Uso de imagem e informações pessoais;
Acesso para crimes e abusos;
Vírus destrutivos, *spams*, *trojans*;
Desuso da cultura “manuscrita” e verbal;
Informações inconsistentes;
Ausência do desenvolvimento cognitivo, tornando o ser humano mais acomodado;
Excesso de tempo ocioso, gasto nas redes sociais, jogos *on line*, entretenimento e etc;
Publicidade indesejada;
Diminuição da interação real entre os indivíduos (vida social e familiar);
Permissão do acesso para furto de informações, dados pessoais e crimes virtuais.

Apesar das possíveis benfeitorias e evoluções trazidas pela nova sociedade 5.0., há possibilidade também de originar alguns pontos negativos para os indivíduos, claro que neste momento impossível de se obter uma conclusão sólida, sendo mera divagação hipotética.

Importante salientar que ao trazer tal cenário para o Brasil e adentrando a realidade atual do País, é evidente que o panorama de evolução mencionado alhures sobre a sociedade 5.0., necessitará de uma revisão de normas jurídicas que, provavelmente, estarão superadas pelo novo modelo e estrutura que se consolidará em razão da evolução, bem como do aprimoramento da interpretação do Direito em determinados casos.

Por fim, se realizará uma breve reflexão com o uso da legislação atual que o Brasil possui denominada de Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) limitando-se a contextualização no que tange a proteção dos dados de um indivíduo que hipoteticamente seria residente de uma *Smart City*.

3. A RELEVÂNCIA DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS EM PROL DA SOCIEDADE RESIDENTE NAS SMARTS CITIES

O artigo 1º a Lei¹¹ estabelece seu objetivo principal relacionado ao tratamento de dados pessoais, inclusive, na modalidade digital, em prol de pessoas físicas e jurídicas de

¹¹ Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

direito público e privado com a finalidade de proteger os direitos fundamentais quanto a liberdade, privacidade e do desenvolvimento da pessoa natural.

Nesse sentido, o artigo 2º disciplina os fundamentos basilares sobre a proteção dos dados pessoais, como segue abaixo.

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

- I - o respeito à **privacidade**;
- II - a autodeterminação informativa;
- III - a **liberdade de expressão**, de **informação**, de **comunicação** e de **opinião**;
- IV - a inviolabilidade da **intimidade**, da **honra** e da **imagem**;
- V - o desenvolvimento **econômico** e **tecnológico** e a **inovação**;
- VI - a **livre iniciativa**, a **livre concorrência** e a **defesa do consumidor**; e
- VII - os **direitos humanos**, o **livre desenvolvimento da personalidade**, a **dignidade** e o **exercício da cidadania** pelas pessoas naturais. (g.n.)

Observa-se que os preceitos basilares da Lei abrangem princípios salvaguardados pela Carta Magna 1988 com o intuito principal de proteger os dados pessoais de pessoas físicas e jurídicas.

Nessa linha, aduz Liliansa Minardi Paesani:

O sistema de informação tornou-se articulado e complexo e tem conquistado um espaço sempre crescente na sociedade e o reconhecimento constitucional nas legislações dos maiores países do mundo. A amplitude da manifestação do pensamento encontra reforço e limites – e não poderia ser de outra forma – em numerosas normas constitucionais.¹²

É cediço que com o implemento da tecnologia maciça no cotidiano do indivíduo devido ao uso dos aparelhos eletrônicos, transportes e novas modalidades de identificação nas *Smarts Cities*, basicamente, o uso se centralizará por meio do compartilhamento de dados daquele indivíduo, inclusive, pelo uso da *Cloud* (informações na nuvem) que servirá como banco de dados com todas as informações daquele indivíduo.

Nesse novo cenário é evidente que surgirá novas situações por meio do qual o Direito terá que se readequar as novas modalidade de litígios e causídicos para que possa estabelecer um equilíbrio normativo para regulamentar tal cenário e estrutura.

¹²PAESANI, Liliansa Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.6.

A legislação impõe um tratamento para os dados em seu artigo 3^o¹³ o que promove responsabilidade daquele que detém dos dados de pessoais, ou seja, que possui a finalidade de resguardar a privacidade e a intimidade daquele que compartilhou suas informações.

Tal procedimento se tornaria de suma importante em uma *Smart City*, posto que o compartilhamento de dados serão diários e frequentes por aquele usuário, por exemplo, quando fizer o uso de um transporte público automatizado, reconhecimento facial por câmeras de segurança em espaços públicos e privados, pelo uso de seus dados por *wearables* (tecnologias de dispositivos vestíveis) para realizar inúmeras tarefas e assim por diante.

Significa dizer que tanto as empresas privadas como as empresas públicas teriam a responsabilidade de tratar e proteger aquele dado pessoal compartilhado pelo indivíduo.

Desta feita, a legislação específica e conceitua no artigo 5^o as espécies de dados inerentes aos indivíduos, como por exemplo, dado pessoal “informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável”¹⁴ e dado pessoal sensível “dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural”¹⁵.

Nessa linha, ainda, sob a análise do artigo 5^o em seu inciso X, estabelece a conceituação de tratamento dos dados:

Art.5^o. inc. X - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração”

¹³ Art. 3^o Esta Lei aplica-se a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados, desde que:

I - a operação de tratamento seja realizada no território nacional;

II - a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional;

III - os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados no território nacional.

§ 1^o Consideram-se coletados no território nacional os dados pessoais cujo titular nele se encontre no momento da coleta.

§ 2^o Excetua-se do disposto no inciso I deste artigo o tratamento de dados previsto no inciso IV do caput do art. 4^o desta Lei.

¹⁴ BRASIL. Legislação. Lei 13.709/2018 com redação dada pela Lei n. 13.853/2019. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em 14.set.2019.

¹⁵ BRASIL. Legislação. Lei 13.709/2018 com redação dada pela Lei n. 13.853/2019. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em 14.set.2019.

Ou seja, a ideia foi estabelecer conceituação e especificação sobre os dados e aos entes que detém essas informações, bem como detalhar os procedimentos e as atividades de tratamento que deverão ser observadas (procedimento e atividades - art.6^o da lei).

Nessa linha de raciocínio a legislação em seu artigo 46¹⁶ determina que os controladores e operadores devem adotar medidas de segurança para que não ocorra vazamento, perda, destruição dos dados pessoais entre outras hipóteses.

Desta feita, o artigo 52¹⁷, em seu *caput*, aborda sobre eventuais sanções administrativas em seu parágrafo 7^o em caso de vazamento de dados remetendo ao conteúdo do artigo 46, tal fato poderá ser objeto de conciliação e em caso negativo o controlador ou operador poderá sofrer as sanções estabelecidas nos incisos do artigo 52.

Cumprе colacionar o conteúdo do parágrafo 7^o do artigo 52 da Lei, *in verbis*:

§7^o Os vazamentos individuais ou os acessos não autorizados de que trata o caput do art. 46 desta Lei poderão ser objeto de conciliação direta entre controlador e titular e, caso não haja acordo, o controlador estará sujeito à aplicação das penalidades de que trata este artigo.

Nota-se que o artigo 42 estabelece que o controlador ou operador que exerça a atividade de tratamento de dados pessoais e que venha a causar prejuízo seja de cunho patrimonial, moral, individual ou coletivo será obrigado a reparar o dano, *in verbis*:

Art. 42. O controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo. (g.n.)

Diante de tais preceitos e estrutura consolidada seria possível a aplicação de segurança e proteção aos dados pessoais de usuários de uma *Smart City*, ou seja, não seria algo tão distante sob a ótica normativa para aplicação em uma cidade inteligente nos moldes da Sociedade 5.0. com uma robotização e automação da máquinas de forma otimizada.

Os pontos basilares da Legislação para a estrutura em parte possuem consonância com eventual proteção de dados pessoais em uma *Smart City* por meio do qual o usuário trocaria dados por compartilhamento e acesso praticamente 24 horas por dia.

¹⁶ Art. 46. Os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito.

¹⁷ Art. 52. Os agentes de tratamento de dados, em razão das infrações cometidas às normas previstas nesta Lei, ficam sujeitos às seguintes sanções administrativas aplicáveis pela autoridade nacional: (...)

Para tanto, importante frisar que, como dito alhures, provavelmente seria necessário a revisão de algumas normas jurídicas e pesquisa sobre os novos paradigmas do Direito que deverão ser seguidos.

Por fim, é inegável que diversos desafios insurgem na sociedade da informação, principalmente no que concerne ao novo panorama do que estabelece a *Society 5.0*. diante da magnitude da evolução que deriva nas novas perspectivas de *Smarts Cities* que em breve serão uma realidade no Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É evidente que a sociedade da informação originou uma nova estrutura social mundial acarretando uma sociedade essencialmente digital e informacional, calcada em bens imateriais e com tecnologias de cunho intelectual.

As modernizações das cidades permanecem em franco avanço passando de um ideal hipotético para a existência de uma *Smart City* em um futuro muito próximo em prol daqueles que vivem em sociedade.

As cidades com o passar do tempo foram se desenvolvendo consolidando a parte histórica que de forma sucinta foi descrita até a atualidade. Os objetivos trazidos pelo desenvolvimento sempre tiveram como base alcançar à sadia qualidade de vida e o bem estar de seus indivíduos, embora, historicamente, se perceba que apenas uma parte dela se vê estruturada, planejada e concretizada com equipamentos e serviços públicos, enquanto outra parte convive em uma estrutura mais precária.

A finalidade da *Society 5.0* não está calcada apenas na evolução tecnológica, mas também no ser humano, ou seja, por meio do solidarismo digital tentar-se-á promover um equilíbrio nas desigualdades existentes, posto que o avanço tecnológico e troca de conhecimento sejam revertidos em prol dos indivíduos, o que derivaria no efetivo progresso tecnológico e uma nova sustentabilidade a ser construída pelos objetivos preconizados pela *Society 5.0*.

Nessa linha de raciocínio as *Smarts Cities* possuem uma estrutura *hitech* com máquinas automatizadas e funções pré-determinadas, assim como, pela estruturação de dados, servidores, programas e aplicativos conectados na rede, promovendo aos usuários a interação por meio da comunicação e trocas de informação no meio virtual.

Cumprе enfatizar os pontos positivos e negativos por meio dos quais trazem impactos nessa nova estrutura que se perfaz diante da evolução do próprio comportamento do indivíduo na sociedade, em razão da proximidade futura entre ser humano e máquina.

Arelado a tal fato é possível que o convívio entre os indivíduos pertencentes a um mesmo local se distancie, posto que as tecnologias suprirão os meios de aquisição de produtos, transportes, gerenciamento de tarefas, pesquisas de serviços, consultas médicas, facilitação de tarefas cotidianas, de certa forma diminuindo, o convívio físico entre os indivíduos.

A exposição de dados pessoais deve ser levada em consideração, tendo em vista que como dito as *Smarts Cities* são calcadas basicamente em dados de seus usuários.

É evidente que tais informações veiculadas, armazenadas ou compartilhadas com os novos meios tecnológicos devem ser realizadas com certa cautela sob o risco de ocorrer vazamento de dados pessoais, inclusive, dados sensíveis daqueles que utilizam as tecnologias inerentes as *Smarts Cities*.

Importante frisar que a *Society 5.0*. trará inúmeros avanços que poderão revolucionar várias áreas (saúde, comércio, cultura e etc), sendo um novo marco para a revolução tecnológica vivenciada anteriormente pelos indivíduos, calcada principalmente no *Share* (compartilhamento de dados) e na *Cloud* (armazenamento na nuvem).

Ressalta-se que o aprimoramento do espaço informacional e suas tecnologias (*wearables, blockchain, aplicativos diversos*) proporcionou aos indivíduos criarem um novo meio de vivência, inclusive, com impacto no espaço urbano, fator este que também avança para as futuras *Cibercidades*.

Isto porque a tecnologia desenvolvida avança conjuntamente com o desenvolvimento estrutural para originar cidades inteligentes, agregando, assim, maior infraestrutura e o uso dos dispositivos eletrônicos para facilitar o cotidiano dos indivíduos do local.

Apesar do cenário hipotético analisado quanto à aplicação da legislação pátria em prol de indivíduos residentes de uma *Smart City*, infere-se que a finalidade almejada quanto à utilização da norma em prol dos indivíduos pertencentes a uma *cidade inteligente* é possível resguardando os direitos inerentes à proteção de seus dados pessoais, bem como de seus dados sensíveis, pois a estrutura criada pela legislação propicia tais salvaguardas em prol de eventuais compartilhamentos de informações.

Nestes termos o novo cenário promoverá situações inéditas por meio do qual o Direito terá que se readequar as novas modalidades trazidas pela tecnologia avançada, bem como revisar as normas jurídicas que podem ser superadas pelo novo modelo de estrutura tecnológica para que se possa estabelecer um equilíbrio normativo para regulamentar tal cenário e estrutura.

Por fim, os novos desafios que se derivam da nova estrutura das futuras cidades inteligentes devem que ser acompanhados pelo Direito que não poderá se manter inerte,

reinventando-se e otimizando-se para aplicar da melhor forma possível sua legislação, assim como proteger os direitos dos indivíduos pertencentes a sociedade das *Smarts Cities*.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Legislação. Lei 13.709/2018 com redação dada pela Lei n. 13.853/2019. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em 14.set.2019.

CAMPOS, Karina, **Influência da informática na sociedade**, Rio Grande do Norte, Web Artigos, 2011. Disponível em: < <http://www.webartigos.com/artigos/influencia-da-informatica-na-sociedade/68478/#ixzz3YAp7Q5WP> > Acessado em: 25 ago.2018.

CASTELLS, Manuel. **A era da informação: a sociedade em rede**. vol.1. 6ª Ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

FIORILLO, Celso A. Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. **Estatuto da cidade comentado: Lei 10.257/2001: Lei do meio ambiente digital**. 4. ed., São Paulo: RT, 2010.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 1999.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RODRIGUES, Mário Antunes Baltazar. **Introdução à Cibersegurança**. FCA – Editora de Informática. Lisboa, 2018.

Society 5.0. – Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=MA-9ZYDnGKM>. Acesso em 14.set.2019.

COMPLIANCE AMBIENTAL E O PAPEL DA B3 COM O ENFORCEMENT DOS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE

Brenda Dutra Franco¹; Caroline da Rosa Pinheiro²

RESUMO: Este estudo, fruto do Grupo de Pesquisa Empresa, Desenvolvimento e Responsabilidade (EDResp) da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), pauta-se na avaliação dos programas de integridade das empresas listadas no segmento Novo Mercado (NM) da Brasil, Bolsa, Balcão (B3) dada premissa de que estas sociedades apresentam alto padrão de governança em matéria de meio ambiente. Mediante revisão bibliográfica e análise documental sobre o *compliance* e seus desdobramentos, buscou-se analisar qual é o compromisso das empresas com o Meio Ambiente, sobretudo diante da crescente preocupação com a responsabilidade ambiental e a busca pelo desenvolvimento sustentável. Como conclusão da pesquisa ressalta-se a importância da autorregulação e do *enforcement* dos programas de integridade.

Palavras-chave: *Compliance* ambiental. Novo Mercado. Regulação. Autorregulação. Programas de integridade.

ENVIRONMENTAL COMPLIANCE AND THE ROLE OF B3³ CONCERNING THE ENFORCEMENT OF INTEGRITY PROGRAMS

ABSTRACT: This research, as a result of the Corporate, Development and Responsibility Research Group (EDResp) of the Federal University of Juiz de Fora (UFJF), is based on the evaluation of the integrity programs of the companies listed in the Novo Mercado (NM), Brazilian Stock Market (B3) given the premise that these companies have a high standard of environmental governance. Through literature review and documentary analysis about compliance and its consequences, the aim is to analyze the commitment of companies to the environment, especially in view of the growing concern with environmental responsibility and the pursuit of sustainable development. As a conclusion of the research, emphasizes the importance of self-regulation and enforcement of integrity programs.

Keywords: Environmental compliance. New Market. Regulation. Self-regulation. Compliance.

¹Graduanda pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, membro do Grupo de Pesquisa Empresa, Desenvolvimento e Responsabilidade (EDResp); Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8695568581912467>; Email: brenda.franco@direito.uff.br

²Professora Adjunta do curso de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Doutora em Direito pela UERJ (Empresa e Atividades Econômicas) Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5677415478719377>.

³ Brazilian Stock Market.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa procura analisar os programas de integridade das empresas listadas no segmento Novo Mercado⁴ (NM) da Brasil, Bolsa, Balcão (B3) dada premissa de que estas empresas apresentam alto padrão de governança em matéria de meio ambiente, considerando que: (i) a questão ambiental se apresenta como um dos parâmetros essenciais dos programas de integridade e (ii) tal exame permite a verificação sobre como as empresas do NM estão se posicionando quanto à preservação ambiental.

Para os fins desta pesquisa, o exame dos programas tem como objetivo verificar o compromisso assumido pelas empresas do NM em matéria ambiental e analisar o papel dos órgãos responsáveis pela autorização dessas sociedades no mercado de capitais, notadamente da B3, em relação ao *enforcement* dos programas de integridade.

Isto porque a preocupação com uma postura ambiental adequada deve refletir, não só, a maximização dos lucros e estrito cumprimento do dever legal, mas também a sustentabilidade no exercício da atividade empresarial, sendo o *compliance* o instrumento a ser melhor explorado no âmbito autorregulatório diante da incapacidade da heterorregulação fiscalizar todas as demandas das atividades empresariais.

O objetivo é analisar a relevância/necessidade de se implementar nas empresas do Novo Mercado programas de integridade que prezam pela implementação de padrões de conduta que sejam aliados ao ideal de desenvolvimento sustentável e à prevenção e precaução de riscos ambientais.

Para tanto, o artigo tem como marco teórico ideias relacionadas à gestão ambiental e responsabilidade social corporativa de Takeshy Tachizawa (2019, p. 9), o qual preleciona sobre como deve ser implementada uma nova forma de administração - que se preocupe com a gestão ambiental, pautando-se na ideia de mitigação dos riscos ambientais causados pelas empresas; motivados na “observância das leis e a melhoria da imagem da organização”. Deve-se, assim, segundo o autor, repensar a cultura empresarial.

Além da introdução e da conclusão, o artigo está organizado em quatro tópicos. No primeiro, será abordado o conceito de *compliance* que representa um conjunto de medidas fiscalizatórias conduzindo a empresa a buscar seus objetivos guiada por um “código de conduta ético”. (FIGUEIREDO, 2015, p. 119)

No segundo tópico será feita uma análise acerca da relevância da implementação de um programa de integridade que alie a atividade empresarial ao desenvolvimento

⁴Informação disponível em: <http://www.bmfbovespa.com.br/pt_br/listagem/acoes/segmentos-de-listagem/novo-mercado/>
Acesso em: 30 set 2019

sustentável. Como subtópicos serão abordadas leis específicas do nosso ordenamento jurídico que servem de base aos programas de integridade voltados para área ambiental e as linhas basilares de um programa de integridade na área ambiental.

No terceiro tópico será abordada a importância do *compliance* como instrumento para a autorregulação e a função pública da B3⁵, a qual age no mercado como um órgão autorregulador a fim de se garantir o *enforcement* dos programas de integridade.

Por fim, no quarto e último tópico, será realizada análise acerca do *enforcement* dos programas de integridade e como devem ser estabelecidos de acordo com a área de atuação de cada empresa, em um primeiro momento têm-se como objetivo estabelecer um questionário a fim de monitorar as empresas listadas no segmento do Novo Mercado e sua preocupação atual com o meio ambiente.

A metodologia utilizada será revisão bibliográfica sobre o *compliance* e seus desdobramentos, principalmente no que se refere ao meio ambiente, além da análise documental através do método dedutivo. Este método trata-se de uma profunda análise para averiguar se quem redigiu o documento em estudo o realizou de forma clara e devida com o objetivo pretendido, para, desta forma, realizar uma releitura crítica dos documentos acessíveis. Ademais, é importante compreender o contexto em que cada empresa está inserido para entender melhor o que se pretende analisar. (POUPART, 2008. p. 299).

1. RESPONSABILIDADE SOCIAL DOS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE

Inicialmente faz-se necessário apresentar o conceito e facilitar a compreensão sobre o que vem a ser o programa de integridade e sua origem.

De acordo com Veruska Sayonara de Góis (2014, p. 3):

Designa uma política regulatória anticorrupção para o setor privado em suas relações com o Estado, concebendo um conjunto de procedimentos de fiscalização, ética corporativa e auditoria para as empresas enquanto setor econômico privado. De forma simples, significa cumprir, obedecer às normas, 'estar de acordo'.

Ainda sobre o conceito, Rudá Santos Figueiredo (2015, p. 38) salienta ser “programa de comprometimento” no qual a pessoa jurídica compromete-se a formular “um instrumental voltado ao cumprimento das normas contidas no ordenamento”.

⁵ A B3 se dedica, principalmente, a produzir documentos que contenham as normas que devem ser observadas pelas empresas ao atuarem no mercado para avaliá-las e listá-las de acordo com o segmento que se encaixam. (ALVES; PINHEIRO, 2017, p. 55)

A publicação da Lei Anticorrupção (Lei no 12.846/2013), e o Decreto no 8.420/2015 fez com que as pesquisas e os debates sobre o tema do *compliance* fossem intensificados no Brasil. Esta lei previu, expressamente, a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, que seriam considerados na aplicação da sanção. Para esclarecer de forma objetiva quais seriam os mecanismos referidos na lei, a matéria foi tratada no Decreto no 8.420/2015, que tem por escopo a regulamentação da Lei Anticorrupção e se ocupou, em seus artigos 41 e 42, das medidas que devem compor os programas de integridade. (PINHEIRO, 2017, p.24)

Neste sentido, com o implemento dos programas de integridade ocorre um aumento da segurança nas relações entre particular/governo e particular/particular, além da diminuição nos custos de transação⁶ oferecendo maior confiabilidade e previsibilidade entre os contratantes e conseqüentemente menor custo na atividade empresarial com maior competitividade no mercado. (PAIVA TONON, 2016, p. 20)

Cabe ressaltar que *compliance* não é apenas um documento que visa o simples cumprimento de regras, ele representa um conjunto de normas e procedimentos éticos que orientam o comportamento da empresa, dos sócios, diretores e funcionários diante do mercado e todos os seus *stakeholders*. É notável, portanto, a abrangência do tema e o seu impacto no interesse social.⁷ Diante desse panorama, o enfoque do trabalho é demonstrar a importância do compromisso ambiental nos programas de integridade.

Isto porque, a importância desse critério - *compliance* ambiental - pauta-se, essencialmente, na responsabilidade social e no desenvolvimento sustentável, os quais devem ser preocupações das empresas do segmento Novo Mercado (NM) da Brasil, Bolsa, Balcão (B3⁸).

⁶ Os custos de transação podem ser divididos em ex-ante e ex-post. Os primeiros são compostos pelos gastos voltados a preparar, negociar e salvaguardar um acordo, estando atrelados ao custo de informação para acessar tais dados. Os segundos, por sua vez, referem-se a ajustamentos, adaptações e monitoramentos resultantes da execução de um contrato, quando afetado por falhas, erros, omissões e alterações inesperadas. (PAIVA TONON, 2016, p. 20)

⁷ Neste momento, pode se notar o interesse social como o interesse de preservação do meio ambiente. O interesse social trata-se da relevância social da empresa na sociedade e vincula-se ao interesse público, é a preocupação com os acionistas e os trabalhadores, além dos proprietários da empresa, uma combinação entre que tem como objetivo a preservação da empresa. (SALOMÃO FILHO, 2015, p. 171). Assim, a partir dessa reflexão, a questão ambiental insere-se nesse conceito, pois o compromisso ambiental é uma necessidade social e deve ser inserida nos programas de integridade.

Como premissa da Agenda 21 - a qual se trata de um plano de ação a ser formulado internacionalmente para que se aplique nas diversas áreas em que a ação humana impacta o meio ambiente, a fim de preservá-lo para as futuras gerações - deve-se "pensar global, agir local". Uma discussão que cada vez se encontra mais presente devido ao paradigma do desenvolvimento sustentável. "O desenvolvimento sustentável é aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gestões futuras atenderem a suas próprias necessidades". (CMMAD, 1991)

⁸ A B3 é uma das principais empresas de infraestrutura de mercado financeiro no mundo, com atuação em ambiente de bolsa e de balcão. A B3 também opera como contraparte central garantidora para a maior parte das operações realizadas em seus

É relevante ressaltar que as empresas listadas no Novo Mercado dependem, principalmente, da sua credibilidade frente aos investidores, para tanto precisam apresentar, também, alto padrão de governança em matéria de meio ambiente. O fato das empresas estarem nesse segmento é um chamariz para investidor. Ou seja, estar no Novo Mercado confere credibilidade. Por esta razão é que as empresas que lá estão deveriam ter programas sérios e completos.

O *compliance* sustentável ou ambiental, consiste principalmente em atuar como forma não só de prevenção como de correção, sendo também um marketing positivo para a empresa. (GOMES; OLIVEIRA, 2017, p.199)

2. DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NAS PRÁTICAS DO COMPLIANCE

Diante da necessidade da realização de atividades compatíveis com um ambiente sustentável, é fundamental que as sociedades empresárias busquem estabelecer suas operações e contratos considerando tal demanda. Não por outra razão, o meio ambiente constitui um dos elementos observados na definição de 'interesse social' e deve, portanto, ser um dos requisitos incorporados aos programas de integridade.

Nesse sentido, cabe discorrer sobre a responsabilidade social que trata de uma maneira da sociedade se autorregular por ter como objetivo não só a responsabilidade dos gestores e aliá-los a função social da empresa⁹, mas também, como expõe Carlos Edinger (2017, p. 5):

O objetivo é abarcar a responsabilidade pelas ações da empresa e encorajar um impacto eticamente positivo através de suas ações em relação ao meio-ambiente, aos consumidores, aos seus empregados, aos seus investidores, à comunidade, aos seus stakeholders primários e a todos os membros da esfera pública que podem ser considerados stakeholders secundários.

Ao atuar no mercado, a empresa deve levar em consideração o seu impacto no ambiente em que atua, aliando tal prática à responsabilidade social que a sociedade deve prezar em suas ações e, especialmente, frente às crises atuais contra o meio ambiente, priorizar, também, a sua preservação, através do desenvolvimento sustentável.

Em relação ao meio ambiente, a sua classificação nos programas de integridade, de modo geral, pode-se dividir em: meio ambiente artificial ou construído (dependências

mercados e oferta serviços de central depositária e de central de registro." Definição disponível em: <http://www.b3.com.br/pt_br/b3/institucional/quem-somos/> Acesso: 8 out 2019

⁹ artigo 170, III, CRFB

físicas das empresas), meio ambiente do trabalho (condições do local de trabalho) e meio ambiente natural - o qual é o foco desta pesquisa. (SEGAL, 2018, p. 7)

O meio ambiente natural, objeto de estudo no momento, é composto pela atmosfera, águas, solo, subsolo, fauna, flora e o patrimônio genético, como disposto no artigo 225, parágrafo 1, incisos I e VII, Constituição Federal de 1988:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

(...)

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

(...)

Dessa maneira, o recorte desta pesquisa está no aspecto natural do meio ambiente, dentro dos programas de integridade das empresas, devido ao seu impacto direto na sociedade e a importância da preservação do mesmo respeitando a legislação ambiental vigente.

Apesar da amplitude do tema 'meio ambiente', cabe ressaltar que o escopo desta pesquisa é o meio ambiente natural, isto é, programas de integridades voltados para o desenvolvimento sustentável.

O *compliance* ambiental, também denominado *compliance* de sustentabilidade, pretende com a sua incorporação alterar o que se tem como conceito de atividade econômica atual, possibilitando a mudança de hábitos tanto das empresas quanto da sociedade (OLIVEIRA; COSTA; PINTO E SILVA, 2018, p. 67).

Essa 'nova' visão de mercado cria uma competição entre as empresas para que as mesmas possuam bom posicionamento em um ranking de sustentabilidade, o que geraria um maior investimento na parte de prevenção e precaução do meio ambiente pela atividade econômica realizada e, por consequência, influencia na diminuição de riscos ambientais que imputam responsabilidade às empresas envolvidas (OLIVEIRA; COSTA; PINTO E SILVA, 2018, p. 64).

A ideia consiste em alinhar o desenvolvimento sustentável com a atividade empresarial desempenhada. Nesse sentido, o objetivo do *compliance* é aliar a legislação ambiental já vigente e aplicá-la dentro da realidade da empresa, pautando se na

preservação ambiental, e com o intuito de torná-la efetiva por meio deste instrumento autorregulatório.

Um exemplo deste alinhamento é a Natura S.A., empresa listada no segmento do Novo Mercado, reconhecida pela ONU através do prêmio “Global Climate Action”¹⁰ pelo seu programa Carbono Neutro, que possui como objetivo diminuir as emissões de gases de efeito estufa provenientes da atividade da empresa. Dessa maneira, a Natura foi reconhecida pelas suas soluções ecológicas previstas em seu programa de integridade, o qual se alia, também, a um relatório periódico de sustentabilidade¹¹.

Os programas de integridade propõem uma melhora significativa na gestão empresarial, devendo o meio ambiente tornar, também, um dos critérios principais destes programas; pois há de se observar que o *compliance* está diretamente relacionado: às boas práticas empresariais, que podem garantir sustentabilidade ao ambiente de negócios e fomentar a responsabilidade social empresarial de proteger e respeitar os direitos humanos. (MAZZUOLI; CUNHA, 2018, p. 24)

2.1. SISTEMA NORMATIVO BRASILEIRO E A LÓGICA DO MERCADO

De acordo com o Manual da Controladoria Geral da União (CGU) de Programas de Integridade - Diretrizes para empresas privadas, existem cinco pilares fundamentais como base para a gestão ambiental pautada em princípios éticos: 1º) Comprometimento e apoio da alta direção que ao prezar pela conduta ética e ser um exemplo, por consequência auxilia à criação de uma cultura organizacional para que todos os envolvidos na empresa (funcionários e terceiros) ajam de maneira a respeitar a conduta ética estabelecida; 2º) Instância responsável: para desenvolver, aplicar e monitorar o Programa de integridade a ser estabelecido na empresa; 3º) Análise de perfil e riscos: o que coaduna diretamente com a pesquisa aqui traçada, considerando as especificidades da empresa, avaliando os riscos de sua atuação no mercado - sendo observada também a probabilidade de eventuais riscos, para que se possa ser adotado um programa de integridade que previna, detecte e remedie atos indesejáveis; 4º) Regras e instrumentos: para estabelecer um padrão de ética e conduta pauta-se em qual seria o comportamento esperado pelos funcionários e pelos dirigentes atuarem dentro e em nome da empresa, lembrando sempre de uma característica fundamental: transparência; e 5º) Monitoramento contínuo: por fim, tem-se

¹⁰ Prêmio “Global Climate Action”. Natura foi reconhecida por implementar um programa desde de 2007 que reduziu em até 33% as emissões de carbono pela empresa. Disponível em: <<https://unfccc.int/climate-action/momentum-for-change/climate-neutral-now/natura>> Acesso em: 9 out 2019

¹¹ Com a finalidade de gerar mais transparência tanto para seus consumidores quanto para seus investidores, a Natura vale-se de relatórios atualizados que comparam a sua atividade e o avanço no quesito do desenvolvimento sustentável e preservação do meio ambiente. Disponível em: <<https://natu.infoinvest.com.br/pt/>>. Acesso em: 9 out 2019

que ser realizado um trabalho contínuo de análise acerca da efetividade do Programa de Integridade que foi estabelecido, se ele mesmo cumpre com os padrões esperados, sendo possível mitigar as ocorrência de riscos. (CGU, 2015, p. 7)

Os Programas de Integridade prezam pela conduta ética, transparência e aprimoramento da gestão empresarial, e para estabelecê-los deve-se levar em consideração, também, a legislação nacional. No critério meio ambiente, essa consonância entre os programas de integridade e a legislação também se faz necessária para que sejam estabelecidas diretrizes mais eficazes para o desenvolvimento sustentável.

A gestão ambiental assume importante papel de gerenciamento que possibilita a criação de um ambiente de competitividade para as empresas, independentemente de seu segmento econômico. Frente a esses pilares estabelecidos, o Programa de Integridade deve-se pautar também na legislação vigente. (TACHIZAWA, 2019, p. 9)

No Brasil as principais leis ambientais brasileiras são: (a) Lei da Política Nacional do Meio ambiente (lei nº 6938/81), (b) Lei dos Crimes Ambientais (lei nº 9.605/98), (c) Lei de Recursos Hídricos (lei nº 9.433/97), (d) Novo Código Florestal Brasileiro (lei nº 12.651/12), (e) Lei do Parcelamento do Solo Urbano (lei nº 6.766/79), (f) Lei da Exploração Mineral (lei nº 7.805/89), (g) Lei da ação Civil Pública (lei nº 7.347/85), (h) Lei da Política Nacional dos Resíduos Sólidos (lei nº 12.305/10) e (i) Estatuto das Cidades (lei nº 10.257/01).

Neste diapasão, pode-se observar a Lei da Política Nacional do Meio ambiente (PNMA) que em seu texto normativo demonstra elementos que podem ser considerados referência em matéria de parâmetro ambiental para os Programas de Integridade (SEGAL, 2019, p. 3):

Art 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará:

I - à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico;

(...)

VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

(...)

Art 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

I - à multa simples ou diária (...)

II - à perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público;

III - à perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito;

IV - à suspensão de sua atividade.

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Dessa maneira, demonstra-se como a gestão empresarial concilia o desenvolvimento econômico às práticas éticas e à legislação vigente. Sendo de enorme importância que seja observada a nova postura de mercado que busca seu lucro por um viés sustentável, pautando-se no desenvolvimento econômico e socioambiental para duas empresas. (RIBEIRO; DINIZ, 2015, p. 88)

Outra lei de fundamental importância para os programas de integridade é a Lei dos Crimes Ambientais (lei nº 9.605/98), a qual discrimina normas e se refere às infrações e punições de condutas. Dentre várias inovações e determinações, destaca-se, por exemplo, a possibilidade de penalização das pessoas jurídicas no caso de ocorrência de crimes ambientais estipulados pela própria lei, impondo responsabilização às pessoas jurídicas tanto civil quanto penalmente. (SEGAL, 2019, p. 8)

Contudo, não obstante a grande quantidade de leis com objetivo de proteger o meio ambiente, são recorrentes, no Brasil, danos ambientais decorrentes de atividade empresarial. Este cenário tem como uma das principais causas a carência de mecanismos de fiscalização e apuração dos crimes. Assim, é possível concluir quanto ao ponto que, a existência de um conjunto de leis, aparentemente, bem formuladas sobre proteção ambiental, não há garantia sobre seu cumprimento, sobretudo considerando que o país não possui, atualmente, os recursos necessários e capacidades técnicas para a correta execução das leis.

Há diversos pontos negativos nas empresas, como o desrespeito a norma vigente, que podem causar danos ao meio ambiente, assim como atingir a reputação da mesma - o que pode prejudicar a sua imagem frente a seus *stakeholders*: consumidores, acionistas e fornecedores¹². Dessa maneira, há diversas medidas que devem ser adotadas no que se refere aos programas de integridade para que haja a mitigação dos riscos. (SEGAL, 2019, p.10)

Com o já referido crescimento em números de leis ambientais no Brasil, cabe às atividades empresariais buscarem formas de se enquadrarem nos padrões estabelecidos e esperados para as atividades econômicas que exercem. (GOMES; OLIVEIRA, 2017, p. 195)

¹² Um exemplo foram os ocorridos com duas barragens da empresa Vale: Mariana (2015) e Brumadinho (2019), que não só prejudicou a vida dos habitantes ao entorno como causou um vasto prejuízo ambiental para região. Notícia disponível em: <<https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2019/01/25/bombeiros-e-defesa-civil-sao-mobilizados-para-chamada-de-rompimento-de-barragem-em-brumadinho-na-grande-bh.ghtml>> Acesso em: 30 set 2019

O objetivo de trazer esse tema para discussão é demonstrar que, quando o compromisso socioambiental é assumido pelas empresas através dos programas de integridade, há o que se chama de autorregulação¹³. Dessa maneira, com o controle interno, dos atos praticados em nome da pessoa jurídica, a cargo de seus dirigentes, torna-se mais sistematizado, eficaz e transparente sua aplicação, o que, poderia contribuir com a prevenção de desastres ambientais decorrentes de atividades empresariais.

3. AUTORREGULAÇÃO ESTABELECIDA PELOS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE

Hodiernamente, o cumprimento de normas ambientais para as empresas representa a preservação do meio ambiente e, também, vitrine para novos investidores.

É relevante, neste sentido, evidenciar que os programas de integridade não tem por objetivo apenas conferir às empresas condições para o recebimento de incentivos e benefícios públicos, pois a B3 não deve ser mero canal de divulgação desse “marketing” reputacional, caso não haja cumprimentos de parâmetros claros em matéria de políticas de preservação internas do Meio Ambiente.

Há duas formas de regulação do mercado: a heterorregulação, através do Poder Público e a autorregulação, através de empresas privadas - da B3, por exemplo, como esse estudo apresenta.

A autorregulação, pauta-se, em uma decisão autônoma da empresa em aprimorar a seus valores e suas práticas empresariais, do que na mera aquisição do programa como uma obrigação somente para obter mais concessões do Poder Público. (ATHAYADE; FRAZÃO, 2018, p. 303)

Para tanto, torna-se imprescindível uma mudança de cultura corporativa quanto às políticas ambientais; razão pela qual destaca-se a importância dos programas de integridade como instrumento autorregulatório, servindo como parâmetro para o órgão autorregulador (B3) avaliar o grau de comprometimento das empresas em relação às obrigações assumidas perante o mercado. A B3 também tem como dever: alocar adequadamente os recursos, manter os mercados secundários líquidos, diminuir a assimetria de informações com melhor precificação das ações - esses deveres permitirão enfim, na concessão de funções públicas à B3. (ALVES; PINHEIRO, 2017, p. 55)

¹³ Conceito será melhor explicado no item 3.

Esse papel autorregulador da B3 surgiu nos anos 2000, a partir da delegação de poder feita pela legislação e pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) para este órgão.¹⁴

De acordo com Trindade e Santos (2009, p. 32):

O modelo de autorregulação do novo mercado envolveu uma sofisticada construção visão das intervenções nas estruturas de governança as mínimas das empresas estados, superiores aos requisitos impostos pela lei, com resultados extremamente expressivos. (...) O não cumprimento das normas do novo mercado resultará no potencial punição dos responsáveis.

O mercado brasileiro precisava de algo que estabelecesse uma relação de confiança dos investidores para com as companhias, com a finalidade de aprimorar o mercado acionário brasileiro. Surgiram nesse meio tempo opções como: atuação de organizações que “estimulariam a adoção de boas práticas de governança corporativa para proporcionar segurança e proteção dos investidores”. (DONAGGIO, 2012, p. 53)

A autorregulação, portanto, é um instrumento usado a favor do interesse público, para que os padrões de governança sejam garantidos. Usa-se o termo “enforcement” dos órgãos autorreguladores, para medir e avaliar a sua influência e efetividade sobre os programas de integridade. Trata-se de como a B3, por exemplo, avalia tais *standards* de conduta e como a mesma atua quando as empresas desrespeitam o que foi pré-estabelecido. (ALVES; PINHEIRO, 2017, p. 57)

A B3 classifica as empresas em diferentes níveis, observando as boas práticas de governança corporativa que adotam. Dessa maneira, quanto mais a empresa coadunar com os padrões estabelecidos para o Novo Mercado, mais bem colocada ela será na listagem da B3, o que influencia diretamente nas suas ações. Dessa maneira, a B3 se estabelece como órgão autorregulador, pois cria regras que impõe padrões de comportamentos que podem culminar em sanções, se forem descumpridos. (ALVES; PINHEIRO, 2017, p. 54)

Nesse sentido, para exercer seu papel autorregulador sobre o mercado, a B3 se dedica a produzir documentos que contenham as normas que devem ser observadas pelas empresas ao atuarem no mercado. (ALVES; PINHEIRO, 2017, p. 55)

Essa atuação da B3 como órgão autorregulador vem permitindo que haja uma mudança da realidade brasileira no sentido de gerar maior visibilidade ao ideal de governança corporativa e de programas de integridade como instrumentos fundamental para o desenvolvimento da sociedade.

¹⁴ Previsão permitida pelo &4º, art. 21 da lei n. 6385-1976 e pela ICVM 312-99.

Para a verdadeira efetivação do desenvolvimento sustentável e sua aplicação nos programas de integridade, é necessário que a lógica do mercado, bem como dos órgãos que o regulam, não seja somente a obtenção do lucro, é preciso haver também preocupação das empresas e dos órgãos que regulamentam e fiscalizam o mercado sobre se o direcionamento dos esforços e dos recursos das empresas são compatíveis com os compromissos por elas assumidos em seus programas de *compliance*, bem como se estes documentos são pautados em transparência e desenvolvimento sustentável. Esses compromissos, então, poderão ser exigidos por acionistas e *stakeholders* e, certamente, influenciarão futuros investidores, impactando, diretamente, na dinâmica do mercado e na atuação de seus órgãos.

Deve-se observar, por fim, o impacto pedagógico, cultural e socioambiental de um programa de integridade implementado em sua totalidade e de forma eficiente, sendo capaz de causar impacto não só no mercado mas também na sociedade como um todo.

Nesse sentido, é inegável a importância do papel da B3, uma vez que sua atuação pode conduzir o estabelecimento de “contornos de um *compliance* efetivo, protegendo não só os interesses privados da sociedade e seus integrantes, mas igualmente o interesse público de combate a fraudes”. (ALVES; PINHEIRO, 2017, p. 57)

4. O ENFORCEMENT DOS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE

Esse melhoramento e aperfeiçoamento da governança corporativa das empresas não resulta somente em impacto positivo para as sociedades. O Poder Público ao incentivar e obrigar a instituição de programas de integridade se aproveita, diretamente, dessas medidas, com o aumento da proteção da Administração Pública de possíveis prejuízos financeiros advindos de irregularidades e/ou fraudes contratuais decorrentes de sua relação com as empresas. Além de obter maior segurança e transparência em suas negociações e, assim, garantir melhores resultados. (ATHAYADE; FRAZÃO, 2018, p. 301)

O objetivo é que com programas bem estruturados, que abarque todas as complexidades da sociedade que o utiliza, possibilita-se a manutenção da legalidade e da ética nas práticas empresarias - “parte-se da premissa de que tais programas se consistentes e efetivos, podem ter papel na modificação da própria cultura empresarial”. (ATHAYADE; FRAZÃO, 2018, p. 302)

O *enforcement* tradicional, baseado na regulação estatal, não é suficiente para gerar comprometimento, deve-se obter o comprometimento voluntário por parte das empresas para que o combate às ilegalidades seja eficaz e objetivo. O objetivo não pode ser somente o cumprimento de regras para o não pagamento das multas impostas pelo Poder Público,

é necessário preconizar a mudança da cultura interna da empresa, o que pode ser atingido através do *compliance*. (FRAZÃO; MEDEIROS, 2018, p. 74)

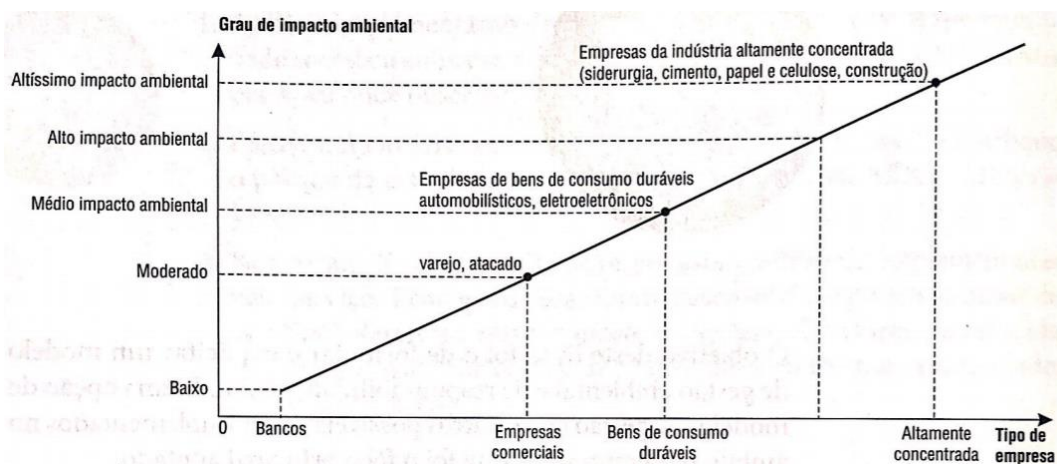
A vantagem de obtenção de um programa de integridade bem estruturado e que abranja as atividades da empresa em sua totalidade, o qual garante a fiscalização efetiva e a instituição de uma cultura ética pautada na legalidade dos atos, demonstra direta relação sobre a imputação de ilícito à pessoa jurídica - “se verificado que a pessoa jurídica instituiu um programa de *compliance* robusto (...) ela não pode ser responsabilizado para efeitos positivos, ainda que seja praticado um ato ilícito no curso da atividade empresarial”. (FRAZÃO; MEDEIROS, 2018, p. 76)

O *enforcement*, desta forma, encontra-se mais efetivo quando aliado à autorregulação por meio dos programas de integridade, sendo também um mecanismo de repreensão em casos de descumprimento legal, mas também um estímulo para estabelecer uma postura mais ética na empresa e aliada às práticas de boa governança corporativa e de desenvolvimento sustentável. Sendo assim, seria possível estabelecer uma *enforcement* mais efetivo. (FRAZÃO; MEDEIROS, 2018, p. 74)

Ademais, se cada empresa ao realizar contratações e parcerias priorizar empresas com programas de integridade bem consolidados e efetivos, as práticas de responsabilidade social e governança corporativa irão se expandir com maior velocidade. (FRAZÃO; MEDEIROS, 2018, p. 79)

Parece razoável afirmar que o primeiro passo de cada empresa deve ser mapeamento suas atividades e a mensuração de seus impactos ao meio ambiente. A partir desse diagnóstico, deve ser dado o início da construção/revisão de dos programas de integridade, visando o saneamento de problemas que impeçam o pleno desenvolvimento sustentável, pautando ou não na legislação.

Tachizawa, dessa forma, em sua obra propõe um gráfico para que seja melhor a visualização de maneira simplificada de quais segmentos empresariais causam mais impacto ambiental:



Fonte: TACHIZAWA, Takeshy. Gestão ambiental e responsabilidade social corporativa: os paradigmas do novo contexto empresarial. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p 328.

É importante ressaltar que não é possível estabelecer modelo ideal e padrão no que diz respeito ao meio ambiente para os programas de integridade, pois cada empresa atua de uma maneira no mercado, devendo, assim, cada uma se responsabilizar pelos impactos que suas atividades causam ao meio ambiente e estabelecerem metas para atingir o desenvolvimento sustentável, como ilustra o gráfico acima. Ademais, após estabelecido o programa deve-se haver mecanismos para a sua manutenção e revisão, para que o mesmo esteja sempre atualizado frente a realidade da empresa. (TACHIZAWA, 2019, p. 328)

A partir deste estudo, tem-se como objetivo realizar um questionário a ser seguido para a análise dos programas de integridade das empresas listadas no segmento do Novo Mercado da B3 - levando em consideração os seguintes termos: se possui ou não um programa de integridade (ou seja, se o mesmo está disponível no site de forma transparente), se esse programa cita ou aborda de alguma forma o meio ambiente natural, se há a preocupação em se divulgar um relatório de sustentabilidade periodicamente, além de ser importante ressaltar qual a área de atuação da empresa e risco de sua atividade para o meio ambiente. Por fim, deve-se observar, também, se a empresa possui certificações ou prêmios que demonstrem a sua preocupação com o meio ambiente, como o exemplo da Natura, utilizado neste estudo¹⁵.

Dessa maneira, a finalidade do questionário é sondar os programas de integridade e avaliar aqueles que são exemplos no que tange a desenvolvimento sustentável e preservação ambiental e aqueles que carecem de tais previsões.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste estudo foi abordado o programa de integridade como norte a ser seguido pelas empresas do Novo Mercado para diminuição de seus custos de transação, para uma maior competitividade no mercado, assim como maior confiabilidade dos *stakeholders* e transparência - com enfoque especial ao desenvolvimento sustentável. Com o objetivo de demonstrar a imprescindibilidade da aplicação do *compliance* a fim de se alcançar a governança corporativa pautada em deveres de conduta éticos, prezando-se por uma gestão pautada, também, na preservação ambiental.

Para alavancar essa competitividade surge o *compliance* de sustentabilidade diante das necessidades atuais de se buscar maior proteção ambiental por parte das atividades empresariais. Deve-se observar que os programas de integridade não podem ser somente

¹⁵ vide item 2.

de “fachada”. Devem ser efetivos, demonstrando resultados substanciais para a devida valorização da empresa no mercado aliada ao desenvolvimento sustentável - tema de extrema relevância para a realidade socioambiental atual do planeta.

Assim, concluiu-se, até o presente momento, que um programa de integridade pautado na sustentabilidade e bem estruturado será capaz de produzir melhores resultados perante o mercado. Ressalta-se que cada empresa impacta o meio ambiente de uma forma, devendo cada pessoa jurídica estabelecer tais programas de acordo com a sua área de atuação.

Além disso, notou-se que a autorregulação, não só pode, como tem se mostrado uma maneira efetiva para que seja garantido o cumprimento das normas legais e desenvolvimento de uma mudança na cultura empresarial.

A preocupação com a postura ambiental adequada deve refletir, não só, na maximização dos lucros e no estrito cumprimento do dever legal, mas também preocupações sob a perspectiva da preservação ambiental. Nesse sentido, o *compliance* é um mecanismo a ser explorado no âmbito autorregulatório visto à sua maior efetividade, em comparação à heterorregulação, para fiscalizar as demandas das atividades empresariais. Dessa maneira, a autorregulação situa-se como uma aliada ao Poder Público para a garantia do interesse social.

Por fim, as empresas devem se preocupar com o *enforcement* dos seus programas de integridade, ou seja, se os padrões de conduta estabelecidos estão sendo respeitados e se os programas de integridade visam a preservação do meio ambiente natural - a depender da área de atuação da empresa. O questionário, dessa forma, servirá para realizar uma pesquisa empírica sobre os resultados de cada sociedade e avaliar se está havendo mudança de comportamento no que tange à preservação ambiental.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; PINHEIRO, Caroline da Rosa. **O papel da CVM e da B3 na implantação e delimitação do programa de integridade (compliance) no Brasil**. Revista Brasileira de Direito Empresarial | e-ISSN: 2526-0235 | Brasília | v. 3 | n. 1 | p. 40 – 60 | Jan/Jun. 2017.

ATHAYDE, Amanda; FRAZÃO, Ana. **Leniência, Compliance, e o paradoxo do ovo ou da galinha: do compliance como instrumento de autorregulação empresarial**. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BRASIL. LEI Nº 6.938, DE 31 DE AGOSTO DE 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras

providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em: 31 mar 2019.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 30 mar 2019

_____. **Lei nº 7.805, de 18 de julho de 1989**. Altera o Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967, cria o regime de permissão de lavra garimpeira, extingue o regime de matrícula, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7805.htm>. Acesso em: 31 mar 2019.

_____. **Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997**. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19433.htm>. Acesso em: 31 mar 2019.

_____. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm>. Acesso em: 31 mar 2019.

_____. **Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010**. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm>. Acesso em: 31 mar 2019.

_____. **Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012**. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm>. Acesso em: 31 mar 2019.

_____. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 30 mar 2019.

_____. Decreto no 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a **Lei no 12.846, de 1º de agosto de 2013**, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas

pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em: 10 jun 2019.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO (CMMAD). **Nosso futuro comum**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO (CGU). **Programa de integridade: diretrizes para empresas privadas**. Brasília, DF: CGU, set./2015. Disponível em <<https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>>. Acesso em 30 set 2019.

DONAGGIO, Angela Rita Franco. **GOVERNANÇA CORPORATIVA E NOVO MERCADO: proteção ao investidor e falhas no marco regulatório**. Ed: Saraiva, 2012.

EDINGER, Carlos. **PROGRAMAS DE INTEGRIDADE ANTICORRUPÇÃO: AUTONOMIA E HETERONOMIA**. Anti-corruption compliance programs: autonomy and heteronomy. Revista dos Tribunais | vol. 977/2017 | p. 267 - 285 | Mar / 2017, DTR\2017\435.

FIGUEIREDO, Rudá Santos. **Direito de intervenção e lei 12.846/2013: a adoção do compliance como excludente de responsabilidade**. 2015. 229 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015, p. 117. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/17475/1/Dissertacao%20rud%C3%A1%20figueiredo.pdf>>. Acesso em: 10 jun 2019.

FRAZÃO, Ana; MEDEIROS, Ana Rafaela Martinez. **Desafios para a efetividade dos programas de compliance**. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

GÓIS, Veruska Sayonara de. **A Lei de Compliance e sua Configuração Enquanto Política Pública Regulatória para o Setor Privado Brasileiro**. Revista Controle: Doutrinas e artigos, ISSN-e 2525-3387, ISSN 1980-086X, Vol. 12, Nº. 2, 2014, págs. 98-117.

GOMES, M., Ribeiro Oliveira, W. (2017). **A EFETIVAÇÃO DO COMPLIANCE AMBIENTAL DIANTE DA MOTIVAÇÃO DAS CERTIFICAÇÕES BRASILEIRAS**. Revista de Direito da Faculdade Guanambi. 4. 187. 10.29293/rdfg.v4i01.143. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/323352329_A_EFETIVACAO_DO_COMPLIANCE_AMBIENTAL_DIANTE_DA_MOTIVACAO_DAS_CERTIFICACOES_BRASILEIRAS>. Acesso em: 5 mai 2019.

ISO. International Organization for Standardization. **NBR ISO 14.001: Sistemas de gestão ambiental – Diretrizes gerais sobre princípios, sistemas e técnicas de apoio.** Rio de Janeiro: ABNT, 1996a. Disponível em: <<https://www.ipen.br/biblioteca/slr/cel/N3127.pdf>>. Acesso em: 16 jun 2019.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; CUNHA, Matheus Lourenço Rodrigues da. **Compliance: de instrumento de sustentabilidade empresarial a mitigador de violação a direitos humanos fundamentais.** Compliance: from instrument of business sustainability to mitigator of violation to human basic rights. Revista Jurídica UNIGRAN. Dourados, MS | v. 20 | n. 39 | Jan./Jun. 2018. ISSN 2178-4396 (on-line) - ISSN 1516-7674 (impresso).

OLIVEIRA, Marcio Luis; COSTA, Beatriz Souza; PINTO E SILVA, Cristiana Maria Fortini. **O Instituto do Compliance ambiental no contexto da sociedade plurissistêmica.** Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 15, n. 33, p. 51-71, set./ dez. 2018. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1396>> . Acesso em: 17 jun 2019.

PAIVA TONON, Daniel Henrique. **Compliance programa interno de integridade de acordo com a legislação anticorrupção brasileira.** São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://arquivo.fmu.br/prodisc/mestradoadm/dhpt.pdf>>. Acesso em: 3 out 2019.

POUPART, J. et al. **A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos.** Petrópolis: Vozes, 2008. p. 295-316.

PINHEIRO, Caroline da Rosa. **Os impactos dos programas de integridade (compliance) sobre os deveres e responsabilidades dos acionistas controladores e administradores de companhia.** 2017. Tese (Doutorado) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. **Compliance e lei anticorrupção nas empresas.** Revista de informação legislativa, ano 52, número 205, jan./mar. 2015, 87-105. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p87.pdf> Acesso em: 30 set 2019.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Teoria crítico-estruturalista do direito comercial.** 1. ed - São Paulo: Marcial Pons, 2015.

SEGAL, Robert Lee. **COMPLIANCE AMBIENTAL NA GESTÃO EMPRESARIAL: distinções e conexões entre compliance e auditoria de conformidade legal.** Revista Eletrônica de Administração da Universidade Santa Úrsula. 2018. Disponível em: <<http://revistas.icesp.br/index.php/REASU/article/view/389>> Acesso em: 30 set 2019

TACHIZAWA, Takeshy. **Gestão ambiental e responsabilidade social corporativa: os paradigmas do novo contexto empresarial**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

TRENNEPOHL, Terence Dorneles. **Direito Ambiental Empresarial**. São Paulo: Saraiva, 2010.

EM BUSCA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO NORMATIVO PERDIDO O CASO DO DESCOMISSIONAMENTO DE BARRAGENS

Alexandre Jorge C. da Cunha Filho¹; Beatriz Sharon Bernardo dos Santos²

Resumo: A presente pesquisa analisa a Resolução nº 04, de 15 de fevereiro de 2019, e sua revogação pela Resolução nº13, de 08 de agosto de 2019, discutindo a justificativa para a aprovação de tais atos normativos em nosso ordenamento, em especial a partir do questionamento sobre a existência de procedimento administrativo prévio à sua elaboração. Ademais, busca compreender como será realizado o seu cumprimento no futuro pelas mineradoras.

Palavras –Chave: processo administrativo; devido processo legal; Resolução nº 4/2019 – ANM; desastre ambiental; barragens.

SEARCHING FOR THE LOST REGULATORY ADMINISTRATIVE DUE PROCESS THE CASE OF THE DAM DECOMMISSIONING

Abstrac: This paper examines Resolution No. 04 as of February 15, 2019, and its repeal by Resolution No. 13 as of August 8, 2019. We discuss the justification for the approval of such normative acts in our system, in particular the questionable existence of an administrative due process prior to its preparation. In addition, it seeks to understand how mining companies will comply to new regulation.

Keywords: administrative procedure; due process; Resolution nº 4/2019 - ANM; environmental disaster; Dams.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 estabelece competências para diferentes órgãos públicos, que envolvem tanto atribuições regulamentares como executivas.

¹ Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Professor na Escola Paulista da Magistratura. E-mail: alexandre@alexandrejunhafilho.com.br

² Bacharel em Direito pela Faculdades Metropolitanas Unidas. Advogada em São Paulo.

No contexto do desastre ambiental experimentado na cidade de Brumadinho, a Agência Nacional de Mineração (ANM) editou a resolução nº4, de 15 de fevereiro de 2019 como resposta à comoção popular decorrente do episódio, a qual estabeleceu data limite para o descomissionamento de todas as barragens do tipo daquela que ruiu em operação no território nacional.

O presente trabalho visa decifrar o caminho existente por trás da edição de tal ato normativo, bem como da resolução nº 13, de 08 de agosto de 2019, que meses após lhe revogou.

Em especial houve preocupação em saber se ocorreu a procedimentalização do respectivo iter de tomada de decisão, com participação da sociedade, a realização de estudos e estimativa de custo para as empresas cumprirem a obrigação que lhes fora determinada.

O cerne da pesquisa, ao buscar compreender os elementos que foram elevados em conta para a produção dos atos normativos sob exame, é lançar luzes sobre a importância do cumprimento de um devido processo no âmbito da competência regulamentar a cargo do Executivo, entendido este como instrumento apto a contribuir para a produção de um regramento de melhor qualidade, vocacionado a alcançar os fins a que se destina, respeitando os direitos e interesses dos administrados.

A abordagem terá início com uma análise sobre alguns conceitos usados nas referidas resoluções.

Em seguida compararemos os textos das duas resoluções, quais sejam, a revogada e a vigente, fazendo-se menção ao que se passou no curto período de tempo transcorrido entre as respectivas edições.

Por último se colocará em dúvida a viabilidade prática de cumprimento da disciplina prevista nesses regulamentos aprovados pela Administração, dado que provavelmente decorre da ausência de estudos aprofundados antes da sua imposição aos particulares.

Para nossa pesquisa nos valem tanto da análise de legislação, como de revisão bibliográfica e da obtenção de dados via canal eletrônico de acesso à informação.

A RESOLUÇÃO COMO ATO NORMATIVO. ALGUMAS NOÇÕES.

A resolução corresponde a um ato administrativo de natureza geral e abstrata, produzido por autoridade com competência para tanto, seja com o propósito de criar

condições para aplicação de legislação pré-existente³, seja vinculando, em nível inferior à lei, condutas de agentes públicos e privados com atuação submetida à regulação estatal.

Tal tipo de ato normativo é normalmente assinado pela autoridade máxima de determinado órgão ou entidade e, apesar de certa resistência de parte importante da nossa doutrina⁴, muitas vezes acaba por criar obrigações por força própria a serem adimplidas por seus destinatários⁵.

DO PROCESSO ADMINISTRATIVO NORMATIVO

Considerando os efeitos sensíveis que os regulamentos podem ter na esfera de liberdade individual, nos últimos anos alguns autores começaram a defender a necessidade de esses atos administrativos também se sujeitarem à observância de um devido processo antes da sua edição⁶, seja em cumprimento a uma ideia de *processualidade ampla* a envolver todo o exercício de Poder⁷, seja em atendimento dos comandos previstos nos arts. 5º LIV⁸ e LV⁹ da Constituição.

Na linha das críticas que passaram a ser feitas ao desempenho da competência regulamentar conferida aos órgãos públicos, alterações legislativas recentes vieram a

³ Esses são os famosos regulamentos a serem editados para a fiel execução da lei, competência expressamente prevista no inciso IV do art. 84 da Constituição, cujo teor é o seguinte: “art. 84 - *Compete privativamente ao Presidente da República: (...)IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução*”. (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>, acesso em 10/10/19). Conferindo apenas esse sentido ao regulamento no Direito Brasileiro, em especial considerando o quanto previsto no art. 2º, II da Carta Política (*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*), é a lição de MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 30. ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 348 e ss.

⁴ “*Só a lei inova, em caráter inicial, à ordem jurídica*” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 30. ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 348).

⁵ Nesse sentido ver CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. Lei e regulamento: apontamentos sobre o caráter inovador inerente a todas as formas de manifestação do poder normativo estatal. *BDA – Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo: NDJ, ano 31, n. 7, 2015. Para uma crítica à versão tradicional existente sobre o papel dos regulamentos em nosso sistema jurídico, propugnando uma maior colaboração entre Executivo e Legislativo na elaboração dos atos normativos que irão estabelecer direitos e obrigações aos cidadãos, ver CYRINO, André. *Delegações legislativas, regulamentos e administração pública*, Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 200 e ss.

⁶ A respeito confira-se VALENTE, Patricia Pessôa. *Análise de impacto regulatório*, Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 32 e ss.; PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atividade normativa da administração pública – estudo do processo administrativo normativo* – Tese de Doutorado – São Paulo: Fadusp, 2014, p. 351 e ss..

⁷ Sobre o ponto, ver, por todos, MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*, 2. ed., São Paulo: RT, 2008, p. 44 e ss. Para uma defesa do procedimento como novo elemento central do Direito Administrativo em substituição à noção de ato administrativo, ver SILVA, Vasco Manuel P. D. P. da. *Em busca do ato administrativo perdido*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 301 e ss.

⁸ Art. 5º, LIV da CR – “*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*” (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>, acesso em 10/10/19)

⁹ Art. 5º, LV da CR – “*LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*” (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>, acesso em 10/10/19).

positivar o dever de formalização de um processo administrativo como etapa prévia à aprovação de um ato administrativo normativo.

Dessa forma, o processo, servindo de instrumento tanto para uma regulação administrativa mais eficiente, como para a concretização do direito à participação popular no bojo gestão pública¹⁰, passou a constar como obrigação a cargo do agente com atribuição de expedir regulamentos e, portanto, resoluções (como espécie daqueles).

Isso é o que consta, a título ilustrativo, do artigo 29 da LINDB, que prevê:

Art. 29. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão.

§ 1º A convocação conterà a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018¹¹)

Não bastasse a LINDB, que em seus arts. 20¹² e 21¹³ ainda trouxe a obrigação de um maior ônus de motivação no que diz respeito a qualquer decisão administrativa que possa ter efeitos deletérios na realidade¹⁴, a Lei das Agências Reguladoras (Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019) e a da Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874, de 20 de Setembro de 2019)

¹⁰ Sobre as possíveis funções a serem desempenhadas pelo processo administrativo no exercício da função estatal, ver MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*, 2. ed., São Paulo: RT, 2008, p. 65 e ss.

¹¹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm, acesso em 10/10/19. Para um comentário sobre o dispositivo sob a perspectiva de fortalecimento da ideia de um devido processo regulamentar entre nós, ver ALMEIDA, Thomas A. F. de. Devido processo regulamentar in CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da.; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.). *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – anotada*, v. II, p. 468-475, São Paulo: Quartier Latin, 2019.

¹² Art. 20. *Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas*” (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)(http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm, acesso em 10/10/19).

¹³ Art. 21. *A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas. Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos*” (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)(http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm, acesso em 10/10/19).

¹⁴ A respeito, ver MEDAUAR, Odete. Comentário ao art. 20 da LINDB in CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da.; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.). *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – anotada*, v. II, p. 63-68, São Paulo: Quartier Latin, 2019; FREITAS, Rafael Vêras de. Aspectos gerais do art. 21 da LINDB in CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da.; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.). *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – anotada*, v. II, p. 139-145, São Paulo: Quartier Latin, 2019; RIBEIRO, Leonardo C. Comentários gerais ao art. 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB in CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da.; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.). *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – anotada*, v. II, p. 145-149, São Paulo: Quartier Latin, 2019; LAURENTTIS, Lucas C. Comentário ao art. 21 da LINDB in CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da.; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.). *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – anotada*, v. II, p. 150-154, São Paulo: Quartier Latin, 2019.

passaram a prever expressamente a necessidade de realização de estudo de impacto antes da edição de atos regulamentares (vide, respectivamente, o teor dos seus arts. 6^o¹⁵ e 5^o¹⁶).

BARRAGENS

A Lei 12.334/10 institui a Política Nacional de Segurança de Barragens – PNSB, a qual é aplicada a barragens destinadas à acumulação de água para quaisquer usos, à disposição final ou temporária de rejeitos e à acumulação de resíduos industriais (art. 1).

Importante ressaltar que ela criou o Sistema Nacional de Informações sobre Segurança de Barragens – SINISB, sendo que a PNSB determina que as entidades da Administração Pública deverão fiscalizar as barragens que apresentem pelo menos uma das seguintes características:

- a) Que possuam altura do maciço, contada do ponto mais baixo da fundação à crista, maior ou igual a 15m (quinze metros);
 - b) Que possuam capacidade total do reservatório maior ou igual a 3.000.000m³ (três milhões de metros cúbicos);
 - c) Que possuam em seu reservatório resíduos perigosos;
 - d) Que possuam dano potencial associado, médio ou alto, em termos econômicos, sociais, ambientais ou de perda de vidas humanas.¹⁷
- **Barragens:** qualquer estrutura em um curso permanente ou temporário de água para fins de contenção ou acumulação de substâncias líquidas ou de misturas de líquidos e sólidos, compreendendo o barramento e as estruturas associadas (artigo 2º da lei 12.334/10¹⁸). Elas podem ter diversos usos, tanto para geração de energia hidroeétrica

¹⁵ Art. 6º A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo (...) (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13848.htm>, acesso em 10/10/19).

¹⁶ Art. 5º As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico. Parágrafo único. Regulamento disporá sobre a data de início da exigência de que trata o caput deste artigo e sobre o conteúdo, a metodologia da análise de impacto regulatório, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória sua realização e as hipóteses em que poderá ser dispensada (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm>, acesso em 10/10/19).

¹⁷ Parágrafo único do art. 1º da Lei nº 12.334/2010. Teor pode ser conferido em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12334.htm>, acesso em 11/10/19. Sobre o tema, ver Perguntas e Respostas sobre Barragens de Mineração e o caso de Brumadinho. Disponível em: <<http://www.anm.gov.br/assuntos/barragens/perguntas-e-respostas-sobre-barragens-de-mineracao-e-o-caso-de-brumadinho>> Acesso em: 20/09/2019.

¹⁸ Art. 2º “Para os efeitos desta Lei, são estabelecidas as seguintes definições: I - barragem: qualquer estrutura em um curso permanente ou temporário de água para fins de contenção ou acumulação de substâncias líquidas ou de misturas de líquidos e sólidos, compreendendo o barramento e as estruturas associadas” (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12334.htm>, acesso em 11/10/19).

como para abastecimento de comunidades.

Métodos de alteamento das barragens de mineração

Há três métodos para o alteamento das barragens para contenção de rejeitos de mineração, a saber: método a montante, método a jusante e método da linha de centro. A diferença de cada método está no deslocamento do eixo da barragem durante seus alteamentos constantes.



Fonte: Vale¹⁹

Barragem pelo método a montante

Esse método é o mais antigo e o mais utilizado pelos empreendedores. Os alteamentos contínuos são realizados sobre materiais anteriormente depositados, mas não consolidados.

Em vista disso, é um dos métodos mais perigosos para a segurança, pois na circunstância de ter muita água no rejeito e alta compactação faz com que ele se dilua e aumenta a sua velocidade para o escoamento.

Barragem pelo método a jusante

Os alteamentos decorrentes ao dique de partida são feitos para a direção da corrente de água, até alcançar a cota do projeto.

Cabe ressaltar que há possibilidade de construir todo o alteamento da barragem com o mesmo material do dique de partida. Nesse método, cada alteamento é estruturalmente independente da disposição do rejeito o que garante a melhoria da estrutura.

Barragem pelo método da linha de centro

Nesse método os rejeitos são lançados a partir da crista do dique de partida. Os alteamentos são realizados com diques sucessivos, todavia mantém o eixo de simetria da barragem constante.

¹⁹ Disponível em: <<http://www.itv.org/linha-de-pesquisa/tecnologia-de-barragens-e-disposicao-de-rejeitos/>>, acesso em 11/10/19. A definição dos referidos métodos ainda pode se encontrada em <<http://www.anm.gov.br/assuntos/barragens/resolucao-no-4-de-15-de-fevereiro-de-2019>>, acesso em 11/10/19.

Este método é considerado o mais seguro para a construção de barragens de rejeitos.

DESCOMISSIONAMENTO x DESCARACTERIZAÇÃO

- **Descomissionamento:** esse processo, que nunca teria sido realizado no Brasil, consiste no desmanche total da estrutura. Aqui é realizada a drenagem da estrutura e todos os rejeitos retirados do local, ou seja, a barragem passa a não existir mais²⁰.
- **Descaracterização:** esse processo consiste na drenagem da barragem e no plantio de vegetação no local, prática que também é novidade para as mineradoras do país. Sem grande rigor a estrutura passa a ser uma montanha de rejeitos, pois deixa de ser uma barragem. E assim saem da lista de monitoramento de segurança, mesmo sem ter convicção de sua estabilidade.

Conforme se observa dos conceitos acima, tem-se que descomissionar e descaracterizar são processos diferentes para desativação de uma barragem.

RESOLUÇÃO N° 04, DE 15 DE FEVEREIRO DE 2019 (E CONSULTA PÚBLICA SUBSEQUENTE)

A Carta Magna traz, em seu art. 225, *caput*, a garantia de que todos possuem o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e que é dever de todos preservá-lo²¹. Ainda prevê o referido dispositivo, no seu parágrafo 2º: *“aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei²²”*.

Neste cenário, após o rompimento das barragens de Mariana e Brumadinho a Agência Nacional de Mineração (ANM)²³, em meio à enorme comoção popular advinda da tragédia humana e ambiental de gravíssimas proporções, editou a Resolução nº 04 de

²⁰ Segundo o art. 16 da Resolução nº 4 de 2019 da Agência Nacional de Mineração-ANM, que alterou a Portaria DNPM nº 70.389, de 17 de maio de 2017, descomissionamento significa *“encerramento das operações com a remoção das infraestruturas associadas, exceto aquelas destinadas à garantia da segurança da estrutura”*(Disponível em: <<http://www.anm.gov.br/assuntos/barragens/resolucao-no-4-de-15-de-fevereiro-de-2019>>, acesso em 11/10/19).

²¹ Art. 225 da CR – *“Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”*(Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>, acesso em 11/10/19).

²² Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>, acesso em 11/10/19.

²³ A ANM tem como objetivo fiscalizar a pesquisa e a lavra para o aproveitamento mineral, assim como as estruturas resultantes destas atividades. Ocorre que com a promulgação da Lei nº 12.334, de 20 de setembro de 2010, que estabeleceu a Política Nacional de Segurança de Barragens destinadas à acumulação de água para quaisquer usos, fez com que a ANM também assumisse a atribuição de fiscalizar a implementação dos Planos de Segurança das barragens de mineração a serem elaborados pelos empreendedores.

15 de fevereiro de 2019, com o propósito alto declarado de estabelecer “medidas regulatórias objetivando assegurar a estabilidade de barragens de mineração, notadamente aquelas construídas ou alteadas pelo método denominado ‘a montante’ ou por método declarado como desconhecido”²⁴(art. 1).

Dentre as medidas previstas com tal objetivo, além de proibir a construção de novas barragens pelo método a montante (art. 2), o ato normativo estabeleceu 15 de fevereiro 2021 como prazo máximo para o descomissionamento ou descaracterização desse tipo de estrutura (art. 9²⁵), considerada a de maior risco para a população²⁶.

No mesmo dia em que publicado no diário oficial, o ato normativo foi submetido à consulta pública²⁷, procedimento no qual foram recebidas 281 contribuições pelo canal de diálogo aberto ao cidadão²⁸.

As manifestações do público foram organizadas, de modo bastante didático, em planilha de Excel e disponibilizadas no site da ANM sob o título RAC- Relatório de Avaliação das Contribuições recebidas da Consulta Pública nº 001/2019.

²⁴ Disponível em: <<http://www.anm.gov.br/assuntos/barragens/resolucao-no-4-de-15-de-fevereiro-de-2019>>, acesso em 11/10/19.

²⁵ “Art. 9º As barragens de mineração alteadas pelo método a montante ou desconhecido que estejam em operação na data de entrada em vigor desta Resolução poderão permanecer ativas até 15 de setembro de 2020, desde que o projeto técnico executivo referido no inciso I do art. 8º garanta expressamente a segurança das operações e a estabilidade da estrutura, inclusive enquanto as obras e ações nele previstas são executadas. §1º Excepcionalmente, poderá ser admitido o funcionamento destas barragens até 15 de setembro de 2021, desde que tenham sido concluídas as obras de reforço ou a construção de nova estrutura de contenção a jusante dentro do prazo estabelecido no inciso II do art. 8º e desde que atendidos todos requisitos técnicos determinados pelo projetista. §2º Este artigo não se aplica às barragens de mineração em situação operacional inativa na data de entrada em vigor desta Resolução, as quais deverão ser obrigatoriamente descaracterizadas nos termos do art. 8º. §3º O não atendimento ao disposto neste artigo, implicará na interdição da barragem de mineração até que se cumpra os prazos e requisitos dispostos”(Disponível em: <<http://www.anm.gov.br/assuntos/barragens/resolucao-no-4-de-15-de-fevereiro-de-2019>>, acesso em 14/10/19).

²⁶ Fazendo tal avaliação, no contexto do Decreto estadual de nº 46.993/16 que, em Minas Gerais, após o desastre de Mariana mas antes do de Brumadinho, suspendeu processos de licenciamento de novas barragens construídas pelo método a montante, ver PASSINI, Matheus L.; THOMÉ, Romeu. Barragens de rejeitos de mineração: características do método de alteamento para montante que fundamentaram a suspensão de sua utilização em Minas Gerais in BÔAS, Regina V. Villas; REMÉDIO JR., José Ângelo; VILHENA, Marlene S (org.). *Contemporaneidade do direito ambiental e do direito minerário em debate*, p. 307-325, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 317.

²⁷ Disponível em: <http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/63799094/doi-2019-02-18-resolucao-n-4-de-15-de-fevereiro-de-2019-63799056>, acesso em 14/10/19. Os objetivos declarados da consulta, aberta com prazo de 30 dias como anexo à resolução sob exame, foram os seguintes: “1.1 Obter subsídios e informações adicionais sobre a resolução. 1.2 Propiciar aos agentes econômicos e aos demais interessados a possibilidade de encaminhamento de opiniões e sugestões. 1.3 Identificar, da forma mais ampla possível, todos os aspectos relevantes à matéria objeto da audiência pública. 1.4 Dar publicidade, transparência e legitimidade às ações da ANM”. Note-se que a providência em tela é vocacionada a atender, ainda que de modo diferido, ao quanto previsto no art. 12 da Lei nº 13.575/2017: “os atos normativos da ANM que afetarem, de forma substancial e direta, direitos de agentes econômicos do setor de mineração deverão ser acompanhados da exposição formal dos motivos que os justifiquem e ser submetidos a consulta ou a audiência pública”(Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13575.htm>, acesso em 16/10/19).

²⁸ Disponível em: <<http://www.anm.gov.br/assuntos/barragens/resultados-consulta-publica-resolucao-04-2019-para-criacao-da-resolucao-no-13-2019>>, acesso em 14/10/19.

No documento podem ser facilmente identificadas as seguintes informações relativas ao conteúdo da participação e à avaliação feita a respeito pelos técnicos da agência: artigo comentado, fonte, contato, teor da contribuição e sua justificativa, seu aproveitamento ou não (com sinalização nas cores verde, amarelo e vermelho) pela consulente, acompanhado do comentário a fundamentar tal decisão.

Da análise do material, verifica-se que os prazos estipulados pela resolução, em especial o previsto para a descaracterização e o descomissionamento das barragens, mereceu intensa crítica por parte dos intervenientes.

Ficou evidente que parte considerável dos colaboradores consideraram que a obrigação estabelecida seria inexecutável, seja por não existirem dados bastantes quanto à facticidade da drástica imposição feita, seja pelo risco que uma ação não devidamente refletida poderia representar à própria segurança de tais estruturas.

No limite, afirmou-se que o açoitamento exigido poderia levar a novos acidentes.

Tal dado motivou a sugestão para que a ANM não estabelecesse um prazo tão curto para obras de tamanha envergadura.

Como resposta, a ANM entendeu que deveria fixar prazos mensuráveis em seu normativo, em consonância com as razões apontadas para a edição da disciplina sob exame:

A DIRETORIA COLEGIADA DA AGÊNCIA NACIONAL DE MINERAÇÃO - ANM, no uso das atribuições que lhe conferem os arts. 2º, 11 e 13 da Lei nº 13.575, de 26 de dezembro de 2017, e os arts. 2º e 9º da Estrutura Regimental da ANM, aprovada pelo Decreto nº 9.587, de 27 de novembro de 2018, e pela Resolução nº 2, de 12 de dezembro de 2018, Considerando o histórico recente de rompimentos de barragens de mineração, notadamente da Barragem B1 da Mina Retiro do Sapecado, em 10 de setembro de 2014, localizada no Município de Itabirito, Estado de Minas Gerais; da Barragem de Fundão da Mina Germano, em 5 de novembro de 2015, localizada no município de Mariana, Estado de Minas Gerais; e da Barragem B1, da mina Córrego do Feijão, em 25 de janeiro de 2019, no município de Brumadinho, Estado de Minas Gerais; Considerando que todos os episódios recentes de rompimento envolveram barragens de rejeitos construídas e alteadas pelo método construtivo "a montante", cuja eficiência e segurança são controversas; Considerando que, de acordo com o banco de dados da ANM, existem atualmente oitenta e quatro barragens de mineração construídas ou alteadas pelo método "a montante" ou por método declarado como desconhecido na Política Nacional de Segurança de Barragens - PNSB; Considerando B4:K277 que, de acordo com o banco de dados da ANM, existem 218 barragens de mineração classificadas como de alto dano potencial associado, ou seja, dano que pode ocorrer devido ao rompimento ou mau funcionamento de uma barragem, independentemente da sua probabilidade de ocorrência, com possibilidade de perda de vidas humanas e sérios danos sociais, econômicos e ambientais;

Considerando que os argumentos constantes da Nota Técnica nº 05/2019 - GSBM/SPM/ANM-ESGJ/LPN evidenciam a necessidade de adoção imediata, pela ANM, de medidas reguladoras cautelares, dotadas de auto-executoriedade, com vistas a reduzir risco real de novos incidentes de rompimento de barragem e a prevenir danos severos (princípios da precaução e da prevenção);
Considerando que o art. 45 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, estabelece que "em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado.";
Considerando que o inciso XI do art. 2º da Lei nº 13.575, de 2017, estabelece competir à ANM "fiscalizar a atividade de mineração, podendo realizar vistorias, notificar, autuar infratores, adotar medidas acautelatórias como de interdição e paralisação, impor as sanções cabíveis, firmar termo de ajustamento de conduta, constituir e cobrar os créditos delas decorrentes, bem como comunicar aos órgãos competentes a eventual ocorrência de infração, quando for o caso";
Considerando que os desafios ligados simultaneamente à proteção dos recursos naturais e à manutenção da incolumidade física, psicológica e da qualidade de vida das populações estão associados à implementação de normas que assegurem a adoção de um modelo de desenvolvimento em bases sustentáveis (...)²⁹

Assim, à vista dos motivos expostos, o prazo inicialmente previsto para o descomissionamento ou descaracterização das barragens continuou sendo o mesmo.

Cabe mencionar que a agência, ao recomendar que a resolução fosse publicada de forma imediata, ressaltou que tal ato normativo deveria ser "possível e viável juridicamente".

Todavia, como o prazo estipulado para desativação das barragens permaneceu sendo 2021, subsistiram as dúvidas quanto à viabilidade da meta traçada.

EM BUSCA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

A Nota Técnica nº 05/2019 – GSBM/SPM/ANM-LPN/ESGJ – (Referência: Processo SEI nº 48051.000222/2019-71)³⁰ trouxe elementos técnicos para a elaboração da Resolução nº 4/2019 da ANM.

Ela apresentou um histórico do tema sobre segurança de barragens e explicitou ações tomadas pelo Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) desde a

²⁹Disponível em: <<http://www.anm.gov.br/noticias/nota-explicativa-sobre-tema-de-seguranca-de-barragens-focado-nas-barragens-construidas-ou-alteadas-pelo-metodo-a-montante-alem-de-outras-especificidades-referentes/minuta-resolucao-anm-alteamento-a-montante-final>>, acesso em 15/10/19.

³⁰ GERÊNCIA DE SEGURANÇA DE BARRAGENS DE MINERAÇÃO – GSBM SUPERINTENDÊNCIA DE PRODUÇÃO MINERAL - SPM NOTA TÉCNICA nº 05/2019 – GSBM/SPM/ANM-LPN/ESGJ. Processo SEI nº 48051.000222/2019-71. Disponível em: <http://www.anm.gov.br/noticias/nota-explicativa-sobre-tema-de-seguranca-de-barragens-focado-nas-barragens-construidas-ou-alteadas-pelo-metodo-a-montante-alem-de-outras-especificidades-referentes/nota_tecnica-n-05_2019_resolucao_anm_barragens_montante.pdf> Acesso em: 20/09/2019.

promulgação da Lei nº 12.334/2010³¹, como a adoção de medidas para o aperfeiçoamento dos instrumentos de gestão e fiscalização da segurança dessas estruturas, inclusive após o desastre ocorrido em Mariana³².

À vista do rompimento da barragem de Brumadinho, considerando a insuficiência da atuação estatal para prevenir tragédias análogas, a ANM justificou a necessidade de nova disciplina para o funcionamento de tais estruturas, banindo-se o método de construção a montante, tido como mais barato para o empreendedor e menos seguro para a população e meio ambiente³³.

³¹Disponível em: <http://www.anm.gov.br/noticias/nota-explicativa-sobre-tema-de-seguranca-de-barragens-focado-nas-barragens-construidas-ou-alteadas-pelo-metodo-a-montante-alem-de-outras-especificidades-referentes/nota_tecnica-n-05_2019_resolucao_anm_barragens_montante.pdf>, acesso em 15/10/19, p. 1-4. O DNPM, vale referir, antecedeu a criação da ANM e fora sucedido pela agência (Disponível em: <<http://www.anm.gov.br/noticias/nota-explicativa-sobre-tema-de-seguranca-de-barragens-focado-nas-barragens-construidas-ou-alteadas-pelo-metodo-a-montante-alem-de-outras-especificidades-referentes>>, acesso em 15/10/19).

³² Eis as iniciativas descritas na nota técnica: “a) aumento das inspeções de campo nas estruturas remanescentes no Complexo de Germano; b) aumento das inspeções in loco, nas demais 220 barragens inseridas na PNSB no Estado de Minas Gerais e aquelas outras no restante do Brasil, objetivando a verificação do estado de conservação das estruturas por diferentes parâmetros técnicos, bem como a classificação de tais barragens segundo as normas vigentes (esta medida está detalhada no Anexo I desta Nota Técnica); c) atualização do cadastro nacional de barragens de mineração e de sua classificação quanto ao risco e dano potencial associado; d) treinamento de técnicos do DNPM para reforço da equipe de fiscalização de segurança de barragem da autarquia e remanejamento de força de trabalho para atuação prioritária no assunto; e) Promoção de reuniões técnicas e eventos com especialistas, com empresas de tecnologia de monitoramento das estruturas, com auditores e com empresas mineradoras; realização de revisões de atos normativos do DNPM, inclusive para implantação de novas tecnologias de monitoramento das estruturas e de alarmes para situações emergenciais, bem como o desenvolvimento e implementação do Sistema Integrado de Gerenciamento da Segurança de Barragens de Mineração (SIGBM), concebido para receber, dentre outras funcionalidades, os dados das inspeções quinzenais das estruturas realizadas pelos empreendedores, proprietários das estruturas de disposição de rejeitos (estas medidas estão detalhada no Anexo II desta Nota Técnica); e f) criação de setor específico para fiscalização de barragens de rejeito, no âmbito da estrutura da nova Agência Nacional de Mineração” (Disponível em: <http://www.anm.gov.br/noticias/nota-explicativa-sobre-tema-de-seguranca-de-barragens-focado-nas-barragens-construidas-ou-alteadas-pelo-metodo-a-montante-alem-de-outras-especificidades-referentes/nota_tecnica-n-05_2019_resolucao_anm_barragens_montante.pdf>, p. 4, acesso em 15/10/19). Para um ensaio sobre responsabilização por dano ambiental decorrente do episódio, em especial no que se refere à omissão/negligência de diversos órgãos públicos a quem incumbia o dever de agir para evitar um risco de tal magnitude, ver BÔAS, Regina Vera Villas; SOUZA, Karla K. Harada. Tutela do direito fundamental ao meio ambiente no caso dos danos causados por atividade minerária in BÔAS, Regina V. Villas; REMÉDIO JR., José Ângelo; VILHENA, Marlene S (org.). Contemporaneidade do direito ambiental e do direito minerário em debate, p. 355-389, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, em especial p. 381 e ss.

³³ “O histórico de acidentes recentes em barragens de mineração (Herculano Mineração, Samarco Mineração, Mont Polley (Canadá) e Vale S.A.) mostra que o modelo construtivo a montante era uma opção para o setor, largamente adotado entre as décadas de 70 e 90, onde proporcionava a edificação de barragens com menor custo ao empreendedor. Contudo, constata-se que este método não pode mais ser tolerado na atualidade, uma vez que crescem os registros de acidentes relacionados a este método construtivo, bem como se observa que várias destas estruturas já ultrapassam algumas dezenas de anos de vida útil, além de terem sido alteadas ao longo dos anos, o que aumentou paulatinamente a carga de rejeitos em suas bacias” (Disponível em: <http://www.anm.gov.br/noticias/nota-explicativa-sobre-tema-de-seguranca-de-barragens-focado-nas-barragens-construidas-ou-alteadas-pelo-metodo-a-montante-alem-de-outras-especificidades-referentes/nota_tecnica-n-05_2019_resolucao_anm_barragens_montante.pdf>, p. 5, acesso em 15/10/19).

Na nota vieram dois anexos, um descrevendo o resultado de inspeções *in loco* realizadas em 224 barragens de mineração inseridas na Política Nacional de Segurança de Barragens relativa ao Estado de Minas Gerais e o outro sobre revisões normativas adotadas e a construção do Sistema Integrado de Segurança de Barragens de Mineração – SIGBM.

Buscando saber se houve algum estudo específico a fundamentar os prazos exíguos estipulados no ato normativo sob exame, lançamos mão do e-SIC – Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão, por meio do qual nos foi informado que o Processo SEI referido na Nota Técnica nº 5/2019 é o suporte material pelo qual a agência tramita todos os seus documentos, não correspondendo a um processo administrativo autônomo em que se baseou as conclusões presentes em tal registro.

Ou seja, para se criar um arquivo, no caso a Nota Técnica nº 05/2019, faz-se necessário abrir um processo SEI.

Portanto nos foi esclarecido na ocasião que a Nota Técnica em destaque é o próprio processo SEI 48051.000222/2019-71.

Diante de tal quadro, chama a atenção de que no decorrer de toda a Nota Técnica não há nenhuma informação de como descomissionar ou descaracterizar as barragens ou mesmo alusão a casos de sucesso envolvendo esse tipo de intervenção.

Ademais, não se traz a estimativa de custos a serem arcados pelas empresas com as adaptações exigidas, dados sobre a repercussão econômica da nova política, nem menção a como se chegou ao prazo de 2021 para o encerramento das atividades visadas.

A ANM afirma que o método a montante é obsoleto, e que o SIGBM - Sistema de Gerenciamento de Barragens - demonstrou que estavam ocorrendo novas situações de alerta em barragens de mineração construídas por tal técnica.

No acesso ao e-SIC foi esclarecido que a Resolução nº 04 foi editada emergencialmente tendo em vista o desastre em Brumadinho; logo, esse foi o motivo de sua edição, de modo que se conclui pela inexistência de formalização de um processo administrativo prévio à expedição do ato normativo.

Em vez de realizar consulta pública e estudos de impacto antes da elaboração do regulamento, os técnicos especializados em barragens da ANM, verificando o caráter

emergencial da situação, declararam a urgência em se ter uma nova resolução sobre o tema, apresentando para tanto alguns esclarecimentos na Nota Explicativa – 15/02/2019³⁴.

RESOLUÇÃO Nº 13 DE 08 DE AGOSTO DE 2019

Como previsível à vista dos poucos elementos técnicos em que se fundou a regulamentação sob exame, em especial no que se refere ao prazo para desativação das barragens a montante, após poucos meses a ANM editou uma nova resolução, qual seja, Resolução nº13, de 08 de agosto de 2019, que revogou a de nº 4, de 15 de fevereiro de 2019 (vide art. 19).

Para a elaboração desse novo ato normativo levou-se em conta as contribuições recebidas por ocasião da consulta pública aberta quando da publicação do regramento anterior, dado que naturalmente favoreceu a construção de um texto com maior consistência do que aquele que vigia até então.

A minuta respectiva foi submetida à deliberação da Diretoria Colegiada na ANM, que só então aprovou novo regulamento.

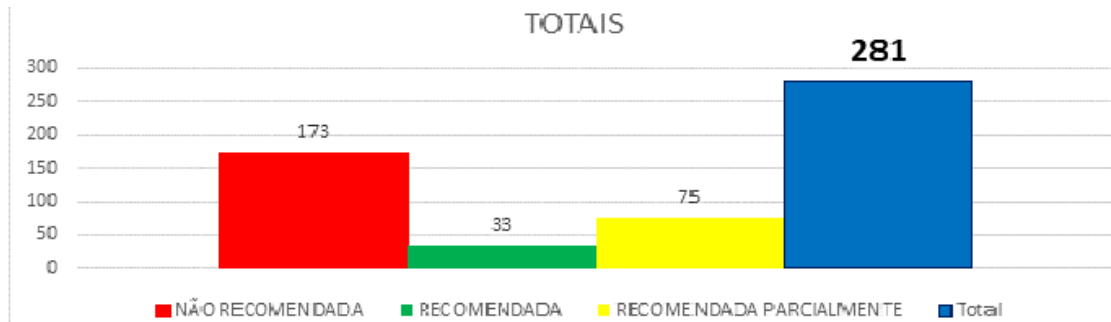
As contribuições foram classificadas pela agência estaticamente da seguinte forma:

- Recomendadas, quando integralmente acatadas pelos membros do GT, que corresponderam a 12% das contribuições recebidas;
- Parcialmente recomendadas quando apenas parte da proposta foi aceita pelos membros do GT, que corresponderam a 27% das contribuições recebidas; ou,
- Não recomendadas, quando a integralidade da contribuição não teve aproveitamento no texto da resolução, correspondente a 61% das contribuições recebidas.³⁵

³⁴ NOTA EXPLICATIVA - 15/02/2019: segurança de barragens focada nas barragens construídas ou alteadas pelo método a montante, além de outras especificidades referentes. Disponível em: <<http://www.anm.gov.br/noticias/nota-explicativa-sobre-tema-de-seguranca-de-barragens-focado-nas-barragens-construidas-ou-alteadas-pelo-metodo-a-montante-alem-de-outras-especificidades-referentes>> Acesso em: 20/09/2019. Destacamos passagem do documento: “Entendemos também que a publicação dessa resolução deva ser imediata, desde que possível e viável juridicamente. A sensibilidade do tema e a existência de cerca de 84 barragens construídas a montante ou com método construtivo desconhecido na PNSB, onde destas, 43 são classificadas como de alto dano potencial, ressaltam essa urgência. Todas essas barragens terão até 15 de agosto de 2021 para concluir o descomissionamento ou a descaracterização da barragem”.

³⁵ Resultados consulta pública Resolução 04/2019 para criação da Resolução nº 13/2019. Disponível em: <<http://www.anm.gov.br/assuntos/barragens/resultados-consulta-publica-resolucao-04-2019-para-criacao-da-resolucao-no-13-2019>> Acesso em: 20/09/2019.

Gráfico 1 – Resultados da Consulta Pública
 TOTAIS



Fonte: Agência Nacional de Mineração³⁶

Assim o resultado da consulta pública culminou na Resolução n°13, que trouxe prazos maiores para descaracterização de barragens a montante e a obrigação de monitoramento automático em tempo real e integral as demais barragens incluídas no texto normativo (arts. 6º, 7º e 8º³⁷).

A figura abaixo demonstra as mudanças que a nova resolução trouxe:

Figura 3 – Mudanças trazidas pela nova norma

Item	Resolução 04/2019	Resolução 13/2019
Projeto	15/08/2019	15/12/2019
Reforço ou nova barragem a jusante	15/02/2020	15/09/2021
Descaracterização	volume ≤ 12 milhões de m ³	15/08/2021
	Volume entre 12 milhões e 30 milhões de m ³	15/08/2021
		15/09/2022
		15/09/2025

Fonte: Agência Nacional de Mineração³⁸

O próprio diretor da ANM, Eduardo Leão, declarou que o prazo para descomissionar e descaracterizar as barragens da “antiga” resolução não poderia ser cumprido com segurança:

³⁶ Disponível em: <<http://www.anm.gov.br/assuntos/barragens/resultados-consulta-publica-resolucao-04-2019-para-criacao-da-resolucao-no-13-2019>>, acesso em: 20/09/2019

³⁷ O respectivo texto pode ser consultado em <<http://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-n-13-de-8-de-agosto-de-2019-210037027>>, acesso em 16/10/19.

³⁸ Disponível em: <<http://www.anm.gov.br/noticias/anm-publica-nova-norma-para-barragens-de-mineracao>>, acesso em 01/10/19.

A prática de fazer descomissionamento e descaracterização de barragens é uma novidade para todo o setor mineral brasileiro. Quando colocamos o prazo de 2021 na Resolução 4, era uma prerrogativa que a gente tinha pela urgência do assunto, mas o setor ponderou bastante que, às vezes, no apressar de uma descaracterização, podemos gerar um novo desastre. Junto com o Grupo de Trabalho, vimos que podemos fazer uma gradação – de pequeno porte para grande porte – que pode ser uma ação mais segura, mais monitorada, tentando minimizar qualquer risco que tenha nesta atividade”.³⁹

Considerando que a nova resolução também estipula um prazo máximo para o descomissionamento ou descaracterização de barragens a montante, pesquisamos via e-SIC sobre os dados técnicos em que se fundara a opção por tal marco.

Em atenção à indagação formulada, a ANM informou que o lapso estabelecido levou em conta as contribuições obtidas na consulta pública, do que concluímos o seu não embasamento em análise de impacto regulatório, estudo vocacionado a esclarecer viabilidade das medidas prescritas aos agentes econômicos bem como seus custos para as empresas e a sociedade⁴⁰.

Dessa forma, ao menos no que se refere às metas para desmanche ou descaracterização das barragens, permanecem algumas críticas feitas à disciplina anterior, pois a grande questão continua sendo o procedimento para desativar essas estruturas no espaço de tempo determinado, já que não foram divulgados dados sobre a exequibilidade da providência prescrita.

De qualquer modo, a Resolução nº 13/2019 apresentou uma válvula de escape expressa que pode auxiliar na adequação da atuação da fiscalização aos casos concretos em que as obrigações impostas revelarem-se impraticáveis: *“art. 17 - a ANM poderá, a seu critério, em casos excepcionais e quando devidamente justificado pelo interessado, estabelecer prazos e obrigações distintas das previstas nesta Resolução, nos termos do art. 2º, inciso XI, da Lei 13.575, de 26 de dezembro de 2017”*⁴¹.

CONCLUSÃO

Ao iniciarmos nossa pesquisa sobre os dados que fundamentaram a aprovação da Resolução nº 4/2019, à vista do prazo peremptório e relativamente curto previsto para o

³⁹ ANM publica nova norma para barragens de mineração. Disponível em: <<http://www.anm.gov.br/noticias/anm-publica-nova-norma-para-barragens-de-mineracao>>. Acesso em: 01/10/2019.

⁴⁰ O que certamente seria o mais adequado para uma obrigação de tal jaez, para não dizer consentâneo com o quanto previsto em dispositivos legais que tratam da matéria, em especial o art. 29 da LINDB, art. 6º da Lei nº 13.848/2019 e art. 5º da Lei nº 13.874/2019, tal como já referido neste estudo.

⁴¹ Disponível em: <<http://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-n-13-de-8-de-agosto-de-2019-210037027>>, acesso em 16/10/19.

descomissionamento de barragens a montante, o que motivou forte reação de agentes econômicos questionando a exequibilidade de tal política, tínhamos a impressão de que o ato normativo sob exame não teria sido precedido de maiores estudos técnicos.

Ainda que essa impressão tenha se confirmado, não deixou de ser uma grata surpresa vermos o resultado da consulta pública realizada na sequência da aprovação da resolução, a qual não só obteve importante participação do público como foi devidamente considerada pelas autoridades, em iter que culminou na elaboração de regulamento que corrigiu alguns excessos do anterior.

Neste contexto, se por um lado podemos constatar uma maior processualidade no exercício da competência regulamentar a cargo do Estado, apesar de realizada de modo diferido após a edição de uma disciplina de urgência à vista de circunstâncias a apontar para riscos inadiáveis, por outro chama a atenção a ausência de estudo de impacto regulatório ao se estabelecer restrição relevante em determinado setor da economia e uma certa aleatoriedade em se fixar prazo exíguo para cumprimento de uma obrigação nada evidente.

Ao criar obrigações sem medir custos, sem a certeza da sua aptidão para atingir os objetivos visados, o gestor se revela indiferente à realidade e ao cidadão, que deveriam ser a preocupação primeira do seu agir.

Já ao impor uma meta possivelmente irrealizável aos respectivos destinatários a Administração sinaliza para a comunidade arbítrio ou improviso, a gerar reações nada favoráveis à adesão dos particulares às pautas de interesse geral que justificaram a sua atuação em concreto.

Em qualquer das hipóteses o indivíduo ao receber notícia do fazer inalcançável ou extremamente antieconômico tenderá a permanecer inerte, confiando que a regra editada tem fins meramente protocolares, não sendo “para valer”, o que mina a higidez simbólica de todo o sistema normativo e, conseqüentemente sua eficácia (e legitimidade).

Esse caminho, como sabemos, não é alvissareiro, e vem, há tempos, testando a paciência da população.

Haverá uma mudança de rumos?

Em alguma medida já está havendo, como revelam alterações legislativas recentes e o manejo do processo administrativo pela ANM como instrumento para a tomada de melhores decisões.

Resta torcer para que, em vez de nos deixarmos seduzir por promessas de soluções mágicas para a superação da ineficiência renitente de muitas funções estatais, sigamos nessa trilha, aperfeiçoando a gestão pública de modo a capacita-la para o enfrentamento dos enormes desafios que diuturnamente lhe são apresentados.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Thomas A. F. de. Devido processo regulamentar *in* CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da.; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.). *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – anotada*, v. II, p. 468-475, São Paulo: Quartier Latin, 2019.
- BÔAS, Regina Vera Villas; SOUZA, Karla K. Harada. Tutela do direito fundamental ao meio ambiente no caso dos danos causados por atividade minerária *in* BÔAS, Regina V. Villas; REMÉDIO JR., José Ângelo; VILHENA, Marlene S (org.). *Contemporaneidade do direito ambiental e do direito minerário em debate*, p. 355-389, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019
- CYRINO, André. *Delegações legislativas, regulamentos e administração pública*, Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. Lei e regulamento: apontamentos sobre o caráter inovador inerente a todas as formas de manifestação do poder normativo estatal *in* BDA – *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, NDJ, ano 31, n. 7, p. 856-864, jul. 2015.
- FREITAS, Rafael Vêras de. Aspectos gerais do art. 21 da LINDB *in* CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da.; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.). *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – anotada*, v. II, p. 139-145, São Paulo: Quartier Latin, 2019.
- LAURENTTIS, Lucas C. Comentário ao art. 21 da LINDB *in* CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da.; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.). *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – anotada*, v. II, p. 150-154, São Paulo: Quartier Latin, 2019.
- MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*, 2. ed., São Paulo: RT, 2008.
- _____. Comentário ao art. 20 da LINDB *in* CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da.; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.). *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – anotada*, v. II, p. 63-68, São Paulo: Quartier Latin, 2019.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 30. ed., São Paulo: Malheiros, 2013.
- PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atividade normativa da administração pública – estudo do processo administrativo normativo* – Tese de Doutorado – São Paulo: Fadusp, 2014.
- PASSINI, Matheus L.; THOMÉ, Romeu. Barragens de rejeitos de mineração: características do método de alteamento para montante que fundamentaram a suspensão de sua utilização em Minas Gerais *in* BÔAS, Regina V. Villas; REMÉDIO JR., José Ângelo; VILHENA, Marlene S (org.). *Contemporaneidade do direito ambiental e do direito minerário em debate*, p. 307-325, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

RIBEIRO, Leonardo C. Comentários gerais ao art. 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB in CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da.; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.). *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – anotada*, v. II, p. 145-149, São Paulo: Quartier Latin, 2019.

SILVA, Vasco Manuel P. D. P. da. *Em busca do ato administrativo perdido*, Coimbra: Almedina, 2003.

VALENTE, Patricia Pessôa. *Análise de impacto regulatório*, Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GOVERNANÇA URBANÍSTICA E AMBIENTAL: CIDADES RESILIENTES INTELIGENTES NA PREVENÇÃO E RECUPERAÇÃO DOS DANOS DECORRENTES DE DESASTRES AMBIENTAIS E TECNOLÓGICOS

Rafael Tocantins Maltez¹; Leticia Alves Assumpção²

Resumo: O processo acelerado de urbanização com a explosão demográfica nas cidades, demandando, em consequência, estruturas e serviços adequados e eficientes leva à necessidade de se pensarem métodos da respectiva gestão, o que por si já representa desafio ímpar. Contudo, quando presente a variável *desastre*, em qualquer de suas formas (natural, tecnológico ou híbrido) há potencialização da complexidade de todo o processo, desde a identificação dos riscos até os mecanismos de solução. A governança ambiental e urbanística por meio do uso de recursos tecnológicos, como aplicativos e plataformas digitais, e do conceito de cidade inteligente, abre uma possibilidade de renovação e transformação das cidades e regiões sujeitas a catástrofes, entre outras, nas frentes prevenção e resiliência. Alguns países têm apresentado práticas inovadoras com resultados positivos. Contudo, não se pode descurar do conhecimento tradicional e a sabedoria do conhecimento das populações locais. Nesse contexto, o objetivo deste artigo é analisar como a adoção de práticas inovadoras e tecnológicas podem auxiliar na prevenção e resiliência dos desastres, em um mundo digital e globalizado, sem descurar da qualidade das informações e das culturas locais. Apresenta também casos práticos de países de sucessos nessa abordagem, com a demonstração de ser possível a construção de uma estrutura de conhecimento e informação eficiente na prevenção e resiliência dos desastres.

Palavras-chave: Governança ambiental e urbanística; desastres; cidades resilientes; cidades inteligentes; prevenção.

¹ Doutor em Direito Ambiental. Mestre em Direito do Consumidor. Especialista em Direito Público. Juiz de Direito. Professor. Autor de diversos livros e artigos jurídicos. Láurea do Mérito Docente pela dedicação e destacada atuação no exercício do Magistério Superior em nosso país. Prêmio Homens de Destaque pela valiosa contribuição para o engrandecimento da Cidade de São Paulo por meio de relevantes serviços prestados à sociedade. Líder do Grupo de Pesquisa “Governança Ambiental e Urbanística” vinculado ao Projeto de Pesquisa Cidadania e Controle Social no Estado Democrático de Direito do Programa de Mestrado em Direito da FMU, área de concentração Direito na Sociedade da Informação. E-mail: opusmagnum@bol.com.br

² Advogada com atuação no jurídico corporativo de empresas do setor imobiliário. Pós-Graduada em Negócios do Mercado Imobiliário pela FIA-USP. Pós-graduanda em Direito Ambiental pela UFPR. Membro do Grupo de Pesquisa “Governança Ambiental e Urbanística” vinculado ao Projeto de Pesquisa Cidadania e Controle Social no Estado Democrático de Direito do Programa de Mestrado em Direito da FMU, área de concentração Direito na Sociedade da Informação.

URBAN AND ENVIRONMENTAL GOVERNANCE: SMART RESIDENT CITIES IN THE PREVENTION AND RECOVERY OF DAMAGES ARISING FROM ENVIRONMENTAL AND TECHNOLOGICAL DISASTERS

Abstract: The accelerated process of urbanization with the demographic explosion in the cities, demanding, consequently, adequate and efficient structures and services leads to the need to think about their management methods, which in itself represents a unique challenge. However, when the disaster variable is present, in any of its forms (natural, technological or hybrid), the complexity of the entire process is enhanced, from risk identification to solution mechanisms. Environmental and urban governance through the use of technological resources, such as digital applications and platforms, and the smart city concept, open the possibility of renewal and transformation of cities and regions subject to disasters, among others, in the prevention and resilience fronts. Some countries have presented innovative practices with positive results. However, one cannot neglect the traditional knowledge and wisdom of the local populations. In this context, the aim of this paper is to analyze how the adoption of innovative and technological practices can help in the prevention and resilience of disasters in a digital and globalized world, without neglecting the quality of information and local cultures. It also presents case studies from countries of success in this approach, demonstrating that it is possible to build an efficient knowledge and information structure for disaster prevention and resilience.

Key words: Environmental and urban governance; disasters; resilient cities; smart cities; prevention.

INTRODUÇÃO

Dois temas que têm se entrelaçado são os desastres e as cidades resilientes inteligentes. Os recentes acontecimentos têm reforçado a necessidade de compreensão, previsão e mitigação dos desastres no contexto das cidades, inclusive do ponto de vista jurídico. Constatada essa realidade, um dos desafios que se impõe é formar um conhecimento organizado e estruturado. Entre as diversas contingências possíveis relacionadas aos desastres podemos destacar a complexidade dos fenômenos, a importância do planejamento, a incerteza, a gestão do risco em todas as suas fases, a atuação entre setores (governo e instituições e sociedade), a interdisciplinaridade e a responsabilidade.

Desastres revelam vulnerabilidades. Por isso, o respectivo impacto e a correspondente magnitude não são determinados apenas pela espécie de evento (natural, tecnológico ou híbrido), mas pela situação e grau de vulnerabilidade da localidade sobre a qual ocorre. A identificação e mitigação das vulnerabilidades revelam-se primordiais,

tenham contornos sociais ou ecológicos. Podem estar ligadas à exposição das cidades, estados ou países a riscos desnecessários, por desconsideração ou despreocupação com a preservação das infraestruturas naturais ou artificiais, bem como com o nível de informação, educação, comunicação e de planejamento adequado.

A magnitude do impacto de uma catástrofe conforme o nível de vulnerabilidade pode acarretar tanto irreversibilidades de vidas e ecossistemas, como, dependendo de sua gravidade, a impossibilidade para as futuras gerações de fruição de bens culturais e ambientais que são de uso comum. Daí a crucial relevância da prevenção/precaução e da rápida recomposição no caso de ocorrência do desastre.

O aspecto da governança dos desastres envolve uma grande gama de atuações que podem ser divididas em: planejamento, execução e informação. As primeiras reúnem os planos de prevenção, contingência e resiliência, os quais são geralmente executados pela Defesa Civil dos entes federativos e englobam, dentre outras medidas, o investimento em sistemas de alerta e monitoramento. As segundas, dizem respeito à identificação e mapeamento das áreas de risco, à fiscalização e proteção de áreas verdes e vulneráveis, ao planejamento ou replanejamento das cidades a partir dos aprendizados impostos por desastres anteriores, à definição e execução eficiente de políticas públicas aptas a mitigar as causas mais comuns dos desastres³.

Faz-se necessária a implantação de estruturas e mecanismos capazes de permitir, por meio de instrumentos de gestão do risco, redução das vulnerabilidades e aumento da resiliência, bem como a formação de uma racionalidade política e jurídica eficaz.

A prevenção é um dos elementos para a construção de cidades resilientes, pois, além dos mecanismos para se evitar riscos e eventuais consequências, antes mesmo de ocorrer o desastre, contribui para que a cidade esteja preparada antecipadamente, com pessoal capacitado, abrigos, caminhões, ambulâncias, hospitais e vias de evacuação, reduzindo-se, com isso, vulnerabilidades.

Dessa forma, ainda que alguns fenômenos não possam ser evitados, seus efeitos poderão ser reduzidos ou mitigados. Uma cidade resiliente não é que não sofre com nenhum desastre, mas sim aquela que está preparada para reagir e recuperar-se com maior rapidez e eficiência⁴.

O presente texto aborda as várias faces da resiliência relativa aos desastres no contexto das cidades, focado principalmente no perfil dos atingidos, potenciais ou

³ CARVALHO, Délton Winter de. *Direito dos desastres*. Délton Winter de Carvalho, Fernanda Dalla Libera Damacena. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 81.

⁴ BARCESSAT, Ana Clara Aben-Athar. *Desastres e direito ambiental: governança, normatividade e responsabilidade estatal*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 88-89.

efetivos, e sua mudança conforme as características do grupo, considerando fatores socioeconômicos, demográficos e regionais. Ademais, trata do conteúdo e qualidade da informação e do conhecimento produzidos para a formação do aprendizado baseado na valorização, integração e compartilhamento de saberes, no paradigma tradicional e tecnológico, e a forma de acesso, interpretação e comunicação no contexto das cidades resilientes inteligentes.

O CRESCIMENTO DAS CIDADES E OS IMPACTOS AMBIENTAIS A QUE ESTÃO SUJEITAS

Durante os últimos anos do século XX, dois grandes importantes fenômenos emergiram: a urbanização e a tecnologia da informação e comunicação. Em certa medida, o avanço tecnológico contribuiu para aumentar o bem-estar, principalmente nos grandes centros urbanos, o que também contribuiu para o abandono das áreas rurais em direção às cidades – o que, por um lado, provocou a diversificação dos modos culturais e o preenchimento das novas oportunidades de trabalho, bem como a melhoria das condições econômicas, e, por outro lado, propiciou o aumento e a concentração do número de pessoas nas cidades com o conseqüente incremento de engarrafamentos, emissões de gases de efeito estufa, disposição de resíduos⁵, ocupação de áreas de risco, vale dizer, degradação das condições ambientais.

De acordo com a Organização das Nações Unidas (ONU), o crescimento econômico e populacional continuam a ser os mais importantes impulsionadores do aumento das emissões de CO₂. As concentrações atmosféricas de gases de efeito estufa de longa duração continuam a aumentar, impulsionadas principalmente pela extração e utilização de combustíveis fósseis para a produção de eletricidade, indústria e transportes.⁶

Ar poluído é um dos principais riscos ambientais para a saúde⁷.

A humanidade produz mais de 2 bilhões de toneladas de lixo por ano⁸. Todos os dias, 145 mil toneladas de lixo são descartadas de maneira incorreta — a quantidade

⁵ COCCHIA, Annalisa. Smart and Digital City: A Systematic Literature Review, em Smart City. Springer Internacional Publishing, 2014. P 14, Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/67a5/4f84ad331815a9a946e61e50bcff8084a755.pdf>. Acesso em 09.10.2019.

⁶ Sixth Global Environment Outlook: summary for policymakers. Disponível em: https://papersmart.unon.org/resolution/uploads/k1900199_-_unep-ea-4-18_-_advance.pdf. Acesso em 16.10.2019.

⁷ Ar Poluído é um dos principais riscos ambientais para a saúde, diz OPAS. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/ar-poluído-e-um-dos-principais-riscos-ambientais-para-a-saude-diz-opas/>. Acesso em 15.10.2019.

⁸ Humanidade produz mais de 2 bilhões de toneladas de lixo, diz ONU em dia mundial. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/humanidade-produz-mais-de-2-bilhoes-de-toneladas-de-lixo-por-ano-diz-onu-em-dia-mundial/>. Acesso em 15.10.2019.

equivale ao que é gerado por 27% da população latino-americana e caribenha ou 170 milhões de pessoas⁹. Só em relação ao lixo eletrônico, o mundo produzirá 120 milhões de toneladas por ano até 2050¹⁰.

As emissões de gases de efeito estufa cresceram a uma média de 1,6% ao ano entre 2008 e 2017. Essas emissões são agora quase exatamente o que os primeiros relatórios projetavam para 2020 se o mundo não alterasse seus modelos de crescimento insustentáveis e poluentes. Com as políticas atuais em vigor, o mundo caminha para um aumento de temperatura de 3,5°C neste século, em comparação com os níveis pré-industriais. Isso está muito além dos objetivos do Acordo de Paris, que visa limitar o aumento da temperatura global a 1,5°C, ou pelo menos bem abaixo de 2°C. Se este mundo mais quente se concretizar, todas as previsões de impactos climáticos catastróficos se tornarão realidade. Elevação do nível dos mares, eventos climáticos extremos e danos incalculáveis às pessoas, prosperidade e natureza¹¹. Milhares de produtos químicos – produzidos comercialmente em grande escala –, resíduos plásticos e eletrônicos ou águas residuais não tratadas podem se converter em fontes de contaminação do solo, abrindo espaço para que os produtos contaminantes entrem na cadeia alimentar, com graves consequências à saúde e ao bem-estar da população¹².

Busca-se, assim, uma cidade sustentável, significando que deve ser planejada e gerida considerando os impactos socioambientais. Numa cidade sustentável, além da observância dos padrões de produção e consumo aptos a não degradarem o meio ambiente, o modelo e a dinâmica de desenvolvimento devem ser compatíveis com os limites do crescimento e com a sustentabilidade ambiental, social e econômica da cidade, com respeito e cuidado com meio ambiente natural¹³.

AS CIDADES INTELIGENTES

Antes do surgimento do termo cidade inteligente, na década de 1990 o conceito de “crescimento inteligente” começou a se espalhar devido à forte reação de governos e

⁹ Um terço do lixo da América Latina e Caribe acaba em aterros ou na natureza, diz ONU. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/um-terco-do-lixo-da-america-latina-e-caribe-acaba-em-aterros-ou-na-natureza-diz-onu/>. Acesso em 15.10.2019.

¹⁰ Mundo produzirá 120 milhões de toneladas de lixo eletrônico por ano até 2050, diz relatório. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/mundo-produzira-120-milhoes-de-toneladas-de-lixo-eletronico-por-ano-ate-2050-diz-relatorio/>. Acesso em 15.10.2019.

¹¹ Emissões de gases de efeito estufa subiram 1,6% ao ano entre 2008 e 2017. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/emissoes-de-gases-de-efeito-estufa-subiram-16-ao-ano-entre-2008-e-2017/>. Acesso em 15.10.2019.

¹² FAO: aumento da contaminação do solo ameaça segurança alimentar. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/fao-aumento-da-contaminacao-do-solo-ameaca-seguranca-alimentar/>. Acesso em 15.10.2019.

¹³ MALTEZ, Rafael Tocantins. *Manual de direito ambiental*. Brasília: Sê-lo, 2016.

comunidades em reação ao agravamento no congestionamento do tráfego, superlotação escolar, poluição do ar, perda de espaços abertos, custo de instalações públicas. A ideia de cidade inteligente evoluiu em uma tentativa de preservar o planeta e a saúde humana. Internacionalmente, o discurso cidade inteligente foi desenvolvido como uma forma de atingir as metas do Protocolo de Kyoto¹⁴, exigindo a redução dos níveis de emissão de poluentes que tinham aumentado em escala internacional. A partir daí o conceito de cidade inteligente foi amplamente utilizado, apoiado e adotado por muitas instituições, juntamente com um rápido aumento no número de pesquisas e publicações sobre o tema¹⁵
16.

A compreensão do conceito de cidade inteligente não se limita à utilização das Tecnologias de Informação e Conhecimento e de outras tecnologias modernas. Caragliu *et al.* entendem que uma cidade é transformada em inteligente quando investe em capital humano e social, em transportes e tecnologias de informação e conhecimento moderno, na criação de um desenvolvimento econômico-sustentável e na qualidade de vida, gerindo os recursos naturais por meio da governança participativa e capacitada¹⁷.

Giffinger *et al* muito colaboraram ao fornecerem um modelo e descreverem algumas dimensões para a verificação do quão inteligente é uma cidade. Seu modelo utiliza métodos comparativos - cujo objetivo é comparar as cidades com base em vários fatores e ideias ou conceitos, avaliando se uma cidade é inteligente por diferentes perspectivas: o da **economia inteligente** que mede o quanto uma cidade está economicamente preparada, compara parâmetros como qualidade das empresas instaladas nestas cidades, bem como os incentivos que são dados a estas empresas para o desenvolvimento de soluções tecnológicas, melhoria do ambiente de negócios e de uma legislação que comporte a inovação e a infraestrutura para os negócios; em **população inteligente** analisa-se a população e seu desenvolvimento por meio de parâmetros como educação, renda e emprego. As ações para o desenvolvimento dessa dimensão incluem projetos de inclusão digital dos cidadãos e desenvolvimento de uma educação científica e tecnológica; na **governança inteligente** mede-se os órgãos públicos, sua qualidade e transparência no acesso de dados e o uso dos recursos públicos. Para a medição dessa dimensão são

¹⁴ Kyoto protocol. Reference Manual. UNFCCC. Disponível em https://unfccc.int/resource/docs/publications/08_unfccc_kp_ref_manual.pdf. Acesso em 09.10.2019.

¹⁵ NAN, Taewoo, PARDO, Theresa A.. Conceptualizing Smart City with Dimensions of Technology, People, and Institutions. P. 286. Disponível em: https://inta-aivn.org/images/cc/Urbanism/background%20documents/dgo_2011_smartcity.pdf. Acesso em 09.10.2019.

¹⁶ JUCEVICIUS, Robertas, PATASIENE, Irena, PATASIUS, Martynas. Digital dimension of smart city: critical analysis. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1877042814059576?via%3Dihub>. Acesso em 09.10.2019.

¹⁷ CARAGLIU, Andrea, DEL BO, Chiara, e NIKAMP, Peter. Smart cities in europeu. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/46433693_Smart_Cities_in_Europe. Acesso em 09.10.2019.

analisadas, entre outros, a facilitação do acesso aos dados dos portais de transparência; já na **mobilidade inteligente** são medidas a facilidade da circulação nos diversos modos de transporte, através de parâmetros como congestionamentos, tamanho da malha metroviária, quantidades de pessoas que utilizam transporte público ou não-poluente. Para tal, monitora-se o fluxo das vias, o uso de sensores que indiquem vagas de estacionamento livres, o incentivo ao transporte público sustentável. No **meio ambiente inteligente** analisa-se o quão sustentável é uma cidade, por meio de critérios como poluição, eficiência no uso de recursos como água e energia elétrica e quantidade de lixo reciclado. As ações utilizadas nessa dimensão são a medição da qualidade do ar, da água, o uso das fontes renováveis de energia e a medição, em tempo real dos recursos utilizados nas residências. A **vida inteligente** mede a qualidade de vida da população, através de critérios como entretenimento, segurança, cultura, áreas verdes, número de bibliotecas, taxas de homicídio. Para acompanhar esta dimensão, utilizam-se critérios como o acompanhamento da saúde de idosos, imagens de câmeras de segurança, programação cultural da cidade¹⁸.

A FORMAÇÃO DA RESILIÊNCIA NAS CIDADES INTELIGENTES

Com as alterações climáticas e o crescimento da população urbana têm surgido desafios significativos para as cidades, tais como a urbanização desordenada, o terrorismo e o aumento do risco de desastres naturais, tecnológicos e mistos. Para enfrentá-los, a cidade deve aprender a se adaptar e desenvolver capacidades de resistência frente às imprevisibilidades e incertezas. O conceito de resiliência é um meio para lidar com esses desafios.

É predominante o entendimento que numa cidade inteligente, além de melhorias na eficiência em serviços e custos em áreas específicas, como energia e transporte, os governos locais devem resolver os problemas de forma interdisciplinar, em cooperação com cidadãos e empresas, para atingir metas de segurança, meio ambiente ecologicamente equilibrado, saúde e vitalidade. É necessário evoluir num esforço contínuo e, para tal, podem ser utilizados mecanismos de produção e distribuição de dados referentes a uma ampla variedade de informações em cada área.

Conforme aponta Delton Carvalho, os desastres estão diretamente ligados à ideia de eventos capazes de desestabilizar um sistema ao ponto de que este perca a capacidade

¹⁸ GIFFINGER, Rudolf, FERTNER, Christian, KRAMAR, Hans, KALASER, Robert, PICHLER-MILANOVIĆ, Natasa, MEIJERS, Evert. Smart Cities. Ranking of european medium-sized cities. em http://www.smart-cities.eu/download/smart_cities_final_report.pdf. Acesso em 09.20.2019.

de diferenciação funcional e de operacionalizar e assimilar aquele evento rapidamente. Tal colapso gera uma incapacidade de assimilação e recuperação rápida, sendo, por essa razão, a *resiliência* um conceito central na descrição das catástrofes. Em tal perspectiva, os desastres envolvem ocorrência que demanda uma ação imediata. Mesmo que um desastre não possa ser caracterizado como inesperado, em muitos casos, demandará uma ação de socorro imediata sob pena de potencialização de sua magnitude e correspondentes danos¹⁹.

Entende-se por resiliência a capacidade que um sistema apresenta de tolerar perturbações sem alterar suas estruturas e identidades básicas, de acomodar condições variáveis e inesperadas, de absorver choques sem maiores distúrbios, de resistir a um impacto e recuperar-se dele, a habilidade de manter-se em um elevado nível de consistência e estrutura comportamental em face de um ambiente dinâmico de mudança. Abrange tanto os aspectos capacidade de enfrentamento e preparo diante de um risco, quanto a habilidade de recuperação após um desastre, englobando o poder de reconstrução de uma comunidade, local ou sistema destruído e a maior ou menor capacidade de reestruturação e de volta ao *status quo ante*. A resiliência influencia diretamente na capacidade que um sistema tem de, sob condições críticas e extremas, coletar, distribuir informações e continuar funcionando ainda que um determinado elemento não esteja em plenas condições, um recurso se torne escasso ou um determinado tomador de decisão não esteja disponível²⁰.

E, por meio da formação de espaço equitativos de aprendizagem entre comunidades, profissionais e governos busca-se resolver conflitos de forma colaborativa, coletiva, orientando os processos de aprendizagem à mudança social.

Conforme diretrizes da ONU, pode-se destacar dez aspectos essenciais para a construção de uma cidade resiliente²¹: a) **aspectos básicos: organizar-se para a resiliência frente aos desastres** (*estabelecer uma estrutura organizacional e identificar os processos necessários para compreender e agir para a redução da exposição, do impacto e da vulnerabilidade frente a desastres*); **Identificar, compreender e utilizar cenários de risco atuais e futuros** (*os governos locais devem identificar e compreender seus cenários de risco e garantir que todos os atores colaboram e reconhecê-los*); **reforçar a capacidade financeira para a resiliência** (*compreender o impacto econômico dos desastres e a necessidade de investir na construção de resiliência. Identificar*

¹⁹ CARVALHO, Délton Winter de. Direito dos desastres. Délton Winter de Carvalho, Fernanda Dalla Libera Damacena. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 31.

²⁰ CARVALHO, Délton Winter de. Direito dos desastres. Délton Winter de Carvalho, Fernanda Dalla Libera Damacena. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 59-60.

²¹ Os dez passos essenciais. UNISDR. Disponível em: https://eird.org/camp-10-15/port/10_essenciais.html. Acesso em 14.09.2019.

e desenvolver mecanismos financeiros para apoiar as atividades de resiliência); b) **aspectos operacionais: promover o desenho resiliente e desenvolvimento urbano** (assegurar uma avaliação do ambiente construído e incentivar a implementação das ações necessárias para fazê-lo resiliente, de acordo com os objetivos); **proteger zonas-tampão naturais para melhorar a função da proteção fornecida pelos ecossistemas** (identificar, proteger e monitorar os serviços ecossistêmicos críticos que contribuam para melhorar a resiliência diante de desastres); **Fortalecer a capacidade institucional para a resiliência** (assegurar que todas as instituições relevantes para a resiliência da cidade tenham as capacidades necessárias para desempenhar as suas funções); **compreender e fortalecer a capacidade social para a resiliência** (fortalecer a "conexão" social e uma cultura de ajuda mútua para influenciar significativamente o impacto dos desastres independentemente da sua magnitude); **umentar a resiliência da infraestrutura** (entender como os sistemas de infraestrutura crítica responderão às situações de risco de desastres que a cidade poderia experimentar e desenvolver planos de contingência para gerir o risco identificado); c) **aspectos para uma melhor reconstrução: garantir a eficácia da preparação e resposta eficaz às catástrofes** (melhorar a preparação de desastres para garantir uma resposta eficaz, a instalação de sistemas de alerta precoce e desenvolver as capacidades de resposta de emergência em sua cidade); **acelerar a recuperação e reconstruir melhor depois de qualquer desastre** (planejar e estar preparado para as interrupções do desenvolvimento antes que eles ocorram. Aprender com os erros tentando entender por que o dano ocorreu e assegurar que as lições aprendidas em processos de reconstrução são incorporadas).

No contexto do planejamento urbano, as estratégias que forem implementadas numa cidade resiliente devem refletir o conceito do desenvolvimento sustentável, o que afeta a gestão de recursos para garantir o bem-estar das gerações vindouras. O estudo da resiliência no desenvolvimento sustentável centra-se inicialmente na segurança ecológica. O conceito de resiliência foi inicialmente introduzido pelo ecologista Crawford Stanley Holling, que em 1973 fez as seguintes abordagens: a de que o homem e a natureza estão intimamente ligados e precisam evoluir juntos (ecologia social); e a de que uma população responde a qualquer mudança ambiental, iniciando uma série de alterações nos aspectos fisiológicos e comportamentais, com consequentes mudanças ecológicas e genéticas que restauram a capacidade dos indivíduos de responder às decorrentes mudanças ambientais imprevisíveis. O autor traz evidências sobre a história do uso humano de ecossistemas e sugere um declínio inevitável na resiliência dos ecossistemas com aprisionamento e reduções na diversidade²². Posteriormente, o conceito de resiliência foi abordado pelo geógrafo William Neil Adger em um estudo sobre a resiliência social a

²² HOLLING, Crawford Stanley. Resilience and Stability of Ecological Systems. Annual Review of Ecology and Systematics, Vol. 4. 1973. Disponível em: https://www.zoology.ubc.ca/bdg/pdfs_bdg/2013/Holling%201973.pdf. Acesso em 09.10.2019.

desastres que explora a relação direta entre os fenômenos da resiliência social e ecológica, numa clara ligação entre as duas, em especial para grupos sociais ou comunidades que dependem diretamente de recursos ecológicos e ambientais para sua subsistência²³.

Godschalk relaciona a resiliência aos desastres naturais e ao terrorismo ao considerar que as cidades são sistemas complexos e interdependentes, extremamente vulneráveis a ameaças de riscos naturais e do terrorismo. Planejar a resiliência diante de um desastre urbano requer o planejamento de cidades que combinem características aparentemente opostas, incluindo diversidade e interdependência, força e flexibilidade, autonomia e colaboração e planejamento e adaptabilidade²⁴.

Para L.J. Vale e T.J. Campanella, a resiliência urbana está indissoluvelmente ligada ao processo de memorização, uma vez que o termo cidade resiliente pode ser associado a um processo de recuperação em andamento que, para muitas pessoas, nunca terá fim, nunca será esquecido. A obra revela como os habitantes das cidades, traumatizados, desenvolvem consistentemente narrativas de resiliência e como o processo pragmático de recuperação urbana é alimentado por ações altamente simbólicas na luta de manter preservado tudo aquilo que foi perdido (como a construção de memoriais às vítimas e a tentativa de reconstrução ou restauração do patrimônio arquitetônico com as mesmas características anteriores).

Esse processo, adotado pelas comunidades tradicionais, é encapado no conceito **círculo de gestão de riscos**, na expressão de Farber, característico das fases de um desastre, que se retroalimentam. Explicam Carvalho e Damacena que cada fase do ciclo de desastre – prevenção, mitigação, preparação, resposta, compensação, recuperação e reconstrução – é parte do portfólio de gerenciamento de risco. Os esforços de prevenção e mitigação tentam evitar e diminuir o impacto potencial de eventos de desastres antes do fato; a resposta tenta fazê-lo depois. A recuperação/reconstrução preocupa-se com a reparação de danos e retorno ao *status* anterior, mas também com a possibilidade de um próximo desastre, o que envolve esforços de prevenção/mitigação e de aplicação das lições de aprendizado do passado no presente, com reflexos no futuro. Esta circularidade reflete a constatação de que todas as fases, estratégias e instrumentos utilizados para a prevenção e mitigação, prestação de respostas emergenciais, compensação, reparação e reconstrução, devem ser alinhadas pela necessidade de prevenção e mitigação de eventuais novos

²³ ADGER, William Neil. Social and Ecological Resilience: Are They Related? Disponível em https://www.researchgate.net/publication/235737390_Social_and_Ecological_Resilience_Are_They_Related. Acesso em 09.10.2019.

²⁴ GOLDSCHALK, David R. Urban Hazard Mitigation: Creating Resilient Cities. Disponível em: http://research-legacy.arch.tamu.edu/epsru/Course_Readings/Ldev671MARS689/LDEV671_Readings/Godschalk_urbanhazardmitigation.pdf. Acesso em 09.10.2019.

desastres. A própria fase da reconstrução já pode completar o círculo mediante a inclusão de medidas preventivas e mitigadoras em relação a possíveis desastres futuros; uma mitigação exitosa antes do evento reduzirá a necessidade de assistência emergencial e compensações futuras. Assim, o gerenciamento de risco deve compor todas as estratégias e momentos que envolvem um desastre numa circularidade de gerenciamento dos riscos catastróficos. A fase de reconstrução e recuperação adquire um papel fundamental no encadeamento temporal de um desastre, uma vez que neste devem já estar inseridas estratégias interconectadas de prevenção a possíveis futuros eventos desastrosos. A reconstrução deve ser antecipada pela reflexão acerca da viabilidade e segurança das novas construções, ante a necessidade de mitigar riscos futuros²⁵.

Na Itália, sobreviventes e as famílias das vítimas do acidente com barragem na cidade de Val di Stava, ocorrido no ano de 1985, considerado o maior acidente com barragens da história, criaram a Fundação Stava 1985, e dividem o seu trabalho em três projetos: memória, informação e formação. No projeto memória o objetivo é, entre outros, manter viva a memória das vítimas e contribuir para criar nos especialistas, na classe política e na opinião pública a consciência de suas próprias responsabilidades pessoais, impedindo, desta forma, que eventos semelhantes, previsíveis e evitáveis ocorram novamente²⁶.

Os japoneses apontam que um dos grandes problemas enfrentados na prevenção de novos desastres é o desinteresse das pessoas pelo assunto nos períodos em que não ocorrem desastres. Em julho de 2018, cerca de 225 pessoas morreram nas regiões de Hiroshima e Fukuoka em decorrência de fortes chuvas. A maior parte das mortes ocorreu em locais mapeados como de risco. Alertas foram emitidos corretamente, mas algumas pessoas não evacuaram essas áreas de risco, desafiando as autoridades na melhor forma de conscientização dessas pessoas. Os japoneses investem no que chamam de obras não-estruturais²⁷.

As **medidas não-estruturais** englobam o planejamento da ocupação e/ou da utilização do espaço geográfico, em função da definição das áreas de risco, os mapeamentos, as análises de vulnerabilidade, os zoneamentos, a educação ambiental, bem como o aperfeiçoamento da legislação de segurança contra desastres. As **medidas**

²⁵ CARVALHO, Délton Winter de., DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. *Direito dos desastres*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 33, 68-69, 79.

²⁶ Progetto Memoria. Disponível em: http://wos.stava1985.it/x-net/stava1985_it/www/wo_news/Storage/20080509_120117/. Acesso em 09.10.2019.

²⁷ Blumenau + 10 - Documentário sobre a tragédia de 2008 no Vale do Itajaí. Disponível em <https://youtu.be/ERcGDZSMrU>. Acesso em 09.10.2019.

estruturais compreendem as obras de engenharia de qualquer especialidade²⁸. No Brasil, a Política Nacional de Defesa Civil prioriza as medidas não estruturais (item 1.2 da PNDP).

Por outro lado, existem áreas que podem funcionar como **infraestruturas verdes ou naturais**²⁹ (manguezais, florestas, marismas, dunas, restingas) que são capazes de atuar como proteção natural contra os desastres, em razão dos serviços ecossistêmicos prestados. Tais infraestruturas têm um enorme potencial de proteção contra inundações, terremotos, tempestades, furacões, fogos, deslizamentos, entre outras catástrofes, uma vez que a probabilidade de ocorrência de um desastre e sua consequente magnitude varia de acordo com as condições do ambiente impactado e respectivas vulnerabilidades. Essas áreas muitas vezes são mantidas por culturas locais e por uma sabedoria transmitida de geração em geração. O Direito dos Desastres nos Estados Unidos passou a utilizar os serviços ambientais como medidas estruturais naturais preventivas e mitigadoras dos desastres. Bem geridos, essas infraestruturas verdes podem evitar ou mitigar o impacto de boa parte dos desastres naturais.

A experiência indonésia mostra a importância da preservação da memória na prevenção de desastres naturais, bem como da participação ativa da comunidade na construção da resiliência. Em Sumatra, o conhecimento local é essencial para a redução de desastres. Na ilha de Simeleu, dos 83.000 habitantes, somente sete morreram durante o tsunami do Oceano Índico, enquanto que em Aceh, uma zona continental próxima, cem mil pessoas morreram durante o mesmo tsunami. Isso porque em Simeleu a memória preserva o conhecimento local e os ensinamentos são transmitidos entre gerações: cada geração instrui as seguintes sobre os sinais de alerta prévio de ameaças naturais³⁰.

Diferentes fatores tornam algumas pessoas mais vulneráveis que outras: a velhice, a pobreza, o sexo, a idade e a geografia são alguns deles. A maneira de ser resiliente e de entender a resiliência é, muitas vezes, diferente para os idosos, que por suas vulnerabilidades não estão preparados física e psicologicamente para reagir da mesma forma que pessoas mais jovens. No Japão, após o acidente nuclear em Fukushima, há

²⁸ Segundo Carvalho e Damacena, referindo-se à infraestrutura cinza ou construída (represas, diques, pontes à base de cimento, barragens), “apesar de minimizar o problema em curto prazo, as medidas estruturais são caras, paliativas, e, frequentemente, ocasionam outros impactos ambientais, gerando uma falsa sensação de segurança. As medidas não estruturais, de caráter educativo e de planejamento, apesar dos resultados a médio e longo prazo, são de baixo custo, de fácil aplicação e permitem uma correta percepção do risco” (CARVALHO, Délton Winter de. *Direito dos desastres*. Délton Winter de Carvalho, Fernanda Dalla Libera Damacena. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 58-59 e 70-73).

²⁹ Distinguem-se da mencionada **infraestrutura cinza ou construída** (barragens, diques, estradas, entre outras obras de engenharia civil humana).

³⁰ Marco da Ação de Hyogo 2005-2015: Aumento da resiliência das nações e das comunidades frente aos desastres. EIRD. Disponível em http://www.londrina.pr.gov.br/dados/images/stories/Storage/defesa_civil/mah_ptb_brochura.pdf. Acesso em 09.10.2019.

relatos de idosos que se recusaram a deixar as zonas de contaminação, muitos pelas dificuldades físicas próprias da idade, outros por apego ao lar ou por acreditarem que a morte natural chegaria a eles antes dos efeitos da radiação.³¹ Histórias como estas são comuns na zona de exclusão nos arredores de Chernobyl, na Ucrânia, onde uma comunidade de mulheres se recusa a deixar suas casas, desafiando o governo local e colocando em risco sua própria saúde, levantando questões fascinantes, como o trauma da realocação e os efeitos da mente e do corpo na longevidade³².

Da mesma forma, em situações de desastres, as mulheres e as crianças de países pobres tornam-se ainda mais vulneráveis expondo-se à infecção por HIV, gravidez indesejada e não planejada, morte materna, violência sexual, casamento precoce, estupros e tráfico³³.

Já o conceito de **resiliência comunicativa** surgiu no contexto de colaboração compartilhada, combinando análise científica rigorosa e ação comunicativa sensível às circunstâncias locais, ao conhecimento e interação de cada comunidade. Assim, a resiliência comunicativa não é um produto da especialização; é gerada dialogicamente por meio da descoberta conjunta de fatos e do sentido coletivo, à medida que indivíduos capazes e conhecedores colaboram³⁴.

No conceito de planejamento de uma cidade inteligente, devem ser incorporados elementos de resiliência e no contexto do planejamento urbano, a cidade resiliente desempenha um papel relevante. Quando uma cidade é considerada inteligente é importante que ela seja resistente. Portanto, o conceito de resiliência é um dos fatores-chave no planejamento urbano inteligente. Uma cidade deve ser vista como um sistema complexo e a sua capacidade de resistir precisa ser desenvolvida além dos limites físicos da cidade. Pela abordagem de resiliência, uma cidade que utiliza a tecnologia de informação e conhecimento para aumentar a consciência das pessoas, a inteligência, bem-estar, a participação da comunidade no enfrentamento pressões e perigos, tornando toda a cidade capaz de sobreviver, se adaptar, ser resistente e, também, capaz de se transformar, conseguindo, assim, uma maior qualidade de vida e meio ambiente sempre prontos para enfrentar um futuro de incertezas.

³¹“Fukushima, vidas contaminadas”, uma reportagem em realidade virtual. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2016/04/30/eps/1462052785_347240.html. Acesso em 16.10.2019

³²The Babushkas of Chernobyl. Disponível em: <https://thebabushkasofchernobyl.com/the-back-story>. Acesso em 17.10.2019.

³³ Abrigo na Tempestade: uma agenda transformadora para mulheres e meninas em um mundo propenso a crises. UNFPA. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/swop2015.pdf>. Acesso em 17.10.2019.

³⁴ GOLDSTEIN, Bruce Evans. Resilience to Surprises through Communicative Planning. Disponível em: <https://www.ecologyandsociety.org/vol14/iss2/art33/>. Acesso em 09.10.2019.

AS CONTRIBUIÇÕES DAS FERRAMENTAS TECNOLÓGICAS

Os meios de comunicação modernos como os celulares, os smartphones, o rádio, a televisão e as redes sociais, se bem utilizados, oferecem grande contribuição no que se refere à informação e à sensibilização da população, por meio da formação de pessoas quanto aos anseios e às práticas da proteção, prevenção e resiliência. O uso de aparelhos eletrônicos, como os celulares, pode ajudar quando o assunto é desastre por meio de aplicativos que disponibilizem informações, conhecimentos, modos de comportamentos e de ações, promovendo iniciativas com o potencial de diminuir vulnerabilidades.

Em 11/12/2013, o então secretário geral da ONU - Nações Unidas, Ban Kin Moon³⁵ afirmou que “a tecnologia oferece muitas respostas para as ameaças que todos nós partilhamos e que “a nossa é a geração que deve - e pode, com as tecnologias que já temos a nossa disposição - criar um caminho para um futuro sustentável”.

O discurso de Ban Kin Moon parece refletir bem a possibilidade de um futuro promissor a partir da utilização de ferramentas digitais em benefício da humanidade. Podendo o desenvolvimento ser beneficiado a partir de sua utilização tanto em países pobres e pouco desenvolvidos, como em países onde os recursos naturais são escassos em função da sua desordenada exploração.

Assim, a tecnologia poderá, por exemplo, contribuir para a educação, a formação, a informação e a conscientização da população sobre a importância do uso racional da água; da correta destinação de resíduos e dejetos; do bom uso e preservação do solo, dos rios, dos mares e dos oceanos.

Contudo, a tecnologia da informação deve levar em conta a cultura na qual é introduzida, e estar atenta aos ruídos e qualidade do respectivo conteúdo.

A informação deve ser qualificada para que haja efetiva compreensão e faça sentido para aquela comunidade. Não é o caso do conceito do homem médio. As comunidades humanas, mesmo com a globalização, ainda apresentam suas singularidades, peculiaridades e subjetividades. Não seria adequado que se projetasse determinado conteúdo distante e sem pertinência para aquela realidade. Fatores como sexo, idade, condição econômica, religião, cultura devem ser considerados nos planos e construções relacionados aos instrumentos de resiliência. Há situações que a necessidade de moradia pesa mais do que sair em área de risco. Que a memória vale mais do que abandonar a cidade Natal.

³⁵ Chefe da ONU afirma que ciência e tecnologia podem ajudar países a criar futuro sustentável. Rio de Janeiro: ONUBR. Disponível em <https://nacoesunidas.org/chefe-da-onu-afirma-que-ciencia-e-tecnologia-podem-ajudar-paises-a-criar-futuro-sustentavel/>. Acesso em 14.10.2019.

CONCLUSÃO

O conceito de resiliência foi desenvolvido para se adaptar a diversos campos, como ecologia, prevenção e mitigação de desastres, mudanças climáticas a partir das crescentes necessidades de reconstrução de comunidades e resistência a mudanças ambientais e desastres naturais, tecnológicos ou híbridos. Da mesma forma, o conceito de resiliência foi inserido no conceito de cidade inteligente, fazendo parte deste, uma que a compreensão do conceito de cidade inteligente não se limita à utilização das Tecnologias de Informação e Conhecimento e de outras tecnologias modernas.

Podemos definir a resiliência a desastres como a capacidade de indivíduos, comunidades, organizações e estados se adaptarem e se recuperarem de perigos, choques ou tensões, sem comprometer as perspectivas de desenvolvimento em longo prazo. De acordo com o Quadro de Ação de Hyogo³⁶, a resiliência a desastres é determinada pelo grau em que indivíduos, comunidades e organizações públicas e privadas são capazes de se organizar para aprender com desastres passados e reduzir seus riscos futuros, regional, nacional, local e internacionalmente. A resiliência a desastres faz parte do conceito mais amplo de resiliência, sendo a capacidade de indivíduos, comunidades e estados e suas instituições de absorverem e se recuperarem de choques, e *pari passu* se adaptam e transformam positivamente suas estruturas e meios de viver diante de cenários de incertezas. Em termos conceituais, a vulnerabilidade e a resiliência a desastres estão intimamente relacionados, sendo a resiliência um processo, que como tal, deve ser construída com o apoio à capacidade dos indivíduos e comunidades de se adaptarem utilizando recursos do meio onde vivem³⁷ o que muitas vezes implica aumentar direitos das pessoas mais vulneráveis, abordar desigualdades socioeconômicas, de gênero e ambientais que agravem as vulnerabilidades³⁸.

REFERÊNCIAS

Abrigo na Tempestade: uma agenda transformadora para mulheres e meninas em um mundo propenso a crises. UNFPA. Disponível em:
<http://www.unfpa.org.br/Arquivos/swop2015.pdf>. Acesso em 17.10.2019.

³⁶ <https://www.unisdr.org/2005/wcdr/intergover/official-doc/L-docs/Hyogo-framework-for-action-english.pdf>

³⁷ MANYENA, Siambabala Bernard. Disasters. The concept of resilience revisited, p.439-443. Disponível em:
<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1111/j.0361-3666.2006.00331.x>. Acesso em 17.10.2019.

³⁸ HILLIER, Debbie; CASTILLO, Gina. No Accident. Resilience and the inequality of risk. Disponível em:
https://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/bp172-no-accident-resilience-inequality-of-risk-210513-en_1.pdf. Acesso em 16.10.2019

ADGER, William Neil. Social and Ecological Resilience: Are They Related? Disponível em https://www.researchgate.net/publication/235737390_Social_and_Ecological_Resilience_Are_They_Related. Acesso em 09.10.2019.

Ar Poluído é um dos principais riscos ambientais para a saúde, diz OPAS. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/ar-poluido-e-um-dos-principais-riscos-ambientais-para-a-saude-diz-opas/>. Acesso em 15.10.2019.

BARCESSAT, Ana Clara Aben-Athar. *Desastres e direito ambiental: governança, normatividade e responsabilidade estatal*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 88-89.

Blumenau + 10 - Documentário sobre a tragédia de 2008 no Vale do Itajaí. Disponível em <https://youtu.be/ERcGDZSMIrU>. Acesso em 09.10.2019.

CARAGLIU, Andrea; DEL BO, Chiara; NIKAMP, Peter. Smart cities in europeu. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/46433693_Smart_Cities_in_Europe. Acesso em 09.10.2019.

CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. *Direito dos desastres*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

Chefe da ONU afirma que ciência e tecnologia podem ajudar países a criar futuro sustentável. Rio de Janeiro: ONUBR. Disponível em <https://nacoesunidas.org/chefe-da-onu-afirma-que-ciencia-e-tecnologia-podem-ajudar-paises-a-criar-futuro-sustentavel/>. Acesso em 14.10.2019.

COCCHIA, Annalisa. Smart and Digital City: A Systematic Literature Review, em *Smart City*. Springer Internacional Publishing, 2014. P 14, Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/67a5/4f84ad331815a9a946e61e50bcff8084a755.pdf> . Acesso em 09.10.2019

Emissões de gases de efeito estufa subiram 1,6% ao ano entre 2008 e 2017. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/emissoes-de-gases-de-efeito-estufa-subiram-16-ao-ano-entre-2008-e-2017/>. Acesso em 15.10.2019.

FAO: aumento da contaminação do solo ameaça segurança alimentar. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/fao-aumento-da-contaminacao-do-solo-ameaca-seguranca-alimentar/>. Acesso em 15.10.2019.

Fukushima, vidas contaminadas”, uma reportagem em realidade virtual. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2016/04/30/eps/1462052785_347240.html. Acesso em 16.10.2019

GIFFINGER, Rudolf, FERTNER, Christian, KRAMAR, Hans, KALASER, Robert, PICHLER-MILANOVIĆ, Natasa, MEIJERS, Evert. Smart Cities. Ranking of european medium-sized cities. em http://www.smart-cities.eu/download/smart_cities_final_report.pdf. Acesso em 09.20.2019.

GOLDSCHALK, David R. Urban Hazard Mitigation: Creating Resilient Cities. Disponível em: http://research-legacy.arch.tamu.edu/epsru/Course_Readings/Ldev671MARS689/LDEV671_Readings/Goldschalk_urbanhazardmitigation.pdf. Acesso em 09.10.2019

GOLDSTEIN, Bruce Evans. Resilience to Surprises through Communicative Planning. Disponível em: <https://www.ecologyandsociety.org/vol14/iss2/art33/>. Acesso em 09.10.2019.

HILLIER, Debbie; CASTILLO, Gina. No Accident. Resilience and the inequality of risk. Disponível em: https://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/bp172-no-accident-resilience-inequality-of-risk-210513-en_1.pdf. Acesso em 16.10.2019

HOLLING, Crawford Stanley. Resilience and Stability of Ecological Systems. Annual Review of Ecology and Systematics, Vol. 4. 1973. Disponível em: https://www.zoology.ubc.ca/bdg/pdfs_bdg/2013/Holling%201973.pdf. Acesso em 09.10.2019.

Humanidade produz mais de 2 bilhões de toneladas de lixo, diz ONU em dia mundial. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/humanidade-produz-mais-de-2-bilhoes-de-toneladas-de-lixo-por-ano-diz-onu-em-dia-mundial/>. Acesso em 15.10.2019.

JUCEVICIUS, Robertas; PATASIENE, Irena; PATASIUS, Martynas. Digital dimension of smart city: critical analysis. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1877042814059576?via%3Dihub>. Acesso em 09.10.2019.

Kyoto protocol. Reference Manual. UNFCCC. Disponível em https://unfccc.int/resource/docs/publications/08_unfccc_kp_ref_manual.pdf. Acesso em 09.10.2019.

MALTEZ, Rafael Tocantins. *Manual de direito ambiental*. Brasília: Sê-lo, 2016.

MANYENA, Siambabala Bernard. Disasters. The concept of resilience revisited, p.439-443. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1111/j.0361-3666.2006.00331.x>. Acesso em 17.10.2019

Marco da Ação de Hyogo 2005-2015: Aumento da resiliência das nações e das comunidades frente aos desastres. EIRD. Disponível em

http://www.londrina.pr.gov.br/dados/images/stories/Storage/defesa_civil/mah_ptb_brochura.pdf. Acesso em 09.10.2019.

Mundo produzirá 120 milhões de toneladas de lixo eletrônico por ano até 2050, diz relatório. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/mundo-produzira-120-milhoes-de-toneladas-de-lixo-eletronico-por-ano-ate-2050-diz-relatorio/>. Acesso em 15.10.2019.

NAN, Taewoo; PARDO, Theresa A; Conceptualizing Smart City with Dimensions of Technology, People, and Institutions. P. 286. Disponível em: https://inta-aiavn.org/images/cc/Urbanism/background%20documents/dgo_2011_smartcity.pdf. Acesso em 09.10.2019.

Os dez passos essenciais. UNISDR. Disponível em: https://eird.org/camp-10-15/port/10_essenciais.html. Acesso em 14.09.2019.

Progetto Memoria. Disponível em: http://wos.stava1985.it/x-net/stava1985_it/www/wo_news/Storage/20080509_120117/. Acesso em 09.10.2019.

Sixth Global Environment Outlook: summary for policymakers. Disponível em: https://papersmart.unon.org/resolution/uploads/k1900199_-_unep-ea-4-18_-_advance.pdf. Acesso em 16.10.2019.

The Babushkas of Chernobyl. Disponível em: <https://thebabushkasofchernobyl.com/the-back-story>. Acesso em 17.10.2019.

Um terço do lixo da América Latina e Caribe acaba em aterros ou na natureza, diz ONU. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/um-terco-do-lixo-da-america-latina-e-caribe-acaba-em-aterros-ou-na-natureza-diz-onu/>. Acesso em 15.10.2019.

UMA APROXIMAÇÃO DA *ZONE D'AMÉNAGEMENT CONCERTÉ* - ZAC AO DIREITO URBANÍSTICO BRASILEIRO: POSSIBILIDADES E LIMITES

José Antonio Aparecido Júnior¹; Marília Formoso Camargo²

Resumo: O presente artigo analisa a relação existente entre o modelo de governança das *zone d'aménagement concerté* - ZAC e a estrutura de regulação jurídico-urbanística que subsidia a formulação e implantação de projetos urbanos no Brasil. A ZAC é um dos instrumentos de intervenção urbana disciplinados pelo Código de Urbanismo francês que, ao ser prevista no Plano Local de Urbanismo, poderá ser desenvolvida por autoridades locais, facultada a concessão de seu desenvolvimento a agentes semi-públicos. No que tange à governança urbanística proporcionada em uma ZAC, destaca-se que a estrutura de organização-política administrativa francesa permite a delegação de competências substanciais aos agentes desenvolvedores das ZAC, descentralizando a gestão de serviços e outras ações públicas concertadas no território. No Brasil, por outro lado, a Constituição Federal de 1988 delegou aos entes subnacionais a competência de regulação urbanística local, sem que houvesse autonomia municipal similar para a prestação de serviços públicos essenciais à gestão urbanística, como acontece na prestação de serviços como transporte metropolitano, água, esgoto, gás, distribuição de energia elétrica e telefonia. Com o advento do Estatuto da Metrópole e regulamentação dos contratos de consórcios públicos, o cenário de articulação e cooperação interfederativo é alterado, havendo maiores oportunidades para uma governança eficiente em matéria de planejamento urbano. O que se percebe, todavia, é que o modelo inaugurado pelas ZAC francesas apresenta grandes dificuldades de adaptação à estrutura de governança dos projetos urbanos brasileiros, sendo o arranjo de atribuições e competências trazido pelo sistema federalista estabelecido no Brasil uma das justificativas para tal distanciamento.

Palavras-chave: Governança urbana; planejamento urbano; direito urbanístico; sistema federativo; *zone d'aménagement concerté*; ZAC; Estatuto da Metrópole; consórcios públicos.

¹ Doutor em Direito do Estado pela USP, Mestre em Direito Urbanístico pela PUC/SP. Professor universitário e palestrante. Procurador do Município de São Paulo e Advogado consultor em direito urbanístico.

² Graduada em Administração Pública, contemplada pelo programa de Dupla-Graduação em Direito e Administração pela Fundação Getúlio Vargas. Advogada com experiência em direito urbanístico.

AN APPROACH OF THE *ZONE D'AMÉNAGEMENT CONCERTÉ* - ZAC TO BRAZILIAN URBAN LAW: POSSIBILITIES AND LIMITS

Abstract: This paper analyzes the relationship between the *zone d'aménagement concerté* - ZAC governance arrangement and the urban-legal regulation framework that supports the formulation and implementation of urban projects in Brazil. ZAC is one of the instruments of urban intervention governed by the French Code of Urbanism which, if foreseen in the Local Plan of Urbanism, may be developed by local authorities, allowing its development to semi-public agents. Regarding the urban governance provided by a ZAC, it is noteworthy that the French administrative organization-political structure allows the delegation of substantial competences to the ZAC developer agents, decentralizing service management and other concerted public actions in the territory. In Brazil, on the other hand, the Federal Constitution of 1988 delegated to municipalities the competence of local urban regulation, without similar municipal autonomy for the provision of public services essential to urban management, as happens in the provision of services such as metropolitan transportation, water, sewage, gas, electricity distribution and telephony. With the advent of the Metropolis Statute and regulation of public consortium contracts, the scenario of inter-federative articulation and cooperation is changed, with greater opportunities for efficient governance in urban planning. What is noticeable, however, is that the model inaugurated by the French ZAC presents great difficulties in adapting to the governance structure of Brazilian urban projects, and the arrangement of attributions and competences brought by the federalist system established in Brazil is one of the justifications for such distance.

Key words: Urban governance; urban planning; urban law; federative system; zone d'aménagement concerté; ZAC; The Metropolis Statute; public consortia.

1 INTRODUÇÃO

O processo de urbanização das grandes e médias cidades em nosso país se tornou agudo a partir da metade do Século XX. Em 1940, o Brasil contava com uma população de 41.169.321 habitantes, com 12.880.790 pessoas nas cidades (31,28% do total) e 28.288.531 (68,72% do total) vivendo no campo. No ano 2000, observou-se uma importante transformação deste quadro: do total de 169.799.170 brasileiros, 137.953.959 (81,24%) residiam em cidades, e 31.845.211 (18,76%) viviam no campo³. Consequências diretas deste processo são fenômenos conhecidos em nosso país, tais como as cidades-dormitório, localizadas nas periferias das grandes metrópoles, e os centros desocupados das grandes cidades.

Esta atual situação de ocupação dos grandes centros urbanos brasileiros, em função dos problemas sociais e econômicos gerados, tem inspirado diversos estudos nos mais variados campos do conhecimento humano, tais como arquitetura, direito, geografia, sociologia etc. Em comum, estes estudos acabam por identificar os apontados problemas sob seu prisma específico de análise, e propõe processos para a “reurbanificação” de tais territórios. Tais processos se referem a estudos para a correção da urbanização já realizada, e tem por escopo não só impedir que os aspectos negativos deste modelo de crescimento urbano se acentuem como também promover medidas positivas, tendentes a proporcionar a mais adequada fruição das funções sociais da cidade por seus habitantes. Parte relevante de tais debates e medidas propostas versa sobre modelos de reocupação habitacional e revitalização financeira das regiões hoje degradadas dos centros das grandes cidades.

As propostas oferecidas nesta linha de estudo não raro se referem ao modelo francês das *Zones d'Aménagement Concerté* - ZAC. Fundamentalmente. A partir das experiências positivas obtidas na França com a utilização de tais instrumentos, propõe-se replicar estruturas e procedimentos havidos naquele país em território brasileiro. Em resposta a esta pretensão, e sob a ótica jurídica, este breve estudo analisa a contextualização de criação e implantação das ZAC na França, cotejando as possibilidades de sua viabilização formal no território brasileiro, considerando as peculiaridades e exigências havidas a partir da análise do sistema federativo ao qual nosso ordenamento jurídico, em matéria de direito urbanístico, se estrutura.

³ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Tendências Demográficas**: uma análise da população com base nos censos demográficos de 1940 e 2000. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/tendencia_demografica/analise_populacao/1940_2000/analise_populacao.pdf>. Acesso em: 07 out. 2019.

2 A ESTRUTURAÇÃO DAS ZONES D'AMÉNAGEMENT CONCERTÉ - ZAC COMO INSTRUMENTO DE PLANEJAMENTO URBANO

As *Zones d'Aménagement Concerté* - ZAC são instrumentos públicos de planejamento urbano atualmente em vigor na França e instituídos pelo Código de Urbanismo francês ainda em 1967⁴. O objeto principal das ZAC é a delimitação de áreas urbanas passíveis do recebimento de intervenções de infraestrutura e de outras ações de planejamento com a finalidade de garantir a transformação urbanística do território. Nesse sentido, as ZAC podem abranger desde projetos de renovação e reconversão de espaços públicos, até a alteração de parâmetros urbanísticos como meio de atrair novas atividades econômicas, implantar equipamentos públicos e fomentar estratégias habitacionais. Trata-se, desse modo, de um procedimento no qual se incluem três etapas administrativas principais: a iniciativa, o arquivo de criação e o arquivo de implementação das ZAC⁵, os quais definem um programa urbanístico para um perímetro específico, com parâmetros e estratégias próprias, no intuito de permitir a intervenção concertada no território com a participação de diversos agentes⁶. É importante observar que apesar de se tratar de um território de regramento específico de uso e ocupação do solo, as ZAC devem ser previstas nos Planos Locais de Urbanismo - PLU, não sendo concebidas de maneira completamente autônoma ao regramento ordinário de planejamento⁷.

Dessa forma, as ZAC se consolidam, primeiramente, como um método ou um procedimento pelo qual o poder público local delimita e planeja a intervenção no território. Nos termos do Título I do Livro III do Código de Urbanismo, as ZAC podem ser propostas por uma instituição pública que anseia intervir área urbana específica, diretamente ou mediante concessão, a interessados privados, do seu processo de desenvolvimento ou implantação. Para tanto são primeiramente indicados um perímetro de intervenção e um programa de desenvolvimento concertado da "zona", documentos

⁴ Apesar do Código de Urbanismo ter considerado as ZAC como instrumento de planejamento conjunto em 1967, a estrutura regulatória do instrumento sofreu modificações consideráveis a partir de 1985, quando da promulgação da Lei n. 85-729, de 18 de julho de 1985, responsável por definir novos princípios de gestão para as ZAC, e de seu decreto n.º 86-517, de 14 de março de 1986, que conferiu aos municípios o poder de criar ZAC. *In: L'ECOLE POLYTECHNIQUE DE L'UNIVERSITÉ DE TOURS. La modélisation de la zone d'aménagement concerté (ZAC). In: l'UMR 6173 CITERES. Disponível em: <http://memoires.scd.univ-tours.fr/EPU_DA/LOCAL/2010PFE_DoucheMaxime.pdf> Acesso em 05 out. de 2019. 2010. p. 11.*

⁵ L'ECOLE POLYTECHNIQUE DE L'UNIVERSITÉ DE TOURS. **La modélisation de la zone d'aménagement concerté (ZAC).** *In: l'UMR 6173 CITERES. Disponível em: <http://memoires.scd.univ-tours.fr/EPU_DA/LOCAL/2010PFE_DoucheMaxime.pdf> Acesso em 05 out. de 2019. 2010. p. 20.*

⁶ CEREMA. **La Zone d'Aménagement Concerté.** Disponível em: <<http://outil2amenagement.cerema.fr/la-zone-d-amenagement-concerte-zac-r311.html>> Acesso em: 02 out. de 2019.

⁷ MALERONKA, Camila. **Projeto e Gestão na Metrópole Contemporânea: um estudo sobre as potencialidades do instrumento "operação urbana consorciada" à luz da experiência paulistana.** Dissertação (Doutorado em Arquitetura e Urbanismo). São Paulo: Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo, 2010. pp. 56-57.

que deverão ser submetidos à aprovação Conselho Municipal ou ao Órgão Deliberativo da instituição pública que propôs a ZAC para que, ao fim, a autoridade municipal possa instituir a *zone d'aménagement concerté*⁸. Destaca-se que a decisão de instituição da ZAC confere não somente a delimitação de um perímetro e de um programa de intervenção, como também estabelece o modelo jurídico a ser adotado para a governança da implantação do projeto e para a implantação das melhorias urbanísticas desejadas.

A este ponto, cumpre salientar que a partir de 2004, por decisão do Conselho de Estado, deixou de ser possível conferir ao desenvolvedor das ZAC - que, como visto, poderá ser a própria autoridade pública ou um concessionário - a tarefa idealizar a sua criação. Desta forma, a autorização prevista no Artigo L311-5 do referido Código de Urbanismo francês permite aos parceiros privados a atuação somente a partir da aprovação da criação das ZAC pela autoridade municipal, com a finalidade de implantação, ou "realização", do instrumento⁹. Trata-se, dessa forma, da possibilidade de transferir o risco de laboração e operação do projeto a um desenvolvedor parceiro, segregando eventuais questões da responsabilidade do órgão público concedente. As alterações advindas em 2004, que não se aplicam às primeiras ZAC, surgidas no final da década de 1980, evidenciam, de qualquer modo, a possibilidade de composição público-privada para implantação das ZAC. Tal condição é considerada, desde o início de sua aplicação, uma das características mais inovadoras do instrumento, permitindo-se a delegação do programa de intervenções a agentes parceiros do Poder Público, usualmente empresas públicas ou sociedades de economia mista com participação pública majoritária¹⁰. A opção da autoridade municipal de firmar parcerias para fins de desenvolvimento das ZAC deverá culminar na escolha de um interessado que tenha "vocação" para executar o programa proposto, devendo ser precedido, nos termos do Artigo L300-4 do Código de Urbanismo, de procedimento público que garanta a concorrência e publicidade propostas apresentadas, respeitado o regramento estabelecido pelo Conselho de Estado Francês, mecanismo que assume formato similar às licitações ocorridas no Brasil.

⁸ FRANÇA. **Código de Urbanismo**: Livro III, Título I. Disponível em:

<<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idArticle=LEGIARTI000037666723&idSectionTA=LEGISCTA000006158576&cidTexte=LEGITEXT000006074075&dateTexte=20191003>> Acesso em: 02 out. de 2019.

⁹ L'ECOLE POLYTECHNIQUE DE L'UNIVERSITÉ DE TOURS. **La modélisation de la zone d'aménagement concerté (ZAC)**. In: l'UMR 6173 CITERES. Disponível em: <http://memoires.scd.univ-tours.fr/EPU_DA/LOCAL/2010PFE_DoucheMaxime.pdf> Acesso em 05 out. de 2019. 2010. p. 14.

¹⁰ MALERONKA, Camila. **Projeto e Gestão na Metrópole Contemporânea**: um estudo sobre as potencialidades do instrumento "operação urbana consorciada" à luz da experiência paulistana. Dissertação (Doutorado em Arquitetura e Urbanismo). São Paulo: Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo, 2010. p. 55.

Nos casos em que há a concessão do desenvolvimento das ZAC, o desenvolvedor poderá "adquirir a terra, desenvolver, realizar o equipamento e vendê-lo, incorporando o custo de instalações públicas"¹¹, sendo possível, inclusive, se apropriar de prerrogativas tipicamente públicas como preempção ou expropriação, esta última mediante expedição de Declaração de Utilidade Pública - DUP que garanta a incorporação forçada do imóvel ao patrimônio da ZAC¹². Além disso, é cabível ao desenvolvedor concessionário a aquisição e posterior venda, locação ou concessão dos imóveis contidos na ZAC, com a finalidade de aumentar a receita necessária ao financiamento dos projetos. Cumpre salientar que o modelo de concessão adotado, bem como as competências do parceiro público-privado está diretamente relacionada ao modelo de empresa que se deseja firmar o contrato de desenvolvimento, como será visto adiante.

A proposta trazida pelas ZAC, assim, além de significar um conjunto de intervenções infraestruturais de renovação urbana de uma área específica, inaugura um modelo de transformação do tecido urbano que permite, por meio da valorização dos imóveis internos ao perímetro, o financiamento das intervenções efetuadas sem que seja necessário comprometer os recursos públicos disponíveis. A valorização imobiliária, apropriada diretamente pelo Poder Público ou pelo concessionário, é a própria "moeda de troca" da urbanização projetada e implantada. Dessa maneira, o cenário garantido pelo Código de Urbanismo no tocante à aproximação da instituição pública com o concessionário parceiro, em detrimento da execução direta pelo Poder Público, mostra-se atraente e positiva para a eficiência da política pública de desenvolvimento urbano e para a gestão dos gastos necessários a tanto.

A operacionalização das ZAC por um interessado público-privado pode ser demonstrada, a título exemplificativo, por meio da densa atuação da empresa SEMAPA - *Société d'Economie Mixte d'Aménagement de Paris* criada em 1985 e que administra vários dos importantes projetos urbanísticos desenvolvidos na região administrativa de Paris. A SEMAPA assumiu primeiramente a estrutura de uma sociedade de economia mista *comum*, na qual a Prefeitura de Paris assumia a posição de acionista majoritária, com 57% das ações, seguida da SNCF - *Société Nationale des Chemins de Fer Français*, empresa responsável pela operação da rede ferroviária da França, que detinha 20% das ações, e, ainda, com presença da RIVP - *Régie Immobilière de la Ville de Paris*, proprietária de 10% das

¹¹ L'ECOLE POLYTECHNIQUE DE L'UNIVERSITÉ DE TOURS. **La modélisation de la zone d'aménagement concerté (ZAC)**. In: l'UMR 6173 CITERES. Disponível em: <http://memoires.scd.univ-tours.fr/EPU_DA/LOCAL/2010PFE_DoucheMaxime.pdf> Acesso em 05 out. de 2019. 2010. p. 11.

¹² FRANÇA. **Código de Urbanismo**: Artigo 300-4. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?sessionId=E04D6A91CC40903D93CA3E2106D82FE3.tplgfr27s_2?idArticle=LEGIARTI000037666639&cidTexte=LEGITEXT000006074075&categorieLien=id&dateTexte=>> Acesso em: 05 out. 2019.

ações, o governo nacional e a administração da Île-de-France, com 5% das ações cada, e outros acionistas privados que representavam 3% do restante das ações¹³. A partir de 2012, entretanto, a SEMAPA passou a assumir estatutariamente a forma de uma Empresa Pública Local de Desenvolvimento, na qual a Prefeitura de Paris é majoritária, com 66% das ações, seguida pelo Département de Paris, que detém 26% das ações, e da Região Île-de-France, com 8%¹⁴.

No âmbito da SEMAPA está estruturada uma das mais antigas e emblemáticas *zones d'aménagement concerté* que é ZAC Paris Rive Gauche, cujos estudos foram iniciados ainda em 1988. A ZAC Paris Rive Gauche conta com 130 hectares de área e se divide em quatro bairros organizados: (i) a estação de Austerlitz, no distrito de Austerlitz, (ii) a Biblioteca Nacional da França para o distrito de Tolbiac, (iii) um agrupamento universitário, que agrega importantes polos de educação no distrito de Masséna, (iv) e a concepção do Boulevard General Jean Simon junto a um anel viário no distrito de Bruneseau¹⁵. Com exceção dos projetos desenvolvidos para o distrito de Bruneseau, que tiveram início em 2013 e ainda estão em etapa de estudo, os demais projetos de desenvolvimento estão praticamente acabados. A ideia inicial aportada pelo plano de desenvolvimento da zona era transformar essa porção territorial em um atrativo setor de negócios em um período estimado de 15 anos. Os objetivos do projeto, contudo, se alteraram e culminaram em uma série de estratégias que alteraram o seu perfil inicial e culminaram na divisão de projetos apontada, aumentando-se consideravelmente o prazo estimado inicialmente¹⁶.

A SEMAPA não é a única empresa responsável pelo desenvolvimento das ZAC. É possível citar, ainda, a *Paris & Métropole aménagement*, empresa pública local (SPL) que gerencia e desenvolve os projetos para a ZAC Clichy-Batignolles e para a ZAC *Gare des Mines-Filletes*, que sediará parte dos jogos olímpicos de 2024, ambas em Paris. No tocante à ZAC Clichy-Batignolles, trata-se de projeto importante para fins de estabelecimento de um novo paradigma habitacional e de desenvolvimento sustentável de transformação

¹³ GAIARSA, Claudio Martins. **Financiamento da infraestrutura urbana com base na valorização imobiliária**: um estudo comparado de mecanismos de quatro países. Dissertação (Mestrado em Engenharia). São Paulo: Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, 2010. pp. 67-68

¹⁴ SEMAPA. **Qui sommes nous ?**. Disponível em: <<http://www.semapa.fr/Qui-sommes-nous>>. Acesso em: 03 out. 2019.

¹⁵ SEMAPA. **Les quartiers et leurs projets**. Disponível em: <<http://www.parisrivegauche.com/Les-quartiers-et-leurs-projets>> Acesso em: 03 out. de 2019.

¹⁶ MALERONKA, Camila. **Projeto e Gestão na Metrópole Contemporânea**: um estudo sobre as potencialidades do instrumento "operação urbana consorciada" à luz da experiência paulistana. Dissertação (Doutorado em Arquitetura e Urbanismo). São Paulo: Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo, 2010. pp. 59-60.

urbanística, sendo esperados 6.500 novos habitantes com a geração de 12.700 novos empregos¹⁷.

É importante ressaltar que as modalidades específicas de governança permitidas pelo Código de Urbanismo francês explicam, ao menos em parte, o desempenho obtido pelos projetos urbanos oriundos de uma ZAC. Primeiramente, no o título II do Livro III do Código de Urbanismo, mesmo livro que disciplinou as ZAC, é possível encontrar várias figuras jurídicas consideradas como "organismos de execução" dos instrumentos de desenvolvimento urbano, para as quais poderá ser concedida o desenvolvimento dos projetos, como já citado anteriormente - as ZAC são apenas um dos modelos possíveis. De acordo com o Federação das Empresas Públicas Locais¹⁸ e após a análise das modalidades estatutárias da SEMAPA e da *Paris & Métropole Aménagement*, parecem ser três as grandes modalidades de empresas públicas locais - que assumem formas estatutárias majoritariamente público-privadas, estando também previstas no Código de Urbanismo, no Código Geral de Autoridades Locais (CGCT) e no Código Comercial - que atualmente desenvolvem as ZAC¹⁹. As empresas públicas locais - EPL podem estar constituídas sob a forma de Sociedades Públicas Locais de Desenvolvimento - SPLA, que atendem a forma estatutária geral de Sociedade Pública Local - SPL, bem como sob o modelo de Sociedades de Economia Mista - SEM e de Sociedades de Economia Mista de Desenvolvimento com Operação Única, que atendem a forma estatutária de Sociedades de Economia Mista de Operação Única - SEMOP.

As Sociedades Públicas Locais de Desenvolvimento - SPLA (a forma atualmente assumida pela SEMAPA), foram estruturadas em caráter experimental em 2006 com a finalidade de contribuir para a formação de modalidades empresariais voltadas ao desenvolvimento habitacional e, em 2010, assumiram a estrutura definitiva no interior da regulamentação dada às Sociedades Públicas Locais. A SPLA constitui-se como uma sociedade anônima regida tanto pelo Código Comercial quanto pelo Código de Urbanismo, dado seu caráter de desenvolvedor urbano. São empresas com capital exclusivamente público, mantido por pelo menos duas autoridades locais, diferentemente

¹⁷ PARIS & MÉTROPOLE AMENAGEMENT. **Clichy-Batignolles (17 de Paris)**: uma nova qualidade urbana para o noroeste de Paris. Disponível em: <<https://www.paris-metropole-amenagement.fr/fr/clichy-batignolles-paris-17e>> Acesso em: 03 out. de 2019.

¹⁸ FÉDÉRATION DES ENTREPRISES PUBLIQUES LOCALES. **La société d'économie mixte à opération unique (SemOp)**. Disponível em: <https://www.lesepl.fr/pdf/note_semop.pdf> Acesso em: 05 out. 2019. Paris: 2017.

¹⁹ O Código de Urbanismo, ao descrever os organismos de execução passíveis de desenvolvimento das ZAC trás não somente as Sociedades Públicas Locais de Desenvolvimento e as Modalidades de Sociedades de Economia Mista, como também empresas públicas pré-concebidas para alguns territórios ou finalidades. Sem prejuízo das disposições acerca das modalidades existentes para desenvolvimento das ZAC, optamos por aprofundar as três espécies empresariais mais recorrentes.

das sociedades de economia mista, que possuem ao menos um acionista privado²⁰. Ademais, além de possuírem uma área de especialização - que é a própria característica de desenvolvedor urbano - as SPLA são competentes para realizar a construção e reabilitação imobiliária, bem como as atividades a estas relacionadas, além de poderem executar estudos preliminares, adquirir e transferir imóveis e promover arrendamentos comerciais, podendo intervir somente no âmbito da competência de seus acionistas públicos e em um território pré-determinado. Uma característica diferencial das SPLA é a não necessidade de que sejam submetidas à editais de concorrência para a execução das tarefas de concessão, economizando tempo e dinheiro na gestão de seus projetos, além de possuírem um quadro de funcionários e uma estrutura de contabilidade regida pelo direito privado, cumprindo metas de desempenho, eficiência e flexibilidade²¹.

As Sociedades de Economia Mista - SEM, por outro lado, tem sido articuladas na França desde o final da segunda guerra mundial. Nos termos do Artigo L1521-1 do Código Geral de Autoridades Locais, o objeto das SEM é a associação de autoridades locais a um ou mais parceiros privados com a finalidade (i) realizar operações de desenvolvimento e construção, (ii) operar serviços públicos de natureza industrial ou comercial, ou qualquer outra atividade de interesse geral. Além disso, as SEM podem executar projetos e proceder à sua implementação e manutenção. Destaca-se que as SEM não são destinadas exclusivamente ao desenvolvimento de projetos urbanos como as ZAC, podendo ser constituídas para várias finalidades diversas, sendo, portanto, um gênero mais difundido de empresa pública dentre as existentes²².

Já as Sociedades de Economia Mista de Operação Única - SEMOP, regulamentadas em 2014 como uma categoria mais flexível de Sociedade de Economia Mista, são empresas de capital aberto que permitem que uma autoridade local, com a finalidade de desenvolver determinada atividade, promova um concurso para eleger o operador acionista privado que se associará à autoridade pública para fins de execução do contrato a ser adjudicado²³. As competências de uma SEMOP também se associam às competências da autoridade pública à qual faz parte, possuindo, portanto, uma abrangência territorial de investimento limitada e com duração pré-determinada. Nos termos do Artigo L1541-1

²⁰ FÉDÉRATION DES ENTREPRISES PUBLIQUES LOCALES. **Les Sociétés publiques locales d'aménagement**. Disponível em: <https://www.lesepl.fr/pdf/note_spla.pdf> Acesso em: 05 out. 2019. Paris: 2017.

²¹ *Ibidem*.

²² FRANÇA. **Code général des collectivités territoriales**. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idArticle=LEGIARTI000029945530&idSectionTA=LEGISCTA000006164493&cidTexte=LEGITEXT000006070633&dateTexte=20191007>> Acesso em: 05 out. 2019.

²³ FÉDÉRATION DES ENTREPRISES PUBLIQUES LOCALES. **La société d'économie mixte à opération unique (SemOp)**. Disponível em: <https://www.lesepl.fr/pdf/note_semop.pdf> Acesso em: 05 out. 2019. Paris: 2017.

do Código Geral de Autoridades Locais, as competências das SEMOP são: (i) a construção, desenvolvimento habitacional ou operação de desenvolvimento; (ii) a gestão de um serviço público, incluindo a construção de obras ou a aquisição de bens necessários para a prestação do serviço; (iii) qualquer outra operação de interesse geral que seja da competência da autoridade local ou grupo de autoridades locais²⁴. Dessa maneira, o que se percebe no caso das SEMOP é a ampla extensão de competências dessas empresas, o que, no limite, é atrativo para investidores externos ao Estado, além de permitir maior flexibilidade na obtenção de recursos para o autofinanciamento da operação.

Ao fim, nos parece que o diferencial da governança territorial-urbanística desenvolvido nas *zones d'aménagement concerté* francesas não é somente a possibilidade da concessão público-privada de sua implantação. De fato, as ZAC consistem em instrumentos de planejamento urbano que apesar de previstas em Lei - com especial atenção à previsão obrigatória das ZAC nos Planos Locais de Urbanismo - e submetidas ao arcabouço regulatório-urbanístico, possuem operação autônoma da dependem das competências previstas para cada modelo empresarial adotado. A concessão público-privada das ZAC, da maneira como vem sendo sustentada pelas empresas públicas locais, estão pautadas em um considerável investimento público advindos das autoridades locais, em adição às competências de exploração da mais valia urbana em conjunto com a prestação dos serviços públicos associados à infraestrutura construída. Dessa maneira, nota-se que há alta capacidade de financiamento das autoridades locais em conjunto em um modelo flexível de remuneração que, no momento do desenvolvimento das ZAC, garante o auto-financiamento integral dos recursos despendidos nas intervenções realizadas.

3 REGULAÇÃO URBANÍSTICA NO BRASIL: SISTEMA FEDERATIVO E ARRANJOS DE GOVERNANÇA TERRITORIAL

O estudo da legislação urbanística brasileira e da estruturação jurídica de modelos de governança territorial com base nessa legislação tem como ponto de partida o modelo de organização político-administrativo adotado pela Constituição Federal de 1988 - o arranjo de competências, atribuições e instrumentos em matéria de direito urbanístico está relacionado também à função que cada ente federativo desempenha no tocante à governança urbanística do território ao qual fazem parte. Nesta linha de ideias, esta seção

²⁴ FRANÇA. *Code général des collectivités territoriales*. Disponível em:

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?sessionId=AEC47561590A515FAE80C62DEF05AA21.tplgfr27s_2?idArticle=LEGIARTI000031145704&cidTexte=LEGITEXT000006070633&categorieLien=id&dateTexte=> Acesso em: 05 out. 2019.

do presente artigo busca proporcionar uma visão geral sobre como as condições da organização político-administrativa do Estado brasileiro fizeram derivar a regulação urbanística vigente. Com tal panorama acerca da regulação urbanística existente a partir do arranjo federativo adotado na Constituição de 1988, será possível, posteriormente, e nos limites das possibilidades deste estudo, avaliar os potenciais entraves ou adequações da inserção de modelos de governança similares à ZAC no Brasil.

3.1 O sistema federativo brasileiro

A instituição de uma República do tipo federativa do Brasil vigora há mais de um século. Sem prejuízo dos diversos arranjos estruturados até desenho o federativo vigente, inaugurado pela Constituição Federal de 1988, acredita-se que a organização territorial das competências da administração teve início ainda na Constituição brasileira de 1824, responsável por delegar poderes administrativos às 16 províncias existentes à época. A primeira Constituição da República, de 1891, acentuou esta condição, que se manteve relativamente estável nas diversas constituições brasileiras²⁵. O arranjo federativo vigente agrega o Município como ente integrante da Federação (ou mesmo como ente federado, como defendem alguns), e estabelece importante definição no que tange à descentralização de poderes aos entes subnacionais. No tocante à regulação urbanística, delega atribuições substanciais de governança, ordenamento do uso e ocupação do solo aos municípios por meio do Plano Diretor e demais legislações deste decorrentes.

A este ponto, não é ocioso lembrar que o federalismo consiste em um modelo de organização político-administrativa no qual a divisão de competências tem caráter fundamental. Com efeito, o desenho constitucional de um Estado federalista pressupõe a existência de entes com autonomia, que se relacionam em uma ordem jurídica que define um modelo de atuação que pode pressupor desde a completa separação de competências entre seus integrantes (o federalismo dual) até regimes em que existem competências materiais e legislativas comuns a todos os entes, sem que se perca o caráter autônomo dos seus integrantes (federalismo cooperativo). Como elementos existentes tanto em um quanto em outro modelo de federação, podem ser destacados a existência de uma estrutura não centralizada, onde figuram vários centros de poder, também nominados de “entes federados”, bem como a atuação contrabalaneada das instituições autônomas e a grande afinidade com o sistema democrático²⁶, apresentando-se o desenho federativo como oposto aos modelos unitários de governo. Existem, portanto, duas principais

²⁵ SOUZA, Celina. **Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-44782005000100008&script=sci_abstract&tlng=pt> Acesso em: 01 Out. de 2019. p. 107.

²⁶ ELAZAR, Daniel. “Federalismo”. Arché, ano III, nº 7, 1994. pp. 7-11.

dimensões que alicerçam as diferentes federações atualmente existentes: a existência concomitante de um desenho constitucional que preveja a distribuição de competências materiais e legislativas entre seus integrantes e a autonomia conferida a tais entes, oponível aos demais. Por outro lado, em sistemas de organização político-administrativa unitária, como - desde já adverte-se - é o caso da França, a unidade central concentra a expressiva maioria das atribuições constitucionais, cabendo ao governo local tão somente o detalhamento da legislação proposta.

Em nosso país, a Constituição Federal de 1988 veiculou um modelo de federalismo que se traduziu em intensa descentralização de funções materiais e legislativas aos entes federativos subnacionais, sendo uma das especificidades da organização federalista brasileira a existência de três níveis de governo com autonomia administrativa e legislativa - *União, Estados e Municípios*. Apesar da característica descentralização evidenciada pela Constituição de 1988, e até mesmo em função de suas origens (o denominado “federalismo por desconcentração”) o modelo federalista brasileiro prevê a existência de diversas políticas federais, pautadas em Sistemas Nacionais, Políticas Nacionais e Estatutos, que passaram a ser estruturadas pela União e encaminhadas ao detalhamento local pelos entes subnacionais.

3.2. Competências relacionadas à gestão do território no Brasil

Em matéria de regulação urbanística, a Constituição Federal de 1988 enuncia os elementos formativos daquilo que pode ser denominado “subsistema jurídico-urbanístico”, que, por sua vez, possui coesão e dinâmica próprias²⁷, estabelecidos a partir das linhas gerais de regramento veiculadas pela Lei n. 10.257/2001, o Estatuto da Cidade - norma-matriz desse subsistema, editada pela União. Trata-se, em suma, de um arcabouço estruturado referencialmente por diretrizes promulgadas pela unidade federativa central - a União - que, a partir dos dispositivos fundamentais da Constituição Federal, ilustra a atuação aos entes subnacionais no tocante à aplicação e sistematização da regulação urbanística *in loco*.

O subsistema jurídico-urbanístico está alicerçado na conformação da propriedade urbanística, principalmente no que tange à função social da propriedade, trazida pelos incisos XXII e XXIII do Artigo 5º da Constituição. Tal princípio deverá pautar os regramentos municipais locais, especialmente os Planos Diretores, eleitos como índices da aferição da efetiva aplicação de tal princípio pelo art. 182 da Carta Magna. Além das máximas referentes à função social da propriedade, salienta-se que o artigo 30, incisos I e

²⁷ APPARECIDO JUNIOR, Jose Antonio. **Direito Urbanístico Aplicado**: os caminhos da eficiência jurídica nos projetos urbanísticos. Curitiba: Juruá, 2017. p. 55.

VIII, da Constituição Federal de 1988, ao definir as competências dos municípios, estabeleceu que a competência legislativa em matéria de regulação urbanística tem por base o interesse local, cabendo aos municípios legislarem sobre o ordenamento territorial, sempre por meio do planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano. O artigo 182 da Constituição, em verdadeira síntese normativa, confere a tais entes subnacionais o dever de propor e executar a política de desenvolvimento urbano, tendo por *objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes* - tal meta, reitera-se, se dará por intermédio da promulgação dos Planos Diretores.

A afirmativa de que a efetivação destes elementos norteadores do direito urbanístico, alinhavados na Constituição e integrados pelo filtro normativo trazido pelo Estatuto da Cidade cabe aos Planos Diretores Municipais atesta a importante competência municipal no assunto. Desse modo, verifica-se que a finalidade precípua dos Planos Diretores, protagonistas da regulação urbanística propositiva, é veicular o próprio desenho normativo das regras aplicáveis ao território e de seus instrumentos de governança, devendo considerar a realidade local a partir das especificidades territoriais, sociais, econômicas e ambientais que se apresentam, conformando as bases da propriedade urbanística em sua órbita de regulação. Os Planos Diretores e as leis deste decorrentes, assim, têm a função de efetivar a política de desenvolvimento urbano *in loco*, garantindo formatação jurídica à regulação do solo e das demais estratégias de governança territorial que se façam necessárias.

De outra parte, a Constituição Federal, além de determinar a formulação das normas gerais de direito urbanístico à União e de atribuir aos Municípios o dever de promover o direito da função social da propriedade a partir do instrumento jurídico-normativo denominado Plano Diretor, concedeu aos Estados a atribuição de, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum (art. 25, § 3º). Inspirado por tal determinação, editou a União o chamado Estatuto da Metrópole (Lei Federal n. 13.089/2015), que prevê diretrizes gerais para o planejamento, a gestão e a execução das funções públicas de interesse comum em regiões metropolitanas e em aglomerações urbanas instituídas pelos Estados, normas gerais sobre o plano de desenvolvimento urbano integrado e outros instrumentos de governança interfederativa, e

critérios para o apoio da União a ações que envolvam governança interfederativa no campo do desenvolvimento urbano²⁸.

O Estatuto da Metrópole evidencia uma das principais questões havidas na questão da governança das grandes e médias cidades brasileiras, ordinariamente integrantes de processos de conurbação: a gestão das denominadas “funções públicas de interesse comum”, definida no próprio texto legal como a política pública ou ação nela inserida cuja realização por parte de um Município, isoladamente, seja inviável ou cause impacto em Municípios limítrofes. Em rápida síntese, a lei desloca do âmbito municipal a capacidade de gestão de serviços públicos de alto impacto social e de grande potencial de geração de valor financeiro, como os de transporte metropolitano, água, esgoto e gás (de gestão estadual), e de distribuição de energia elétrica e telefonia (de gestão federal). Desta forma, o Município tem redimensionada sua capacidade de conformar a propriedade urbanística, especialmente no tocante ao uso e ocupação do solo, acarretando condicionamentos à elaboração e aplicação da política pública de desenvolvimento urbano, sob sua responsabilidade, a elementos de decisão externos às funções deste ente federado, e sobre os quais tem limitada governança. Em casos concretos, inclusive, é possível identificar-se até mesmo competições indesejadas entre os entes federados em razão da falta de um planejamento elaborado em bases colaborativas (como, por exemplo, o que ocorre quando ônibus de passageiros de transporte municipal e metropolitano tem suas linhas coincidentes em grandes partes do trajeto).

Em que pese tais dificuldades, a legislação brasileira prevê formas de vinculação entre diferentes entes federados, formalizando-se uma atuação cooperada para que sejam atingidas finalidades de interesse público. A mais relevante, ao menos até o momento, é o instrumento do Consórcio Público, criado pela Lei Federal n. 11.107/2005, que prevê a associação entre União, Estados e Municípios para a realização de objetivos de interesse comum. Tais consórcios podem receber, se assim determinar seu ato de formação, competências atribuídas a tais entes federados, inclusive os referentes a gestão associada de serviços públicos, explicitando as competências cujo exercício se transferiu ao consórcio público; os serviços públicos objeto da gestão associada e a área em que serão prestados; a autorização para licitar ou outorgar concessão, permissão ou autorização da prestação dos serviços; as condições a que deve obedecer o contrato de programa, no caso de a gestão associada envolver também a prestação de serviços por órgão ou entidade de um dos

²⁸ É importante destacar que grande parte da regulação das regiões metropolitanas em nosso país ocorreu por intermédio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1842, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) para questionar normas do estado do Rio de Janeiro que tratam da criação da região metropolitana do Rio de Janeiro e da microrregião dos Lagos e disciplinam a administração de serviços públicos.

entes da Federação consorciados; os critérios técnicos para cálculo do valor das tarifas e de outros preços públicos, bem como para seu reajuste ou revisão.

4. A APROXIMAÇÃO DAS ZAC À REGULAÇÃO URBANÍSTICA BRASILEIRA

A relação entre o modelo de desenvolvimento urbano protagonizado pelas ZAC francesas e a regulação urbanística brasileira passa, indiscutivelmente, pela identificação de que a estrutura de governança territorial das ZAC é não somente essencial ao desempenho do instrumento como sustentada por um arranjo de atribuições e competências diverso daquele presenciado pelos municípios brasileiros. Neste ponto, a organização federativa brasileira estabelece uma diferença limitadora nas estruturas de possíveis governanças de iniciativas integradas de processos de transformação territorial.

É de se observar, inicialmente, que nas ZAC a autoridade municipal procede à aplicação da legislação Federal, promovendo a organização empresarial que será dedicada à transformação ou requalificação de determinada parcela do território. Se é certo que as ZAC somente poderão ser criadas caso estejam previstas no Plano Local de Urbanismo (o que representa a parcela de planejamento local que independe do Poder Central), o empreendimento em si, considerado seu processo de implantação, será realizado a partir de elementos normativos pré estabelecidos na legislação nacional. A política pública nacional de urbanismo, desta forma, se territorializa no ente subnacional, utilizando, para tanto, o regramento jurídico estabelecido nacionalmente. As ZAC, depois de criadas, se submetem ao regramento de direito privado - ligado à modalidade empresarial escolhida para sua implantação - que servirá de instrumento para a aplicação do planejamento urbanístico. No Brasil, o planejamento urbanístico referente ao parcelamento, uso e ocupação do solo é essencialmente municipal, sendo as diretrizes gerais de política urbana incapazes de gerar uma normatividade vinculante do planejamento local. Esta extraordinária parcela de autonomia destes entes subnacionais (sem que se pretenda realizar juízo de valor sobre os benefícios e malefícios do regime constitucional) é, contudo, contrastada pelas camadas de regulação de serviços públicos de interesse geral de competência federal e estadual - regulação esta que, não raro, ignora o planejamento do Município. As competências materiais fixadas na Constituição Federal para a prestação de tais serviços, por sua vez, deixam claro que a atividade economicamente concertada no território é bastante dificultada - o exercício de competências estruturantes do território como um todo não é, *a priori*, organizável exclusivamente por um ente.

As ZAC, por outro lado, proporcionam um modelo diferenciado de execução de governança do território, baseado no instrumental de implantação do plano. Em outros termos, uma vez previstas e criadas as ZAC, tais empreendimentos são concedidos ao

desenvolvedor privado, que será responsável por dar prosseguimento a implantação de um projeto urbano, com diretrizes e metas previamente estabelecidas e derivadas, direta ou indiretamente, da política pública de caráter supralocal à qual se inserem. A submissão de execução do projeto a uma empresa público privada, por sua vez, diminui os possíveis meandros de relação interinstitucional, que em tese poderiam gerar dificuldades na execução do processo, sendo certo, ainda, que o estabelecimento de metas e competências instrumentais para execução das obras e serviços necessários à implantação do plano encaminham uma certa competência institucional focada no planejamento da execução e da gestão projetual, trabalho posterior ao planejamento do projeto urbanístico estritamente considerado. Em nosso país, as diversas competências legislativas e materiais dos entes federados que poderão acarretar influência na formulação de planos urbanos acabam por demandar um esforço relevante dos órgãos públicos envolvidos na tarefa, normalmente sendo designado o próprio órgão competente legislativa e materialmente como executor da parcela de planejamento específico que lhe seja atribuição. O que ocorre nestas condições, não raro, é a dispersão de esforços e a assimetria de velocidades de implantação do planejamento como um todo, com evidentes efeitos deletérios à sua eficiência.

Novamente deitando olhos às ZAC, cada eixo do projeto a ser implantado pode gerar a criação de uma Sociedade de Propósito Específico - SPE. É importante destacar este ponto: nas ZAC, as Sociedades de Economia Mista “clássicas” podem realizar operações de desenvolvimento e construção e operar serviços públicos de natureza industrial ou comercial, ou qualquer outra atividade de interesse geral. Na evolução das ZAC francesas, contudo, acabaram sendo criadas as Sociedades de Economia Mista de Operação Única, que podem ter por objeto a construção, desenvolvimento habitacional ou operação de desenvolvimento; a gestão de um serviço público, incluindo a construção de obras ou a aquisição de bens necessários para a prestação do serviço; e qualquer outra operação de interesse geral que seja da competência da autoridade local ou grupo de autoridades locais que compõem a referida Sociedade. De soluções gerais para questões de desenvolvimento urbano, as ZAC evoluíram para a especialização administrativa dedicada a implantação de projetos específicos.

O que importa ressaltar, em termos de aproximação ao nosso sistema jurídico, é que estas SPE, clássicas ou específicas, reúnem competências materiais e regulatórias que, em nosso país, estão espalhadas por mais de um ente federado, além de estarem por vezes pulverizadas nas diversas unidades desconcentradas ou descentralizadas de um mesmo ente. Tal pulverização tende, como já exposto, a dificultar a atuação intersetorial que demanda a eficaz implantação de planos ou projetos urbanísticos - o desenvolvimento urbano não é monofuncional, e sim o resultado de diversas funções e utilidades da cidade disponibilizadas à fruição acessível da população por intermédio de uma ação preordenada.

Nos termos apontados retro, o instrumento do consórcio público, criado pela Lei Federal n. 11.107/2005, pode ser útil a promover a interação de entes com interesses comuns na transformação ou qualificação de parcelas específicas do território. Criado com a natureza jurídica de associação pública ou privada, tais entes autárquicos têm como característica reunir funções e competências das pessoas jurídicas estatais que se associam para sua criação. A possibilidade de celebração de consórcios interfederativos, com expressa definição de competências materiais dos diversos níveis de federação para gestão integrada de planos e projetos urbanos, acaba por representar uma aproximação possível ao conceito das ZAC francesas tendo em vista o ordenamento jurídico brasileiro. Resguardadas as diferenças jurídico-estruturais entre os países, os feixes de atribuições das ZAC, reunidos pela autoridade municipal a partir da legislação empresarial nacional para a finalidade específica referente aos processos de urbanização, podem ser em certa medida replicados nas figuras dos consórcios públicos, desde que adotadas as medidas pertinentes a garantir seu efetivo funcionamento em período compatível com a iniciativa em estudo - o desenvolvimento urbano não acontece em curtos períodos de tempo, cabendo a tais entidades estruturar-se de modo a evitar que alternância política nos entes federados influencie seu cronograma de atuação e capacidade de gestão.

As vantagens administrativas da utilização de tal estruturação são as mais diversas. Entre outras, os consórcios públicos podem ser contratados pela Administração Pública Direta ou Indireta dos entes consorciados com dispensa de licitação, promover desapropriações e instituir servidões, e emitir documentos de cobrança e exercer atividades de arrecadação de tarifas e outros preços públicos pela prestação de serviços ou pelo uso ou outorga de uso de bens públicos por eles administrados ou, mediante autorização específica, pelo ente consorciado. Podem, por fim, outorgar concessão, permissão ou autorização de obras ou serviços públicos - modelos contratuais, como as concessões urbanísticas, ou de estruturação territorial ativa, como as operações urbanas consorciadas estão aptas a ser utilizadas pelos consórcios públicos para a implantação de seus desideratos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O arranjo de governança territorial proporcionado pelas ZAC francesas é referência no que tange à adequada fruição das funções sociais da cidade e nos modelos de transformação territorial, garantindo a implantação de políticas públicas voltadas à valorização habitacional e dos espaços públicos. Como visto, o marco referencial das ZAC tem relação com o modelo jurídico formativo das estruturas desenvolvidoras do planejamento urbano, as quais usualmente se estruturam como sociedades de economia mista com grande autonomia no gerenciamento dos programas e serviços prestados na

área de influência do projeto. A causa de sucesso das ZAC, dessa maneira, também pode ser explicada pelo modelo de governança desse instrumento, que permite a delegação substancial a estas empresas das competências administrativas associadas ao território à autoridade local desenvolvedora, evidenciando que o modelo político-administrativo importa para fins de efetivação do planejamento urbano.

Neste ponto, destaca-se que o elemento de distanciamento entre o modelo de planejamento urbano brasileiro e o modelo estruturado pelas ZAC é a fragilidade dos mecanismos de governança territorial no Brasil. O sistema federativo brasileiro opera, nesse caso, como agente limitador da eficiência da implantação dos projetos urbanos e, diante das alternativas disponíveis, o incentivo à estruturação de consórcios públicos é particularmente interessante e necessária.

Dessa maneira, os modelos de governança interfederativa, enquanto seara de pactuação entre os diversos entes federados para a gestão de políticas públicas, devem ser considerados para a discussão da eficiência na transformação territorial e do melhor aproveitamento das funções sociais da cidade e da propriedade urbanística. Sem tal articulação, o modelo francês torna-se pouco aplicável à realidade jurídico-urbanística existente e, por conseguinte, deixa de influenciar os arranjos de planejamento urbano implantados nos municípios brasileiros. Em termos de governança urbanística, dessa forma, a relação interfederativa, especialmente mediante consórcios públicos, pode oferecer alternativa eficiente à implantação das políticas públicas de desenvolvimento urbano obrigatórias nos termos do artigo 182 da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

APPARECIDO JUNIOR, Jose Antonio. **Direito Urbanístico Aplicado: os caminhos da eficiência jurídica nos projetos urbanísticos**. Curitiba: Juruá, 2017.

CEREMA. *La Zone d'Aménagement Concerté*. Disponível em: <
<http://outil2amenagement.cerema.fr/la-zone-d-amenagement-concerte-zac-r311.html>>
Acesso em: 02 out. de 2019.

ELAZAR, Daniel. **"Federalismo"**. Arché, ano III, nº 7, 1994.

FÉDÉRATION DES ENTREPRISES PUBLIQUES LOCALES. **La société d'économie mixte à opération unique (SemOp)**. Disponível em:
<https://www.lesepl.fr/pdf/note_semop.pdf> Acesso em: 05 out. 2019. Paris: 2017.

_____. **Les Sociétés publiques locales d'aménagement**. Disponível em: <
https://www.lesepl.fr/pdf/note_spla.pdf> Acesso em: 05 out. 2019. Paris: 2017.

FRANÇA. **Code général des collectivités territoriales**. Disponível em:

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=AEC47561590A515FAE80C62DEF05AA21.tplgfr27s_2?idArticle=LEGIARTI000031145704&cidTexte=LEGITEXT000006070633&categorieLien=id&dateTexte=> Acesso em: 05 out. 2019.

_____. **Code de l'urbanisme**. Disponível em:

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=E04D6A91CC40903D93CA3E2106D82FE3.tplgfr27s_2?idArticle=LEGIARTI000037666639&cidTexte=LEGITEXT000006074075&categorieLien=id&dateTexte=> Acesso em: 05 out. 2019.

_____. **Code de commerce**. Disponível em:

<<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idArticle=LEGIARTI000006260040&idSectionTA=LEGISCTA000006161463&cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20191009>> Acesso em: 05 out. 2019.

GAIARSA, Claudio Martins. **Financiamento da infraestrutura urbana com base na valorização imobiliária**: um estudo comparado de mecanismos de quatro países. Dissertação (Mestrado em Engenharia). São Paulo: Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, 2010.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Tendências**

Demográficas: uma análise da população com base nos censos demográficos de 1940 e 2000. Disponível em:

<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/tendencia_demografica/analise_populacao/1940_2000/analise_populacao.pdf>. Acesso em: 07 out. 2019.

L'ECOLE POLYTECHNIQUE DE L'UNIVERSITÉ DE TOURS. **La modelisation de la zone d'aménagement concerté (ZAC)**. In: l'UMR 6173 CITERES. Disponível em:

<http://memoires.scd.univ-tours.fr/EPU_DA/LOCAL/2010PFE_DoucheMaxime.pdf> Acesso em 05 out. de 2019. Tours: 2010.

MALERONKA, Camila. **Projeto e Gestão na Metrópole Contemporânea**: um estudo sobre as potencialidades do instrumento “operação urbana consorciada” à luz da experiência paulistana. Dissertação (Doutorado em Arquitetura e Urbanismo). São Paulo: Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo, 2010.

PARIS & MÉTROPOLE AMENAGEMENT. **Clichy-Batignolles (17 de Paris)**: uma nova qualidade urbana para o noroeste de Paris. Disponível em:

<<https://www.parismetropole-amenagement.fr/fr/clichy-batignolles-paris-17e>> Acesso em: 03 out. de 2019.

SEMAPA. **Les quartiers et leurs projets**. Disponível em:

<<http://www.parisrivegauche.com/Les-quartiers-et-leurs-projets>> Acesso em: 03 out. de 2019.

SOUZA, Celina. **Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-44782005000100008&script=sci_abstract&tlng=pt> Acesso em: 01 Out. de 2019.

2^o INFORMATION SOCIETY AND LAW

FMU
CENTRO UNIVERSITÁRIO

**GT - DIREITO E PROCESSO PENAL NA
SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO**

A DIVULGAÇÃO DE IMAGENS DE PESSOAS MORTAS NA INTERNET E OS BENS JURÍDICOS AFETADOS

Natalia Pires Araujo¹, Ronny Max Machado²

RESUMO: Na era da sociedade da informação, surgiram diversos avanços tecnológicos, dentre eles, a velocidade e quantidade da informação que evoluíram em termos inimagináveis. Se por um lado, a ampliação do acesso à informação é fundamental e contribui para o desenvolvimento da sociedade nos mais diversos aspectos, entre os quais podemos dizer o educacional e cultural, não se pode negar o efeito nefasto que potencialmente enseja à veiculação descontrolada da imagem das pessoas envolvidas em acidentes ou vítimas de crimes. Através da metodologia de revisão bibliográfica, o presente artigo tem por objetivo a análise da repercussão jurídica da divulgação de imagens de pessoas mortas nas redes.

Palavras-chave: Direito à imagem; Direito à honra; Divulgação de imagem de pessoas mortas; Vilipêndio à Cadáver; Memória.

DISCLOSURE OF IMAGES OF DEAD PEOPLE ON THE INTERNET AND LEGAL GOODS AFFECTED

ABSTRACT: In the age of the information society, a number of technological advances have emerged, including the speed and amount of information that has evolved in unimaginable terms. If, on the one hand, the expansion of access to information is fundamental and contributes to the development of society in the most diverse aspects, among which we can say the educational and cultural, the harmful effect that potentially leads to uncontrolled image transmission cannot be denied. persons involved in accidents

¹ Graduanda em Direito pela Universidade São Judas Tadeu-USJT. Membro do Grupo de Pesquisa sobre Crimes, dignidade da pessoa humana e sociedade da informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas-SP. E-mail: nparaujo23@gmail.com

² Graduado em Direito pela Universidade São Judas Tadeu. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Escola Paulista de Direito. Especialista em Direito Constitucional e Direito Administrativo pela Escola Paulista de Direito. Especialista em Direito Ambiental Empresarial pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Mestre em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Coordena o Grupo de Pesquisa em Privacidade de Dados junto ao Programa Empreendireito da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie - SP. Pesquisador junto ao Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas-SP. Professor Universitário dos cursos de pós-graduação EAD da Faculdade Damásio. Advogado em São Paulo. E-mail: ronnymaxm@yahoo.com.br

or victims of crime. Through the literature review methodology, this article aims to analyze the legal repercussion of the dissemination of images of dead people in the networks.

Keywords: Right to the image; Right to honor; Image disclosure of dead people; Corpse Vilipendium; Memory.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo a análise dos direitos que são violados, como os direitos dos familiares sobre a memória do de cujos, imagem e crimes contra a honra; a violação do período de luto com exposições vexatórias e dolorosas, muitas vezes com calúnia, difamação, exposição de imagens de acidentes e importunação quanto aos motivos do óbito de seus entes queridos. Estabelecer que a dignidade não finda com a morte, e os tipos de danos que essas condutas acarretam.

Cabe salientar que, em determinadas circunstâncias, a exposição de imagens em acidentes na rua, enquanto socorristas ainda não tinham conseguido chegar ao local, necrotérios, cenas de crimes, quando um corpo é encontrado e as imagens são divulgadas nas páginas do Facebook com ampla divulgação, inclusive seus familiares que têm tragédias expostas nos mínimos detalhes para qualquer um acessar.

O tema da pesquisa será analisado através dos meios de comunicação em massa (facebook, whatsapp e de mais comunidades online). Além disso, a jurisprudência na resolução dos casos e os textos legais, bem como através de pesquisas no ambiente virtual sobre o compartilhamento de imagens e informações sobre pessoas falecidas e seus familiares; e a perspectiva da doutrina quanto aos bens jurídicos tutelados.

O artigo tem como escopo a conscientização sobre o uso da informação e o respeito aos direitos fundamentais. E abrangência do texto legal e sua aplicação nas esferas de direitos fundamentais, cível e penal.

1 A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS VIOLADOS

O ordenamento jurídico brasileiro em sua lei maior, centralizou e colocou em primeiro plano o respeito à dignidade da pessoa humana, impondo-o como fundamento constitucional. É a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos.³ A pessoa humana está no vértice do ordenamento jurídico da nação.

³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p.118.

A tutela dos direitos da personalidade tiveram a sua salvaguarda, sob a lei constitucional e leis ordinárias, contudo, tais direitos são interpretados sobre os ditames constitucionais pois a responsabilidade atribuída ao autor da ofensa são nas áreas civil e criminal. A sua representação ocupa posição supraestrutural, subdivide-se em direitos da integridade física e direitos à integridade moral, rúbrica na qual inserem-se os direitos à imagem e à honra. São ilimitados, o seu rol é exemplificativo. O progresso social e científico poderá dar origem também no futuro, a outras hipóteses, a serem tipificadas em norma.⁴

Tais direitos sendo inerentes à pessoa humana, não acabam com a morte, pois são direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, como o corpo vivo ou morto, até mesmo, o corpo alheio vivo ou morto; e a sua integridade moral (honra, recato, identidade pessoal, familiar e social)⁵. Mesmo que sejam personalíssimos e intransmissíveis, o direito de exigir a sua reparação, mediante ofensa, transmite-se aos seus sucessores, nos termos do art. 943 do Código Civil Brasileiro. Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que o direito de ação por dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores da vítima⁶.

Ainda no mesmo sentido, o art. 12 parágrafo único do mesmo diploma legal, preceitua que tratando-se de morto, terá legitimação para requerer que cesse ameaça, ou lesão a direito da personalidade, e reclamação de perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em leis, “o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau”.

Quando há ofensa aos direitos do *de cuius*, a busca pela responsabilização do dano, poderá ser feita pelos legitimados, bastando apenas a comprovação do nexo de causalidade, o prejuízo e a culpa; se a afronta for ao direito à imagem, o ressarcimento se impõe pela só constatação de ter havido a utilização sem devida autorização.

O dano está na utilização indevida; é a própria utilização⁷, de acordo com Sergio Cavalieri Filho⁸, ao explorar a imagem de alguém, cabe indenização por dano moral independente de prova de qualquer prejuízo. Pois é um direito autônomo, há uma conexão com outros bens jurídicos do mesmo rol exemplificativo dos arts. 5º, X e 11 do

⁴ GONÇALVES, Roberto Carlos. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v.1.ed. 16ª.São Paulo: Saraiva, 2018,p,196.

⁵ DINIZ, Maria Helena.**Curso de Direito Civil Brasileiro** v.1.35ª ed .São Paulo: Saraiva, 2017,p,135.

⁶ RSTJ, 71/183

⁷ GONÇALVES, Roberto Carlos. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v.1.ed. 16ª.São Paulo: Saraiva, 2018,p,205.

⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio.**Programa de Responsabilidade Civil** .13ª ed. São Paulo: Atlas, 2019,p,153.

CC, contudo não constitui parte integrante destes. É possível, com efeito, ofender-se a imagem sem atingir a intimidade ou a honra das pessoas.⁹

No nível dos direitos à vida privada e à intimidade (art. 5º, X CF e art. 21 C.C), são tutelados respectivamente, o conjunto de informações acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle(...) a esfera de inviolabilidade, assim é ampla, abarca relações afetivas, fatos, nome, imagem, segredos, e outros.

Já a intimidade, que não é sinônimo da direito anterior, é a esfera mais reservada do indivíduo, que tem a faculdade restringir totalmente o acesso de terceiros. René Ariel Dotti e Maria Helena Diniz, respectivamente, classificam como:

A esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais", enfim é a integra segredos e particularidades de foro moral e íntimo da pessoa, direito de viver sua própria vida . Para Maria Helena Diniz são os aspectos internos da indivíduo¹⁰

Havendo todavia uma interpretação de tais direitos mencionados a luz da legislação pátria, os mesmos são tutelados ainda pelo Direito Penal, segundo Bittencourt:

Uma das principais características do moderno Direito Penal é o seu caráter fragmentário, no sentido de que representa a *ultima ratio* do sistema para a proteção daqueles bens e interesses de maior importância para o indivíduo e a sociedade à qual pertence. Além disso, o Direito Penal se caracteriza pela forma e finalidade com que exercita dita proteção. (...) se caracteriza pela imposição de sanções específicas - penas e medidas de segurança - como resposta aos conflitos que é chamado a resolver.¹¹

Um dos caracteres do Direito penal é ser sancionador, na classificação dos caracteres por Damásio Evangelista de Jesus,¹² atribui-se cominação da sanção, para proteger outra norma jurídica de natureza extrapenal. Assim, o Direito Civil regula o direito de propriedade, ao passo que o CP, nos preceitos secundários das normas que definem os "crimes contra o Patrimônio", comina sanções àqueles que atentaram contra a propriedade alheia. É pois, o Direito Penal, um conjunto de complementar e sancionador de normas jurídicas.

Aplica-se a mesma interpretação quanto a tutela da honra, protegida pelos dois diplomas legais; o ramo civil protege a honra, disciplinando-a na parte geral, livro I, título

⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro** v.1.35ª ed .São Paulo: Saraiva, 2017,p,127.

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro** v.1.35ª ed .São Paulo: Saraiva, 2017,p,150.

¹¹ BITTENCOURT, Cezar Roberto **Tratado de Direito Penal, 1: Parte Geral v.1** 24ª ed . São Paulo: Saraiva, 2018,p,39.

¹² JESUS, Damasio de. **Direito Penal, volume 1: parte geral.** 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014,p,48.

I; o Direito penal faz a tutela por meio dos artigos 138 à 140, por exemplo. Ambos apoiados nos artigos 1^o, III e 5^o incisos, V e X, em prol da integridade moral do indivíduo, inibindo ou punindo uma lesão.

O direito Penal atende ainda, uma função ético-social:

A missão do Direito Penal é proteger os valores fundamentais para a subsistência do corpo social, tais como a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade etc., denominados bens jurídicos. Essa proteção é exercida não apenas pela intimidação coletiva, mais conhecida como prevenção geral e exercida mediante a difusão do temor aos possíveis infratores do risco da sanção penal, mas sobretudo pela celebração de compromissos éticos entre o Estado e o indivíduo, pelos quais se consiga o respeito às normas, menos por receio de punição e mais pela convicção da sua necessidade e justiça.¹³

Dessa forma nota-se que o ilícito não está apenas na divulgação de imagens do *de cuius*, mas também, na divulgação de um dado sensível como o perfil da rede social de uma pessoa, a sua família, uma exposição detalhada, dos motivos da morte, perfis de familiares que estão em luto, sujeitos ao recebimento de todos os tipos de mensagens e mesmo que sem mensagens, ninguém deve ter detalhes tão pessoais esmiuçados, os motivos da morte de um ente querido.

Mesmo que os direitos à honra e imagem sejam personalíssimos, e permaneçam na esfera de seu titular, extinguindo-se com a morte; há a tutela dos mesmos nos efeitos morais e jurídicos que produzem, para além da morte, afetando os sucessores do *de cuius*.

A imagem de um ente falecido é patrimônio moral para os seus descendentes. Tutela-se dessa forma não o direito à imagem do falecido, mas sim o direito próprio da família. Seria cruel e até desumano exigir que os parentes próximos do falecido – descendente e ascendente e cônjuge - quedassem inertes diante das ofensas contra ele assacadas.¹⁴

A presente pesquisa visa ainda, demonstrar os aspectos legais do direito à honra e suas transgressões. Já que a transgressão configura, lesão punida na esfera penal e civil, onde gera-se o dever de indenizar.

No ramo do direito civil, o diploma legal deu previsão ao dever de indenizar no arts. 186 e 927, ao declarar que o autor de dano, tem o dever de indenizar. E a ofensa à

¹³ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 1, parte geral** 22^a ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.48.

¹⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13^a ed. São Paulo: Atlas, 2019, p.155.

honra, constitui dano. Sendo por meio de divulgação de imagem sem a autorização ou invasão à privacidade:¹⁵

O dano moral em sentido estrito, é a violação ao direito à dignidade(..). Qualidades inerentes ao ser humano enquanto um ente moral, por isso a Constituição Federal inseriu nos incisos V e X do art.5º, a previsão de plena reparação do dano a tais direitos. Valores como a liberdade, a honestidade, aceitos pelo homem formam a realidade axiológica a que todos estão sujeitos.(...) No sentido amplo, afigura-se como violação de algum direito ou atributo da personalidade. Abrange todas as ofensas à pessoa em dimensões individuais e sociais. É também insusceptível de avaliação pecuniária, compensa-se com a pecúnia, sendo mais uma satisfação do que uma indenização. Dor, vexame, sofrimento e humilhação, são consequências e não causa, só poderão ser considerados dano moral quando tiverem por causa uma agressão à dignidade de alguém.¹⁶

2. DOS CRIMES CONTRA A HONRA

No campo Penal, o ordenamento jurídico brasileiro, visa inibir a transgressão a tais direitos por meio da tipificação da conduta antijurídica, de ofensa à honra. Calúnia, Difamação e a injúria tem cominações legais; com a intenção infelizmente, alguns autores de ofensas tem a sensação que não haverá sanção em caso de ofensas, ainda mais, tratando-se de pessoa morta.

A proteção da honra, como bem jurídico autônomo, não constitui interesse exclusivo do indivíduo, mas da própria coletividade, que tem interesse na preservação da honra, da incolumidade moral e da intimidade, além de outros bens jurídicos indispensáveis para a harmonia social. Quando determinadas ofensas ultrapassam esses limites toleráveis justifica-se a sua punição, que, na disciplina do Código Penal vigente, pode assumir a forma de calúnia, difamação e injúria. Em outras palavras, o bem jurídico protegido é a pretensão ao respeito da própria personalidade.¹⁷

No crime de calúnia tutela-se a honra objetiva (reputação), ou seja, aquilo que as pessoas pensam a respeito do indivíduo no tocante às suas qualidades físicas, intelectuais, morais, e demais dotes da pessoa humana.¹⁸ Já que a conduta é a de imputar fato criminoso a determinada pessoa que não o cometeu. O dolo do agente deve abranger o

¹⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

¹⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

¹⁷ BITTENCOURT, Cezar Roberto **Tratado de Direito Penal, 1: Parte Geral v.1** 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.304.

¹⁸ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, volume 2, parte especial: arts. 121 a 212 – 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.318.

elemento normativo “falsamen-te”, ou seja, ao imputar a alguém a prática de fato definido como crime, o ofensor deve ter ciência da sua falsidade.¹⁹

O parágrafo 2º, prevê que caluniar uma pessoa morta é crime.

o morto não é sujeito passivo de delito, não sendo possível falar em lesão de interesse seu. Vítimas são o cônjuge, o ascendente, o descendente ou o irmão do falecido, pois o que existe é ofensa a direito dos parentes do morto e à própria sociedade. Somente essas pessoas, por analogia ao art. 31 do CPP, poderão promover a ação penal.²⁰

Para Cezar Bittencourt, a tutela desse direito aos mortos interpreta-se da seguinte forma:

Os mortos também podem ser caluniados (art. 138, § 2º), mas seus parentes serão os sujeitos passivos. A honra é um atributo dos vivos; somente estes têm personalidade, à qual se liga a honra. Contudo, como com a morte se extingue a personalidade, a ofensa punível não atinge a “pessoa” do morto, mas a sua memória. O que fundamenta a incriminação é o interesse dos parentes em preservar o bom nome do finado, e, por isso, eles é que são os sujeitos passivos desse crime. Como destacava, com acerto, Aníbal Bruno, “A calúnia ou a difamação que se pretenda lançar sobre um morto, deslustrando-lhe a memória, ofende a reputação dos vivos sobre a qual virá refletir-se. O que parece afronta à honra do que morreu é agravo à dignidade dos que ficam, dos parentes que sobrevivem e a quem caberá o direito à ação punitiva, no caso o cônjuge, ascendente, descendente ou irmão”. (...) Não é criminalizada no Direito brasileiro, por ora, a difamação e a injúria contra os mortos.²¹

No tocante a Difamação, pode-se dizer que consiste no fato de atribuir a outrem a prática de conduta ofensiva à sua reputação, no qual o legislador protege a honra objetiva (reputação). Cezar Bittencourt, representa a honra objetiva como:

A reputação do indivíduo, ou seja, é o conceito que os demais membros da sociedade têm a respeito do indivíduo, relativamente a seus atributos morais, éticos, culturais, intelectuais, físicos ou profissionais. É, em outros termos, o sentimento do outro que incide sobre as nossas qualidades ou nossos atributos, ou seja, enquanto a honra subjetiva representa o sentimento ou a concepção que temos a nosso respeito, a honra objetiva constitui o sentimento ou o conceito que os demais membros da comunidade têm sobre nós, sobre nossos atributos. Objetivamente, honra é um valor ideal, a consideração, a reputação, a boa fama de que gozamos perante a sociedade em que vivemos.²²

¹⁹ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, volume 2, parte especial: arts. 121 a 212 – 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.321.

²⁰ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, volume 2, parte especial: arts. 121 a 212 – 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.327.

²¹ BITTENCOURT, Cezar Roberto **Tratado de Direito Penal, 1: Parte Geral v.1** 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.307.

²² BITTENCOURT, Cezar Roberto **Tratado de Direito Penal, 1: Parte Geral v.1** 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.304

O sujeito ativo imputa a realização de uma conduta por parte do ofendido que é capaz de macular a sua honra objetiva. Não pode ser fato criminoso, para que não recaia sobre o tipo penal supracitado. Indifere ser um fato falso ou verdadeiro, exceto no parágrafo único. A imputação, mesmo verdadeira, de fato ofensivo à reputação configura o crime.²³

Sobre a Injúria podemos trata-la como um crime caracterizado pela lesão à honra subjetiva da vítima. O autor da ofensa negativos ao sujeito passivo, de forma que abala seus atributos pessoais, sua própria estima, o juízo positivo que cada indivíduo forma sobre si mesmo. Não lhe é imputado fato que atinge sua reputação, como nos crimes anteriormente citados.

O próprio texto legal encarrega-se de limitar os aspectos da honra que podem ser ofendidos: a dignidade ou o decoro, que representam atributos morais e atributos físicos e intelectuais, respectivamente.²⁴ O mesmo autor contextualiza a adequação típica da injúria, da seguinte forma:

Injuriar é ofender a dignidade ou o decoro de alguém. A injúria, que é a expressão da opinião ou conceito do sujeito ativo, traduz sempre desprezo ou menoscabo pelo injuriado. É essencialmente uma manifestação de desprezo e de desrespeito suficientemente idônea para ofender a honra da vítima no seu aspecto interno. (...) Dignidade é o sentimento da própria honorabilidade ou valor social, que pode ser lesada com expressões tais como “bicha”, “ladrão”, “corno” etc. Decoro é o sentimento, a consciência da própria respeitabilidade pessoal; é a decência, a respeitabilidade que a pessoa merece e que é ferida quando, por exemplo, se chama alguém de “anta”, “imbecil”, “ignorante” etc. Dignidade e decoro abrangem os atributos morais, físicos e intelectuais. É preciso que a injúria chegue ao conhecimento do ofendido ou de qualquer outra pessoa, pois a ofensa proferida ou executada que não chega ao conhecimento de ninguém não existe juridicamente.²⁵

Ao contrário do que ocorre com o crime de calúnia, não podem ser injuriados. O Código Penal atual ab-rogou a previsão contida no Código Penal de 1890 (art. 324), e a ausência de previsão legal, criminalizadora, não pode ser suprida por analogia ou mesmo por interpretação extensiva. No entanto, quem denegrir a memória do morto poderá estar injuriando o vivo, reflexamente.²⁶ Classificando-se como, uma injúria indireta ou reflexa, ofendendo à alguém e atingindo um terceiro também.

²³ BITTENCOURT, Cezar Roberto **Tratado de Direito Penal, 1: Parte Geral v.1** 24^a ed. São Paulo: Saraiva, 2018,p,326,

²⁴ BITTENCOURT, Cezar Roberto **Tratado de Direito Penal, 1: Parte Geral v.1** 24^a ed. São Paulo: Saraiva, 2018,p,334.

²⁵ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, 2: parte especial v.2 : crimes contra a pessoa** - 19^a ed - São Paulo: Saraiva, 2019,p,455.

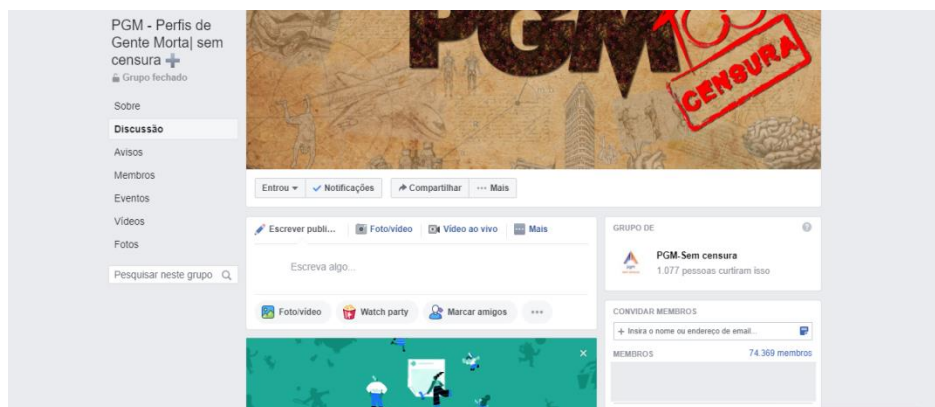
²⁶ BITTENCOURT, Cezar Roberto **Tratado de Direito Penal, 1: Parte Geral v.1** 24^a ed. São Paulo: Saraiva, 2018,p,335.

Enfim, o elemento subjetivo do crime de injúria é o dolo de dano, constituído pela vontade livre e consciente de injuriar o ofendido, atribuindo-lhe um juízo depreciativo. Além do dolo, faz-se necessário o elemento subjetivo especial do tipo, representado pelo especial fim de injuriar, de denegrir, de macular, de atingir a honra do ofendido.

3. A DIVULGAÇÃO DE IMAGENS DE PESSOAS MORTAS NO FACEBOOK

Após a morte, memória, imagem e honra são bens jurídicos protegidos por lei. Essa proteção tem como beneficiários os parentes do morto, evitando injusta agressão moral a um membro da família já falecido. O referido autor aduz ainda, que a ofensa a tais direitos, atinge ainda reflexamente a honra, imagem e a reputação dos familiares.

O Facebook, tem um grupo chamado **Perfis de Gente Morta | Sem censura.** Ambiente virtual, onde são compartilhados diariamente diversos casos, com fotos de pessoas mortas, em acidentes, cenas de suicídio, seus perfis no facebook, perfis de seus familiares, a forma como morreram, sobre os aspectos mais íntimos. Os membros do grupo, por vezes discutem sobre os casos, como suicídio, ligando-os com religião e proferem ofensas também.



Os direitos personalíssimos dos entes queridos são violados, de maneira que diversas pessoas estranhas passam a saber a forma com que morreu um familiar. O que dificulta o desenvolvimento pessoal, sendo mais uma barreira para quem está em luto, não há conflito entre o direito à informação e o direito à vida privada e a intimidade, há uma violação clara apenas, pois a divulgação não tem nenhum intuito de interesse público e sim de inconveniência e indiscrição.

Infelizmente, houveram muitos casos nos últimos anos de pais que esqueceram os seus filhos pequenos dentro do carro, e não voltaram em tempo hábil de socorrê-los. O Direito Penal, prevê que em casos tão fatais como esses, uma penalidade por homicídio culposo, é ineficaz, e a sanção penal torna-se desnecessária, porque a maior perda é a

morte de um filho, sendo aplicado o perdão judicial (art. 121, §5º), causa extintiva da punibilidade (art.107, IX), é uma faculdade do juiz, deixar de aplicar a pena, em face de justificadas circunstâncias excepcionais²⁷, se comprovado o abalo de ordem física e moral, induz ao perdão judicial (STJ, REsp 13.398-09/MT. 2012/0173321-2). Haja vista que a conduta do agente atinge a si mesmo, em casos de homicídio culposo art. 121, §3º CP de um filho, comprovado o abalo de ordem física e moral, induz ao perdão judicial (STJ, REsp 13.398-09/MT 2012/0173321-2).

Damásio de Jesus,²⁸ classifica que o perdão, não é mera faculdade do juiz, e sim um direito do réu; se presentes as circunstâncias exigidas pelo tipo, o juiz não pode segundo seu puro arbítrio, deixar de aplicá-lo. A moderna doutrina classifica que, satisfeitos os pressupostos exigidos pela norma está o juiz obrigado a deixar de aplicar a pena.

Desta forma, nota-se o caráter humanista do direito penal, que visa harmonizar outros caracteres como sua escala valorativa que estabelece condutas, como uma prevenção genérica, e a sanção abstratamente cominada.

Mesmo havendo perdão judicial, a comunidade supracitada, também informa a identidade dos pais das crianças, expondo os seus perfis, fotos das crianças, revelando detalhes íntimos daqueles que passam por tal situação tão dolorosa; onde a sanção penal, tornou-se desnecessária, em razão do sofrimento e perda. Impedindo a recuperação pessoal de qualquer pessoa e atentando contra sua dignidade. Muitos pais sofrem ataques e recebem mensagens indesejadas, tendo sua honra abalada em um momento tão sensível.

Sendo o perdão judicial, um direito daquele que por uma fatalidade, cometeu ação tão grave contra si mesmo e um filho; não há sentido em ser julgado, apontado pelo resto da vida, sem que possa seguir em frente.

Neste mesmo sentido pode-se invocar também o direito ao esquecimento, segundo Pablo Domingues Martinez, a possibilidade de defesa que, como uma redoma, permite a um particular que não autorize a veiculação ou retire um fato pretérito que o expõe ao público em geral, causando-lhe sofrimento e transtornos. Pode-se dizer que esta esfera de proteção funciona como um mecanismo de isolamento direcionado à informação intertemporal.²⁹

O direito ao esquecimento é personalíssimo, tendo objetivo a proteção da dignidade humana, seu escopo é a memória individual, protegendo a dignidade humana, frente a

²⁷ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, volume 2, parte especial: arts. 121 a 212 – 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.724.

²⁸ JESUS, Damasio de. **Direito Penal, volume 2: parte especial ; Crimes contra a pessoa** 35ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2015, p.731.

²⁹ MARTINEZ, Pablo Dominguez. **Direito ao esquecimento: a proteção da memória individual na sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

exposições desnecessária e muitas vezes sensacionalistas, sem cunho informativo. Diante disso, ninguém é obrigado a conviver com resquícios dolorosos de seu passado. Muito usado também no ramo penal para que não haja dupla punição.³⁰

Quando um condenado que já pagou sua dívida com a sociedade através de pena privativas de liberdade ou de direito, invoca o direito ao esquecimento, visando poder continuar com a sua vida, sendo reabilitado socialmente, sem que suas informações sejam expostas a sociedade de maneira imprudente, impossibilitando o mesmo de se reinserir em sociedade. É o direito do indivíduo não querer que fatos desabonadores à sua pessoa ou que envolvam familiares vítimas de crimes não sejam constantemente noticiados.³¹

De acordo com o enunciado 531, aprovado na VI Jornada do Direito Civil, “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.”

Para o STJ, (REsp. n. 1.334/097/RJ) as vítimas de crimes e seus familiares têm direito ao esquecimento – se assim desejarem – direito esse consistente em não se submeter a desnecessárias lembranças de fatos passados que lhe causaram, por si, inesquecíveis feridas.

Há ainda, o dever se evitar o livre exercício da circulação de fatos noticiosos por tempo imoderado, gerando danos à vida privada da família e impedindo a ação do tempo em remediar as memórias negativas.

No Brasil houve muita luta para haver liberdade de expressão, mas no momento em que essa liberdade atingir a privacidade das pessoas deve-se controlar a mesma, visando sempre tutelar a dignidade como supramencionado, pois nenhum indivíduo é obrigado a sacrificar em silêncio a sua intimidade pelo interesse do público à informação.

Nicolly Guimarães Sapucci, foi vítima de feminicídio em janeiro de 2019. A jovem foi assassinada durante visita ao namorado presidiário, no Centro de Detenção Provisória (CPD) de Jundiaí.³²

As Fotos do corpo da vítima, ainda no necrotério, foram apertadamente divulgadas no grupo de Facebook, o corpo exposto com diversas lesões pelo rosto, ouvidos ensanguentados, com a cicatriz da necropsia sobre o abdome, uma imagem lamentável para que os familiares observassem, ou simplesmente, soubessem que estava circulando

³⁰ MARTINEZ, Pablo Dominguez. **Direito ao esquecimento: a proteção da memória individual na sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

³¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto **Dano Moral**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.138.

³²<https://g1.globo.com/sp/sorocaba-jundiai/noticia/2019/02/05/audio-revela-que-jovem-morta-pelo-ex-em-cdp-estava-com-medo-de-fazer-visita-intima-e-se-ele-me-matar-la-dentro.ghtml>. Acesso em 10/10/2019

pelo web.³³ Houve de tal forma, uma grande afronta a todos os direitos personalíssimos retracecionados, onde se atribuiu responsabilidade civil objetiva do Estado (art. 37, §6º) e ao funcionário responsável pelas imagens, já que tinha status de garantidor sobre o corpo; e ainda, o ilícito penal do art. 212 do Código Penal, pois vilipendiou o cadáver, uma vítima de morte brutal, ofendendo o direito ao luto dos familiares; nesse tipo penal o bem jurídico é o sentimento de respeito aos mortos(..), tutela-se em outros termos, o sentimento dos parentes e amigos dos mortos, e não o próprio de cujus, que não é titular de direito³⁴

Mesmo após pedidos dos familiares para que cessassem a divulgação de imagens, tal pedido não foi atendido.³⁵ Muito pelo contrário, ofensas foram proferidas, pois sendo mulher de um presidiário, muitas pessoas agrediram sua honra, o que não poderia ser realizado, pois a pessoa perde a vida, contudo há o direito a memória, como supracitado. Não bastando tamanha exposição, muitos membros do grupo, acharam-se no direito de retirar mais ainda a dignidade da memória de Nicolly, não levando em consideração os efeitos psicológicos de toda a família, já que a falecida tem um filho ainda menor.

Os efeitos decorrentes são desde violações legais, como a forma com que a informação da morte chega para um familiar. Raíssa Sotero Rezende, uma jovem de 14 anos, foi assassinada por outras duas jovens também menores de idade.³⁶ Toda a ação foi filmada, com cenas explícitas de tortura, espancamento e afogamento. O seu pai ficou sabendo do ocorrido por terceiros em uma lanchonete, ao ver o vídeo do crime, sendo essa maneira desoladora, a sua fonte de informação, sobre um fato que iria mudar toda a sua vida.

Mesmo diante de tantas denúncias, o facebook mantém a página ativa. De acordo com a Lei 12.965 - Marco Civil da Internet, em seu art. 19 o provedor de conteúdo somente responde por conteúdo publicado por terceiro se após ordem judicial específica que o obrigue a tornar indisponível o conteúdo apontado como ofensa à direito de outrem, não o fizer; pois interpreta-se que a fiscalização não é atividade inerente do provedor de aplicativo e tal conduta poderia violar o princípio da liberdade de expressão.

³³ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, 2: parte especial v.2 : crimes contra a pessoa** - 19ª ed - São Paulo: Saraiva, 2019,p,514.

³⁴ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, 2: parte especial v.2 : crimes contra a pessoa** - 19ª ed - São Paulo: Saraiva, 2019,p,514.

³⁵ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, 2: parte especial v.2 : crimes contra a pessoa** - 19ª ed - São Paulo: Saraiva, 2019,p,514.

³⁶ <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/policia-investiga-quem-divulgou-video-de-adolescente-morta-mae-presta-depoimento/> Acesso em 10/10/2019.

O mesmo diploma legal também tutela a exclusão digital e dignidade da pessoa humanas, ambos integralizados também à privacidade e à intimidade.³⁷ Neste sentido, classifica o direito à exclusão como tática dos seres humanos à implementação destes direitos, trazendo empoderamento para o sujeito decidir porque quer ou não ser incluído, diante daquilo que fora divulgado sem o seu consentimento.

3.1 Do vilipêndio à cadáver como crime

O artigo 12 do Código Penal criminaliza a conduta de vilipêndiar o cadáver, no sentido de menoscar, aviltar, ultrajar, tratar com desprezo, sem o devido respeito exigido ao cadáver ou suas cinzas.³⁸

É um crime comum em que não se exige qualidade ou condição especial do agente, doloso, que consiste no desrespeito à memória do morto instantâneo, praticado de forma livre (o agente pode praticar por meio de ações, ou de maneira verbal).

O bem juridicamente tutelado não é o cadáver em si, mas sim o sentimento de respeito aos mortos.³⁹ O objeto material é o cadáver. O sujeito ativo é qualquer pessoa que tenha conduta anti jurídica com o morto, já o sujeito passivo é a família do *de cujus*, ou a coletividade.

Em se tratando de vilipêndio, é de se exigir o elemento subjetivo do tipo específico, consistente na vontade de humilhar ou desonrar a memória do morto.⁴⁰ É mister que o fim seja especificamente a ação de aviltar.

Há contudo, um problema na imposição de sanção, a conduta por vezes pode ser defendida diante da adequação típica subjetiva, onde há o objetivo consciente de desprezo ao corpo com intenção de ultrajar. Pode-se arguir que a intenção não foi menosprezar, como no julgado abaixo:

EMENTA:

Vilipêndio a cadáver. Habeas corpus sustentado: inépcia da denúncia; atipicidade da conduta; inexistência de crime; e, condições pessoais favoráveis. 1 – A denúncia narra que o acusado (ora paciente) tirou e publicou fotos de cadáver.

Todavia, não indicou circunstâncias fáticas das quais se pudesse inferir o fim específico de desprezar o corpo sem vida da vítima, com intenção clara de ultrajá-lo. Ao contrário, a narrativa acusatória sugere outra motivação: animado por campanha eleitoral para deputado estadual, o paciente teria agido em crítica ou alerta à violência urbana em grupo específico de “Associações Comunitárias”.

³⁷ SIQUEIRA JUNIOR, Pablo Hamilton; DE LUCCA, GONÇALVES, Victor Hugo Pereira; Nilton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA – *Direito e Internet III: Marco Civil da Internet: Lei n. 12.965/2014* - 1ª ed. – São Paulo: Quarter Latin, p. 187, 2015.

³⁸ GRECO, Rogério - *Curso de Direito Penal Parte Especial* – v.2 - 14ª ed. - Niterói, RJ : Impetus 2017,p,1155.

³⁹ GRECO, Rogério - *Curso de Direito Penal Parte Especial* – v.2 - 14ª ed. - Niterói, RJ : Impetus 2017,1155.

⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Souza - *Código penal comentado* - 17ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2017, p,778 .

Portanto, o fato narrado na denúncia não corresponde ao tipo penal previsto no artigo 212 do Código Penal, por ausência de elementar do tipo (vilipendiar). 2 – Ordem concedida para trancar a ação penal. Parecer desacolhido.

(TJ-GO HC: 02900894.63.2019.8.09.0000, Relator: LUIZ CLAUDIO VEIGA BRAGA, data do julgamento: 15/08/2019, 2^a Vara Criminal, Data da publicação: 15/08/2019)

O elemento moral é essencial para tipificar a conduta do agente, em casos onde o agente grava um vídeo ou profere ofensas contra o objeto material (o cadáver ou suas cinzas) há perfeita correspondência entre a conduta e a tipificação. Contudo, quando a pessoa apenas tira foto por curiosidade, sem o dolo comprovado de menoscar o cadáver, há o ilícito civil, mas não penal.

Destarte, o texto legal deve sofrer alterações devido a avanço tecnológico e facilitação da divulgação de imagens, para que não haja, argumentação de conduta atípica e impunidade, para aqueles que violam o direito ao luto dos familiares, trazendo a insegurança jurídica ao meio social, que tem no direito penal a expectativa de justiça, por meio da sua finalidade preventiva e repressiva, tudo em prol da ordem social.

As ocorrências não são casos isolados, diariamente, não apenas pelo Facebook, entretanto, também em outros meios de informação, como aplicativos de mensagens, são divulgadas imagens com esse teor.

CONCLUSÃO

Ampliar a tipificação da conduta, é reforçar o objetivo do diploma repressivo em tornar invioláveis os bens jurídicos do artigo 212 do Código Penal, a presente pesquisa expôs que tanto na lei pátria e nas leis ordinárias (Código Civil e Marco Civil da Internet) esses bens jurídicos estão definidos e tutelados com grande segurança; o diploma civil foi inovador, garantiu com excelência os direitos da personalidade, sob múltiplos aspectos e colocando-o entre os mais avançados do mundo.

Mesmo diante desse avanço, as violações são contínuas, diante disso, tendo como característica ser a *ultima ratio*, já que ao cominar uma sanção busca assegurar principalmente os direitos fundamentais à convivência humana, incompatível será a falha na aplicação e a própria inadequação do texto da lei à realidade social, já que o Direito Penal não permite analogia prejudicial na cominação de penas.

Havendo maior abrangência das normas incriminadora, aos fatos que acontecem diariamente como o compartilhamento das imagens de pessoas mortas, sem que o vilipêndio seja de fato um elemento essencial como consta no atual art. 212 do CP; descrevendo como elemento da norma simplesmente tirar foto ou compartilhar, cominando a tais ações, uma sanção, há mais chance de inibição, e eficácia no direito dos familiares à memória de um ente querido; sem que haja a escusa alegando ser fato atípico,

há a efetivação da proteção de um bem jurídico fundamental, a integridade moral, junto à evolução do Direito Penal as mudanças sociais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTENCOURT, Cezar Roberto **Tratado de Direito Penal, 1: Parte Geral v.1** 24^a ed . São Paulo: Saraiva, 2018.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, 2: parte especial v.2 : crimes contra a pessoa** - 19^a ed - São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.965, DE 23 DE ABRIL DE 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 1, parte geral** 22^a ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 2, parte especial: arts. 121 a 212** – 18^a ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil** .13^a ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro** v.1.35^a ed .São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Roberto Carlos. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v.1.ed. 16^a.São Paulo: Saraiva, 2018.

GRECO, Rogério, **Curso de Direito Penal Parte Especial** v.2 14^a ed..Niterói, RJ : Impetus, 2017.

JESUS, Damasio de. **Direito Penal, volume 1: parte geral**. 35^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

JESUS, Damasio de. **Direito Penal, volume 2: parte especial ; Crimes contra a pessoa** 35^a ed. – São Paulo: Saraiva ,2015.

MARTINEZ, Pablo Dominguez. **Direito ao esquecimento: a proteção da memória individual na sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza - **Código penal comentado** - 17^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SIQUEIRA JUNIOR, Pablo Hamilton; DE LUCCA, GONÇALVES, Victor Hugo Pereira; Nilton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA – **Direito e Internet III: Marco Civil da Internet: Lei n. 12.965/2014** - 1^a ed. – São Paulo: Quarter Latin, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto **Dano Moral**. 8^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Sites:

<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>

<https://www.tjgo.jus.br>

<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej>

<https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/policia-investiga-quem-divulgou-video-de-adolescente-morta-mae-presta-depoimento/> Acesso em 10/10/2019.

<https://g1.globo.com/sp/sorocaba-jundiai/noticia/2019/02/05/audio-revela-que-jovem-morta-pelo-ex-em-cdp-estava-com-medo-de-fazer-visita-intima-e-se-ele-me-matar-la-dentro.ghtml>. Acesso em 10/10/2019

A INFLUÊNCIA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO NO PROCESSO PENAL

Rodrigo Gonçalves Zanini¹

RESUMO: Trata-se de estudo concernente ao acordo de não persecução penal introduzido ao ordenamento jurídico brasileiro através do artigo 18, da Resolução nº 181/2017, expedida pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Serão expostas as características e aspectos que abrangem tanto a sua aplicação como instrumento consensual e restaurativo, de celeridade e/ou redução processual, quanto eventual impossibilidade da prática deste mecanismo no sistema normativo pátrio face à eventual inconstitucionalidade do mesmo. Com isso, merece atenção uma análise legal traçando um paralelo com meios alternativos de resolução já existentes na esfera processual penal brasileira e, principalmente, com o “Projeto de Lei contra Corrupção e Crime Organizado”, proposto pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, de modo a entender qual o meio apropriado para inserção do acordo de não persecução no direito penal/processual penal, concluindo-se que, se compreendido como política criminal, referido acordo pode ser admitido com maior flexibilidade, enquanto, do ponto de vista puramente legal, imprescindível o debate amplo para criação de lei que o torne eficaz.

PALAVRAS-CHAVE: acordo de não persecução; consensual; penal e processual.

THE IMPACT OF PLEA BARGAIN ON CRIMINAL PROCEDURE

ABSTRACT: This study concerns about plea bargain, as a “non-prosecution agreement”, introduced to the Brazilian legal order by article 18, of Resolution No. 181/2017, issued by the National Council of the Public Prosecution Service (CNMP). There will be exposed characteristics and aspects that encompass its application as both, consensual and restorative justice instrument, as well as instrument of celerity and/or procedural reduction. It will also be considered a potential impossibility to apply this mechanism in the normative system due to its possible unconstitutionality. Thus, a legal analysis by drawing a parallel with alternative means of conflict resolution already applied in the Brazilian criminal procedure deserves special attention. Mainly, it must be compared to the “Bill against Corruption and Organized Crime”, proposed by the Ministry of Justice and Public Security, in order to understand the appropriate mean to insert the plea bargain into Brazilian criminal procedural law. In conclusion, the main point will be decide whether the plea bargain is as a criminal policy, which could be admitted with

¹ Aluno de direito das FMU, matriculado no 9º semestre e embaixador da turma; estagiário na Dannemman Siemsen Advogados; currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/8958522038339463>; rodrigogzanini@uol.com.br.

greater flexibility, or if it works as pure law, which would need a broad debate on lawmaking to make it effective.

KEY WORDS: plea bargain, agreement, criminal law and criminal prosecution.

INTRODUÇÃO

O estudo tem por objetivo explorar o artigo 18, da Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), posteriormente alterado pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018, que discorre sobre a possibilidade do acordo de não persecução penal como meio consensual resolução de conflitos e instrumento de celeridade processual, de forma a entender sua aplicabilidade, efetividade e até legalidade perante o ordenamento jurídico pátrio.

Para tanto, inicialmente se faz necessário expor a influência da justiça restaurativa e consensual, pretendendo-se englobar ao tema, mesmo que de modo exemplificativo, uma breve comparação aos principais mecanismos alternativos já existentes na esfera penal e processual penal brasileira, como a transação penal. Em paralelo, tendo em vista a atualidade e repercussão da matéria, será analisado o “Projeto de Lei contra Corrupção e Crime Organizado”, proposto pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, visando constatar pontos em comum e divergentes, na tentativa de identificar os principais parâmetros adotados para que ocorra a introdução desta novidade jurídica “negocial” em um dos campos mais sensíveis do direito, o penal.

Por fim, após verificar as fundamentações do acordo de não persecução penal através de uma resolução emitida pelo CNMP, a conclusão do estudo visa demonstrar a [in]constitucionalidade de sua forma e matéria, ora como medida de política criminal, ora como mero diploma legal passível de aplicação plena.

JUSTIÇA CONSENSUAL E RESTAURATIVA

Entende-se oportuno abordar, inicialmente, noções gerais de justiça consensual e restaurativa, devido à crescente importância destes conceitos no universo jurídico, cada vez mais presentes nas diversas áreas de atuação do direito, podendo-se até serem compreendidos como tendência forense.

Tendo em vista o direito penal ser “considerado a *ultima ratio*, isto é, a última cartada do sistema legislativo, quando se entende que outra solução não pode haver senão a criação de lei penal incriminadora, impondo sanção penal ao infrator” (NUCCI, 2017, p. 27), é completamente plausível a rejeição, ou mesmo difícil compreensão da sociedade quanto à aplicação consensual de acordos tanto na esfera material, quanto processual deste ramo do direito.

Isto pois, natural e logicamente, a sociedade é levada a associar esta área do direito à violência, à criminalidade e, conseqüentemente, à punição. Ou seja, a flexibilização de características essenciais deste ramo do direito, tido como o último mecanismo de proteção do Estado, demonstra-se contrária ao anseio social de justiça, o qual ainda está estritamente ligado à punição daquele que infringe a lei, levando à [aparente] incompatibilidade com a sua natureza retributiva²¹, ainda reluzente na mentalidade brasileira.

Em paralelo, a doutrina aborda este mesmo racional ao discorrer sobre as noções gerais de direito penal, conforme infere-se de autores como Cezar Roberto Bittencourt³ e André Estefam⁴. Contudo, logo esclarecem tratar-se de matéria muito mais complexa e abrangente, podendo ser conceituada da seguinte forma por Guilherme de Souza Nucci, “É o conjunto de normas jurídicas voltado à fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e as sanções correspondentes, bem como regras atinentes à sua aplicação”. (2017, p. 3).

Com isso, constata-se certa dificuldade da sociedade em aceitar a estipulação acordos no âmbito penal/processual penal, já que seu objetivo é a punição. Contudo, verifica-se que a matéria penal é muito mais ampla, englobando, igualmente, regras para limitação ao poder de punir do Estado, limitação esta atingida pela justiça consensual e assim confirmada no artigo de Vinicius de Vasconcellos. O mesmo demonstra a dimensão global desta tendência nas últimas décadas, semeada no ordenamento jurídico brasileiro, desde a década de 1990, a exemplo do advento da Lei 9.099 de 1995, senão vejamos:

[...] a expansão dos espaços de consenso é cristalina convergência internacional, que se faz presente também em âmbito brasileiro. Aqui, apontam-se as previsões contidas nos projetos de lei do Senado Federal 156/2009 (reforma global do Código de Processo Penal) e 236/2012 (reforma global do Código Penal), ambos introduzindo maiores possibilidades de negociações sobre a sanção criminal, por meio de acordos denominados “procedimento sumário” e “barganha”, respectivamente, e inspirados no modelo estadunidense da *plea bargaining*. Além dessas propostas de ampliação, marcantes são os institutos presentes no campo jurídico-penal pátrio atualmente (transação penal e suspensão condicional do processo). (2015, p. 262)

² A natureza retribucionista, foi idealizado na Alemanha, por George W. Friedrich Hegel (1770-1831) e Immanuel Kant (1724-1804), merecendo destaque as ponderações de Cezar R. Bittencourt a respeito deste, no tocante ao entendimento da pena como um imperativo categórico: “[Kant] considera que o réu deve ser castigado pela única razão de haver delinquido, sem nenhuma consideração sobre a utilidade da pena para ele ou para os demais integrantes da sociedade. [...] A aplicação desta decorre da simples infringência da lei penal, isto é, da simples prática do delito. (apud ROSSETTO, 2014, p. 49).

³ “Falar de Direito Penal é falar, de alguma forma, de violência”. (BITTENCOURT, 2019, p. 39).

⁴ “[...] poder-se-ia conceituar o Direito Penal como o ramo do Direito encarregado de definir as infrações penais e cominar-lhes a respectiva sanção”. (Estefam, 2017, p. 36).

Neste cenário, apresentados os receios sociais sobre a possibilidade de aplicação de um acordo, no caso, de não persecução penal, merece atenção, em complementação ao que fora explanado, a figura da justiça restaurativa, que preza pela imagem dos envolvidos na infração criminal, tanto vítima, quanto transgressor, podendo ser conceituada da seguinte forma:

[...] é uma nova forma de abordagem da justiça penal, que enfoca basicamente a reparação dos danos causados às pessoas e relacionamentos, ao invés da punição simples dos transgressores. Este novo enfoque na resolução de conflitos e o consequente fortalecimento das vítimas afetadas por uma transgressão podem ter o potencial de aumentar a harmonia social nas sociedades, cada vez mais distantes umas das outras. (MCCOLD e WACHTEL, 2008 apud ROSA et al, 2013, p. 420)

Agrega-se, ainda, a este conceito, duas vertentes trazidas por Carlos Eduardo Vasconcelos, expondo, de um lado, os processos restaurativos,

[...] aqueles nos quais vítimas, ofensores e, quando apropriado, outros indivíduos ou membros da comunidade, afetados pelo crime, participam juntos e ativamente na resolução das questões provocadas pelo crime, geralmente com a ajuda de um facilitador (mediador) – que deverá ser uma terceira pessoa independente, imparcial e capacitada, cuja tarefa é facilitar a abertura de uma via de comunicação entre as partes. (2016, p. 262)

e de outro os resultados restaurativos,

[...] por sua vez, são os acordos decorrentes dos processos restaurativos, que podem incluir a reparação do dano, a restituição de algum bem e a prestação de serviços à comunidade, sempre com o fim de atender as necessidades individuais e coletivas de todas as partes, bem como de demarcar as suas responsabilidades, visando à reintegração da vítima e do ofensor. (2016, p. 262).

Identifica-se, pois, uma preocupação dicotômica, ora relativa à tentativa de restaurar à vítima seu real prejuízo fruto do crime, acarretando eventual sentimento de justa satisfação, ora referente à reintegração social do transgressor, como oportunidade de se redimir e não ser tachado pela sociedade, o que ocorreria através de sessão de composição conjunta entre os envolvidos e a figura de um mediador, semelhante ao que já é praticado nas sessões de conciliação civil.

Posteriormente, contudo, verificar-se-á com mais cautela que a novidade trazida pela Resolução nº 181 não prevê, em momento algum, a interação direta entre vítima e transgressor, ao contrário, incumbe exclusivamente ao Ministério Público a tratativa na proposição do acordo de não persecução penal, sendo a vítima comunicada apenas da

homologação do acordo⁵, o que enseja tão somente a incidência dos resultados restaurativos, diferente do que se projeta no “Pacote anticrime”, proposto pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública⁶, havendo interação de ambas vertentes supracitadas.

Encontra-se, portanto, mais um dilema neste instituto, quando o objetivo de alcançar a harmonia social enfrenta a resistência da vítima em efetuar acordo, frente a frente ao acusado, por entender que a mera recomposição não é medida suficiente, passível de satisfação pessoal, merecendo o agente ser punido.

Apenas para fins de comparação, pode-se dizer que esta dificuldade se assemelha ao ponto levantado pelo jurista americano Alec Karakatsanis, quem, ao escrever sobre a “Reforma da Justiça Criminal” nos Estados Unidos, aponta o impasse entre os conceitos de “law enforcement” e “rule of law”, respectivamente, cumprimento/aplicação da lei e regra da lei. No fim, resta claro que, independentemente da percepção coletiva, a sociedade deve se submeter a regra legal e seu cumprimento nos moldes estipulados pelo legislador (Estado).

Sendo assim, pretende-se estabelecer, adiante, parâmetros que justifiquem, ou, ao menos, amenizem a sensação de impunidade eventualmente acarretada do acordo de não persecução penal, de forma a concluir quais medidas seriam adequadas para que este acordo seja aderido com maior receptividade.

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO DO ARTIGO 18, DA RESOLUÇÃO Nº 181/2017, DO CNPM

Preliminarmente, em que pese a Resolução em apreço ser a de nº 181/2017, frisa-se que o artigo objeto deste artigo sofreu drástica alteração com o advento da Resolução nº 183/2018, criada para ajustar a primeira, especificamente, visando, justamente, melhor receptividade, seguindo a linha de raciocínio do tópico anterior.

Assim, não obstante a resolução tratar, predominantemente, da “instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público”, conforme dita sua ementa, seu artigo 18⁷, inovou ao dispor do instrumento de “acordo de

⁵ Resolução nº 181, do CNMP:

Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o **Ministério Público poderá propor ao investigado** acordo de não persecução penal [...].

§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento. **(grifo nosso)**.

⁶ **Art. 28-A.** O **Ministério Público ou o querelante** poderá propor acordo de não persecução penal [...] **(grifo nosso)**.

⁷ **Art. 18.** Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado **acordo de não persecução penal** quando, cominada **pena mínima inferior a 4** (quatro) anos e o **crime não for cometido com violência ou grave ameaça a**

não persecução penal” ao investigado, distendendo ainda mais institutos penais/processuais penais que a transação penal, por exemplo, já havia “relaxado”.

Diversos países ao redor do mundo já acolheram o acordo como um meio alternativo para resolução de conflitos na esfera penal e, segundo afirma o Promotor de Justiça do MP-PR, Rodrigo Cabral, aqui não seria diferente, vez que “tal proposta segue o exemplo de países como os Estados Unidos e Alemanha, em que a maioria esmagadora dos casos penais [já] são resolvidas por meio de acordo” (Conjur, 2017).

Perceba que a Alemanha, berço da Teoria Absoluta, na qual “a essência da pena criminal reside na *retribuição, expiação, reparação* ou *compensação* do mal do crime” (Rossetto, 2014, p. 45), neste momento, recebe abertamente os acordos de não persecução como forma alternativa de resolução de conflitos.

Acrescenta ainda o Procurador de Justiça Macellus Polastri, em seu artigo publicado no website Genjurídico:

[...] cria-se, na recente Resolução, uma forma exercer o **princípio da oportunidade** pelo Ministério Público, pois dá poderes ao membro do *parquet* de **deixar de fazer a persecução penal** nos casos de crimes com pena em abstrato máxima inferior a quatro anos e que não tenham sido cometidos mediante violência ou grave ameaça, desde que aceite o acordo pelo investigado [...]. (2018) (**grifo nosso**).

Nesse sentido, constata-se a condição anteriormente destacada no que tange à exclusividade do Ministério Público para propor eventual acordo, bem como devem ser cumpridos requisitos obrigatórios para concessão do benefício, a exemplo da confissão do investigado, a pena mínima não exceder quatro anos, consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao crime cometido, e o crime não ter sido cometido com violência ou grave ameaça.

Preenchidos os requisitos, restará ao infrator confesso atender ao menos uma das condições elencadas dentre os incisos do artigo 18, da resolução em apreço, as quais podem variar de prestação de serviços à comunidade ao reparo do dano propriamente dito, entre outros *in verbis*:

- I. – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo;
- II. – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

pessoa, o **investigado tiver confessado** formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente: (**grifo nosso**).

- III. – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público;
- IV. – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito;
- V. – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.

Assentados os termos essenciais para fixação do acordo, sobrevêm as exceções elencadas no §1º do mesmo dispositivo⁸, ou seja, os casos em que não se admite a proposta de acordo. Dentre elas, merece destaque a correlação com a Lei 9.099/95, por restar afastado o acordo ora se cabível a transação penal, ora se incidir nas mesmas hipóteses de inadmissão da transação, nos moldes do artigo 76.

Ademais, observam-se outros impedimentos objetivos, como a vedação do acordo para infrações que acarretem danos superiores a vinte salários mínimos, ou que derivem de crimes hediondos ou equiparados, bem como critérios subjetivos, a exemplo da não procedência do acordo caso não seja suficiente para reprovar e prevenir o cometimento reiterado do crime sujeito conciliação.

Ainda dentro das exceções, o inciso IV, do artigo 18, desperta curiosidade quanto à vedação do acordo mediante a eventualidade de que sua espera possa ocasionar a prescrição da pretensão punitiva do Estado. Ora, tal receio parece um tanto quanto contraditório, já que dentre as características desse instituto encontra-se, justamente, a celeridade, o que possibilitaria o escoamento processual de modo a evitar a ocorrência de prescrição.

Finalmente, resta mencionar que o acordo realizado será submetido à apreciação do juiz competente, que poderá confirmar o que fora ajustado, devolvendo ao Ministério

⁸ § 1º Não se admitirá a proposta nos casos em que:

- for cabível a transação penal, nos termos da lei;
- o dano causado for superior a vinte salários mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local;
- o investigado incorra em alguma das hipóteses previstas no art. 76, § 2º, da Lei nº 9.099/95;
- o aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal;
- o delito for hediondo ou equiparado e nos casos de incidência da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006;
- a celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. (grifo nosso).

Público para que execute o termo, ou remeter ao procurador-geral para que tome as adote as providências que entender necessárias⁹, semelhante ao que prevê o artigo 28 do CPP.

Deste modo, destacados os principais pontos do acordo previsto na resolução expedida pelo CNPM, confirma-se que, diferente do que preza a justiça restaurativa, não há qualquer abertura à vítima na negociação do acordo, a ponto desta em nada influenciar sua celebração, sendo apenas comunicada de que foi realizado.

Ademais, diferente do que expõe Rodrigo Cabral, apesar do alto volume de acordos no cenário internacional, principalmente em países como Alemanha e Estados Unidos, raros são os relatos da celebração do acordo no Brasil, seja pela novidade do instituto, seja pela insegurança jurídica e incerteza de eficácia em virtude da forma como foi introduzido no ordenamento jurídico (explorado a frente, no item 5 deste artigo).

Por fim, verifica-se que com a presença do acordo, o juiz terá função majoritariamente formal, ou seja, ficará adstrito a mera análise de cumprimento dos requisitos legais, podendo, no máximo, manifestar-se pelo entendimento da não razoabilidade do acordo, o que nada impede o MP, como Instituição, de manter seu posicionamento pelo acordo e vincular todos ao seu cumprimento (art. 18, § 6, inciso IV, da Resolução nº 181 do CNMP).

Por estes motivos, faz-se necessário um breve paralelo com os termos propostos pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, através do “Projeto de Lei contra Corrupção e Crime Organizado”, para que sejam estabelecidos os parâmetros supramencionados.

COMPARATIVO COM O PROJETO DE LEI CONTRA CORRUPÇÃO E CRIME ORGANIZADO

O projeto do Ministério da Justiça, elaborado pelo Ministro Sérgio Moro, visa introduzir ao atual Código de Processo Penal o acordo de não persecução penal através do artigo 28-A, o qual será objeto de análise a seguir, visando a comparação com ao artigo 18, da Resolução nº 181, do CNMP.

⁹ § 6º Se o juiz considerar incabível o acordo, bem como inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, fará remessa dos autos ao procurador-geral ou órgão superior interno responsável por sua apreciação, nos termos da legislação vigente, que poderá adotar as seguintes providências: (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)

- oferecer denúncia ou designar outro membro para oferecê-la;
- complementar as investigações ou designar outro membro para complementá-la;
- reformular a proposta de acordo de não persecução, para apreciação do investigado; IV – manter o acordo de não persecução, que vinculará toda a Instituição.

De pronto, nota-se uma novidade com a introdução, mesmo que singela, do citado processo restaurativo, por meio da concessão da oportunidade à vítima (querelante) propor referido o acordo, aplicável às hipóteses de crimes de ação penal privada, que, de fato, sofrem grande incidência deste novo instituto, vez que um dos critérios de admissibilidade do acordo, estipula que a pena máxima não supere os 4 (quatro) anos¹⁰, ponto este também alterado com a diminuição na base dosimétrica¹¹, limitando ainda mais os crimes sujeitos aos acordo de não persecução penal.

Outro fator importante do projeto é o reequilíbrio entre o papel do promotor e do magistrado, já que este, em sede de audiência, ouvirá o investigado de modo a constatar sua voluntariedade e só então homologar o acordo¹². É verdade que o papel do juiz é predominantemente formal, ainda zelando pela legalidade do instrumento a ser firmado, porém lhe foi conferido o poder de recusar a homologação se, após remessa ao MP para retificações, ainda entender que não foram cumpridos os requisitos legais¹³.

Por fim, merecem destaques duas novidades, respectivamente, positiva e negativa ao acusado, até então sequer consideradas pela Resolução nº 181/2017. A primeira aponta que a concretização do acordo não constará para fins de antecedentes criminais¹⁴, afinal, este é exatamente seu objetivo, a ressocialização e reintegração do indivíduo na sociedade. A segunda, porém, vem sanar a preocupação constante do inciso IV, do artigo 18 da resolução, ao prever o congelamento da prescrição enquanto perdurar o acordo de não persecução penal¹⁵.

Diante o exposto, tem-se que o atual projeto acabou por restringir o campo de atuação deste novo instrumento jurídico, bem como concedeu a possibilidade de iniciativa da vítima, nos casos de ação penal privada, interação entre o acusado e o magistrado, para que este verifique se a vontade daquele está sendo atendida, e participação mais influente do juiz no decorrer da celebração do acordo, restando apenas verificar a questão da legalidade deste instituto.

¹⁰ Art. 28-A, caput, CPP: O Ministério Público ou o querelante poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, se não for hipótese de arquivamento e se o investigado tiver confessado circunstanciadamente a prática de infração penal, sem violência ou grave ameaça, e com pena máxima não superior a quatro anos, mediante o cumprimento das seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente.

¹¹ O artigo 18, caput, da Resolução nº 181, prevê que a **pena mínima** deve ser inferior a quatro anos. (grifo nosso).

¹² Art. 28-A, § 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

¹³ Art. 28-A, § 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º.

¹⁴ § 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º.

¹⁵ §14. Não correrá a prescrição durante a vigência de acordo de não persecução penal.

LEGALIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Inicialmente, merecem relevância as duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade instauradas contra o artigo 18, da Resolução nº 181/2017, do CNMP, sendo uma proposta pelo Conselho Federal da OAB (ADI-5.793) e a outra pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB (ADI-5.790).

Não obstante ambas discorrerem sobre possível contrariedade ao artigo 22, I, da CF¹⁶, é preciso ressaltar que ambas ADIs foram propostas antes das alterações trazidas pela Resolução nº 183/2018, do CNMP, que alteraram significativamente o texto original do artigo 18 em comento, motivo pelo qual pode ocorrer a perda de objeto da ação.

Ademais, merecem ser citados os apontamentos do Promotor Rodrigo Cabral, ao lembrar que,

O Supremo Tribunal Federal já reconheceu que as resoluções do CNJ (e portanto, também, as do CNMP) ostentam “caráter normativo primário” (STF- ADC 12 MC). Assim, o CNJ e o CNMP, “[n]o exercício de suas atribuições administrativas” ostentam o poder de “expedir atos regulamentares”. Esses por sua vez, são atos de comando abstrato que dirigem aos seus destinatários comandos e obrigações, desde que inseridos na esfera de competência do órgão.” (STF - MS 27621). (Conjur, 2017).

Com isso, tendo em vista a inexistência de decisão proferida quanto ao mérito da matéria, deve-se aguardar o posicionamento da Suprema Corte, o qual não deve ser diferente ao proferido à ADC 12-MC/DF.

Ainda neste cenário de atribuições do CNJ e CNMP, é igualmente relevante a compreensão destas Instituições como promotoras de **política criminal**, podendo o acordo de não persecução penal, atualmente presente apenas na Resolução nº 181/2017, do CNMP, ser considerado um instrumento desta política, que pode ser identificada da seguinte forma:

¹⁶ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

Com efeito, a política criminal e a dogmática jurídico-penal hoje apresentam uma nítida vocação supranacional, ao menos no marco da cultura ocidental. [...]

A política criminal obedece a uma lógica binária bastante simples: “expansão” ou “recoo”. Nas últimas décadas, o legislador pouco se valeu da segunda via, optando declarada e exponencialmente pela primeira. O Direito Penal se tornou o principal (às vezes o único) destinatário das expectativas sociais de solução dos grandes problemas do dia a dia e se fundamenta desde uma perspectiva político-criminal lastreada na “orientação pelas consequências empíricas de sua aplicação” e que culmina na produção de efeitos pedagógicos típicos de uma *soft law*. (MACHADO, 2011, p. 359)

Tem-se, portanto, assim como a justiça restaurativa e consensual, que a política criminal é mais uma tendência global, na qual o legislador recua e abre espaço para que novas políticas sejam estabelecidas, por exemplo, por instituições que lidam rotineiramente com a “questão objeto”, bem como que estão habilitadas para criar mecanismos que possam atender o poder público e cumprir suas funções com maior celeridade e efetividade.

Se ainda assim não entender plausível a possibilidade de uma política criminal ser capaz de estabelecer medidas como o acordo de não persecução penal, é válido destacar a forma como este instituto foi introduzido ao direito alemão, senão vejamos:

O acordo penal surgiu na Alemanha somente nos anos 70, começando como uma prática **contra legem**, confidencialmente e sem observância ao Código de Processo Penal; uma prática que “nasceu em conversas telefônicas estritamente confidenciais, em gabinetes e até mesmo na toalete”. (GROSSI, p. 135)

Conforme infere-se do excerto acima, o chamado “acordo penal” alemão teve origem à margem da legalidade, além disso, à margem da publicidade, apenas possível pois em período anterior à internet, quando os meios de comunicação ou qualquer tecnologia se aproximava da atual velocidade na disseminação de informação como forma de alerta sobre flagrante ilegalidade.

CONCLUSÃO

Evidenciados os pontos fulcrais do acordo de não persecução penal, tanto sob a ótica da Resolução nº 181/2017, do CNMP, quanto pela projeção no bojo do pacote de medidas anticrime do Ministério da Justiça, independente das objeções sobre possível inconstitucionalidade do acordo de não persecução penal através de referida.

Resolução, é salutar a discussão do tema como forma de abordar novas alternativas para resoluções de conflito, merecendo esta nova tendência jurídica um voto de confiança, tendo em vista a possibilidade da rápida solução de conflitos através de acordos que evitem uma demanda demasiada do judiciário.

De um lado é compreensível a motivação que leva a crer que o acordo em apreço é inconstitucional, não por sua natureza em si, mas pela forma que foi concebido, através de Resolução emitida pelo CNMP, sem caráter normativo, hierarquicamente inferior ao Código Penal e Código de Processo Penal. Logo, resta explícita a incompatibilidade entre este novo instituto negocial e os diplomas legais que visa atingir, de modo que o disposto em uma Resolução não deveria ser capaz de influenciar um procedimento fundamentado em Lei Ordinária.

Por outro lado, afastando-se a necessidade dos mecanismos estarem no mesmo patamar legal para se equivalerem e se comunicarem em harmonia, pode-se considerar aceitável a recepção do acordo de não persecução penal como política criminal. Isto pois, havendo a necessidade emergente de desafogar o judiciário e, ainda assim, manter a eficiência e satisfação no controle judicial, as formas alternativas de resolução de conflitos penais devem ser tidas como esperança de uma reforma penal benéfica e eficaz.

A verdade é que, apesar de esbarrar na inconstitucionalidade, se visto como política criminal, o acordo de não persecução penal merece ter validade jurídica e efetiva aplicação processual penal perante a sociedade, observados os requisitos impostos e os limites legais impostos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 10^a edição. São Paulo. Editora Forense, 2018. Versão online disponível em Minha Biblioteca. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530979911/>

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal - Parte Geral**. Vol. 1. 25^a edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2019. Versão online disponível em Minha Biblioteca. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610037/>. Acesso em: 06 set. 2019.

CABRAL, Rodrigo Leito Ferreira. Conjur. **O acordo de não-persecução penal criado pela nova Resolução do CNMP**, 18 set. 2017. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-set-18/rodrigo-cabral-acordo-nao-persecucao-penal-criado-cnmp>. Acesso em 06 set 2018.

ESTEFAM, André. **Direito penal: Parte Geral**. Vol. 1. 6^a edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2017. Versão online disponível em Minha Biblioteca. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547216856/>. Acesso em 06 set 2019.

GROSSI, Ana Claudia. **Pode o acordo ser uma solução para os problemas da morosidade e sobrecarga da justiça? – Subsídios para um debate, a partir da experiência alemã.**

Revista de Ciências Penais, Revista dos Tribunais Online, vol. 114/2015, p. 133 – 171, Maio – Jun/2015.

KARAKATSANIS, Alec. **The Punishment Bureaucracy: How to Think About “Criminal Justice Reform”**. Disponível em: <https://www.yalelawjournal.org/forum/the-punishment-bureaucracy>. Acesso em: 07 set. 2019.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula; MOURA, Bruno. **Perspectivas político- criminais e dogmáticas do direito penal no contexto da sociedade de riscos**. Revista de Ciências Penais, Revista dos Tribunais Online, vol. 15/2011, p. 357 – 393, Jul - Dez / 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**, 14^a edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017. Versão online disponível em “Minha Biblioteca”. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530977634/>. Acesso em 07 set. 2019.

POLASTRI, Marcellus. Genjurídico. **O Chamado Acordo de Não Persecução Penal: Uma Tentativa de Adoção do Princípio da Oportunidade na Ação Penal Pública**, Disponível em <http://genjuridico.com.br/2018/04/05/o-chamado-acordo-de-nao-persecucao-penal-uma-tentativa-de-adocao-do-principio-da-oportunidade-na-acao-penal-publica/>. Acesso em 06 set 2018.

ROSA, Alexandre Morais da, et al. **Controvérsias Criminais: a construção da justiça restaurativa no brasil como um impacto positivo no sistema de justiça criminal**. 1^a edição. Santa Catarina: Editora Letras e Conceitos, 2013, volume 1.

ROSSETTO, Enio Luiz. **Teoria e Aplicação da Pena**. Única Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha no processo penal e o autoritarismo "consensual" nos sistemas processuais: a justiça negocial entre a patologização do acusatório e o contragolpe inquisitivo**. Revista dos Tribunais Online, vol. 953/2015, p. 261 – 279, mar. 2015.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**, 5^a edição. São Paulo: Editora Forense, 2016. Versão online disponível em “Minha Biblioteca”. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530974473/>

CIBERCRIME COMO CRIME PERMANENTE

Felipe Otávio Moraes Alves¹

RESUMO: Hodiernamente, a internet intermedia incontáveis condutas criminosas, carecendo de manutenção do Código Penal e Processual Penal para readequarem-se a esta tecnologia. O desprovimento de remediações diretas e suficientemente rápidas ao usuário é o principal problema, replicando a ineficácia dos aparatos investigativos em alcançar o devido combate dos cibercrimes por obra, em grande parte, da morosidade de mandados judiciais. Assim, o presente estudo contextualizou o atual panorama da internet, perscrutou a tutela jurídica atual do cibercrimes – com as singularidades jurídicas deste meio digital – e problematizou a inclusão, na previsão de flagrante em infrações permanentes, dos crimes cibernéticos cuja consumação se estendam no tempo. Ademais, questionou a necessidade de mandado judicial na Busca e Apreensão dos aparatos de cibercriminosos em flagrante delito. As considerações finais perquiriram concluir esta incidência como legítima e potencialmente eficaz a fim de proteger o usuário. Foi adotado, como método de procedimento, a pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial e, como método de abordagem, o teórico-dedutivo.

Palavras-chave: Cibercrime. Crime Permanente. Internet. Mandado Judicial. Direitos Fundamentais.

CYBERCRIME AS PERMANENT CRIME

ABSTRACT: Nowadays, the internet intermediates countless criminal conducts, lacking maintenance of the Penal Code and Code of Criminal Procedure to adjust themselves to this technology. The lack of direct and sufficiently rapid remediation to the user is the main problem, replicating the inefficacy of investigative apparatuses in achieving effectiveness in fight against cybercrime, largely because of the slowness of court orders. Thus, the present study contextualized the current context of the internet, examined the current legal protection of cybercrimes - with the legal singularities of this digital media - and problematized the inclusion, in the prediction of flagrante in permanent infractions, of the cybercrimes whose consummation extends in time. In addition, it questioned the need for a court injunction in the search and seizure of cybercriminals in flagrante offense. Final considerations have sought to conclude this incidence as legitimate and potentially effective in order to protect the user. It was adopted, as method of procedure,

¹ Professor Substituto na UNESP da disciplina "Teoria do Estado". Mestrando em Direito pela UNESP. Pesquisador pela UNESP em Direito Digital, correlacionando tecnologia, principalmente a Internet, ao Direito, nas violações de direitos fundamentais. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4562494053832597>. E-mail: felipeotavioma@gmail.com.

bibliographical, legislative and jurisprudential research and, as a method of approach, the theoretical-deductive.

Keywords: Cybercrime. Permanent Crime. Internet. Judicial Order. Fundamental Rights.

INTRODUÇÃO

O termo “cibercrime” surgiu no final da década de 90 por um subgrupo das nações do G8 formado após encontro em Lyon, na França, ao analisar a criminalidade via internet. Por exemplo, o cibercrime acontece entre pessoas físicas, quando um usuário pratica hackeamento ou ofende a integridade moral doutro; entre pessoas jurídicas, quando vítimas de difamação; entre pessoa jurídica e pessoa física, quando a primeira extrapola o contrato digital ou, em geral, os direitos de privacidade do usuário; e Estado e pessoas jurídicas ou físicas, quando os segundos invadem ilegalmente sistemas estatais. Em âmbito nacional, raramente se considera um ato primariamente do Estado como cibercrime.

Isto posto, como objetivo, o trabalho questionará o tratamento jurídico tradicional, dado aos crimes cibernéticos, com morosos e escassos combates. Para isto, partirá da comprovação de que o Estado tem legitimidade e imprescindibilidade na tutela da Internet e da constatação, da premissa menor, de que os cibercrimes são carentes de melhores aparos normativos e políticas públicas, concluindo pela possibilidade da correlação entre cibercrime e crime permanente. Neste contexto, há duas hipóteses cabíveis, manter a condição atual com as tipificações já existentes numa perspectiva jurídico-econômica liberal ou implementar medidas públicas que auxiliem no processo investigativo, representado pelo Inquérito Policial. O presente trabalho se dedicará a esta última, problematizando a adaptação do flagrante à realidade da internet – garantindo soluções práticas à perpetuidade do conteúdo e perecibilidade das provas – ao incluir, dentro da previsão da prisão em flagrante em infrações permanentes, os crimes cibernéticos.²

Para a construção do estudo, é adotado o método teórico-dedutivo. As perguntas abordadas durante o trabalho são elucidadas com apoio de doutrinadores e especialistas na área penal e digital, com comparações por doutrina, jurisprudência e legislação,

² Isto é, cibercrimes cuja consumação se estendam no tempo pela permanência da publicação original em determinado sítio eletrônico ou pela disseminação e replicação do conteúdo delituoso na rede mundial de computadores, ainda que haja exclusão, posterior ao flagrante, do conteúdo. Ou seja, tratar-se-ia de praticamente todos cibercrimes já que permanentemente offline, são raros os casos.

inclusive internacional. O referencial teórico, tocante ao crime permanente, é o de Guilherme de Souza Nucci³.

1 PANORAMA DA REALIDADE CIBERNÉTICA

No artigo 5º do Marco Civil da Internet, há a definição terminológica e conceitual da internet como “o sistema constituído de conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes”. Objetivamente, a internet é o conjunto de recursos tecnológicos, *hardwares* (como os servidores, *modems*, roteadores etc.) e *softwares* (*browser/navegadores*, aplicativos, *plug-ins* etc.) interconectados por meios de comunicação (linha telefônica, fibra ótica, satélite, redes locais etc.) que associam vários serviços mediante, principalmente, de página de *websites*.

E nesse contexto, em 4 anos o número de cibercrimes só aumentou: a cada 13 segundos, um brasileiro foi vítima da tentativa de fraude com informações furtadas da internet, sendo 28 milhões de brasileiros já atingidos.⁴ Ameaças e cibercrimes custam cerca de R\$ 16 bilhões de reais anualmente ao país. De acordo com Zaharia⁵, há, em média, um lapso temporal de 170 dias da infecção para se detectá-lo. No ano de 2015, por exemplo, aduziu que a cada 100 tentativas infecção, mais de 82% ocorreram *offline*.⁶ Porém, o dado com o maior número de conteúdo prejudicial é o dos *spams*. Estima-se um total de 28 bilhões de *spams* enviados por e-mails por dia. Ainda, de acordo com a Symantec⁷, meio bilhão de informações pessoais foram roubadas ou perdidas em 2015.

Nesta circunstância, os cibercriminosos progridem, com pretensões bem definidas como o de ganhos financeiros. De acordo com dados da Symantec⁸, TrendMicro⁹ e SecureWorks¹⁰, existe uma tabela de preços de informações no mercado negro na *deep web*,

³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 14 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

⁴ NORTON. **Norton Cyber Security 2012**. 2013.

⁵ ZAHARIA, Andra. **10 Alarming Cyber Security Facts that Threaten Your Data [Updated]**. Disponível em: <<https://heimdalsecurity.com/blog/10-surprising-cyber-security-facts-that-may-affect-your-online-safety/>>. Acesso em: 10 out. 2019.

⁶ A infecção é *offline*; já a transmissão dos dados ao cibercriminoso, é *online*.

⁷ SYMANTEC CORPORATION WORLD HEADQUARTERS, **Internet Security Threat Report 2015**. Volume 20, 2015. p. 5.

⁸ *idem*. **Underground black market: Thriving trade in stolen data, malware, and attack services**. 2015. Disponível em: <<https://www.symantec.com/connect/blogs/underground-black-market-thriving-trade-stolen-data-malware-and-attack-services>>. Acesso em: 10 out. 2019.

⁹ TRENDMICRO. **A Global Black Market for Stolen Personal Data**. Disponível em: <<http://www.trendmicro.com/vinfo/us/security/special-report/cybercriminal-underground-economy-series/global-black-market-for-stolen-data/>>. Acesso em: 10 de out. 2019.

¹⁰ SECUREWORKS. **2016 Underground Hacker Marketplace Report**. 2016.

dependendo do vendedor e de sua credibilidade: US\$ 0,5 a US\$ 20,00 por detalhes do cartão de crédito; US\$ 70 a 150 dólares, por 1 milhão de *spams*; US\$ 300 dólares ou menos, conta de banco com US\$ 70.000,00 a US\$ 150.000,00 etc. A operação Sheik é um exemplo de combate. Três pessoas foram detidas em Goiás, pelo acesso a mais de quatro mil contas bancárias, movimentando indevidamente cerca de R\$ 2 milhões. A PF participou, em parceria com o FBI e a Europol, de outra operação, a Darkode, que resultou na prisão de outros dois *hackers*, acusados de terem movimentado mais de R\$ 1 milhão pela venda de dados bancários roubados. E em diversos países, a operação prendeu cerca de setenta cibercriminosos. Logo, há, teoricamente, a possibilidade de coordenação conjunta de Estados diferentes, porém são tão esparsas, morosas e pontuais que são objetivamente eficazes, mas irrelevantes no cenário global.

2 TUTELA JURÍDICA DA INTERNET

Mundialmente, o principal e único instrumento jurídico significativo o qual possui regras gerais e específicas para tutelar cibercrimes é a Convenção de Budapeste (2001), com normas majoritariamente de Direito Penal Material. Os principais destaques da Convenção sobre os Cibercrimes são as definições de: cibercrimes (Capítulo I), tipificando-os como infrações contra sistemas e dados informáticos (Capítulo II, Título 1); infrações relacionadas com computadores (Capítulo II, Título 2); infrações relacionadas com o conteúdo, como a pornografia infantil (Capítulo II, Título 3); e, também, infrações relacionadas com a violação de direitos autorais (Capítulo II, Título 4). Jurisdição e integração internacional são vistas no artigo 22, o qual aponta quando e como uma infração é cometida, além de recomendar aos seus aderidos a “jurisdição mais apropriada para o procedimento legal”. Consoante ao relativismo e flexibilidade da Convenção, o Brasil não adere às suas diretrizes pois não fora um dos signatários originais do tratado, podendo somente ser convidado pelo Comitê de Ministros do Conselho Europeu.

Nesta lógica, o Estado cumpre o papel de consolidador dos direitos básicos da sociedade, desagregando a noção de “Estado-árbitro”, como monopólio da sanção e imposição do cumprimento do ordenamento, do “Estado produtivo”, fornecedor dos bens públicos. Um “Estado Mínimo” teria uma única função de proteger os direitos individuais contra qualquer forma de violação dos mesmos. Surgindo, assim, novos limites constitucionais consoante à atual crise do “Estado Assistencial” ou do bem-estar social.¹¹ As motivações para a obediência às normas estatais não são autossuficientes, sendo

¹¹ MATTEUCCI, Nicola. Estado Contemporâneo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Vol. 1. ed. 11. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 401.

somente explicativas. Afinal, a justificação não supera o paradoxo da legitimidade do Estado estar em normas e diretrizes jurídicas fundamentais propostas pelo mesmo. A justificativa incorre, portanto, pela prática, com resultados e consequências. E são estas consequências observadas, principalmente, pelos liberais. Como escreve Offe¹², quanto mais a política se fizer concreta, mais multiplicarão os conflitos e os efeitos da polarização. Estará, assim, declarado o caminho à crise política, devido à incapacidade de coordenar satisfatoriamente todos os interesses do complexo social ao mesmo tempo.

Mesmo quando inexistem legislações específicas, cabe ao jurista enfrentar os novos problemas que, em parte, são “velhos temas com novas roupagens”, mormente a responsabilidade civil e legislação complementar vigente¹³. Alguns cibercrimes utilizam técnicas distintas, pelas particularidades do meio digital, dos delitos tutelados pelo ordenamento jurídico-penal brasileiro, mas o fim que se pretende é o mesmo da conduta já tipificada, ou seja, são crimes relativos. É neste contexto que, em 2014, surge o Marco Civil da Internet (MCI), oficialmente chamada de Lei n.º 12.965, de 23 de abril de 2014. É a principal lei que trata o uso da internet no Brasil, através de princípios e garantias, direitos e deveres para quem usa a rede, bem como algumas diretrizes para a atuação do Estado, substancialmente semelhante à citada Convenção sobre o Cibercrime. Contudo, seu maior enfoque fora com os provedores de serviços da internet e suas responsabilidades *lato sensu*. O texto da lei trata de temas como neutralidade da rede, privacidade, retenção de dados, a função social da rede, a garantia da liberdade de expressão e da transmissão de conhecimento.

Mesmo com o Marco Civil, não existe uma legislação que abarque a totalidade dos crimes cibernéticos¹⁴ a fim de resolvê-los e contribuir na investigação policial dos litígios digitais. Notadamente, podemos extrair os seguintes ordenamentos jurídicos os quais tratam de alguns dos tipos de cibercrimes, são eles: Lei n.º 12.965/2014: o Marco Civil da Internet; Lei n.º 12.737/2012: Lei Carolina Dieckmann; Código Penal: crime de ameaça (art. 147), divulgação de segredo (art. 153), violação do segredo profissional (art. 154), extorsão (art. 158), extorsão Indireta (art. 160), dano (art. 163), apropriação indébita (art. 168), estelionato (art. 171), violação de direito autoral (art. 184), escárnio por motivo de religião (art. 208), favorecimento da prostituição (art. 228), ato obsceno (art. 233), escrito ou objeto

¹² OFFE, Claus. **Contradictions of the Welfare State**. Londres: Hutchinson & Co. Ltd., 1984.

¹³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Responsabilidade Civil**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 263.

¹⁴ A título de exemplo, o cibercrime acontece entre pessoas físicas, quando um usuário pratica hackeamento ou ofende a integridade moral doutro; entre pessoas jurídicas, quando vítimas de difamação; entre pessoa jurídica e pessoa física, quando a primeira extrapola o contrato digital ou, em geral, os direitos de privacidade do usuário; e entre Estado e pessoas jurídicas ou físicas, quando os segundos invadem ilegalmente sistemas estatais. Em âmbito nacional, raramente se considera um ato primariamente estatal como cibercrime.

obsceno (art. 234), incitação ao crime (art. 286), apologia de crime ou criminoso (art. 287), falsa identidade (art. 307), exercício arbitrário das próprias razões (art. 345), dentre outros; Lei n.º 8.069/1990: pedofilia (art. 241); Lei n.º 7.716/1989: crime de divulgação do nazismo (art. 20, §2º); Constituição Federal: Artigo 5º, incisos IV, V, X, XII, XIV; Código Civil: arts. 186, 187, 205, 206, 212, 225, 927, parágrafo único, 932, inciso III, 1016; Código de Processo Civil: arts. 332 e 333; Código de Processo Penal: arts. 156, 157 e 239; Lei n.º 9296/1996: Lei de Interceptação, arts. 1º, 3º, 9º e 10º; CLT: arts. 482, alíneas b, g, h; Lei n.º 6.404/1976: Lei das Sociedades Anônimas, arts. 153, 154, 155, 157, 158 e 159; Lei n.º 7.716/1989: Lei de Racismo etc.

2.1 SINGULARIDADES JURÍDICAS DA INTERNET

As singularidades da internet intervêm na regulamentação da internet e das políticas públicas, sendo cruciais ao justificar a diferenciação da internet ao ponto da carência de tutela específica. Observar-se-á, por consequência, certa inaplicabilidade de noções doutrinárias penais ou civis à luz da desconsideração, *a priori*, da matriz paradigmática da virtualidade.

A característica basilar para uma regulamentação da internet é a dificuldade de identificação pelo anonimato dos usuários. Hodiernamente, há ínfimas possibilidades de identificação de cibercriminosos através da própria rede, pela dissociação de sua identidade, localização e comportamento pelo seu *Internet Protocol*, além de entraves legais e indisposição empresarial na investigação. Inobstante, é a Polícia Federal que pericia majoritariamente os casos, para milhares no ordenamento jurídico. Empresas privadas raramente identificam o usuário, tampouco cooperam em investigações e, muito menos, os denunciam ou sancionam. Como pontifica Leonardi¹⁵, “se não há uma maneira de saber quem alguém é, onde ele está, nem o que fez ou está fazendo, o sistema jurídico – que é dependente dessas informações para exercer sua força coercitiva – parece perder sua efetividade”. O anonimato na rede torna cibercriminosos mais suscetíveis a praticar violações da privacidade. Esta consequência psicológica, de violações dos direitos alheios pela dificuldade de identificação do usuário, foi denominada por Drummond¹⁶ de esquizofrenia cibernética.

A segunda característica é a irreversibilidade espaço-temporal, já que a violação da honra e da privacidade na internet tornam-se irreversíveis visto que as informações ficam permanentemente lá gravadas e alcançam inúmeros cidadãos. Há exceções, *verbi gratia*, o

¹⁵ LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2012. p. 157.

¹⁶ DRUMMOND, Victor. **Internet, privacidade e dados pessoais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 1.

uso inapropriado de marca extinguido pela remoção da empresa plagiadora. Todavia, em redes sociais e ações ciberdelitivas, a irreversibilidade é plenamente identificável. Qualquer ato é registrado e mesmo com remoção conteúdo, há a possibilidade de salvamento do conteúdo em algum hardware inacessível, permanecendo no servidor do provedor, além da incontável reprodução do mesmo. Essa particularidade torna perigosa a introdução dos atos ilícitos ou dos dados pessoais na internet, pois, após divulgada, a informação foge do controle de quem a publicou, ou seja, o dano causado pela violação da privacidade é imensuravelmente mais perigoso no ciberespaço.

A terceira característica é a permanência eterna da informação e do dano, pois uma vez inserida no mundo virtual, ela lá permanecerá até que alguém a retire. Deriva-se da Irreversibilidade Espaço-Temporal com consequências jurídicas mais específicas. Diferindo a informação virtual da produzida no mundo real pois neste a notícia acaba por desaparecer com o decurso do tempo, visto que os meios materiais de reprodução (revistas, jornais, livros, etc.) perdem sua atualidade. Na internet, devido à facilidade de acesso informativo e à virtualidade da rede, as informações tornam-se eternas. Para tanto, a violação de direitos na internet deveria ser tratada com mais severidade e celeridade. Esta singularidade restringe *lato sensu* a própria liberdade de expressão, pois os usuários, receosos das consequências eternas da rede, limitar-se-ão em comunicar no ciberespaço.

A quarta característica são os multiníveis de responsabilidades. Há vários tipos de provedores, os prestadores de serviços na internet. São eles que fornecem ao usuário o acesso à internet, concedem a outros prestadores a plataforma necessária, garantem a armazenagem de mensagens e informações etc. As espécies de provedores se diferem de acordo com os tipos de serviços prestados, sendo eles os provedores de *backbone*, acesso, hospedagem, conteúdo, informação e correio eletrônico. Tendo o fornecedor cumprido com seus deveres, em casos de dano, verifica-se cada caso a fim de decidir pela incidência do dever de reparar, objetiva ou subjetivamente.

A pericuidade das provas contra ciberdelitivos é a quinta característica. As possíveis provas contra ciberdelitivos são submetidas a mecanismos de criptografia pelo próprio e que, habitualmente, só podem ser averiguadas quando o equipamento está ligado, capaz de sofrer pequenas alterações e, logo, perda de provas cruciais. São necessários pouquíssimos segundos para que o ciberdelitivo possa apagar todos seus rastros digitais ou submetê-los a rigorosos mecanismos de criptografia. Por isso, uma perícia rápida se faz mister.

E a última é a internacionalização das condutas. Os casos de litígios transnacionais englobando pessoas, físicas e jurídicas, de diferentes países ou de múltiplas jurisdições são bastante frequentes. Neste âmbito, houve o emblemático caso Garcia vs. Panasonic, em que o autor ganhou a ação pela aplicação do artigo 12 do CDC, com uma interpretação

menos restritiva, conjugado com a teoria do risco e a chamada “teoria da integração” porque “as grandes corporações perderam a marca da nacionalidade para tornarem-se empresas mundiais” e se a globalização beneficiava a Panasonic, deveria, em contrapartida, também beneficiar o consumidor.¹⁷ Em suma, era uma empresa grande contendo a venda dos dois produtos em ambos países, um caso bastante específico. Inobstante, a maioria dos casos permanece sem solução: empresas com sede em um só país, comercialização por exportação/importação, compra e venda de produtos em outros países, disponibilização do produto num só país etc. Ademais, há a interação entre pessoas físicas de países distintos com litigâncias penais ou cíveis. Hoje, usuários podem difamar e discriminar cidadãos de outros países sem sanção legal, elucidando a seriedade deste problema, tampouco incidindo responsabilidades trabalhistas, ambientais, tributárias etc.

3 CIBERCRIME COMO CRIME PERMANENTE

Consoante ao Código Penal, crime permanente é aquele de momento consumativo estendido temporalmente por domínio do criminoso acerca do momento de consumação do crime. *V.g.*, o crime de possuir pornografia infantil tem caráter permanente, assim como o crime de lavagem de dinheiro por empresas. O grande benefício para a construção do Inquérito Policial desse tipo penal é a possibilidade da prisão em flagrante.¹⁸ Renato Lima¹⁹ doutrina que crimes plurilocais são aqueles de cunho penal com ação e resultado ocorrendo em locais diferentes. E crimes à distância são infrações penais as quais

¹⁷ DIREITO DO CONSUMIDOR. FILMADORA ADQUIRIDA NO EXTERIOR. DEFEITO DA MERCADORIA. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA NACIONAL DA MESMA MARCA ("PANASONIC"). ECONOMIA GLOBALIZADA. PROPAGANDA. PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR. PECULIARIDADES DA ESPÉCIE. SITUAÇÕES A PONDERAR NOS CASOS CONCRETOS. NULIDADE DO ACÓRDÃO ESTADUAL REJEITADA, PORQUE SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO NO MÉRITO, POR MAIORIA. I - Se a economia globalizada não mais tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, imprescindível que as leis de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em sua exegese, na busca do equilíbrio que deve reger as relações jurídicas, dimensionando-se, inclusive, o fator risco, inerente à competitividade do comércio e dos negócios mercantis, sobretudo quando em escala internacional, em que presentes empresas poderosas, multinacionais, com filiais em vários países, sem falar nas vendas hoje efetuadas pelo processo tecnológico da informática e no forte mercado consumidor que representa o nosso País. II - O mercado consumidor, não há como negar, vê-se hoje "bombardeado" diuturnamente por intensa e hábil propaganda, a induzir a aquisição de produtos, notadamente os sofisticados de procedência estrangeira, levando em linha de conta diversos fatores, dentre os quais, e com relevo, a respeitabilidade da marca. III - Se empresas nacionais se beneficiam de marcas mundialmente conhecidas, incumbe-lhes responder também pelas deficiências dos produtos que anunciam e comercializam, não sendo razoável destinar-se ao consumidor as consequências negativas dos negócios envolvendo objetos defeituosos. IV - Impõe-se, no entanto, nos casos concretos, ponderar as situações existentes. V - Rejeita-se a nulidade arguida quando sem lastro na lei ou nos autos (STJ - REsp: 63981 SP 1995/0018349-8, Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Data de Julgamento: 11/04/2000, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 20.11.2000, **JusBrasil**, 2000)

¹⁸ Pelas características singulares da internet e alcance da conduta criminoso inclusive em nível internacional, ocorre a incidência pois, majoritariamente, é um crime plurilocal e à distância.

¹⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Niterói: Impetus, 2013. p. 496.

acontecem dentro do Brasil, mas o resultado se materializa no estrangeiro ou vice-versa. Para tanto, a determinação da competência prevista no artigo 70 do CPP, em caso de crime permanente, estará firmada pela prevenção, pelo art. 71.²⁰

O crime permanente tem momento consumativo que se prolonga no tempo, a consumação continua ocorrendo enquanto perdurar o delito, como ao portar conteúdo digital ilícito, manter conteúdo postado em rede sem permissão dos envolvidos, privar alguém de seu direito de liberdade e privacidade ou ocultar conteúdo protegido por força de lei. Nisto, Guilherme Nucci²¹ pondera que:

Para identificação do crime permanente, oferece a doutrina duas regras: a) o bem jurídico afetado é imaterial (ex. saúde pública, liberdade individual etc.); b) normalmente é realizado em duas fases, a primeira, comissiva, e a segunda, omissiva (sequestra-se a pessoa através de uma ação, mantendo-a no cativeiro por omissão). Essas regras não são absolutas, comportando exceções.

Para o autor supramencionado, crimes permanentes seriam “aqueles que se consomem com uma única conduta, embora a situação antijurídica gerada se prolongue no tempo até quando queira o agente”²². Para Damásio Jesus²³, os crimes permanentes “são os que causam uma situação danosa ou perigosa que se prolonga no tempo. O momento consumativo se protraí no tempo, como diz a doutrina”. Já para o professor Cézár Bitencourt²⁴, o “crime permanente é aquele crime cuja consumação se alonga no tempo, dependente da atividade do agente, que poderá cessar quando este quiser (cárcere privado e sequestro)”.

Nesta interpretação, induz-se a possibilidade de incidência do cibercrime como crime permanente, principalmente em relação aos crimes puros. O bem jurídico, na maioria das vezes, será algum bem imaterial da pessoa, ferirá sua liberdade e majoritariamente sua privacidade. Outrossim, há também as duas fases, o crime se consolida através da ação do cibercriminoso – por exemplo, quando o sujeito ativo do delito virtual divulga e mantém conteúdo ilícito – e, em momento posterior, há a atuação permanente e ilícita pelo fulcro virtual até eventual descobrimento tardio da invasão ou extração de benefícios, como o vazamento de conteúdo privado.

A base conceitual do crime permanente é a execução do fato típico e não, simplesmente, sua consumação, pois nos crimes instantâneos de efeitos permanentes – como ensina a doutrina – a consumação também se prolonga no tempo. Ora, os crimes permanentes são aqueles que, quando

²⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 277.

²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 14 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 117.

²² *idem*. **Manual de Direito Penal**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

²³ JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. 1 v. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 189-190.

²⁴ BITENCOURT, Cézár Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 253-254.

consumados, sua execução é realizada permanentemente pela vontade do agente ativo, no caso o hacker ou uma empresa que invade privacidades ilicitamente, como se fosse um ciclo de novas condutas com novos resultados, chegando a novas consumações, de forma contínua. A distinção é importante pois haveria discussões acerca da aplicação da súmula 711 do Supremo Tribunal Federal, de aplicação da lei penal mais grave sobre o crime permanente.

Nesta mesma lógica, há o Projeto de Lei nº 5.463 de 2016 que visa acrescentar aos § 1º e 2º do art. 303 do CPP o denominado “flagrante digital”, estabelecendo como infração permanente o delito cibernético de conteúdo permanente na internet.²⁵

4 BUSCA E APREENSÃO SEM MANDADO JUDICIAL

Com a aprovação do Marco Civil, a necessidade de ordem judicial foi incluída no ordenamento. O MCI trouxe uma regra específica acerca da necessidade de ordem judicial para o Estado obter quaisquer tipos de informações privadas e o usuário ter conteúdo ofensivo retirado:

Art. 7º. O acesso à Internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

(...) II – inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela Internet, **salvo por ordem judicial**, na forma da lei;

III – inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, **salvo por ordem judicial**;

Mas qual a relevância jurídica da incidência de cibercrime como crime permanente? A Busca e Apreensão sem este mandado judicial é possível em flagrante permanente pela preocupação jurídica de cessá-lo imediatamente, engendrando um acometimento mais célere. Nesse caso, não se pode falar em ilicitude das provas obtidas porque o momento consumativo do delito está sempre em execução. O flagrante digital realizar-se-ia, assim, quando se descobrisse, por investigação, a localização do suspeito pela identificação da localidade de perpetração do crime, bastando a evidência de que o conteúdo ou a ação delituosa ainda esteja disponível e em continuidade, de alguma forma, na internet. Logo, asseguraria suas vítimas em detrimento de certas garantias jurídicas do acusado. Ora, trata-se da mesma lógica dos cibercrimes, o momento consumativo da ilicitude de *hacking* ou divulgação de conteúdo indevido também está em contínua execução.

Tratando das ressalvas dessa possibilidade, em 2015, a decisão do STF no RE 603.616 discutiu se e quando policiais podem adentrar domicílios sem mandado judicial com o fito de buscar e apreender droga. Em síntese, o STF estabeleceu que o ingresso forçado em domicílios sem

²⁵ ALVES, Roberto. Projeto de Lei nº 5463 de 2016. 01/06/2016. Acrescenta ao Código de Processo Penal o denominado “flagrante digital”, que estabelece como infração permanente o delito cibernético. **Diário do Congresso Nacional**, Brasília, DF, 1 jun. 2016. p. 1.

mandado judicial é apenas legítimo quando amparar-se em razões devidamente justificadas pelas circunstâncias indicadoras que no interior da residência esteja a ocorrer situação de flagrante delito. A ilicitude do ingresso forçado na esfera domiciliar tem sido afastada pelo fato de que o tráfico de drogas (ou a posse de arma) configuram crime permanente, no indício do estado de flagrância. A princípio, estas razões devidamente justificadas têm de ser legitimamente constatadas. Por não enxergar esses requisitos no HC 138.565 em 2017, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal concedeu *Habeas Corpus* para trancar a ação penal contra um homem que teve sua residência vasculhada por policiais civis sem ordem da Justiça, encontrando drogas na residência. Ou seja, é uma incidência de flagrante a ser aplicada com a devida diligência.

A expressão ambígua que autoriza a realização do ato, qual seja, as “fundadas razões”, oferece à autoridade judicial certa discricionariedade e subjetividade. Entende-se, contudo, que para o seu deferimento, deverão estar presentes a urgência, necessidade e “fortes indícios da existência de elementos de convicção” devidamente interligado ao processo legal a que a busca subordina, não sendo suficiente a simples suspeita como bem aduz Pitombo²⁶.

A Busca e Apreensão é medida institucionalizada que, naturalmente, viola certos direitos conforme limitações da Constituição Federal e de legislações infraconstitucionais. Por atingir a liberdade individual do investigado, o emprego há de ser com especial cautela, devendo a autoridade violar os direitos do indivíduo o mínimo possível, no momento do cumprimento da diligência, para alcançar os fins perseguidos na persecução penal. Nesta acepção, Cleunice Pitombo²⁷ explicita que “[...] o direito fundamental apenas poderá sofrer diminuição dentro da estrita legalidade”, com fins legítimos e justificativa socialmente relevante. Para que não desapareçam as provas do crime, a autoridade policial deve apreender todos os itens que tiverem correlação com o delito (art. 6º, II, do CPP). O art. 240 do mesmo diploma legal relaciona ainda pessoas e objetos sujeitos à Busca e Apreensão tanto pela autoridade policial como pelo juiz, quando fundadas razões a autorizarem. Apesar da Busca e a Apreensão estarem incertas no capítulo das provas, a doutrina as considera mais como medida acautelatória, liminar, destinada a evitar o perecimento das coisas e das pessoas.

Destarte, cada órgão público deveria fornecer meios os quais o cidadão possa conferir tanto os acessos aos seus dados pessoais, como a motivação do ato administrativo materializado pelo agente público que os acessou, efetivando o princípio da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção, conforme o inciso I do artigo 3 da Lei de Acesso à Informação (Lei n.º 12.527/2011). Portanto, caso o cidadão discorde com a motivação do acesso e perceba distorções quanto aos seus fins, poderá contestá-lo através

²⁶ PITOMBO, Cleunice A. **Da Busca e da Apreensão no Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 128.

²⁷ *ibidem*. p. 91.

de um processo administrativo ou ação judicial, como a Ação de Indenização contra a Administração Pública, *v.g.* Em caso da comprovação dos fatos ilícitos, deve o suspeito ser autuado; no caso de inocência, deve o Estado “prestar contas”²⁸ a este cidadão, apresentando documentos ao mesmo de como fora extraído e analisado seus dados. Essa *accountability* é de responsabilidade do Estado e das empresas com seus usuários-consumidores

A alteração institucional do MCI diminuiu o tempo de resposta do Estado, não trazendo efetivamente maior segurança ao indivíduo, pois um requerimento de busca leva, em média, 30 dias para ser apreciado pelo juiz competente, enquanto minutos é o suficiente para o cibercriminoso, sabendo do requerimento, apagar seus rastros. Não olvidando que se o Delegado de Polícia estiver imbuído de más intenções, certamente induzirá a erro o Magistrado; por outro lado, também, o Juiz de Direito é passível de cometer abusos. Desta forma, a alteração constitucional aumentou a burocracia e postergou a prestação da tutela jurisdicional. Nos Estados Unidos, as agências fiscalizadoras podem renunciar à permissão de um juiz se o agente federal acredita que provas criminais estão prestes a serem destruídas. É justamente o caso do hacker ou empresa cibercriminosa, já que as evidências estão sempre na iminência de serem destruídas pelos mesmos.

Toda vez que o Estado deixa de dar uma resposta célere, fere o direito fundamental dos indivíduos, pois diminui o acesso à segurança do usuário e mal administra recursos pela ineficácia investigativa. As instituições policiais são uma das mais vigiadas por organismos do Estado e da sociedade civil, sujeita a controle externo do Poder Judiciário, Ministério Público, Ouvidorias, órgãos fiscalizadores não-oficiais tais como ONGs, imprensa etc. Em termos práticos, a assertiva democrática diz que “cada indivíduo possui direito igual à mais ampla liberdade possível, compatível com a igual liberdade dos outros”. Com efeito, o direito à privacidade configura, além de um direito fundamental, um direito de personalidade, essencial e inerente à pessoa. Isso significa que a tutela do direito à privacidade visa proteger a sociedade como todo.

Em 2003, houve a propositura de um “método de verificação” para verificar qual direito tem peso maior em cada caso. Trata-se de uma decisão prolatada pelo STJ, em sede do Recurso Ordinário em Mandato de Segurança,²⁹ interposto para contestar o acórdão o

²⁸ No termo mais comum, *accountability* é primordial para a existência de qualquer regime democrático transparente. Em síntese, Johnson e Wayland doutrinam que esta transparência e visibilidade das tecnologias não possuem, ao contrário da transparência democrática, uma conotação positiva porque “a transparência sugere a operação da democracia, dos poderosos sendo responsabilizados” (JOHNSON, et. al., 2010. p. 19-33).

²⁹ EMENTA. RECURSO ORDINÁRIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. SIGILO BANCÁRIO. DIREITO RELATIVO. SUSPEITA DE CRIME FINANCEIRO. 1. A suspeita de crime financeiro, calcado em prova de lesividade manifesta, autoriza a obtenção de

qual autorizou a quebra de sigilo bancário requerida pelo Ministério Público. Na época, tal decisão fora conturbada. O relator do acórdão, o ministro Luiz Fux, entendeu que a quebra para fins de investigação de suspeita de crime financeiro não viola a privacidade do impetrante, porque o sigilo bancário não é um direito absoluto. Noutras palavras, o colegiado do STJ sentenciou pela sobreposição do direito à informação ao direito à privacidade, determinando a quebra do sigilo bancário do autor do mandato. O interesse público envolvido e a licitude dos meios de obtenção da informação são de monta essencial para a dissolução do embate. Em relação ao interesse público, a própria ementa regula a importância da fiscalização de suspeita de crime financeiro. Para o ministro-relator, Luiz Fux, tal valor é digno *per si* de determinar a quebra do sigilo bancário. Averigua-se, isto posto, a legitimidade e necessidade pública do Estado utilizar seu direito de verificação da informação em detrimento da privacidade de alguns de seus cidadãos. Para isto, conta-se com a conformidade, a idoneidade, a necessidade, a exigibilidade e a proporcionalidade em sentido estrito

Em síntese, há uma propensão lógica à consideração do princípio da liberdade de informação em preferência ao direito à privacidade do indivíduo suspeito de fraude. Essa inclinação ocorre porque as vantagens da supressão do direito à privacidade são maiores do que se o contrário acontecesse, como prega o princípio da ponderação de Alexy³⁰. Em todas as dimensões de adequação, necessidade e ponderação em sentido estrito, imperiosa é a análise completa dos fatos e, perante o dimensionamento preciso, contextualizar a via de exercício da liberdade de expressão e se esta posição pode afrontar outros princípios constitucionais, como a dignidade humana, a honra, a privacidade ou a intimidade.

O artigo 2º do Marco Civil define que o uso da Internet no Brasil tem como princípio básico o respeito à liberdade de expressão, todavia, não significa que uma lei infraconstitucional possa modificar o equilíbrio dado pela Constituição. A CF não coloca nenhum direito fundamental como absoluto e o Marco Civil não poderia ter a pretensão de fazê-lo. Para o Direito, seria utópico solucionar os problemas advindos da internet sem atingir a liberdade e privacidade individual.

informações preliminares acerca de movimentação bancária de pessoa física ou jurídica determinada por autoridade judicial com o escopo de instruir inquérito instaurado por órgão competente. 2. A quebra de sigilo bancário encerra um procedimento administrativo investigatório de natureza inquisitiva, diverso da natureza do Processo, o que afasta a alegação de violação dos Princípios do Devido Processo Legal, do Contraditório, e da Ampla Defesa. 3. O sigilo bancário não é um direito absoluto, deparando-se ele com uma série de exceções previstas em lei ou impostas pela necessidade de defesa ou salvaguarda de interesses sociais mais relevantes (Vide §§ 3º e 4º do art. 1º e art. 7º da Lei Complementar 105/2001) 4. Recurso ordinário improvido. (STJ-SC, RMS 15146 SC 2002/0087609-7, Rel. Min. Luiz Fux, Data de Julgamento: 18/03/2003, Data de Publicação: DJ 07.04.2003, JusBrasil 2003) (GRIFO DO AUTOR)

³⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virofilio Afonso da Silva da 5ª edição de “*Theorie der Grundrechte*” (2006). São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2009. p. 91.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo problematizou a matriz jurídica tradicional e deduziu ser legitimado ao Estado proteger os direitos das vítimas de cibercrimes. Todavia, é também seu dever preservar a internet como uma plataforma aberta, sem engessamentos pelo excesso de normas, com interferências mínimas e pontualmente eficazes, remediando os cibercrimes. Neste enquadramento, políticas públicas e regulamentação estatal são indispensáveis, pautadas em profissionalização, organização de ações contra *hackers*, melhores agências e sistematização de atores públicos no combate ao cibercrime. Enseja-se aos cibercrimes os benefícios de um crime permanente, já que o bem jurídico na maioria das vezes será algum bem imaterial da pessoa, ferirá sua liberdade e, em muitas vezes, sua privacidade. Ademais, se carece de melhores diretrizes doutrinárias para que a jurisprudência interna possa embasar, complementarmente à lei.

Pelas características singulares dos fulcros tecnológicos, mais especificamente da internet, nota-se a necessidade de uma efetiva coercibilidade de normas visando a diminuição de práticas lesivas ao usuário. Com transparência, finalidade legítima e proporcionalidade, o problema central fora esmiuçado e a solução proposta maximiza os efeitos positivos da liberdade de expressão e privacidade dos usuários e minimiza os efeitos negativos de violações dos ciberdelinquentes. Logo, a hipótese da legitimidade e necessidade desta adaptação legal fora corroborada. Por isto, consoante às características singulares da internet, com diferença paradigmática da realidade virtual e não-virtual, certos direitos do ciberdelinquente devem e podem ser afetados, como bem permite intrinsecamente o flagrante delito pelo bem do direito à informação pelo Estado.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Viroílio Afonso da Silva da 5ª edição de "*Theorie der Grundrechte*" (2006). São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2009.

ALVES, Roberto. Projeto de Lei nº 5463 de 2016. 01/06/2016. Acrescenta ao Código de Processo Penal o denominado "flagrante digital", que estabelece como infração permanente o delito cibernético. **Diário do Congresso Nacional**, Brasília, DF, 1 jun. 2016.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Lei n.º 12.965 de 23 de abril de 2014. **Marco Civil da Internet**.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CONVENÇÃO SOBRE O CIBERCRIME. Budapeste, 23.XI.2001.

DRUMMOND, Victor. **Internet, privacidade e dados pessoais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

GERALDINO, Maria Carolina Tavares. **Liberdade de Expressão x Direito à Privacidade e à Honra: uma perspectiva à luz da Internet**. Rio de Janeiro: EME-RJ, 2012. Artigo Científico, Curso de Pós-Graduação, Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. 1 v. São Paulo: Saraiva, 2009.

JOHNSON, Deborah. WAYLAND, K. Surveillance and transparency as sociotechnical systems of accountability. In: HAGGERTY, K.; SAMATAS, M. **Surveillance and democracy**. London: Routledge, 2010.

LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Niterói: Impetus, 2013.

MATTEUCCI, Nicola. Estado Contemporâneo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Vol. 1. ed. 11. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

NORTON. **Norton Cyber Security 2012**. 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 14 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Manual de Direito Penal**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OFFE, Claus. **Contradictions of the Welfare State**. Londres: Hutchinson & Co. Ltd., 1984.

PITOMBO, Cleunice A. **Da Busca e da Apreensão no Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SECUREWORKS. **2016 Underground Hacker Marketplace Report**. 2016.

SYMANTEC CORPORATION WORLD HEADQUARTERS, **Internet Security Threat Report 2015**. Volume 20, 2015.

_____. **Underground black market: Thriving trade in stolen data, malware, and attack services**. 2015. Disponível em: <<https://www.symantec.com/connect/blogs/underground-black-market-thriving-trade-stolen-data-malware-and-attack-services>>. Acesso em: 10 out. 2019.

TRENDMICRO. **A Global Black Market for Stolen Personal Data**. Disponível em: <<http://www.trendmicro.com/vinfo/us/security/special-report/cybercriminal-underground-economy-series/global-black-market-for-stolen-data/>>. Acesso em: 10 de out. 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil** – Responsabilidade Civil. 6^a ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ZAHARIA, Andra. **10 Alarming Cyber Security Facts that Threaten Your Data [Updated]**. Disponível em: <<https://heimdalsecurity.com/blog/10-surprising-cyber-security-facts-that-may-affect-your-online-safety/>>. Acesso em: 10 out. 2019.

CRIMES CIBERNÉTICOS: O AGENTE INFILTRADO COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA

Leticia Silva da Costa¹; Marcelo Nogueira Neves²

RESUMO: Este artigo analisa a utilização do agente infiltrado como meio de obtenção de prova nos crimes cibernéticos, avaliando a previsão legal, sua abrangência, além das responsabilidades e limitações do agente. A pesquisa foi pautada nos métodos dedutivo e jurídico descritivo, com pesquisa bibliográfica e documental. Foram abordados pontos relevantes sobre a produção da prova e o papel do agente infiltrado neste contexto. Apresentou-se uma evolução legislativa sobre o tema, encerrando-se o estudo com a importância deste meio de prova como instrumento no enfrentamento da cibercriminalidade no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes cibernéticos; Agente Infiltrado; Prova.

CYBERCRIME: THE UNDERCOVER AGENT AS A MEANS TO GET EVIDENCE

ABSTRACT: This article analyzes the use of undercover agent as a means to get evidence in the cybercrime, evaluating the legal forecast, its scope, and the agent's responsibilities and limitations. The research was based on the deductive and descriptive legal methods, with bibliographic and documentary research. Relevant points were raised about the production of evidence and the role of the undercover agent in this context. A legislative evolution on the subject was presented, concluding the study with the importance of this means of evidence production as an instrument in facing cybercrime in Brazil.

KEY-WORDS: Cybercrime; Undercover Agent; Evidence.

INTRODUÇÃO

Diante da grande alteração no comportamento social mundial em razão do surgimento da Sociedade da Informação, verifica-se inúmeros benefícios alcançados no cotidiano das pessoas em virtude do acesso facilitado à informação.

¹Professora do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU – SP. Mestranda pelo Programa de Direito da Sociedade da Informação – FMU – SP. Pós graduada em Direito Penal e Processo Penal – FMU – SP. Advogada. São Paulo, Brasil.

² Mestrando pelo Programa de Direito da Sociedade da Informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU – SP. Especialista *latu sensu* em Direito e Gestão Ambiental pelo Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial – SENAC – SP. Advogado. São Paulo, Brasil.

O interesse pela tecnologia e os meios de comunicação digitais aumentam substancialmente e alteram diretamente o comportamento da sociedade em questões sociais, políticas e econômicas de um país.

Neste contexto, a tecnologia que tanto auxilia as pessoas, concorre na exposição acentuada à prática diversos delitos no ambiente digital, resultando em danos muitas vezes imensuráveis.

Inúmeros desafios são impostos às autoridades de investigação criminal, que enfrentam dificuldades na busca de um conjunto probatório consistente diante do aperfeiçoamento das técnicas e meios de execução que são utilizados pelos criminosos para o cometimento dos crimes.

Com o objetivo de criar novas possibilidades de obtenção de prova, surge a figura do agente infiltrado em ambiente cibernético, possibilitando que policiais detentores de conhecimento técnico específico e apurado para o uso das novas tecnologias possam aperfeiçoar o escopo das investigações criminais nos crimes cibernéticos, gerando uma nova possibilidade de identificação e colheita de prova para a identificação e responsabilização dos criminosos na Internet.

PROVA DIGITAL

A colheita de prova e a formação de um conjunto probatório consistente para a persecução penal é, em razão das características bastante específicas da criminalidade cibernética (pluralidade de locais, extraterritorialidade, transnacionalidade, pluralidade de autores e vítimas, etc.), tarefa extremamente complexa e exige dos órgãos de investigação criminal conhecimento técnico específico e qualificado para o êxito nas atividades de polícia judiciária.

Nas palavras de Dario José Kist:

As evidências de natureza digital apresentam características que as tornam peculiares, nomeadamente se comparadas com aquelas que não têm essa natureza, o que impacta na forma de abordá-las, identificá-las e recolhê-las, estabelecendo-se, por conta disso, claras diferenças na investigação criminal que as tenha por objeto.³

A colheita da prova digital, como mencionado, é tarefa bastante complexa, porém, uma conexão realizada na Internet deixa uma espécie de rastro digital, pois a conexão é realizada através de provedor de acesso, o qual atribuirá um endereço de IP para ao

³ KIST, Dario José. **Prova digital no processo penal**. Leme/SP: JH Mizuno, 2019, p. 115.

usuário, gerando informações de conexão. Essas informações, posteriormente, poderão ser identificadas e serão úteis quando do cometimento de crimes na rede.

Como ensina Damásio de Jesus e José Antônio Milagre:

Deste modo, diante do uso criminoso de um serviço, ainda que de forma anônima, como, por exemplo, na criação de uma comunidade, grupo, ou página destinada à pornografia infantil, sabe-se que o provedor de serviços (pago ou gratuito) registra os dados de acesso à aplicação (em alguns casos, até mesmo as atividades realizadas – embora muitos afirmem que não), porém tais registros só são fornecidos com ordem judicial. Obtendo-se os dados de acesso às aplicações daquele que utilizou o serviço para más finalidades, pode-se, através do IP (*Internet Protocol*), que será fornecido, descobrir qual o Provedor de Acesso associado ao IP (caso o usuário não tenha mascarado a conexão), e, com isto, oficiá-lo, para que apresente os dados físicos (nome, endereço, RG, CPF, CNPJ, dentre outros) da pessoa responsável pela conta de Internet a qual estava atribuído o referido IP, na exata data e hora da atividade maliciosa.⁴

Os autores ressaltam que a identificação do usuário será possível somente caso a conexão não seja burlada, fato que, na velocidade que a tecnologia avança e os inúmeros artifícios que os criminosos utilizam para não serem identificados, tornam ainda mais árdua a tarefa da identificação e de colheita da prova digital.

A investigação dos crimes praticados no ambiente digital encontram problemática na não dispersão das evidências, que por estarem situados na Internet, podem ser facilmente perdidos. Disto demanda um cuidado especial na abordagem para a colheita de provas, pois, quando comparados aos crimes praticados no ambiente físico, que normalmente preservam as evidências no local onde foi praticado, na cibercriminalidade as provas não estão fisicamente presentes.

Como referido, trata-se de uma realidade própria, em tudo distinta daquela em que os crimes deixam evidências externas, físicas e, portanto, perceptíveis aos sentidos, e que, naturalmente, demanda métodos diferenciados de investigação e com ela compatíveis. Embora as evidências digitais existam e também tenham uma realidade, esta é no geral imperceptível a quem não detém conhecimentos específicos em matéria informática, razão pela qual é imperativo que a investigação criminal em ambiente digital seja levada a cabo por especialistas em Ciência Forense Digital. A estes caberá, manejando ferramentas por meio de procedimentos forenses adequados, recuperar arquivos eliminados, encontrar registros da conta utilizada pelo agente do crime e, em geral, reconstruir a atividade por este desenvolvida para chegar ao resultado ilícito. Cuidados especiais deverá ter para não contaminar ou mesmo perder, com sua atividade, as evidências encontradas, assim como observar o marco legal incidente,

⁴ JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antônio. **Manual de crimes informáticos**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 170.

nomeadamente para não afetar, indevidamente, direitos fundamentais envolvidos na investigação (intimidade, privacidade, sigilo da comunicação, etc.).⁵

Será necessário, portanto, que os agentes envolvidos na investigação cibernética estejam sempre atualizados nos conceitos e procedimentos técnicos que são utilizados para a prática delituosa na rede, recebendo treinamento constante para acompanhar a evolução tecnológica empregada pelos criminosos.

Diante deste contexto, dentre os principais meios de obtenção de prova no ambiente digital, está a possibilidade de se lançar mão do agente infiltrado.

O AGENTE INFILTRADO COMO MEIO DE PROVA

Não há previsão legal quanto ao valor da prova colhida por ação do agente infiltrado e nem deveria ter, seguindo-se as regras de apreciação da prova do sistema processual geral que é da persuasão racional. Observação que merece ser feita é a de que estando a infiltração regularmente autorizada, a colheita da prova é legítima e não se aplica a figura do flagrante preparado (Súmula 145⁶ do Supremo Tribunal Federal) porque não há o requisito da impossibilidade absoluta da consumação.⁷

Outro aspecto importante de análise é a diferenciação de meio de prova e meio de informação de prova, já que são institutos diferentes.

Para Antônio Magalhães Gomes Filho, meios de provas são instrumentos ou atividades por intermédio dos quais os dados probatórios (elementos de prova) são introduzidos e fixados no processo (produção de prova).⁸

Estes meios de provas servem para a formação da convicção do magistrado, são formados dentro do processo, com conhecimento e participação das partes, visando a introdução e a fixação de dados probatórios.⁹

Já o meio de pesquisa de prova, também conhecido como meio de investigação de prova, é procedimento ocorrido antes do processo, ainda na fase investigatória sem, em tese, o acompanhamento do juiz e sim monitorado pelo agente policial. Está regulamentado em lei.

⁵ KIST, Dario José. **Prova digital no processo penal**. Leme/SP: JH Mizuno, 2019, p. 117.

⁶ Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 145**: Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.

⁷ GRECO FILHO, Vicente – **Comentários à Lei de Organização Criminosa – Lei nº 12.850/13** – São Paulo. Ed. Saraiva. p. 61.

⁸ MAGALHÃES FILHO, Antônio Gomes. Notas sobre a terminologia Prova. In: YARSHELL, Flávio Luiz MORAES, Maurício Zanóide; **Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. Ed. DPJ. 1ª Edição. Ano 2005. p. 308.

⁹ *Ibidem*. p. 309.

O meio de prova basicamente compreende-se por testemunhos, documentos, perícias, entre outros cabíveis ao processo. Neste caso, há o manto do contraditório, pois como dito anteriormente é parte do processo.

Por outro lado, com o meio de pesquisa/obtenção de prova as coisas não são assim. Em verdade, como diz Siracusano, enquanto o meio de prova serve ao juízo, o meio de pesquisa serve à própria “prova”, ou melhor dizer, fonte de prova a ser buscada.¹⁰ Em distinção atenta a aspectos concretos: se a acusação (e – por que não antecipar a provocação? – a defesa também) já sabe que o elemento de prova decorre de testemunho e documentos, usa os meios correlatos; mas se não sabe, precisa ir buscar os tais elementos.¹¹

Há necessidade de pontuar a diferenciação entre os dois institutos, uma vez que a não rigorosidade em suas obtenções poderá causar danos irreversível ou de difícil reparação.

Existindo irregularidades em relação aos meios de provas, haverá a nulidade da prova produzida (*rectius*: dos elementos de prova). Já quando as irregularidades acontecerem no meio de pesquisa de prova, tratar-se-á de prova inadmissível no processo, diante da violação de regras relacionadas à sua obtenção (art. 5º, LVI, CF).¹²

Apesar da divergência doutrinária diante em qual o tipo de prova o agente infiltrado se encaixa, boa parte entende ser o meio de prova.

EVOLUÇÃO LEGISLATIVA BRASILEIRA

A Lei nº 9.034/95 foi o marco inicial para medidas de enfrentamento a organização criminosa em nosso país, e apesar da existência do veto pelo Presidente da República, o termo agente infiltrado na investigação criminal foi inserido ao artigo 2º, inciso V, por força da Lei nº 10.217/01. O objetivo à época era a apuração de fatos ilícitos criminais envolvendo quadrilhas ou bandos que se associavam com o fim de praticar em tese tráfico de drogas.

¹⁰FERNANDES, Antônio Scarance. Prova e sucedâneos de prova no processo penal. RBCrim. N.66, São Paulo. Ed. RT, maio-jun. 2007. p. 227. *in* VIEIRA, Renato Stanziola. "Agente infiltrado" - estudo comparativo dos sistemas processuais penais português e brasileiro (ou a imprescindibilidade da tipicidade processual como requisito da admissibilidade dos meios de pesquisa de prova em processo penal). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 87, p.188-231, nov./dez. 2010. p. 6.

¹¹ VIEIRA, Renato Stanziola. "Agente infiltrado" - estudo comparativo dos sist.emas processuais penais português e brasileiro (ou a imprescindibilidade da tipicidade processual como requisito da admissibilidade dos meios de pesquisa de prova em processo penal). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 87, p.188-231, nov./dez. 2010 – p. 6.

¹² MAGALHÃES FILHO, Antônio Gomes. Notas sobre a terminologia Prova. *In*: YARSHELL, Flávio Luiz MORAES, Maurício Zanóide; **Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. Ed. DPJ. 1ª Edição. p. 310.

A referida lei anterior não delimitava o real papel do agente nem suas limitações e muito menos quem poderia ser o real sujeito infiltrado.

O dispositivo previa ações do Estado com o intuito de combater o crime organizado, como o que era tipificado no artigo 2º e seus incisos da lei em comento: ação controlada, que consiste em postergar a ação policial em nome de uma melhor apuração dos fatos; quebra de sigilos de dados, informações bancárias etc.; a captação e a interceptação de sinais ambientais eletromagnéticos etc.; e por último, objeto da presente pesquisa, a infiltração de agentes de polícia ou da inteligência, em tarefas de investigação, constituídas pelos órgãos especializados pertinentes.

Semelhantes dispositivos foram inseridos em nosso ordenamento jurídico penal por intermédio da Lei nº 10.419/02 (art. 33, I) e também na Lei nº 11.343/06 (art. 53, I)¹³, esta revogando aquela, ambas tratando sobre a persecução penal nos crimes de tráfico de entorpecentes.

Com a promulgação da Lei nº 12.850/13 (crime organizado), ocorreu grande avanço quanto à previsão do agente infiltrado em investigações criminais, surgindo importantíssimos ditames processuais, que tratam desde a legitimidade para o pedido, o prazo para a infiltração, e o principal, a preocupação com a segurança do agente.

O legislador se preocupou com a segurança do agente ao deixar expressos seus direitos no artigo 14 da lei. Os direitos partem desde a discricionariedade do agente em recusar ou fazer cessar a sua atuação como também preservação de sua identidade, podendo ainda ser incluído no cadastro da Lei nº 9.807/99, usufruindo de medidas de proteção às testemunhas. O agente terá ainda a sua identidade, voz, imagem protegidas durante as investigações.

Importante também salientar que o artigo 13 da nova lei estipulou que o agente deve atuar dentro dos limites propostos na investigação, caso contrário responderá pelos excessos praticados. Já o parágrafo único versa sobre a possibilidade da prática de crimes durante a infiltração, quando não for possível conduta diversa.

A primeira parte do artigo cita a questão de punibilidade e a segunda parte trata da culpabilidade.

¹³ BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Artigo 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios: I – a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgão especializados pertinentes; (...).

Antes da nova lei, por falta de previsão legal, a doutrina divergia, surgindo quatro correntes:¹⁴

1^a) trata-se de uma causa de exclusão de culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa;

2^a) escusa absolutória, na medida em que, por razões de política criminal, não é razoável nem lógico admitir a responsabilidade penal do agente.;

3^a) trata-se de causa excludente da ilicitude, uma vez que o agente infiltrado atua no estrito cumprimento do dever legal;

4^a) atipicidade penal da conduta do agente infiltrado, seja por falta de dolo, seja porque a conduta do agente infiltrado consistiu numa atividade de risco juridicamente permitida, portanto, sem relevância penal.

Por fim, em maio de 2017 entrou em vigor a Lei nº 13.441, com o intuito de estabelecer a previsão da infiltração de agentes de polícia na Internet para investigar crimes contra a dignidade sexual de criança e de adolescente, e que será mais bem estudada no tópico seguinte.

O AGENTE INFILTRADO NO AMBIENTE DIGITAL

Agente infiltrado é aquele policial que, ocultando sua verdadeira identidade e função através do uso de identidade fictícia, aproxima-se de suspeitos da prática de determinados crimes para fazer prova de sua ocorrência.¹⁵

O ordenamento jurídico penal brasileiro prevê, em alguns poucos casos, a possibilidade da infiltração policial em ambiente de prática de crimes para a obtenção e colheita das provas dos delitos.

São exemplos desta possibilidade a Lei nº 11.343/06 (lei de drogas) e a Lei nº 12.850/13¹⁶ (crime organizado), podendo estes se darem da forma física ou digital.

Já no tocante aos crimes praticados em ambiente digital, a Lei nº 13.441/17¹⁷ prevê expressamente a infiltração por agentes de polícia no ambiente da Internet nos crimes

¹⁴ Cunha, Rogério Sanches. **A figura do agente infiltrado e sua responsabilidade penal**. Carta forense. Disponível em : <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-figura-do-agente-infiltrado-e-sua-responsabilidade-penal/14745>. Acesso em 02 out. 2019.

¹⁵ WOLFF, Rafael. Infiltração de agentes por meio virtual. In: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da (org.). **Crimes cibernéticos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2018, p. 218.

¹⁶ BRASIL. **Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013**. Artigo 3º. Em qualquer fase da persecução penal, serão admitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção de prova: (...) VII – infiltração por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11; (...).

previstos nos artigos 240, 241, 241-A, 241-B, 241-C e 241-D¹⁸ da Lei nº 8060/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que através da lei nº 11.829/08¹⁹, criminalizou a pornografia infantil e a pedofilia.

Além dos crimes acima mencionados, o Código Penal também foi contemplado com a possibilidade de lançar mão do mesmo meio de prova em seus artigos 154-A, 217-A, 218, 218-A e 218-B²⁰, conforme prevê o art. 190-A²¹ do ECA.

(...) até a Lei 13.441/17, as regras existentes não versavam expressamente sobre a infiltração de agentes no mundo virtual, mas nenhuma impedia o uso deste meio especial de investigação neste âmbito. Logo, a infiltração de agentes na rede mundial de computadores era possível desde o advento da Lei 11.343/06 e

¹⁷ BRASIL. **Lei nº 13.441, de 8 de maio de 2017**. Altera a Lei 8.609, de 13 de julho de 1990 (estatuto da criança e do adolescente), para prever a infiltração de agentes de polícia na internet com o fim de investigar crimes contra a dignidade sexual de criança e de adolescente.

¹⁸ BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**.

Artigo 240. Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente;

Artigo 241. Vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente;

Artigo 241-A. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente;

Artigo 241-B. Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente; Artigo 241-C. Simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual;

Artigo 241-D. Aliciar, assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso.

¹⁹ BRASIL. **Lei nº 11.829, de 25 de novembro de 2008**. Altera a lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da criança e do adolescente, para aprimorar o combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, bem como criminalizar a aquisição e a posse de tal material e outras condutas relacionadas à pedofilia na internet.

²⁰ BRASIL. **Código Penal Brasileiro. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**.

Artigo 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita;

Artigo 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos ou com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência;

Artigo 218. Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem;

Artigo 218-A. Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem;

Artigo 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone;

²¹ BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Artigo 190-A. A infiltração de agentes de polícia na internet com o fim de investigar os crimes previstos nos arts. 240, 241, 241-A, 241-B, 241-C e 241-D desta lei e nos arts. 154-A, 271-A, 218, 218-A e 218-B do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (código penal), obedecerá as seguintes regras: (...).

12.850/13. Tais lei continuam sendo aplicáveis para todas as infiltrações virtuais que se enquadrarem no art. 190-A do ECA, em face do princípio da especialidade.²²

Para a efetividade da ação, o agente escolhido para fazer parte da infiltração deverá ter aptidões específicas e sua escolha certa é de suma importância para o propósito da investigação. Há a necessidade de conhecimento profundo a respeito da atividade exercida pelo grupo a ser investigado.

Já que uma das características a ser desenvolvida, senão a mais importante, é conquistar a confiança de todos da organização criminosa, será bastante provável que executará tarefas típicas dos investigados, que muitas vezes concernem em práticas criminosas, situação que foi bem lembrada com a legislação vigente.

Apresenta, segundo a doutrina, três características básicas: a *dissimulação*, ou seja, a ocultação da condição de agente oficial e de suas verdadeiras intenções; o *engano*, posto que toda a operação de infiltração se apoia numa encenação que permite ao agente obter a confiança do suspeito; e, finalmente, a *interação*, isto é, uma relação direta e pessoa entre o agente e o autor potencial.²³

Neste caso, não fosse a previsão do artigo 190-C²⁴ do ECA, que estabelece que o agente não cometerá crime quando oculta sua identidade para colher indícios e materialidade dos crimes previstos na lei, podendo, porém, ser responsabilizado pelos excessos praticados, o agente infiltrado poderia ser responsabilizado por eventual conduta delituosa na tentativa de ingressar no ambiente de crime

Neste particular, e especificamente quanto às condutas que tipificam crimes de pedo-pornografia infantil, dado o caráter intrinsecamente ilícito desta atividade, é comum que ela seja desenvolvida em redes *peer-to-peer*, no interior de grandes grupos, cujos integrantes compartilham imagens e as consomem para a satisfação da lascívia; para que o policial consiga acesso a um grupo desses, como qualquer outro interessado, normalmente dele é demandada demonstração de que efetivamente é um pedófilo, exigindo-se que pratique atos que, ao menos formalmente, tipificam alguns dos crimes em questão, como disponibilizar ou transmitir fotografia que demonstre cena de sexo explícito envolvendo criança ou adolescente. Para além disso, e depois de admitido no grupo, é comum que seus

²² WOLFF, Rafael. Infiltração de agentes por meio virtual. In: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da (org.). **Crimes cibernéticos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2018, p. 223.

²³ ORTEGA, Juan José López, Infiltración..., cit. P.165. in SILVA, Eduardo Araújo. **Organizações Criminosas – Aspectos Penais e Processuais da Lei nº 12.850/13**. São Paulo. Ed. Atlas. 2014. p. 92.

²⁴ BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Artigo 190-C. Não comete crime o policial que oculta sua identidade para, por meio da internet, colher indícios de autoria e materialidade nos crimes nos crimes previstos nos arts. 240, 241, 241-A, 241-B, 241-C e 241-D desta lei e nos arts. 154-A, 271-A, 218, 218-A e 218-B do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (código penal). Parágrafo único. O agente policial infiltrado que deixar de observar a estrita finalidade da investigação responderá pelos excessos praticados.

integrantes promovam uma autovigilância para identificar eventuais intrusos, e o mecanismo é a observação daqueles que não transmitem fotografias/vídeos; disso decorre que o agente infiltrado num grupo desses é obrigado a participar das atividades nele desenvolvidas e para as quais ele existe, sob pena de ser excluído e, com isso, perder por completo a oportunidade de identificar os integrantes do grupo. Novamente, poderá ser demandado a praticar condutas que se amoldam a alguma figura típica.²⁵

O grande desafio do agente está em estabelecer uma comunicação e ser aceito numa rede *peer-to-peer*²⁶, fazendo-o de maneira a não gerar desconfiança por parte dos criminosos, preservando a investigação em curso.

Quando comparamos as hipóteses de previsão de infiltração policial na legislação brasileira, mais especificamente, como aqui já mencionado, as Leis nº 11.343/06 (lei de drogas), nº 12.850/13 (crime organizado), e nº 13.441/17 (que prevê expressamente a infiltração em investigações nos crimes alterados e acrescidos ao ECA no combate à pornografia infantil e pedofilia), nos deparamos com uma significativa diferença de tratamento das leis em relação aos prazos previstos para a atuação do agente infiltrado.

Na Lei nº 13.441/17, o prazo não poderá exceder 90 dias, podendo ser prorrogado por até o limite de 720 dias. Na Lei nº 12.850/13 o prazo será de 6 meses, o qual poderá ser prorrogado por tempo indeterminado. Já a Lei nº 11.343/06 sequer estipula um prazo limite para a infiltração.

Há, nitidamente um prejuízo ao combate aos crimes contra a dignidade sexual da criança e do adolescente quando um dos meios de prova for a infiltração de agentes, pois foi estabelecido um limite de prazo expresso na lei que não poderá ultrapassar 720 dias.

Certamente as dificuldades de se estabelecer um conjunto probatório consistente no ambiente digital demanda, muitas vezes, de um lapso temporal mais prolongado para o êxito das investigações, e a limitação de tempo imposta pela lei pode gerar prejuízos significativos à persecução penal.

CONCLUSÃO

Nas atividades de investigação nos crimes cibernéticos é bastante comum as autoridades se depararem com inúmeros desafios diante do aperfeiçoamento de técnicas e meios de execução adotados pelos criminosos, que buscam constantemente se esquivar da aplicação das sanções.

²⁵ KIST, Dario José. **Prova digital no processo penal**. Leme/SP: JH Mizuno, 2019, p. 271.

²⁶ Peer-to-peer (do inglês par a par ou simplesmente ponto a ponto, com sigla P2P): Trata-se de uma arquitetura de comunicação de computadores onde cada um dos pontos compartilha dados sem a necessidade de um servidor central.

A busca pela colheita de um conjunto probatório satisfatório é um dos grandes obstáculos enfrentados pelos agentes públicos no combate à cibercriminalidade, e a ausência de barreiras físicas, o anonimato, a utilização de recursos técnicos que dificultam a identificação, aliadas à velocidade da evolução tecnológica, fazem deste um dos maiores desafios na persecução penal.

A obtenção da prova no ambiente digital é tarefa extremamente complexa, que faz com que a investigação criminal nesta área seja tarefa revestida de conhecimento técnico específico e altamente qualificado, pois as provas que se pretende identificar e colher, por estarem em ambiente digital, tornam-se mais suscetíveis ao perecimento, o que demanda um cuidado especial na sua abordagem.

Surge então, como um importante instrumento para a obtenção de prova na Internet a infiltração no ambiente digital, cuja previsão legal é bastante restrita e somente é admitida quando esgotados os outros meios de prova existentes, dada a complexidade inerente a este tipo de atividade.

O ordenamento jurídico penal brasileiro prevê, em alguns poucos casos, a possibilidade da infiltração policial em ambiente de prática de crimes para a obtenção e colheita das provas dos delitos, e são exemplos destas possibilidades a Lei nº 11.343/06 (lei de drogas) e a Lei nº 12.850/13 (crime organizado), podendo estes se darem da forma física ou digital. No tocante aos crimes praticados em ambiente digital, a Lei nº 13.441/17 prevê expressamente a infiltração por agentes de polícia no ambiente da Internet.

A atividade de infiltração será revestida de cuidados especiais durante a atuação do agente, que não poderá extrapolar sua conduta, podendo ser responsabilizado criminalmente pelos excessos praticados no período em que exerceu suas atividades.

Conclui-se, portanto, que, para a efetividade da tutela estatal quanto aos crimes cibernéticos, as autoridades precisam estar sempre alertas para buscar a melhor alternativa para a identificação e colheita de provas neste ambiente, onde se faz necessário o treinamento constante dos agentes com o objetivo de que os setores de inteligência policiais acompanhem toda evolução tecnológica, lançando-se mão da utilização do agente infiltrado, sempre que necessário, e quando já tiverem sido esgotadas outras formas de obtenção de prova.

REFERÊNCIAS

FERNANDES, Antônio Scarance. Prova e sucedâneos de prova no processo penal. RBCCrim. N.66, São Paulo. Ed. RT, maio-jun. 2007. p. 227. *in* VIEIRA, Renato Stanzola. "Agente infiltrado" - estudo comparativo dos sistemas processuais penais português e brasileiro (ou a imprescindibilidade da tipicidade processual como requisito da

admissibilidade dos meios de pesquisa de prova em processo penal). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 87, p.188-231, nov./dez. 2010. p. 6.

GRECO FILHO, Vicente – **Comentários à Lei de Organização Criminosa – Lei nº 12.850/13** – São Paulo. Ed. Saraiva. p.61.

JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antônio. **Manual de crimes informáticos**. São Paulo: Saraiva, 2016.

KIST, Dario José. **Prova digital no processo penal**. Leme/SP: JH Mizuno, 2019.

MAGALHÃES FILHO, Antônio Gomes. Notas sobre a terminologia Prova. *In*: YARSHELL, Flávio Luiz MORAES, Maurício Zanóide; **Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. Ed. DPJ. 1ª Edição. Ano 2005, p. 308.

ORTEGA, Juan José López, Infiltración..., cit. P.165. *in* SILVA, Eduardo Araújo. **Organizações Criminosas – Aspectos Penais e Processuais da Lei nº 12.850/13**. São Paulo. Ed. Atlas. 2014. p.92.

VIEIRA, Renato Stanziola. "Agente infiltrado" - estudo comparativo dos sist.emas processuais penais português e brasileiro (ou a imprescindibilidade da tipicidade processual como requisito da admissibilidade dos meios de pesquisa de prova em processo penal). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 87, p.188-231, nov./dez. 2010 – p. 6.

WOLFF, Rafael. Infiltração de agentes por meio virtual. *In*: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da (org.). **Crimes cibernéticos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2018, p. 217-234.

Documentos Eletrônicos

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 set. 2019.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 28 set. 2019.

BRASIL. **Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 02 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 29 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996.** Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm. Acesso em: 30 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Institui o sistema nacional de políticas públicas sobre drogas – Sisnad; prescreve medida para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para a repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 30 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.829, de 25 de novembro de 2008.** Altera a lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da criança e do adolescente, para aprimorar o combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, bem como criminalizar a aquisição e a posse de tal material e outras condutas relacionadas à pedofilia na internet. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11829.htm#art1. Acesso em: 30 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (código penal); revoga a lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em: 01 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 01 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.441, de 8 de maio de 2017.** Altera a Lei 8.609, de 13 de julho de 1990 (estatuto da criança e do adolescente), para prever a infiltração de agentes de polícia na internet com o fim de investigar crimes contra a dignidade sexual de criança e de adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13441.htm. Acesso em: 01 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 145:** Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2119>. Acesso em 01 out. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. **A figura do agente infiltrado e sua responsabilidade penal.** Carta forense. Disponível em : <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-figura-do-agente-infiltrado-e-sua-responsabilidade-penal/14745>. Acesso em 02 out. 2019.

CRIMES NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA, APLICAÇÃO DA LEI PROCESSUAL NO TEMPO E NO ESPAÇO

Greice Patrícia Fuller¹; Marcelo Nogueira Neves²

Resumo: Este artigo analisa a jurisdição, competência e aplicação da lei processual penal no tempo e no espaço em face dos crimes na sociedade da informação. A pesquisa foi pautada nos métodos dedutivo e jurídico descritivo, com pesquisa bibliográfica e documental. Inicialmente é abordada uma base conceitual introdutória, avaliando questões relevantes tais como a doutrina tem estudado o assunto, além de sua aplicação aos casos concretos. Analisa-se ainda como o poder judiciário vem lidando com o tema, principalmente no que se refere a abrangência territorial nos crimes cibernéticos, finalizando com a análise de possíveis soluções para o problema.

Palavras-chave: Sociedade da Informação; Crimes Cibernéticos; Competência; Jurisdição.

INFORMATION SOCIETY CRIMES: JURISDICTION AND COMPETENCE, CRIMINAL LAW APPLICATION ON TIME AND SPACE

Abstract: This article analyzes the jurisdiction, competence and criminal law application on time and space against the information society crimes. The research was based on the deductive and descriptive legal methods, with bibliographic and documentary research. Initially an introductory conceptual basis is addressed, evaluating relevant questions such as how the doctrine has studied the subject, besides the application to the concrete cases. It analyses yet how the judiciary has been dealing with the issue, mainly to the territorial comprehensive in the cybercrimes, finalizing in a study of possible solutions to the problem.

Key-words: Information Society; Cybercrime; Competence; Jurisdiction.

¹ Pós-Doutora em Direito na Universidad de Navarra/Espanha. Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais-PUC/SP. Professora dos Cursos de Graduação das Faculdades de Direito e Economia e Pós-Graduação Lato Sensu de Direitos Difusos e Coletivos-PUC/SP. Professora dos Cursos de Graduação da Faculdade de Direito e do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação-FMU/SP. Advogada. São Paulo, Brasil.

² Mestrando pelo Programa de Direito da Sociedade da Informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU – SP. Especialista Lato Sensu em Direito e Gestão Ambiental pelo Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial – SENAC – SP. Advogado. São Paulo, Brasil.

1. INTRODUÇÃO

A Sociedade da Informação é responsável hoje por uma grande mudança no comportamento social mundial. O avanço tecnológico está alterando a forma como as pessoas vivem, e o compartilhamento de informações através do uso cada vez mais frequente da Internet refletem diretamente nas questões sociais, políticas e econômicas de um país.

As pessoas se interessam cada vez mais pela tecnologia inserida nos equipamentos informáticos, os quais lhes concedem total acesso ao mundo virtual, proporcionando o compartilhamento de informações de forma instantânea e abrangente.

As facilidades que o acesso a informação traz são extremamente úteis em todos os contextos numa sociedade que busca estar atualizada e conectada com o restante do mundo, porém, a tecnologia que tanto auxilia no cotidiano das pessoas, acaba por expô-las à prática de diversas condutas criminosas.

Na mesma velocidade em que a tecnologia avança, a incidência dos crimes cibernéticos atinge números alarmantes, sendo dever do Estado prestar uma tutela efetiva, identificando seus autores, punindo-os e por consequência minimizando os danos causados.

Neste sentido, uma das questões mais desafiadoras em relação aos crimes cibernéticos é encontrar a melhor aplicação da lei processual penal quanto a jurisdição e competência, pois o crime cibernético possui uma relevante característica que o difere dos demais crimes, que é a plurilocalidade, podendo atingir a ainda a transnacionalidade.

Diante desta constatação, a pesquisa identifica como deverá ser fixada a jurisdição e a competência nos crimes cibernéticos perante as regras estabelecidas em nosso ordenamento penal, como se dá a interpretação e a aplicação nos seus respectivos processos penais, além de analisar qual o posicionamento jurisprudencial em relação a matéria.

2. JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA

No entendimento doutrinário, jurisdição é o poder que o Estado detém de aplicar o direito ao caso concreto, resguardando a ordem jurídica e a autoridade legal.

Ao poder judiciário é dada a função da aplicação das normas por meio de um processo, que é pautada em diversos princípios (investidura, juiz natural, devido processo legal, indeclinabilidade jurisdicional, etc.), objetivando sempre a solução de uma demanda.

Como o Estado tem o dever jurisdicional, ou seja, a obrigação de solucionar conflitos, não poderá eximir-se de prestar a devida tutela quando for acionado (princípio da indeclinabilidade jurisdicional), conforme descrito no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, prevendo que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.

Dario José Kist ainda conclui: “(...) a jurisdição, no campo penal, é exercida para a aplicação da lei penal, leia-se, comprovada, no bojo de um processo, a ocorrência de infração penal e respectiva autoria, permite-se impor ao agente do crime a sanção prevista em lei.”³

As leis processuais penais, quanto sua aplicação no tempo, conforme previsto no art. 2º do Código de Processo Penal, serão aplicadas de imediato, desde sua vigência e respeitando os atos realizados sob o amparo da lei anterior. Admite-se ainda a retroatividade da lei processual desde que não envolvam questões de direito material, o que poderia em tese prejudicar o acusado.

Já no que se refere às leis processuais no espaço, será aplicada a todo território nacional (princípio da territorialidade), conforme prevê o art. 1º do Código de Processo Penal: O processo penal reger-se-á, em todo o território brasileiro, por este Código (...), excetuando-se os casos de extraterritorialidade previstos no art. 7º do Código Penal, onde está previsto os casos em que a lei extrapolará os limites territoriais para responsabilizar determinadas pessoas e condutas praticadas fora do território nacional.

Ainda quanto ao princípio da territorialidade, o que se busca é assegurar a soberania nacional quanto à aplicação da lei processual penal aos casos ocorridos em seu território.

Diante da adoção do princípio da territorialidade em matéria processual penal, há um grande desafio para a correta fixação da jurisdição nos crimes cibernéticos. O desafio encontra-se no fato de que este tipo de crime não encontra barreiras físicas ou limites territoriais para sua execução e consumação, sendo a plurilocalidade uma característica que impõe aos órgãos de persecução penal e investigação cuidados extras na forma de abordagem.

Nas palavras de Alesandro Golçaves Barreto e Beatriz Silveira Brasil, os cibercrimes na grande maioria das vezes se caracterizam por serem plurilocais, quando vítima e

³ KIST, Dario José. **Prova digital no processo penal**. Leme/SP: JH Mizuno, 2019, p. 90.

agente estão em locais distintos, ou, ainda, quando a execução do delito se inicia em um lugar e a consumação ocorre em outro, mas no mesmo país.⁴

Passando-se ao conceito de competência, trata-se da delimitação da jurisdição, ou seja, o espaço dentro do qual pode determinada autoridade judiciária aplicar o direito aos litígios que lhe forem apresentados, compondo-o.⁵

Dentro do conceito de competência, extrai-se, portanto, o entendimento de que determinado juiz será declarado competente para processar e julgar uma matéria (prestar a jurisdição), de acordo com cada caso concreto, que será determinada obedecendo-se alguns critérios estabelecido em lei.

Para a determinação de qual juiz será competente para determinado conflito, o Código de Processo Penal estabelece três critérios em seu art. 69. São eles: o critério *ratione loci* (em razão do lugar), previsto nos incisos I e II; o critério *ratione materiae* (em razão da matéria), previsto no inciso III; e o critério *ratione personae* (em razão da pessoa), previsto no inciso VII.

O primeiro critério a ser levado em consideração para a fixação da competência é o lugar onde ocorreu o crime (*ratione loci*), sendo essa a regra.

O Código de Processo Penal, em seu art. 70, traz a previsão da fixação da competência em razão do lugar da infração, ou pelo lugar do último ato de execução no caso de tentativa. O Código Penal, em seu art. 6º, complementa trazendo a previsão de que local da infração é aquele da ação/omissão, ou ainda onde produziu ou deveria produzir o resultado, tratando-se aqui da teoria da ubiquidade.

Caso o crime se consumar fora do território nacional, a competência será determinada pelo lugar onde tiver sido praticado o último ato de execução no Brasil. Nos casos em que ocorrer conflitos para a fixação da competência pelo fato de envolverem duas ou mais jurisdições, ou se o crime for continuado ou permanente, ela será determinada pela prevenção (o juiz que proferir qualquer decisão relacionada ao fato criminoso, mesmo que anterior ao oferecimento da denúncia, será o competente para julgá-lo), nos termos do art. 71 do CPP.

Ainda em relação à *ratione loci*, quando for desconhecido o local da infração, aplica-se subsidiariamente a fixação da competência pelo domicílio ou residência do acusado, conforme inciso II do artigo 69 e artigo 72, ambos do Código de Processo Penal.

⁴ BARRETO, Alesandro Gonçalves; BRASIL, Beatriz Silveira. **Manual de investigação cibernética à luz do marco civil da internet**. Rio de Janeiro: Brasport, 2016, p. 25.

⁵ KIST, Dario José. **Prova digital no processo penal**. Leme/SP: JH Mizuno, 2019, p. 213.

Em algumas situações a lei deixa de estabelecer a competência pelo lugar da infração (regra), e irá fixá-la em razão da matéria (*ratione materiae*), como é o caso dos crimes dolosos contra a vida, que será julgado pelo Tribunal do Júri, bem como os crimes eleitorais e os crimes militares, os quais serão julgados respectivamente pelas Justiça Eleitoral e Justiça Militar.

Como o objetivo da pesquisa é a aplicação da lei processual penal aos crimes cibernéticos, desnecessário aprofundar o estudo à fixação da competência em razão da matéria.

Da mesma maneira que a fixação da competência em razão da matéria, a lei também prevê casos especiais, onde pessoas com prerrogativa de função, ao cometerem crimes, serão julgadas por órgão específicos.

O julgamento dos processos criminais por prerrogativa de função está previsto na Constituição Federal, a qual estabelece que o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça processarão e julgarão por crimes comuns e de responsabilidade, como exemplos, o Presidente da República, os Ministros de Estado, os Governadores de Estado, os Prefeitos, os Juízes Federais e Juízes Estaduais, etc.

Importante ressaltar que em maio de 2018, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que o foro por prerrogativa de função conferido aos Deputados Federais e Senadores se aplica apenas a crimes cometidos no exercício do cargo e em razão das funções a ele relacionado, restringindo-se, portanto, a aplicabilidade das prerrogativas de função previstas na Constituição Federal. De acordo com a decisão, os parlamentares federais que cometerem crimes mesmo no exercício do cargo, mas que não tenham qualquer relação com as funções que exercem, terão sua competência fixada pelos critérios gerais do Código de Processo Penal.⁶

3. COMPETÊNCIA NOS CRIMES DE INTERNET

Muitos são os desafios encontrados quando o assunto é o combate aos crimes cibernéticos. Alesandro Gonçalves Barreto, Emerson Wendt e Guilherme Caselli ressaltam que, no dia a dia da atividade de persecução penal exercida pelas polícias judiciárias, é comum verificar o aperfeiçoamento de técnicas e meios de execução das atividades ilícitas

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF conclui julgamento e restringe prerrogativa de função a parlamentares federais**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=377332>. Acesso em: 07 out. 2019.

por parte dos criminosos que a todo momento procuram meios para se esquivar da atuação policial.⁷

Damásio de Jesus e José Antonio Milagre complementam que a tecnologia da informação integrou o mundo em uma grande teia, onde todos têm acesso a tudo, pouco importando o local físico em que realmente esteja armazenado tal conteúdo. Ocorre que, para a Justiça, o local físico da prática de um ato digital tem relevância para determinar a competência judiciária.⁸

Como se já não bastasse a ausência de tipificação legal para diversas condutas que já estão sendo praticadas no ambiente virtual, além de toda a dificuldade na identificação e colheita de um conjunto probatório satisfatório para a identificação e punição dos autores neste tipo de delito, há ainda toda a problemática vivida pelos órgãos jurisdicionais acerca da fixação da competência nos crimes praticados no ambiente virtual.

3.1 Extraterritorialidade e transnacionalidade

O crime cibernético possui a característica que o difere dos demais crimes, que é a extraterritorialidade, podendo abranger inclusive, a transnacionalidade, atingindo dois, três, e por muitas vezes, diversos países.

De fato, os cibercrimes não se fixam às linhas que separam um país de outro; na verdade, desprezam-nas totalmente, em dois sentidos: as fronteiras físicas não representam entraves para sua prática, e também não servem para (de)limitar geograficamente os efeitos e consequências desses crimes.⁹

Por se tratar de delitos que, ao ocuparem o espaço virtual, desencadeiam diversos resultados, em diversos locais diferentes, além de atingirem múltiplas vítimas, a determinação jurisdicional para os crimes cibernéticos tem se mostrado uma tarefa bastante complexa e que ainda é bastante divergente.

Com efeito, é uma criminalidade que cria situações jurídicas plurilocalizadas, são infrações que têm caráter difuso ou transnacional e capacidade para afetar, simultânea e independentemente do local da prática do fato, as ordens jurídicas de vários Estados, contendo, portanto, elementos de extraneidade.

Desta plurilocalização de condutas penalmente ilícitas nasce uma gama de situações problemáticas, dentre as quais podem ser citadas as questões que dizem respeito à aplicação da lei no espaço e a consequente definição de jurisdição estatal com competência para conhecer e julgar tais infrações. Nessas condições, a

⁷ BARRETO, Alesandro Golçaves; WENDT, Emerson; CASELLI, Guilherme. **Investigação digital em fontes abertas**. Rio de Janeiro: Brasport, 2017, p. 208.

⁸ JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antonio. **Manual de crimes informáticos**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 179.

⁹ KIST, Dario José. **Prova digital no processo penal**. Leme/SP: JH Mizuno, 2019, p. 78.

cibercriminalidade tem capacidade ou, pelo menos, potencialidade de causar movimentação no assim chamado Direito Penal Internacional (...)¹⁰

O legislação penal brasileira, conforme já mencionado no que se referiu à parte conceitual desta pesquisa, traz a previsão de que a regra para a fixação da competência será o local onde se deu o resultado do delito, que será determinado pelo local da ação/omissão ou onde produziu ou deveria ter produzido o resultado.

Neste sentido, nas palavras de KIST:

Como se sabe, o estudo do lugar do crime é instrumental para definir a jurisdição, nacional ou internacional, com a competência para a ação penal; os critérios usualmente manejados para o efeito são a ação/omissão e a consumação do crime, perquirindo-se do lugar em que esses eventos se manifestaram e, com a resposta, identificar a jurisdição competente.

É nesse campo que os cibercrimes promovem significativos problemas jurídicos, pois uma de suas características, já apontada, situa-se no fato de poderem ser praticados a distância, leia-se, os efeitos da atividade criminosa poderão ser observados em local diverso, muitas vezes distante, isto é, em país diverso daquele da situação física do agente e do lugar onde ele praticou os atos executórios; como já referido, os cibercrimes produzem situações jurídicas plurilocalizadas, projetando dúvidas para o campo da definição da jurisdição penal competente e criando possíveis conflitos a esse propósito.¹¹

Outro aspecto relevante quanto a fixação da competência nos crimes cibernéticos, quando esses tiverem o caráter transnacional, é o fato da conduta em discussão ser ou não tipificada como crime em todos os países em que foi gerado algum resultado, ou até mesmo, caso positiva a resposta, se determinado país entenderá ser plausível a colaboração no sentido de fornecer informações para a obtenção do conjunto probatório.

Essa possível fragmentação geográfica nos cibercrimes provoca problemas tanto em nível substantivo, pois, na falta de uma uniformização na seleção de condutas típicas, pode ocorrer que um desses países afetados a conduta não se revista de caráter criminoso, o que, ao menos em tese, afasta o interesse deste país em persegui-la, assim como pode refletir-se em ausência de vontade em colaborar com a coleta de prova nele eventualmente existente.¹²

E continua:

É que tanto a lei penal como as leis processuais penais foram e são pensadas para atuarem no interior dos limites geográficos do país que as edita, e o ciberespaço veio, de forma contundente, a desafiar essa limitação; e ainda não há critérios

¹⁰ *ibidem*, p. 76.

¹¹ KIST, Dario José. **Prova digital no processo penal**. Leme/SP: JH Mizuno, 2019, p. 81.

¹² *ibidem*, p. 82.

internacionalmente consensuados para a resolução dos grandes problemas que a cibercriminalidade apresenta, dentre os quais os efeitos da territorialidade das leis.¹³

Portanto, faz-se necessário a colaboração recíproca dos países envolvidos para o combate aos crimes cibernéticos, pois somente assim todos encontrarão as soluções que atendam seus plenos interesses.

Ainda em continuidade ao estudo da transnacionalidade, que aqui significa dizer o envolvimento de mais de um país como vítimas de crimes cibernéticos, outro ponto bastante intrigante, e que a doutrina vem dedicando bastante atenção, é a possibilidade do autor/autores sofrerem mais de uma punição por um mesmo fato, ou ainda deixarem de sofrer qualquer tipo de sanção, ficando impunes.

Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Christiany Pegorari Conte descrevem que assim, há a necessidade de solução da questão da territorialidade da Internet, tendo em vista que muitos delitos podem ser cometidos através da Rede e, sem uma regulamentação clara e eficaz, correremos o risco de que um delito possa ser julgado em toda e qualquer parte do mundo ou, ainda, que não haja punição.¹⁴

No caso da impunidade, basta que os países vitimados pelo crime não tenham em seu ordenamento jurídico penal a tipificação daquela conduta como um fato criminoso. Exemplo bastante elucidativo nos trouxe Spenser Toth Sydow, em sua Dissertação de Mestrado na USP:

Outra característica do cibercrime é que a conduta em questão pode não ser ilegal (Brenner 2001). Em maio de 2000, o vírus “Eu te amo” atravessou o mundo em duas horas e causou bilhões de dólares em danos em mais de 20 países. Ele foi rapidamente rastreado com origem nas Filipinas, onde agentes do FBI e autoridades legais identificaram um suspeito. Mas como a lei filipina não criminalizava a disseminação de vírus, levou-se dias para se conseguir um mandado de busca no apartamento do suspeito, dando-lhe tempo para destruir as evidências. E ainda havia o problema processual (...) tendo-se em vista que disseminação de vírus não era crime local, o suspeito não poderia ser extraditado para ser processado nos Estados Unidos, onde o fato era crime (...) ninguém nunca foi processado pela disseminação em tela.¹⁵

¹³ *ibidem*, p. 83.

¹⁴ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; CONTE, Christiany Pegorari. **Crimes no meio ambiente digital e a sociedade da informação**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 206.

¹⁵ SYDOW, Spenser Toth. **Delitos informáticos próprios: uma abordagem sob a perspectiva vitimodogmática**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-15062011-161113/pt-br.php>, p. 95. Acesso em: 07 out. 2019.

Contraopondo-se à impunidade do agente, não se pode afastar a possibilidade de que dois ou mais países, no exercício de sua soberania, pleiteiem o direito de apurar e sancionar o responsável por um crime cibernético, podendo, neste caso, ocorrer o *bis in idem*.

Neste sentido, KIST nos descreve: (...) não é juridicamente possível excluir a jurisdição penal de algum dos países tocados pelo cibercrime praticado a distância ou em trânsito. E a mais singela das consequências que daí decorre é que o mesmo fato pode ser objeto da persecução penal em mais de um Estado soberano.¹⁶

Em sentido contrário, os Tratados e Convenções Internacionais que versam sobre direitos fundamentais e direitos humanos não admitem a possibilidade de uma pessoa sofrer mais de uma sanção pelo mesmo fato, e, portanto, àqueles países que assinaram e ratificaram os referidos tratados, essa possibilidade deverá ser afastada.

Sobre os fundamentos do *ne bis in idem*, sustenta-se que eles residem na necessidade de segurança jurídica, e ele funciona como uma limitação ao poder punitivo estatal, concretizando a ideia de que a cada indivíduo será aplicada a sanção correspondente e suficiente para seus atos.¹⁷

As possibilidades aqui elencadas quanto a impunidade e o *bis in idem* são adicionadas àquelas já conhecidas problemáticas que envolvem o estabelecimento da competência nos crimes cibernéticos, tornando o assunto ainda mais complexo.

3.2 Competência em território nacional

Com o objetivo de se estabelecer critérios para a fixação da competência em território nacional, a legislação brasileira adotou a teoria da ubiquidade, onde, segundo o artigo 6º do Código Penal, local do crime é aquele em que ocorreu a ação ou omissão, ou ainda onde produziu ou deveria produzir o resultado. Acrescenta-se ainda as hipóteses de aplicação extraterritorial da lei penal brasileira, prevista no artigo 7º do mesmo ordenamento.

(...) é de uso geral, para a definição do local do crime, a teoria da ubiquidade, que considera como tal o lugar da ação/omissão e o do resultado e, no caso da tentativa, é onde o resultado deveria ter sido observado. E, com esse parâmetro, pode-se concluir que lugar do crime, para efeito da identificação da ordem jurídica aplicável para o seu conhecimento e julgamento, é qualquer um daqueles pelos quais a atividade criminosa transitou – serão lugar ou da ação, ou do resultado.¹⁸

¹⁶ KIST, Dario José. **Prova digital no processo penal**. Leme/SP: JH Mizuno, 2019, p. 91.

¹⁷ *ibidem*, p. 95.

¹⁸ KIST, Dario José. **Prova digital no processo penal**. Leme/SP: JH Mizuno, 2019, p. 85.

Bastante apropriada é a conclusão apontada por KIST como sendo as possibilidades em que o crime cibernético terá sua competência fixada em território nacional:

(...) conclui-se haver pelo menos quatro situações em que o Brasil é o lugar do crime, a ensejar a aplicação da lei penal brasileira e o poder de praticar atos tendentes à punição do agente: a) quando a ação/omissão ocorreu nele, mesmo que o resultado tenha ocorrido fora dele; b) quando a ação/omissão foi praticada fora do país, mas nele ocorreu o resultado; c) quando a ação/omissão foi praticado fora do Brasil, mas neste o crime teria se consumado, não fosse a circunstância alheia à vontade do agente que impediu a consumação (é o caso de tentativa, em que o resultado “deveria produzir-se” no Brasil), d) nos casos e condições de extraterritorialidade da lei penal brasileira previstos no art. 7º do Código Penal.¹⁹

Na prática, o que se verifica é que mesmo nos crimes cibernéticos praticados em território nacional, ainda há conflitos quanto a fixação de competência, e a análise do caso concreto é o que tem prevalecido para sua determinação, variando a fixação da competência de acordo com o tipo penal que foi infringido.

Abaixo segue algumas decisões jurisprudenciais que ilustrarão a referida questão:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. QUEIXA-CRIME. CALÚNIA PRATICADA, EM TESE, POR JORNALISTA. CARTA PUBLICADA EM BLOG. LEI DE IMPRENSA. NORMA NÃO RECEPCIONADA PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. ART. 70 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO. 1. Não recepcionada a Lei n. 5.250/1967 pela nova ordem constitucional (ADPF n. 130/DF), às causas decorrentes das relações de imprensa devem ser aplicadas as normas da legislação comum, inclusive, quanto à competência, o disposto no art. 70 do Código de Processo Penal. 2. O crime de calúnia (art. 138, caput, do Código Penal) consuma-se no momento em que os fatos “veiculados chegam ao conhecimento de terceiros” (CC n. 107.088/DF, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2010). 3. Tratando-se de queixa-crime que imputa a prática do crime de calúnia em razão da divulgação de carta em blog, na internet, o foro para processamento e julgamento da ação é o do lugar de onde partiu a publicação do texto tido por calunioso. 4. In casu, como o blog em questão está hospedado em servidor de internet sediado na cidade de São Paulo, é do Juízo da 13ª Vara Criminal dessa comarca a competência para atuar no feito. 5. Conflito conhecido para declarar competente o suscitado. (CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 97.201 - RJ (2008/0150084-3). RELATOR : MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP). DATA DE JULGAMENTO: 13 de abril de 2011).²⁰

¹⁹ *ibidem*, p. 86.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de competência nº 97.372 – SP**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19134047/conflito-de-competencia-cc-97372-sp-2008-0147300-8/inteiro-teor-19134048?ref=juris-tabs>. Acesso em: 07 out. 2019.

Aqui entendeu o relator que no crime de calúnia, a consumação ocorre quando os fatos veiculados chegam ao conhecimento de terceiros, e, neste caso, a competência deveria ser o local de onde partiu a publicação do conteúdo calunioso, ou seja, o local onde estava sediado o servidor de internet que hospedava o blog utilizado para a divulgação (local da ação).

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PENAL E PROCESSUAL PENAL. FURTO MEDIANTE FRAUDE. TRANSFERÊNCIA BANCÁRIA VIA INTERNET SEM O CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. CONSUMAÇÃO NO LOCAL DA AGÊNCIA ONDE O CORRENTISTA POSSUI A CONTA FRAUDADA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO. 1. A Terceira Seção desta Corte Superior firmou o entendimento no sentido de que a subtração de valores de conta corrente, mediante transferência fraudulenta, utilizada para ludibriar o sistema informatizado de proteção de valores, mantidos sob guarda bancária, sem consentimento da vítima, configura crime de furto mediante fraude, previsto no art. 155, § 4º, inciso II, do Código Penal - CP. 2. O delito em questão consuma-se no local da agência bancária onde o correntista fraudado possui a conta, nos termos do art. 70 do Código de Processo Penal - CPP; no caso, na Comarca de Barueri/SP. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Barueri/SP, o suscitado. (CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 145.576 - MA (2016/0055604-1) RELATOR: MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK. Data de Julgamento 13 de abril de 2016).²¹

Já aqui, o relator entendeu que o crime de furto mediante fraude por meio da internet, mais especificamente transferência de valores fraudulenta, consuma-se no local onde está estabelecida a agência bancária onde a vítima possui a conta, fixando a competência neste local (local do resultado).

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CRIME DE AMEAÇA PRATICADO POR WHATSAPP E FACEBOOK. ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA. DELITO FORMAL. CONSUMAÇÃO NO LOCAL ONDE A VÍTIMA CONHECE DAS AMEAÇAS. CONFLITO DE COMPETÊNCIA CONHECIDO. DECLARADA A COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO. 1. O crime de natureza formal, tal qual o tipo do art. 147 do Código Penal, se consuma no momento em que a vítima toma conhecimento da ameaça. 2. Segundo o art. 70, primeira parte, do Código de Processo Penal, "A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração". 3. No caso, a vítima tomou conhecimento das ameaças, proferidas via Whatsapp e pela rede social Facebook, na Comarca de Naviraí, por meio do seu celular, local de consumação do delito e de onde requereu medidas protetivas. 4. Independentemente do local em que praticadas as condutas de ameaça e da existência de fato anterior ocorrido na Comarca de Curitiba, deve-se compreender a medida protetiva como tutela inibitória que

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de competência nº 145.576 – MA**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/339952309/conflito-de-competencia-cc-145576-ma-2016-0055604-1/inteiro-teor-339952319>. Acesso em: 07 out. 2019.

prestigia a sua finalidade de prevenção de riscos para a mulher, frente à possibilidade de violência doméstica e familiar. 5. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo da 1^o Vara Criminal da Comarca de Naviraí/MS, ora suscitado. CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 156.284 - PR (2018/0008775-5) RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS DATA DE JULGAMENTO 28 de fevereiro de 2018).²²

Neste caso, o relator entendeu que no crime de ameaça por meio da internet (whatsapp e facebook) a consumação se dá no local onde a vítima tomou conhecimento do conteúdo ameaçador, independente de onde tenha partido (local do resultado).

Assim, em se tratando do local do crime virtual uma ficção jurídica, é imprescindível a interpretação da legislação processual pautada na Teoria da Ubiquidade, para se considerar, caso a caso, o lugar do crime onde ocorreu a ação ou o resultado, visando a busca da verdade real e a escorreita aplicação da lei penal.²³

Note-se que a fixação da competência nos crimes cibernéticos, mesmo nos casos em que esteja ausente a característica de transnacionalidade, ainda requer um estudo mais aprofundado do caso concreto, e muitas vezes ainda divergindo opiniões.

4. EM BUSCA DE SOLUÇÕES PARA OS CONFLITOS DE JURISDIÇÃO

Diante de tudo o que foi exposto até aqui, inevitável o seguinte questionamento: Como deverão ser resolvidos os conflitos de jurisdição?

Buscando essa resposta, nas palavras de KIST:

É intuitivo que o lugar para onde se projetam as respostas a essa questão situa-se, de modo especial, no campo da determinação da competência para investigar e julgar tais crimes. Mas, ainda que se consiga formular essas respostas, deve-se adiantar que esse é o campo da maior e mais intensa indefinição, tanto na doutrina como na jurisprudência, e também no âmbito das relações internacionais.²⁴

A doutrina e a jurisprudência ainda não estabeleceram um posicionamento pacífico acerca dessa matéria, e não será suficiente, pelo que foi estudado, que a fixação da competência seja determinada pelo local do crime, pois, como visto, por se tratar de infrações penais de características plurilocal e transnacional, poderá haver mais de um

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de competência nº 156.284 – PR**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/552870809/conflito-de-competencia-cc-156284-pr-2018-0008775-5/inteiro-teor-552870818?ref=juris-tabs>. Acesso em: 07 out. 2019.

²³ BARRETO, Alesandro Gonçalves; BRASIL, Beatriz Silveira. **Manual de investigação cibernética à luz do marco civil da internet**. Rio de Janeiro: Brasport, 2016, p. 28.

²⁴ KIST, Dario José. **Prova digital no processo penal**. Leme/SP: JH Mizuno, 2019, p. 84.

processo para a apuração de um determinado fato, ou nenhum, a depender da tipificação penal dos países envolvidos.

A escolha do local do resultado é justificada no fato de, em regra, encontrarem-se nele as provas da infração penal e, com isso, facilitar a investigação e o processo; na cibercriminalidade, contudo, as provas poderão estar em lugar totalmente alheio tanto ao da conduta quanto ao local do resultado (...).²⁵

E ainda aprofundando o conhecimento quanto à dificuldade em se estabelecer a jurisdição adequada ao combate dos crimes cibernéticos:

A síntese de tudo é que, no estado atual da matéria, não existe solução consensuada sobre a identificação da jurisdição penal competente para os casos em que o cibercrime manifesta-se a distância ou em trânsito. Além disso, é previsível que não será tarefa fácil essa definição, a demandar muito estudo, pesquisa, análise e negociação entre os países. Mas, ao mesmo tempo, é um caminho que necessariamente deverá ser trilhado para enfrentar essa que é uma das muitas causas da impunidade no campo da cibercriminalidade. E, para além de definir a jurisdição penal prevalente, também os mecanismos de cooperação internacional para a coleta de prova devem ser aperfeiçoados para os casos em que o processo ocorre em país diverso daquele em que as evidências se encontram.²⁶

Neste sentido, no ano de 2001 foi firmado pelo Conselho da Europa o tratado internacional que visa estabelecer uma regulamentação comum e ações conjuntas que possibilitem a cooperação internacional para persecução penal em casos de crimes cometidos na Internet.

Não incomum, os agentes buscam praticar delitos por meio de sistemas hospedados no exterior. Nestes casos, a investigação, no Brasil, necessita da cooperação de provedores (de serviços e de conexão) de fora do país, o que não é uma tarefa fácil, considerando que parte dos provedores costuma alegar que não estão sujeitos às ordens da jurisdição brasileira (...).²⁷

A Convenção do Cibercrime,²⁸ também conhecida como Convenção de Budapeste já conta com a adesão de mais de 60 países, dentre eles países da América Latina, como Argentina (ratificou em 05/06/2018), Chile (ratificou em 20/04/2017), Costa Rica (ratificou em 22/09/2017), República Dominicana (ratificou em 07/02/2013), Panamá (ratificou em

²⁵ KIST, Dario José. **Prova digital no processo penal**. Leme/SP: JH Mizuno, 2019, p. 102.

²⁶ *ibidem*

²⁷ JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antonio. **Manual de crimes informáticos**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 179.

²⁸ CONVENÇÃO SOBRE O CIBERCRIME. **Convenção de Budapeste**. 2001. Disponível em http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/normas-e-legislacao/legislacao/legislacoes-pertinentes-do-brasil/docs_legislacao/convencao_cibercrime.pdf. Acesso em: 07 out. 2019.

05/03/2014), e Paraguai (ratificou em 30/07/2018). O Brasil, até a data de 07 de outubro de 2019 não havia aderido à Convenção de Budapeste.²⁹

A cooperação internacional e a harmonização das legislações penais dos países despontam como saídas eficazes no combate à criminalidade informática, na medida em que permitem maior agilidade e eficácia nas investigações e punições.³⁰

Operadores do Direito, pesquisadores, além da comunidade acadêmica têm entendido que esta é uma importante ferramenta para o combate aos crimes cibernéticos, e neste sentido, Roberto Antônio Darós Malaquias descreve:

Em síntese, a mencionada convenção transformou-se em ícone no combate a cibercriminalidade, colaborando no sentido de oferecer claras diretrizes para a produção legislativa nos países signatários no sentido de seguirem o caminho da cooperação no combate ao crime cibernético, conclamando todas as nações livres a assinarem o referido pacto e envidarem esforços numa efetiva política internacional contra a cibercriminalidade.³¹

E ainda o mesmo autor:

Além disso, trouxe diversos preceitos relativos ao Direito Processual, delineando medidas emergenciais quanto a preservação de dados e informações relativas às investigações criminais, medidas cautelares, produção antecipada de provas, mandado de busca e apreensão, interceptação de dados para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, medidas relativas à extradição e assistência mútua, intercâmbio de informações, competência jurisdicional e cooperação internacional.³²

Constata-se, portanto que, a adesão do Brasil à Convenção de Budapeste trará vários benefícios para o combate à criminalidade cibernética em nosso país. Dada a característica de plurilocalidade e transnacionalidade dos cibercrimes, a cooperação dos países aderentes se mostra essencial para a melhor efetividade da aplicação da lei penal e da lei processual penal.

O Ministério Público Federal, através do Grupo de Apoio sobre Criminalidade Cibernética, em agosto de 2018 emitiu nota técnica endereçada à Secretaria de Cooperação

²⁹ CONCIL OF EUROPE. *Convention on cybercrime – chart of signatures and ratifications*. Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/185/signatures>. Acesso em: 07 out. 2019.

³⁰ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; CONTE, Christiany Pegorari. **Crimes no meio ambiente digital e a sociedade da informação**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 310.

³¹ MALAQUIAS, Roberto Antônio Darós. **Crime cibernético e prova – a Investigação criminal em busca da verdade**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015, p. 248.

³² *ibidem*, p. 249.

Internacional do Ministério das Relações Exteriores³³, enumerando diversos pontos que beneficiariam a justiça brasileira com o ingresso do país na Convenção, porém o referido documento ainda não surtiu efeito, e teremos que aguardar até que a adesão seja efetivada e que produza os resultados esperados.

5. CONCLUSÃO

O Código de Processo Penal traz a previsão de que a regra para a fixação da competência será o local do crime, ou no caso tentativa, o local que for praticado o último ato de execução (art. 70 do CPP), podendo ainda, subsidiariamente, estabelecer-se o local do domicílio do réu para a fixação quando for desconhecido o local da infração (art. 72 do CPP). O Código Penal complementa trazendo a teoria da ubiquidade, onde local do crime é o da ação/omissão, ou ainda o onde produziu ou deveria produzir o resultado (art. 6º do CP).

A aplicação destas regras aos crimes cibernéticos têm se mostrado uma tarefa bastante complexa e que ainda diverge opiniões, pois esta modalidade delituosa possui a característica de plurilocalidade, o que a difere dos demais crimes, atingindo a extraterritorialidade e a transnacionalidade. Por tratar-se de delitos que ocupam o espaço virtual, não encontram barreiras ou limitações físicas, desencadeando diversos resultados, em diversos locais diferentes, além de atingirem múltiplas vítimas e por vezes serem praticados por múltiplos autores.

Na transnacionalidade há ainda que se levar em consideração o fato de a conduta ilícita ser ou não tipificada como crime em todos os países afetados, além da previsão de colaboração recíproca para obtenção do conjunto probatório.

A fixação da jurisdição em crimes transnacionais é tão complexa que há ainda a possibilidade do autor sofrer mais de uma punição por um mesmo fato, ou ainda deixar de sofrer qualquer tipo de sanção, ficando impune.

No caso da impunidade, basta que os países vitimados pelo crime não tenham em seu ordenamento jurídico penal a tipificação daquela conduta como um fato criminoso. Já em sentido oposto, dois ou mais países, no exercício de sua soberania podem pleitear o direito da apuração e punição de um crime cibernético, podendo neste caso ocorrer o *bis in idem*.

³³ BRASIL. Ministério Público Federal. **Nota técnica do grupo de apoio sobre criminalidade cibernética sobre a convenção de cibercrimes. (Convenção de Budapeste). 2018.** Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/2CCR_NotaTecnica_ConvencaoBudapeste.pdf. Acesso em: 07 out. 2019.

Uma das possíveis soluções para minimizar os efeitos da criminalidade cibernética no âmbito transnacional é a adesão por parte do Brasil à Convenção de Budapeste, instituída com o objetivo de estabelecer uma regulamentação comum e ações conjuntas entre os países signatários, que possibilitem a cooperação internacional para persecução penal em casos de crimes cometidos na internet.

A Convenção do Cibercrime, como também é conhecida, já conta com a adesão de mais de 60 países, porém o Brasil ainda não se tornou signatário, apesar dos diversos benefícios que traria à persecução penal brasileira.

Já para estabelecer-se critérios para a fixação da competência em território nacional, conforme a teoria da ubiquidade, local do crime será aquele onde ocorreu a ação ou omissão, ou ainda pelo local onde produziu ou deveria produzir o resultado.

Quanto aos crimes cibernéticos, conclui-se, portanto, que serão quatro as hipóteses em que estarão sujeitos a aplicação da lei processual brasileira: a) quando a ação/omissão ocorreu aqui, mesmo que o resultado tenha ocorrido fora do país; b) quando a ação/omissão foi praticada fora do país, mas aqui ocorreu o resultado; c) quando a ação/omissão foi praticado fora do Brasil, mas aqui o crime teria se consumado (é o caso de tentativa, em que o resultado “deveria produzir-se” no Brasil), d) nos casos e condições de extraterritorialidade da lei penal brasileira (art. 7º do CP).

Na prática, o que se verifica é que mesmo nos crimes cibernéticos praticados em território nacional a teoria da ubiquidade ainda encontra posicionamentos distintos, ocasionando divergência de opiniões, encontrando muitas vezes as soluções somente nos órgãos jurisdicionais superiores, quando da avaliação dos casos concretos.

Em suma, tem-se aqui uma difícil tarefa, a de encontrar-se meios de fixar de forma adequada a jurisdição nos crimes praticados na internet, objetivando a efetiva aplicação da lei processual penal e contribuindo para minimizar a impunidade no campo da cibercriminalidade.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Alesandro Gonçalves; BRASIL, Beatriz Silveira. **Manual de investigação cibernética à luz do marco civil da internet**. Rio de Janeiro: Brasport, 2016.

BARRETO, Alesandro Golçaves; WENDT, Emerson; CASELLI, Guilherme. **Investigação digital em fontes abertas**. Rio de Janeiro: Brasport, 2017.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; CONTE, Christiany Pegorari. **Crimes no meio ambiente digital e a sociedade da informação**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antonio. **Manual de crimes informáticos**. São Paulo: Saraiva, 2016.

KIST, Dario José. **Prova digital no processo penal**. Leme/SP: JH Mizuno, 2019.

MALAQUIAS, Roberto Antônio Darós. **Crime cibernético e prova – a investigação criminal em busca da verdade**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

Documentos Eletrônicos

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 06 out. 2019.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 06 out. 2019.

BRASIL. **Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 06 out. 2019.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Nota técnica do grupo de apoio sobre criminalidade cibernética sobre a convenção do cibercrimes. (Convenção de Budapeste). 2018**. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/2CCR_NotaTecnica_ConvencaoBudapeste.pdf. Acesso em: 07 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de competência nº 97.372 – SP**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19134047/conflito-de-competencia-cc-97372-sp-2008-0147300-8/inteiro-teor-19134048?ref=juris-tabs>. Acesso em: 07 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de competência nº 145.576 – MA**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/339952309/conflito-de-competencia-cc-145576-ma-2016-0055604-1/inteiro-teor-339952319>. Acesso em: 07 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de competência nº 156.284 – PR**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/552870809/conflito-de-competencia-cc-156284-pr-2018-0008775-5/inteiro-teor-552870818?ref=juris-tabs>. Acesso em: 07 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF conclui julgamento e restringe prerrogativa de função a parlamentares federais**. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=377332>. Acesso em: 07 out. 2019.

CONCIL OF EUROPE. *Convention on cybercrime – chart of signatures and ratifications*. Disponível em: : <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/185/signatures>. Acesso em: 07 out. 2019.

CONVENÇÃO SOBRE O CIBERCRIME. **Convenção de Budapeste. 2001**. Disponível em http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/normas-e-legislacao/legislacao/legislacoes-pertinentes-do-brasil/docs_legislacao/convencao_cibercrime.pdf. Acesso em: 07 out. 2019.

SYDOW, Spenser Toth. **Delitos informáticos próprios: uma abordagem sob a perspectiva vitimodogmática**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-15062011-161113/pt-br.php>. Acesso em: 07 out. 2019.

CRIMES VIRTUAIS: ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS, ETIOLOGIA CRIMINAL E DIREITO PENAL

Leandro Marcel Lancieri¹; Ronny Max Machado²

RESUMO: Este artigo aborda, a partir do aspecto criminológico, o surgimento da criminalidade como um todo e em especial o surgimento deste em meio cibernético e eletrônico. Além disso, a abordagem traz de que forma tem início a etiologia criminal (criminogênese), fatores biológicos e sociológicos da criminalidade com ênfase nas teorias sociológicas, em especialmente as teorias do consenso. Por meio do método de revisão bibliográfica, estudar-se-á de que forma os meios de comunicação podem influenciar na prática delitiva, pelo ponto de vista do Direito.

Palavras-chave: Crimes Cibernéticos; Crimes de Plástico; Teorias Sociológicas; Etiologia Criminal; Criminogênese.

VIRTUAL CRIMES: CRIMINOLOGICAL ASPECTS, CRIMINAL ETYOLOGY AND CRIMINAL LAW

ABSTRACT: This article addresses, from the criminological aspect, the emergence of crime as a whole and especially its emergence in cyber and electronic environments. In addition, the approach discusses how the criminal etiology (criminogenesis), biological and sociological factors of criminality begin with an emphasis on sociological theories, especially consensus theories. Through the method of bibliographic review, we will study how the media can influence criminal practice, from the point of view of law.

Keywords: Cyber Crimes; Plastic Crimes; Sociological Theories; Criminal Etiology; Criminogenesis.

¹ Graduando em Direito – FMU / SP. Graduado em Gestão Empresarial – FATEC / SP Graduado em Tecnologia em Redes de Computadores – UNINOVE / SP. Pós-Graduado em Maçonologia: História e Filosofia – UNINTER / PR. Membro do Grupo de Pesquisa sobre Crimes, dignidade da pessoa humana e sociedade da informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas-SP E-mail:orange.notes.ml@gmail.com

² Graduado em Direito pela Universidade São Judas Tadeu. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Escola Paulista de Direito. Especialista em Direito Constitucional e Direito Administrativo pela Escola Paulista de Direito. Especialista em Direito Ambiental Empresarial pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Mestre em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Coordena o Grupo de Pesquisa em Privacidade de Dados junto ao Programa Empreendireito da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie - SP. Pesquisador junto ao Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas-SP. Professor Universitário dos cursos de pós-graduação EAD da Faculdade Damásio. Advogado em São Paulo. E-mail: ronnymaxm@yahoo.com.br

INTRODUÇÃO

A criminologia é uma ciência empírica, indutiva, interdisciplinar e adogmática que estuda a criminalidade, não com a intenção de ser apenas fonte de dados mas sim de realizar uma interação profunda entre os estudos realizados pela sociologia, psicologia, medicina legal e pelo próprio direito, tem como objetos de estudo o Delito, o Delinquente, a Vítima e o Controle Social.

A criminologia sempre interagiu com o direito penal e com as políticas criminais, os estudos criminológicos são voltados aos fenômenos criminais e para a investigação através de experimentos sobre quais os motivos impulsionam a criminalidade, enquanto o objeto do direito penal são as normas penais através do método técnico-jurídico, já as políticas criminais transformam os estudos criminológicos em estratégias que são utilizadas em busca da prevenção, da repressão criminal e na ressocialização do criminoso.

O direito penal e a criminologia são ciências autônomas, não concorrem entre si, cada uma das ciências ao seu modo interagem sobre questões relacionadas à criminalidade e diante desta afirmativa, o presente estudo tem por objetivos abordar temas sobre a criminalidade contemporânea, através de teorias da criminalidade, dos crimes e com a abordagem do arcabouço normativo voltado às tecnologias de informação e comunicação.

1 OS ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS E A ETIOLOGIA CRIMINAL

A Etiologia Criminal é a área da criminologia que realiza estudos acerca da gênese do crime, seja ela biológica, psicológica ou social, também conhecida como criminogênese avalia a projeção do comportamento criminoso através de análise e da interação profunda sobre os aspectos de natureza sociológica, econômica, filosófica e psicológica da criminalidade.³

Alguns teóricos, voltados ao aspecto intrínseco como causa criminal afirmam que a estrutura física e mental de um indivíduo determina os fatores impulsionadores da criminalidade, outros, voltados ao aspecto extrínseco como causa criminal acreditam que a interação social do indivíduo com diversos tipos de pessoas, bem como uma estrutura familiar deficiente na infância seria a principal causa da evolução de um caráter antissocial, ou os que consideram a influência da sociedade como um todo sobre os indivíduos à criminogênese, no entanto é praticamente impossível a identificação de um

³ SUMARIVA, Paulo. **Criminologia: Teoria e Prática** / Paulo Sumariva 5. Ed. - Niterói, RJ: IMPETUS, 2018.

fato isolado como o principal impulsionador da criminalidade, hodiernamente sabe-se que inúmeros fatores tanto interiores como exteriores exercem influência criminal e que de alguma maneira concorrem para a prática delituosa.⁴

É possível uma melhor compreensão sobre quais fatores exercem maior influência em alguns indivíduos através de estudos realizados nos mais jovens, crianças ou adolescentes, pois é certo que as influências sofridas em tenra idade refletem diretamente na maturidade.⁵

Assim, associada à psicologia a criminologia busca compreender essa influência no desenvolvimento humano através da predisposição dos indivíduos à prática da criminalidade de forma especial aos crimes praticados com emprego de violência ou grave ameaça.⁶

2. TEORIAS SOCIOLÓGICAS E FATORES SOCIAIS DA CRIMINALIDADE

Existem diversas teorias voltadas mais ao aspecto extrínseco como causador da prática delitiva, ou seja, as causas sociais, vamos aqui abordar algumas delas as quais podem ter relação de alguma forma com a prática de crimes em ambiente virtual, bem como relacionar essas teorias a alguns possíveis crimes, com enfoque especial às teorias da associação diferencial, da identificação diferencial e da anomia.⁷

2.1. TEORIA DO MIMETISMO

Teoria relacionada ao comportamento de indivíduos que se espelham em outros, ou seja, os indivíduos replicam comportamentos delituosos por imitação, podemos citar como exemplo os jovens que no intuito de ostentar desejam roupas e artigos de grife, os mais caros possíveis, essa ostentação nos dias de hoje ocorre muito no meio virtual, especialmente nas redes sociais, e como boa parte desses jovens pertencem a uma classe menos abastada da sociedade estes decidem inovar para atingir os seus objetivos gerando os mais diversos tipos de crime, especialmente os crimes contra o patrimônio.⁸

Essa teoria sociológica tem base no desejo, é possível equiparar à inveja, sobre o que as outras pessoas têm ou sobre como elas agem, assim faz que os indivíduos comportem-

⁴ SUMARIVA, Paulo. **Criminologia: Teoria e Prática** / Paulo Sumariva 5. Ed. - Niterói, RJ: IMPETUS, 2018.

⁵ PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual Esquemático de Criminologia** 2. Ed. - São Paulo: Saraiva, 2012.

⁶ SUMARIVA, Paulo. **Criminologia: Teoria e Prática** / Paulo Sumariva 5. Ed. - Niterói, RJ: IMPETUS, 2018.

⁷ SUMARIVA, Paulo. **Criminologia: Teoria e Prática** / Paulo Sumariva 5. Ed. - Niterói, RJ: IMPETUS, 2018.

⁸ SUMARIVA, Paulo. **Criminologia: Teoria e Prática** / Paulo Sumariva 5. Ed. - Niterói, RJ: IMPETUS, 2018.

se da mesma forma, não é difícil perceber em alguns locais mais carentes, ou mesmo nos bailes funk, conhecidos como pancadões que existe um padrão de comportamento bem como de vestimenta.⁹

2.2 TEORIA BEHAVIORISTA

Teoria derivada da psicologia, também conhecida como comportamentalista, o termo “behavior” em inglês significa comportamento, estuda o meio arredor dos indivíduos e a sua influência sobre os mesmos em busca da previsão e do controle sobre as atitudes humanas.¹⁰

De acordo com o behaviorismo o comportamento criminoso é uma resposta para as causas que levam o individuo à prática criminal, nesse caso poderíamos citar no meio virtual a prática do Cyberbullying¹¹ o que pode resultar na prática dos mais diversos tipos de crimes como resposta, a exemplo de casos recentes de ataques em escolas, ocasionando homicídios, lesões corporais, entre outros crimes.

2.3 DA QUESTÃO DA CONTRAVIOLÊNCIA

Os indivíduos oprimidos reagem violentamente como resposta à violência recebida de forma institucional, pode gerar grandes revoltas populares e manifestações que no ambiente virtual nos dias de hoje assumem proporções nunca antes imaginadas, essa teoria aborda o comportamento dos grupos de massa, esses grupos podem realizar os chamados linchamentos virtuais, conduta que pode ser tipificada como injúria.¹²

2.4 TEORIA DA ASSOCIAÇÃO DIFERENCIAL

Também conhecida como teoria da Aprendizagem Social ou “Social Learning” é uma teoria do psicólogo americano Edwin Sutherland, baseada nos estudos de Gabriel Tarde¹³, o autor dessa teoria afirmava que o comportamento desviado era baseado no processo de aprendizagem e para que haja essa aprendizagem é necessário que exista um conhecimento especial, existe também a necessidade da vontade de se aproveitar desse conhecimento para a prática de uma conduta antissocial.

⁹ SUMARIVA, Paulo. **Criminologia: Teoria e Prática** / Paulo Sumariva 5. Ed. - Niterói, RJ: IMPETUS, 2018.

¹⁰ SUMARIVA, Paulo. **Criminologia: Teoria e Prática** / Paulo Sumariva 5. Ed. - Niterói, RJ: IMPETUS, 2018.

¹¹ **Assédio virtual** (do inglês *cyberbullying*) é uma prática que envolve o uso de tecnologias de informação e comunicação para dar apoio a comportamentos deliberados, repetidos e hostis praticados por um indivíduo ou grupo com a intenção de prejudicar o outro. Tem se tornado cada vez mais comum na sociedade, especialmente entre os jovens. Atualmente, legislações e campanhas de sensibilização têm surgido para combatê-lo. CONTEÚDO aberto. In: **Wikipédia: a enciclopédia livre**. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Assédio_virtual> Acesso em: 18 out. 2019.

¹² SUMARIVA, Paulo. **Criminologia: Teoria e Prática** / Paulo Sumariva 5. Ed. - Niterói, RJ: IMPETUS, 2018.

¹³ TARDE, Gabriel **Monadologia e sociologia**. Tradução de T. S. Themudo. Petrópolis, Vozes, 2003.

Edwin Sutherland¹⁴ foi o criador da expressão "white-collar crime"¹⁵ (crime do colarinho branco), os autores desse tipo de crime são identificados como indivíduos diferenciados e com alguns traços acentuados, pode-se considerá-los como criminosos especializados, diferentes dos criminosos considerados comuns.

Em seus estudos Sutherland definiu algumas premissas da teoria da Associação Diferencial, são algumas delas¹⁶:

- A Conduta criminosa pode ser aprendida assim como se aprende os bons comportamentos ou qualquer outra conduta;
- Essa aprendizagem é realizada através da interação entre os indivíduos, por um processo de comunicação;
- As relações mais íntimas como entre amigos e família, ou com pessoas próximas têm maior influência criminológica;
- Os métodos delitivos incluem-se no processo de aprendizagem da conduta delinquente;
- Um indivíduo torna-se delinquente quando existe mais condições favoráveis à prática criminal, ou seja, aprende-se ou absorve-se mais modelos de comportamento desviado em comparação aos bons comportamentos;
- O fenômeno criminal necessita de conhecimento técnico e habilidade.

Através da teoria da associação diferencial é possível justificar boa parte dos crimes cometidos no ambiente virtual nos dias de hoje, especialmente os crimes contra o patrimônio como o estelionato praticado através de "Phishing"¹⁷ ou Engenharia Social.¹⁸

A população carcerária brasileira sofre forte influência da associação diferencial e com o entrada de equipamentos de telecomunicação nos presídios temos hoje uma espécie de "telemarketing" do crime o que resulta nas mais variadas tentativas de fraude e golpes.

¹⁴ SUTHERLAND, Edwin H., White Collar Criminality, *American Sociological Review*, Vol. 5, No. 1 1940, p. 9

¹⁵ **Crime do colarinho branco** ou (crime corporativo, mais corretamente) refere-se ao crime não violento, financeiramente motivado, cometido por profissionais de negócios e do governo. Na criminologia é definido como um crime cometido por uma pessoa de respeitável e de alta posição (*status*) social, no curso de sua ocupação" Crimes típicos de colarinho branco podem incluir fraude, suborno, informação privilegiada e extorsão. CONTEÚDO aberto. In: **Wikipédia: a enciclopédia livre**. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Crime_do_colarinho_branco> Acesso em: 18 out. 2019.

¹⁶ SUMARIVA, Paulo. **Criminologia: Teoria e Prática** / Paulo Sumariva 5. Ed. - Niterói, RJ: IMPETUS, 2018.

¹⁷ **Phishing** é o termo que designa as tentativas de obtenção de informação pessoalmente identificável através de uma suplantação de identidade por parte de criminosos em contextos informáticos (engenharia social). A palavra é um neologismo criado a partir do inglês *fishing* (pesca) devido à semelhança entre as duas técnicas, servindo-se de um isca para apanhar uma vítima. CONTEÚDO aberto. In: **Wikipédia: a enciclopédia livre**. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Phishing>> Acesso em: 18 out. 2019.

¹⁸ CASSANTI, Moisés de Oliveira. **Crimes virtuais, vítimas reais**. Rio de Janeiro, 2014.

2.5 TEORIA DA IDENTIFICAÇÃO DIFERENCIAL

Essa teoria tem como seu precursor Daniel Glasser, que ao contrário da teoria anterior defende que um indivíduo segue na criminalidade pela identificação com outros indivíduos reais ou fictícios e não por aprendizagem, assim através de imitação passar a entender sua conduta desviada como algo aceitável, em geral o autor defendia a possibilidade de essa identificação acontecer com criminosos, ao passo que os indivíduos podem absorver os modelos comportamentais de determinados grupos, essa identificação pode ocorrer a distancia ou também em ambiente virtual.¹⁹

A teoria da identificação diferencial é crítica à liberdade de exibição de cenas de atos ilícitos através dos meios de comunicação, pois estas podem através de seus protagonistas fomentar a imitação de seu comportamento desviado.

2.6. TEORIA DA ANÔMIA

Baseada na doutrina de Émile Durkheim, a teoria da anomia tem como seu precursor Robert King Merton, o autor apresentou explicações sobre fatores sociológicos da criminalidade, ou seja, busca explicar o mau comportamento como um sintoma provocado pelo distanciamento entre as vontades socioculturais e os meios para realização dessas vontades.²⁰

A teoria da anomia prega o determinismo sociológico e trata do crime como algo normal e funcional para a sociedade, trata também da falta de referencial social sob o aspecto normativo coletivo, aspectos esses que deveriam coordenar a vida social, assim existe uma atrofia da solidariedade social.²¹

A teoria da anomia prega que os crimes são motivados pela impossibilidade de alcance das metas pré-estabelecidas, com o fracasso os indivíduos são levados a um estado anômico e assim sofrem influências comportamentais levando-os a ignorar ou contornar as normas, o indivíduo em estado de anomia, independentemente de suas características pessoais recusa-se a observar as leis e as regras de conduta de uma sociedade.

A anomia é uma ocasião de falta de coesão e ordem, mais especificamente com relação às normas e valores, assim pode-se considera como uma total ausência de normas ou ainda que estas existam não são respeitadas.

¹⁹ SUMARIVA, Paulo. **Criminologia: Teoria e Prática** / Paulo Sumariva 5. Ed. - Niterói, RJ: IMPETUS, 2018.

²⁰ SUMARIVA, Paulo. **Criminologia: Teoria e Prática** / Paulo Sumariva 5. Ed. - Niterói, RJ: IMPETUS, 2018.

²¹ PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual Esquemático de Criminologia** 2. Ed. - São Paulo: Saraiva, 2012.

No ambiente virtual é possível a observação de uma espécie de situação anômica, já que a legislação existente praticamente não é respeitada e existe uma forte sensação de impunidade nos crimes virtuais, além disso a criminalidade evolui de forma vertiginosa enquanto a legislação evolui a passos lentos.

2.7 O PAPEL DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO

Os meios de comunicação em massa exercem forte influência como fatores que influenciam na criminalidade socialmente, essa influência já foi exercida pelo rádio, pela televisão e hoje pela internet, com base na liberdade de imprensa a violência e a sexualidade sofrem uma banalização, e o acesso a esse tipo de conteúdo dificilmente sofre qualquer tipo de controle facilitando muitas vezes a pedofilia, o "porn revenge"²² e a divulgação ou o vazamento de conteúdo alheio sem autorização, podemos citar como exemplo o caso da atriz Carolina Dieckmann.

3. ASPECTOS DO DIREITO

3.1 CRIMES DE PLÁSTICO

A teoria dos crimes de plástico foi desenvolvida pelo Dr. Maximiliano Roberto Ernesto Führer, jurista e Promotor de Justiça do Estado de São Paulo.²³ As condutas abordadas por essa teoria têm relevância para fins de tipificação penal em momentos históricos e com base em quesitos peculiares da sociedade, ou seja, são uma resposta legislativa aos anseios da sociedade contemporânea.²⁴

Pode-se dizer que os crimes de plástico tem base em condutas antes não criminosas que passaram a ser tipificadas como crime a fim de tutelar uma situação especial, podemos citar como exemplo o crime do artigo 154-A, CP - Invasão de dispositivo

²² A **pornografia de vingança** (em inglês, *porn revenge*) é uma expressão que remete ao ato de expor publicamente, na Internet, fotos ou vídeos íntimos de terceiros, sem o consentimento dos mesmos, mesmo que estes tenham se deixado filmar ou fotografar no âmbito privado. Isto geralmente ocorre após o fim de um relacionamento amoroso, quando um dos envolvidos divulga cenas íntimas do outro, como forma de "vingar-se" do antigo parceiro. No Brasil, o ex-jogador de futebol e atualmente senador Romário apresentou, em outubro de 2013, um projeto de lei que transforma em crime a divulgação indevida de material íntimo. Em junho de 2015, o Google passou a aceitar pedidos de usuários para remoção de buscas que tenham relação com pornografia de vingança. CONTEÚDO aberto. In: **Wikipédia: a enciclopédia livre**. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Pornografia_de_vingança> Acesso em 18 out. 2019

²³ FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **História do direito penal: crime natural e crime de plástico**. São Paulo: Malheiros, 2005.

²⁴ FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **História do direito penal: crime natural e crime de plástico**. São Paulo: Malheiros, 2005.

informático, introduzido pela lei 23.737/2012, essa conduta foi tipificada após o caso emblemático da atriz Carolina Dieckmann

O início da era cibernética tem os seus pontos positivos e negativos, de acordo com Bitencourt²⁵, com relação aos pontos negativos abre-se a possibilidade para uma enormidade de novos crimes cibernéticos, assim surge a necessidade de criar, ordenar e disciplinar e ordenar o uso indevido das tecnologias de informação e comunicação.²⁶

O Ministério Público Federal defende que o Brasil deve aderir à convenção de Budapeste²⁷, visto que é necessário criminalizar a invasão de privacidade por meios eletrônicos.

3.2. LEI AZEREDO – LEI 12.735/12

O Projeto de lei nº 84/99, teve como meta a tipificação de crimes cibernéticos, à época ficou conhecido como “AI-5 Digital” esse projeto foi proposto inicialmente pelo Deputado Luiz Piauyllino no ano de 1999, e foi alterado no ano de 2008 pelo Senador Eduardo Azeredo de forma a tornar-se mais abrangente, ao todos seriam 23 artigos.

Em 2012, sob a alegação de que alguns pontos precisariam ser aperfeiçoados, a fim de garantir a liberdade na internet e o aumento da segurança dos usuários o projeto foi aprovado pela comissão de ciência e tecnologia com a rejeição de 17 dos 23 artigos.²⁸

Os artigos removidos versavam sobre acessos a sistemas informatizados sem autorização; obtenção, transferência ou fornecimento de dados ou informações sem autorização; divulgação ou utilização de forma indevida e dados ou informações pessoais contidos em sistemas de informação; destruição, inutilização de dados eletrônicos ou informações alheias por meios eletrônicos; inserção ou difusão de código malicioso em sistemas de informação; inserção ou difusão de código malicioso seguido de dano; estelionato eletrônico; atentado contra a segurança de serviço de utilidade pública; interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou

²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa** – 15 ed. Rev. ampl. E atual – São Paulo: Saraiva, 2015. p.514

²⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa** – 15 ed. Rev. ampl. E atual – São Paulo: Saraiva, 2015. p.514

²⁷ A **Convenção sobre o Cibercrime**, também conhecida como **Convenção de Budapeste**, é um tratado internacional de direito penal e direito processual penal firmado no âmbito do Conselho da Europa para definir de forma harmônica os crimes praticados por meio da Internet e as formas de persecução. CONTEÚDO aberto. In: **Wikipédia: a enciclopédia livre**. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Convenção_sobre_o_Cibercrime> Acesso em 18 out. 2019.

²⁸ SILVA, Rafael. **Versão reduzida da lei Azeredo é aprovada na câmara**. Disponível em: <<https://tecnoblog.net/102183/lei-azeredo-aprovada/>> Acesso em 17 out. 2019.

sistema de informação; falsificação de dados eletrônicos ou documentos públicos e falsificação de dados eletrônicos ou documentos particulares.²⁹

Os 6 artigos aprovados, tipificaram condutas como utilização de cartão de crédito ou débito obtidos sem autorização; punição nos casos divulgação de dados em período de guerra; obrigatoriedade para os provedores de serviço da remoção imediata de mensagens com conteúdo racista; criação de delegacias especializadas em combate a crimes cibernéticos.

3.3. LEI CAROLINA DIECKMANN - LEI 12.737/12

No mês de maio do ano de 2012 a atriz Carolina Dieckmann³⁰ teve copiadas 36 imagens de seu computador que revelavam situações íntimas além de conversas que foram divulgadas na internet sem autorização, em razão da grande repercussão desse caso foi proposto o projeto de lei nº 2793/2011 de autoria do deputado Paulo Teixeira, esse projeto teve a sua tramitação realizada em regime de urgência e foi aprovado em tempo recorde pelo congresso nacional, se comparado a outros projetos com temas semelhantes, a lei entrou em vigo em 02/04/2013.³¹

Os crimes previstos na lei 12737/12 são:

- Art. 154-A, CP - Invasão de dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita. Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa;
- Art. 266, CP - Interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública - Pena - detenção, de um a três anos, e multa;
- Art. 298, CP - Falsificação de documento particular/cartão - Pena - reclusão, de um a cinco anos e multa.

3.4. O MARCO CIVIL DA INTERNET - LEI 12.965/14

Através do estabelecimento de princípios, garantias, direitos e deveres para os usuários da rede mundial de computadores Marco Civil da internet busca regular o uso da Internet no Brasil, também estabelece diretrizes para a atuação estatal nesse sentido.

²⁹ SILVA, Rafael. **Versão reduzida da lei Azeredo é aprovada na câmara**. Disponível em: <<https://tecnoblog.net/102183/lei-azeredo-aprovada/>> Acesso em 17 out. 2019.

³⁰ SOARES, Paulo Renato - **Hackers que roubaram fotos de Carolina Dieckmann**. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=gGrEXCHMBWs>> Acesso em 16 out. 2019.

³¹ SOARES, Paulo Renato - **Hackers que roubaram fotos de Carolina Dieckmann**. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=gGrEXCHMBWs>> Acesso em 16 out. 2019.

O projeto de lei 2126/2011 visou uma reação de resistência social ao projeto de lei de cibercrimes, conhecido como Lei Azeredo, muito criticado à época e foi aprovado no ano de 2014.

O texto da lei aborda temas como o da neutralidade da rede, privacidade, retenção de dados, a função social que a rede precisa cumprir, de forma especial para garantir a liberdade de expressão e a transmissão de conhecimento, além da imposição de obrigações de responsabilidade civil aos usuários e provedores.³²

4.5. A PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE NOS CRIMES VIRTUAIS

É praticamente impossível a previsão sobre a prática de crimes cibernéticos, assim é extremamente relevante a observação de certos cuidados quando da utilização, a adoção de medidas preventivas visa diminuir a prática dos ciberdelinquentes, dessa forma a FECOMERCIOSP (Federação do Comércio do Estado de São Paulo)³³, criou uma cartilha de com recomendações aos usuários desse tipo de serviço, entre algumas da recomendações estão:

- Nunca acessar contas bancárias ou verificar dados confidenciais em sistemas coletivos de acesso à internet;
- Mantenha senhas diferenciadas e com trocas periódicas para contas bancárias;
- Faça compras somente em sites de sua confiança e que tenham credibilidade comprovada;
- Em compra através dos conhecidos sites de leilão, tome todas as precauções para confirmar a identidade do vendedor, bem como a veracidade das informações sobre o produto;
- Jamais abra arquivos anexos enviados por e-mails desconhecidos.
- Atenção com a divulgação de dados pessoais em sites de relacionamento;
- Bancos e instituições de renome não encaminham e-mails solicitando informações;
- Ao clicar em links fornecidos por sites ou enviados em e-mails, confirme sempre na barra de endereço para ver se foi encaminhado ao site que pretendia;
- Crie senhas difíceis (com caracteres, números e letras maiúsculas e minúsculas);

³² BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Proteção da Privacidade e de Dados Pessoais na Internet: O Marco Civil da rede examinado com fundamento nas teorias de Zygmunt Bauman e Manuel Castells.. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO; Adalberto; DE LIMA; Cintia Rosa Pereira. (Org.). **Direito & Internet III: Marco Civil da Internet**. 1ed.São Paulo: Quartier Latin, 2015, v. 2, p. 100-127.

³³ FECOMERCIO, **Cartilha de cuidados na Internet**. Disponível em <http://www.opiceblum.com.br/download/FECOMERCIO_CartilhaCuidadosInternet> Acesso em 17 out. 2019.

- Mantenha sempre atualizado o seu computador.³⁴

CONCLUSÃO

A difusão da internet e dos inúmeros meios de comunicação eletrônica disponíveis atualmente resultaram em uma grande evolução para a sociedade como um todo, assim podemos denominar a segurança da informação como um novo bem jurídico.

A globalização trouxe uma evolução digital vertiginosa para a sociedade pós-moderna e com isso as pessoas têm a necessidade continua de conexão plena, de comunicação em tempo real e de informação total através de seus dispositivos eletrônicos.

Essa evolução sem dúvida vem acompanhada de diversas facilidades e utilidades mas infelizmente traz consigo toda uma gama de problemas antes desconhecidos, como exemplo os crimes praticados em ambiente virtual, é de notório saber, que as leis brasileiras nem sempre são eficientes em punir adequadamente as praticas delituosas efetuadas através de dispositivos informáticos, especialmente devido a uma evolução constante e rápida da criminalidade nesse sentido em detrimento de uma evolução lenta do direito.

REFERÊNCIAS

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Proteção da Privacidade e de Dados Pessoais na Internet: O Marco Civil da rede examinado com fundamento nas teorias de Zygmunt Bauman e Manuel Castells.. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO; Adalberto; DE LIMA; Cintia Rosa Pereira. (Org.). **Direito & Internet III: Marco Civil da Internet**. 1ed.São Paulo: Quartier Latin, 2015, v. 2.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa** – 15. Ed. Rev. ampl. E atual – São Paulo: Saraiva, 2015.

CASSANTI, Moisés de Oliveira. **Crimes virtuais, vítimas reais**. Rio de Janeiro, 2014.

CONTEÚDO aberto. In: **Wikipédia: a enciclopédia livre**. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Assédio_virtual> Acesso em: 18 out. 2019.

CONTEÚDO aberto. In: **Wikipédia: a enciclopédia livre**. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Crime_do_colarinho_branco> Acesso em: 18 out. 2019.

³⁴ FECOMERCIO, **Cartilha de cuidados na Internet**. Disponível em <http://www.opiceblum.com.br/download/FECOMERCIO_CartilhaCuidadosInternet> Acesso em 17 out. 2019.

CONTEÚDO aberto. In: **Wikipédia: a enciclopédia livre**. Disponível em:
<<https://pt.wikipedia.org/wiki/Phishing>> Acesso em: 18 out. 2019.

CONTEÚDO aberto. In: **Wikipédia: a enciclopédia livre**. Disponível em:
<https://pt.wikipedia.org/wiki/Pornografia_de_vingança> Acesso em 18 out. 2019.

CONTEÚDO aberto. In: **Wikipédia: a enciclopédia livre**. Disponível em:
<https://pt.wikipedia.org/wiki/Convenção_sobre_o_Cibercrime> Acesso em 18 out. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (art. 1 ao 120)**. 8. Ed. - Salvador: JusPODIVM, 2016.

FECOMERCIO, **Cartilha de cuidados na Internet**. Disponível em
<http://www.opiceblum.com.br/download/FECOMERCIO_CartilhaCuidadosInternet>
Acesso em 17 out. 2019.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **História do direito penal: crime natural e crime de plástico**. São Paulo: Malheiros, 2005.

LANDIM, Wikerson. **Conheça a Lei Azeredo, o Sopa Brasileiro**. Disponível em:
<<http://www.tecmundo.com.br/ciencia/18357-conheca-a-lei-azeredo-o-sopa-brasileiro.htm>> Acesso em 17 out. 2019

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual Esquemático de Criminologia 2**. Ed. - São Paulo: Saraiva, 2012.

REIS, Wanderlei José dos. **Delitos cibernéticos, implicações da lei 12.737/12**. Disponível em: <http://www.tre-rs.gov.br/arquivos/REIS_delitos_ciberneticos.pdf> Acesso em 16 out. 2019

SILVA, Rafael. **Versão reduzida da lei Azeredo é aprovada na câmara**. Disponível em:
<<https://tecnoblog.net/102183/lei-azeredo-aprovada/>> Acesso em 17 out. 2019.

SOARES, Paulo Renato - **Hackers que roubaram fotos de Carolina Dieckmann**. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=gGrEXCHMBWs>> Acesso em 16 out. 2019

SUMARIVA, Paulo. **Criminologia: Teoria e Prática / Paulo Sumariva 5. Ed.** - Niterói, RJ: IMPETUS, 2018.

SUTHERLAND, Edwin H., White Collar Criminality, **American Sociological Review**, Vol. 5, No. 1 1940.

TARDE, Gabriel **Monadologia e sociologia**. Tradução de T. S. Themudo. Petrópolis, Vozes, 2003.

O CASO DOS CRACKERS DE ARARAQUARA E A RESPOSTA DO DIREITO BRASILEIRO

Victoria Codogno Bianqueti¹

RESUMO: Com a repercussão nacional e internacional do caso dos *crackers* de Araraquara e as conversas entre figuras públicas brasileiras, o presente artigo tem como objetivo investigar os fatos divulgados pela mídia, analisar a conduta dos *crackers* à luz da Constituição Federal, leis penais respectivas e explorar a ilicitude da conduta em si, demonstrando, por meio da doutrina penalista e técnicas de Segurança da Informação, que os indivíduos não poderão ser responsabilizados penalmente pelo acesso não autorizado a um sistema de informação.

PALAVRAS-CHAVE: 1. *Crackers*. 2. Leis Penais. 3. Segurança da Informação. 4. Acesso não autorizado.

THE ARARAQUARA CRACKERS' CASE AND THE BRAZILIAN LAW ANSWER

ABSTRACT: Having in mind the national and international repercussion of the Araraquara crackers' case and the conversation between brazilian public figures, this article aims at investigating the facts made public available by the media, analyze the crackers conduct through the Federal Constitution, criminal norms and the exploring the illicit of the conduct *per si*. It also intends to, through criminal doctrine and Information Security techniques, demonstrate that the individuals can not be held responsible for the unauthorized access of an information system.

KEYWORDS: 1. Crackers. 2. Criminal laws. 3. Information security. 4. Unauthorized access.

¹ Victoria Codogno Bianqueti é graduada em Análise e Desenvolvimento de Sistemas pela Faculdade de Tecnologia de São Paulo, consultora em *Cybersecurity* pela EY e graduanda em Direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas.

INTRODUÇÃO

A inovação tecnológica advinda da popularização do sistema de redes mundial de transmissão de dados (*Internet*²), ao final da década de 90, trouxe benefícios de natureza prática (como a automatização e otimização no ambiente de trabalho, maior e melhor armazenamento e acesso à informação, dentre outros), e, também, subjetiva (assim é o caso da conexão de seres humanos em âmbito global). À época, conforme aponta Castells (2003, p.7), há a criação de um novo paradigma da comunidade de seres humanos com a *Internet* e três pilares definidos pelo autor, quais sejam: “exigências da economia por flexibilidade administrativa (...), demandas da sociedade (...) e (...) revolução microeletrônica”³.

O mesmo autor traz uma breve explicação quanto ao desenvolvimento dessa nova realidade virtual (2003, p. 56),

A apropriação da capacidade de interconexão por redes sociais de todos os tipos levou à formação de comunidades *on-line* que reinventaram a sociedade e, nesse processo, expandiram espetacularmente a interconexão de computadores, em seu alcance e em seus usos. Elas adotaram os valores tecnológicos da meritocracia, e esposaram a crença dos *hackers* no valor da liberdade, da comunicação horizontal e da interconexão interativa, mas usaram-na para sua vida social, em vez de praticar a tecnologia pela tecnologia.

É inegável a reviravolta ocasionada com um simples protocolo de rede – a *Internet*. Criou-se, a partir da interação do ser humano com essa rede, uma nova realidade e até mesmo um novo mundo, onde não há qualquer contrato social previamente estabelecido tal qual o é na realidade exposta na abstração de Rousseau⁴. Tal ausência de governança e caos nas relações pessoais (a se excetuar casos relativos à prestação de serviços), inicialmente com o propósito positivo de inibir qualquer restrição à liberdade⁵, é, entretanto, cenário de inúmeras condutas (além das usualmente lícitas executadas na vida real que foram transportadas para a rede, como o comércio e a comunicação) que, na vida

² A *Internet* é um sistema de redes mundial de transmissão de dados, definido, de acordo com o artigo 5º, I do Marco Civil é definido por: sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para o uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes”.

³ Para os autores do artigo *Brief History of Internet* da Internet Society, o impacto da *Internet* é definido: “*The Internet is at once a world-wide broadcasting capability, a mechanism for information dissemination, and a medium for collaboration and interaction between individuals and their computers without regard for geographic location. The Internet represents one of the most successful examples of the benefits of sustained investment and commitment to research and development of information infrastructure*”. Disponível em: <<https://www.internetsociety.org/internet/history-internet/brief-history-internet/>>. Acesso em: 16 de ago. 2019.

⁴ A abstração referida diz respeito ao contrato social, o qual prevê a disponibilização de certos direitos naturais dos cidadãos para que, dessa forma, o Estado possa proteger cada individual.

⁵ A *Internet* não possui princípios aos quais ela é submetida, tendo em vista seu crescimento exponencial e ausência de um órgão ou empresa específica que a tenha desenvolvido.

cotidiana, são objeto de sanção estatal e socialmente rechaçadas, tais como o furto, estelionato e falsidade ideológica.

Diante desse cenário, a ideia de responsabilização na esfera penal é cogitada e advém exatamente do confronto da sociedade para com uma ação que entende ser lesiva a um bem jurídico no universo virtual. Algumas possíveis condutas que são coibidas socialmente na rede são: *phishing*⁶, *sniffing*⁷, *spamming*⁸, invasão de dispositivos, criação de programas maliciosos (vírus) e etc.

Ademais, é importante salientar o entendimento defendido por Beccaria (2015, p.40), de que a “medida do delito é o dano causado à sociedade”, cuja ideia pauta este artigo.

Diante do caso midiático a respeito do *sniffing* e *spoofing* contra servidores públicos ocorrido durante o primeiro semestre de 2019⁹, buscou-se estabelecer a legalidade e traçar delimitações, conforme a legislação atual, à responsabilização penal dos indivíduos que cometem condutas no ambiente virtual não anteriormente previstas como crime em um determinado tipo penal.

Ademais, no que diz respeito a este caso, a conduta dos *crackers* fora previamente punida com prisão temporária por parte do Direito Brasileiro. Por conta da suposta organização criminosa dos *crackers*, a prisão tem sido mantida desde que o paradeiro e a identidade daqueles que cometeram o monitoramento dos sistemas de informação.

O presente artigo tem como objetivo explorar as circunstâncias que circundam o caso, delimitando aspectos tecnológicos relacionados às condutas, bem como será estudada a resposta dada pelo Direito Brasileiro ao cometimento de tais violações.

Tal ideia será melhor expandida nos títulos seguintes.

⁶ Segundo o Glossário do Centro de Estudos, Resposta e Tratamento de Incidentes de Segurança no Brasil (CERT), a prática de *phishing* é entendida como: “Tipo de golpe por meio do qual um golpista tenta obter dados pessoais e financeiros de um usuário, pela utilização combinada de meios técnicos e engenharia social”. Disponível em: <<https://cartilha.cert.br/glossario/#p>>. Acesso em: 9 de out. de 2019.

⁷ Ainda segundo o CERT, tal prática é definida como: “Técnica que consiste em inspecionar os dados trafegados em redes de computadores, por meio do uso de programas específicos chamados de *sniffers*”. Disponível em: <https://cartilha.cert.br/glossario/#interceptacao_de_trafego>. Acesso em: 9 de out. 2019.

⁸ O *spamming* é uma das técnicas utilizadas pelos *crackers* mais antiga, seu conceito é definido pelo CERT como: “Termo usado para se referir aos e-mails não solicitados, que geralmente são enviados para um grande número de pessoas”. Disponível em: <<https://cartilha.cert.br/glossario/#s>>. Acesso em: 9 de out. 2019.

⁹ Para mais informações a respeito do caso, consultar a matéria Juiz põe ‘Chiclete’ e Molição, hackers de Moro e Deltan, em preventiva no Jornal Estadão. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/juiz-poe-hackers-chiclete-e-molicao-em-preventiva/>>. Acesso em: 9 de out. 2019.

1 CASO DOS CRACKERS DE ARARAQUARA

Em 9 de junho de 2019, o *site* The Intercept Brasil divulgou conversas do aplicativo Telegram¹⁰ entre o juiz Sergio Moro e o procurador Deltan Dallagnol, durante as quais aquele havia sugerido testemunhas, aconselhado procuradores, além de inferir quais seriam as possíveis decisões de casos que julgava em sua comarca.

O jornal inglês The Economist¹¹ expõe:

Most damaging are the many messages Mr Moro exchanged with Mr Dallagnol, in which he appeared both to coach and to chide him. The two seemed to work closely together. Under Brazil's constitution of 1988, judges are supposed to be neutral arbiters. In practice, lawyers say, judges often exchange information with prosecutors. That is against both the law and the code of judicial ethics. In such an important case, Mr Moro should have known better than to break the rules. Neither Mr Moro nor Mr Dallagnol has denied the authenticity of the messages, though they complain that they were obtained illegally.¹²

Tais conversas foram enviadas ao jornal por meio de *crackers*, que as obtiveram por conta de vulnerabilidades envolvendo as operadoras de telefonia móvel e o próprio aplicativo do Telegram em sua versão *web*.

Segundo o *site* The Hack¹³:

A Polícia Federal afirma [que] o responsável pela manobra teria se apropriado dos códigos de verificação enviados pelo Telegram no momento em que o usuário tenta sincronizar a sua conta com o Telegram Web. Ao fazê-lo, o mensageiro permite que o internauta solicite o token de autenticação por ligação de voz, efetuando uma chamada de áudio gratuita ao número cadastrado.

Quando o serviço dispara uma chamada para o telefone cujo número é vinculado à conta do Telegram e ela não é atendida, o código é salvo na caixa postal do número.

¹⁰ Serviço gratuito de mensagens instantâneas baseado em modelo de nuvem. Pode ser facilmente baixado pela *Internet*. É comumente utilizado por *hackers* por conta de sua premissa de respeitar a liberdade dos usuários.

¹¹ Brazil's Lava Jato corruption investigation could self-destruct. **The Economist**, 15/06/2019. Disponível em: <<https://www.economist.com/the-america/2019/06/15/brazils-lava-jato-corruption-investigation-could-self-destruct>>. Acesso em: 15 de out. 2019.

¹² Tradução livre: Mais impactantes ainda são as mensagens trocadas entre Moro e Dallagnol, que aquele aparece tanto aconselhando quanto repreendendo este. Os dois pareciam trabalhar muito próximos. Sob a Constituição do Brasil de 1988, os juízes devem árbitros neutros. Na prática, advogados dizem que juízes normalmente trocam informações com os procuradores. Essa prática é contra a lei e o código de ética da magistratura. Num caso tão importante, Moro deveria saber mais do que quebrar regras. Moro nem Dallagnol negaram a autenticidade das mensagens, embora aleguem que as mensagens foram obtidas ilegalmente.

¹³ Disponível em: <<https://thehack.com.br/invasao-ao-telegram-de-moro-pode-ter-sido-bem-mais-simples-do-que-imaginavamos/>>. Acesso em: 11 de out. 2019.

A partir da permissão irrestrita de acesso à caixa postal de um número, as operadoras mantêm a vulnerabilidade, que foi explorada pelos *crackers* ao solicitarem ao Telegram o código de acesso e disparando diversas chamadas para os usuários que pretendiam monitorar.

Tal ataque foi analisado pelo jornal El País ao entrevistar Daniel Nascimento a respeito da técnica utilizada¹⁴. Este expôs o seguinte:

um ataque como esse foi feito por meio de invasão a operadoras telefônicas e clonagem de chips, que, segundo ele [Daniel Nascimento], funciona como um espelhamento do celular, permitindo clonar automaticamente o e-mail e o número da vítima. "É possível fazer isso através de um chip virgem. Eles invadem a operadora, descobrem o número da vítima no chip e este número fica ativo em dois aparelhos ao mesmo tempo. Daí você tem as informações associadas ao tal número". Neste caso, os hackers não teriam usado a caixa postal, mas solicitado o código do Telegram via SMS, que teria chegado no chip clonado. Esse é um dos procedimentos de recuperação do Telegram (...).

O *token*, a partir disso, foi gravado em suas caixas postas, o que, posteriormente, foi facilmente descoberto pelos *crackers*. Eles ainda utilizaram a técnica de *spoofing*¹⁵, para obter o *token*. No caso, o juiz não possuía a dupla autenticação¹⁶, o que permitiu o acesso dos *crackers* aos seus registros no sistema do Telegram.

A partir da identificação dos *crackers*, a Polícia Federal realizou a operação Spoofing, prendendo quatro suspeitos temporariamente pela divulgação do conteúdo das conversas às quais tiveram acesso. Além dos dois servidores públicos, os *crackers* tiveram acesso a conversas de mais de 1000 pessoas¹⁷, incluindo, também, outras figuras públicas.

Ademais, há suspeita de que os *crackers* agiram motivados por vieses políticos, tais como esclarece o jornal El País¹⁸:

Moro havia revelado em 4 de junho ter sido hackeado por seis horas, durante as quais seus aplicativos de mensagem teriam sido acessados. "Leio, na decisão do juiz, a referência a 5.616 ligações efetuadas pelo grupo com o mesmo modus

¹⁴ OLIVEIRA, Joana. Para especialistas em segurança digital, faltam elementos no relato de hacker. **El País**, 27/07/2019. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/07/27/politica/1564178690_404304.html>. Acesso em: 15 de out. 2019.

¹⁵ Segundo o glossário do *National Institute of Standards and Technology* (NIST), o termo *spoofing* refere-se à falsificação do endereço de transmissão para ganhar acesso indevido a um sistema. Disponível em: <<https://csrc.nist.gov/glossary/term/spoofing>>. Acesso em: 11 de out. 2019.

¹⁶ Em camadas de segurança, a dupla autenticação diz respeito a outro meio capaz de verificar que o acesso é autorizado e realmente da pessoa à qual a conta pertence.

¹⁷ De acordo com reportagem do El País. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/07/27/politica/1564178690_404304.html>. Acesso em: 15 de out. 2019.

¹⁸ BETIM, Felipe. Truque com Telegram Web foi usado para tentar obter mensagens de Moro, diz juiz. **El País**, 24/07/2019. Disponível: <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/07/24/politica/1564001486_455170.html>. Acesso em: 15 de out. 2019.

operandi e suspeitas, portanto, de serem hackeamentos. Meu terminal só recebeu três. Preocupante" (...).

A invasão de privacidade e divulgação de conversas é meio de embate entre partidos políticos de esquerda e de direito no Brasil. O conteúdo das conversas entre Moro e Dallagnol é divulgado pelo The Intercept, visando maior transparência na política, demonstrando que há um grande sistema por trás da política brasileira, segundo o próprio site¹⁹.

Em nota em seu Twitter²⁰²¹, a empresa responsável pelo Telegram afirmou que não houve qualquer tentativa de acesso indevido ao sistema informacional do aplicativo, restando caracterizado, segundo ela, que os vazamentos se deram por conta da não aplicabilidade da dupla autenticação, que é deixada a critério do próprio usuário.

Atualmente, os quatro *crackers* envolvidos no caso se encontram presos desde que a Polícia Federal descobriu seus paradeiros por meio do IP de suas máquinas. A fundamentação para que eles continuassem em cárcere e fossem transferidos para a modalidade preventiva de prisão foi a conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal²², tendo em vista que há suspeita de que eles estejam envolvidos com fraudes bancárias e integrem organização criminosa.²³²⁴ Até a publicação deste artigo, a Justiça Federal da 1ª Região manteve a prisão dos suspeitos.

A partir do exposto, passa-se a analisar o caso no que diz respeito à resposta do Direito Brasileiro para o caso, que envolve tanto o aspecto jurídico, quanto o aspecto político do caso (uma vez que as conversas que foram divulgadas têm como sujeitos autoridades públicas).

¹⁹ GREENWALD, Glenn; REED, Betsy; DEMORI, Leandro. Como e por que o Intercept está publicando chats privados sobre a Lava Jato e Sergio Moro. **The Intercept**, 9/06/2019. Disponível em: <<https://theintercept.com/2019/06/09/editorial-chats-telegram-lava-jato-moro/>>. Acesso em: 15 de out. 2019.

²⁰ O Twitter da empresa é @telegram.

²¹ PUTTI, Alexandre. Lava Jato: Telegram diz que não há indícios de invasão por hackers. **Carta Capital**, 11/06/2019. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/politica/lava-jato-telegram-diz-que-nao-ha-indicios-de-invasao-por-hackers/>>. Acesso em: 15 de out. 2019.

²² JUSTIÇA FEDERAL DA 10ª REGIÃO. DECRETÃO DE PREVENTIVA. PJe 1017553-96.2019.4.01.3400. Juiz: Ricardo Augusto Soares Leite. DJ: 01/08/2019. **O Cafezinho**, 2019. Disponível em: <<https://www.ocafezinho.com/wp-content/uploads/2019/09/decisao-01.08.2019.pdf>>. Acesso em: 12 de out. 2019.

²³ TALENTO, Aguirre. Justiça decreta prisão preventiva dos suspeitos de hackear autoridades. **O Globo**, 1 de ago. 2019. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/justica-decreta-prisao-preventiva-dos-suspeitos-de-hackear-autoridades-23848927>>. Acesso em: 12 de out. 2019.

²⁴ JUSTIÇA FEDERAL DA 10ª REGIÃO. DECRETÃO DE TEMPORÁRIA. PJe 1017553-96.2019.4.01.3400. Juiz: Vallisney de Souza Oliveira. DJ: 19/07/2019. **Jota**, 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2019/07/9185b8c5b5b568f37018db758dc8cb2d.pdf>>. Acesso em: 12 de out. 2019.

Serão, também, analisados os pormenores de cada decisão judicial, o cabimento das medidas aplicadas, possíveis alternativas e legalidade das decisões.

2 RESPOSTA DADA PELO DIREITO BRASILEIRO

Define Nucci (2019, p. 346) a respeito de condutas lícitas e ilícitas: “O que pertence ao campo do *lícito* significa não estar vedado ou proibido por lei; pode até enfrentar um juízo moral ou ético, mas, sendo juridicamente permitido, nunca poderá ser crime”. Tal afirmação discrimina as condutas tipificadas daquelas atípicas, enquadrando-se nesta última categoria a grande maioria dos ataques cibernéticos – ainda sem tipificação adequada –, como também é o caso das técnicas de *spoofing* e *sniffing* presentes no caso.

No ordenamento jurídico penal brasileiro, conta apenas um tipo penal relativo aos ataques cibernéticos, qual seja o artigo 154-A do Código Penal, cujos núcleos do tipo são a invasão de dispositivo móvel e instalação de vulnerabilidades em dispositivo alheio (DELMANTO *et al.*, 2016, p. 549).

O verbo “invadir” é definido, segundo o Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa (1986, p. 963), como “entrar à força hostilmente em; ocupar à força; conquistar; (...) Dominar, tomar (...)”. Nesse sentido, vê-se que a invasão está atrelada à abstração, no mundo virtual, de ter o controle de acesso de um dispositivo móvel alheio, o que, por si só, fere o princípio constitucional de privacidade de um indivíduo.

O crime de invasão de dispositivo móvel, conduta cuja consumação é dada com o simples invadir do dispositivo, caracterizando-se, portanto, como um crime formal, não pode ser confundido com a técnica de “farejar” o funcionamento de um sistema operacional ou ter acesso a seu banco de dados. Em que pese a proteção contra a invasão e implantação de vulnerabilidades (no caso de desenvolvedores de *software*), o tipo penal do artigo 154-A, CP não abarca a conduta dos *crackers* de Araraquara que, ao se analisar minuciosamente, percebe-se que tiveram acesso irrestrito ao sistema do Telegram com mais de 100 pessoas monitoradas. Tal conduta não foi tipificada, isso é, não há previsibilidade legal da conduta de *sniffing* ou *spoofing* no ordenamento jurídico penal.

Isso posto, à primeira análise dos pontos que conceituam um crime²⁵, a conduta dos *crackers* não pode ser enquadrada no tipo do artigo 154-A do CP, uma vez que carece de previsibilidade no texto legal.

²⁵ Um fato só é tido como crime quando é típico, ilícito e culpável, conforme estabelece a teoria finalista da ação (WELZEL, 2001, p. 69).

Nesse sentido, a decisão de 19 de julho de 2019, a 10^a Vara da Justiça Federal decidiu que, por conta da atuação conjunta dos quatro *crackers* ao divulgar e acessar sem autorização conversas das autoridades públicas, havia grande suspeita de que haveria organização criminosa.

Para Nucci (2019, p.1), a organização criminosa é tida como:

associação de agentes, com caráter estável e duradouro, para o fim de praticar infrações penais, devidamente estruturada em organismo preestabelecido, com divisão de tarefas, embora visando ao objetivo comum de alcançar qualquer vantagem ilícita, a ser partilhada entre os seus integrantes. Pode-se sustentar que a organização criminosa tem a visível feição de uma empresa, distinguindo-se das empresas lícitas pelo seu objeto e métodos ilícitos.

É necessário que haja, para configuração da associação criminosa²⁶, a comprovação dos elementos normativos que necessários, quais sejam reunião de 4 ou mais pessoas e a prática reiterada de ilícitos penais (com pena máxima abstrata maior do que 4 anos) a fim de obter vantagem de qualquer natureza. Em que pese o elemento subjetivo estar presente, não há possibilidade de averiguar que há organização criminosa sem que, anteriormente, determine-se que diversos crimes foram cometidos pelo organismo criminoso.

Na decisão supracitada para o caso, o Magistrado entendeu por bem declarar a prisão temporária²⁷ dos quatro suspeitos de terem cometido as práticas de *sniffing* e *spoofing*, justificando tal por haver fortes indícios de crimes (sem especificar quais) e violar o sigilo telefônico de diversas autoridades via invasão de aplicativo Telegram.

Como fora verificado no exposto no título anterior, não há violação de sigilo telefônico quando se invade um aplicativo (conforme expõe a própria letra da decisão), pois a violação de sigilo telefônico é prevista no artigo 10 da Lei 9.269 de 1996, com pena máxima de 4 anos. Obteve-se, no caso, o acesso por outros meios que não a violação do sigilo telefônico, mas sim por meio de uma vulnerabilidade do próprio sistema e do sistema de operadoras telefônicas.

Ademais, o Magistrado entendeu que não haveria outro meio de obter provas para se configurar a organização criminosa, embora tenha decretado, também, a quebra de

²⁶ Tal crime é previsto na Lei 12.850 de 2 de agosto de 2013, artigo 1º, § 1º.

²⁷ A prisão temporária é contemplada na Lei 7.960 de 21 de dezembro de 1989. Modalidade de prisão que atende às investigações policiais, ela poderá ser decretada somente quando os incisos I e III ou II e III do artigo 1º da mesma Lei, isto é, somente com fundada razão de existência do rol de crimes no inciso III previstos é possível sua decretação (assim é o entendimento jurisprudencial e doutrinário). Os incisos I e II dizem respeito ao *periculum libertatis* e o inciso III ao *fumus commissi delicti*. Aquele interpretado como o perigo da liberdade do suspeito para a sociedade, e este, como a fumaça do cometimento do delito. O prazo para tal prisão é de 5 dias, podendo ser prorrogado por mais 5 caso haja comprovação de extrema necessidade (DANTAS, 2018).

sigilo telefônico e telemático, bem como afastamento do sigilo bancário dos suspeitos para apuração de possíveis vantagens ilícitas obtidas pelas técnicas pelos *crackers* utilizadas.

Para as últimas medidas, o Magistrado fundamentou-as no artigo 2º, II da Lei nº 9.269/96, estabelecendo que há indício razoável de autoria e materialidade do crime praticado e não houve outra maneira de obter provas a respeito.

Foi, também, expedido o mandado de busca e apreensão na residência dos suspeitos, a fim de recolher os aparelhos eletrônicos de acesso à Internet e quaisquer mídias de armazenamento para apuração da violação.

Tal decisão pautou-se em relatórios de informações financeiras levantados pela Polícia Federal, que averiguou movimentações financeiras incompatíveis com salários dos suspeitos e, para rastrear a origem dos recursos, decidiu decretar a quebra de sigilo bancário.

Por fim, decretou também o bloqueio de ativos dos suspeitos até o valor de R\$1.000,00 por entender que são diversos os investigados e as movimentações são difusas.

Findo o prazo para a prisão temporária, os *crackers* foram mantidos em cárcere pela conversão da temporária em preventiva, por, segundo o Magistrado, fundamentarem-se as circunstâncias na conveniência da instrução criminal e garantia da ordem pública. Entendeu o Magistrado que, embora um dos *crackers* terem declarado que possui diversas carteiras de *bitcoin* em seu nome, há ainda indícios de que podem ter incorrido em fraudes bancárias e estelionato.

A ilicitude de uma conduta está atrelada à desconformidade dela para com o ordenamento jurídico de um Estado como um todo, não só no aspecto penal da questão. Ela (a conduta) não é sequer permitida na vida comunitária (NUCCI *apud*. PIERANGELI; ZAFFARONI, 2018, p. 446).

Diante disso, a ilicitude não abarca somente a contrariedade para com o Direito Penal, mas com todo o complexo normativo de um Estado. Uma conduta pode ser ilícita, mas não ser prevista como crime por faltar-lhe a tipicidade (TOLEDO, 1997, p. 206).

A trazer à baila o caso estudado no presente artigo, a conduta de explorar vulnerabilidades de um sistema de informações sem o consentimento do detentor dos direitos autorais daquele sistema ou empresa que controle suas funcionalidades é prática rechaçada pela comunidade *hacker* (CASTELLS, 2003, p. 29), também a ser objeto de uma possível sanção civil de reparação do ilícito.

Ao praticar *sniffing* e *spoofing* sem o devido consentimento, os *crackers* infringiram os direitos fundamentais do artigo 5º, X da Constituição Federal, isso é, a intimidade dos usuários daquele sistema, cabendo, portanto, a aplicação do artigo 186 do Código Civil

combinado com o artigo 927 do mesmo Diploma – a reparação civil por violação de direitos alheios.

A responsabilização penal é atribuída ao indivíduo que ignora ou viola a norma penal imposta, incorrendo na ação ou omissão equivalente ao exposto no tipo penal em questão. O texto normativo penal prevê, para tal conduta, sanção proporcional ao dano causado.

A culpa *lato sensu*, cuja qual é necessária para que um indivíduo responda penalmente pela conduta incorrida, tal qual estabelece o artigo 18, parágrafo único do Código Penal, tem certos requisitos para que seja viável a imputabilidade de alguém por determinada conduta, isso é, será justa a responsabilização somente nos seguintes aspectos:

- Desenvolvimento mental completo; e
- Vontade livre e desprendida de qualquer vício.

Há, ainda, um terceiro requisitos estabelecidos por Bitencourt (2010, p. 46) para que seja caracterizada a culpa, quais sejam “capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta (...) a ausência de qualquer desses elementos é suficiente para impedir a aplicação de uma sanção penal”.

Para Nucci (2019, p. 515), a responsabilização penal é definida pelo seguinte:

Trata-se de um juízo de reprovação social, incidente sobre o fato e seu autor, devendo o agente ser imputável, atuar com consciência potencial de ilicitude, bem como ter a possibilidade e a exigibilidade de atuar de outro modo, seguindo as regras impostas pelo direito (teoria normativa pura, proveniente do finalismo).

A ter em vista o já exposto em título anterior, implicando na atipicidade de tal conduta, vê-se não ser viável sequer análise da culpabilidade de tal conduta, uma vez que não há fato típico no caso especificamente de *sniffing* e *spoofing* praticados pelos *crackers*.

Portanto, no caso do último requisito relativo à culpabilidade, não há que se falar em exigibilidade de conduta diversa, posto que a conduta *per si* não vem a ser ilícito penalmente relevante.

CONCLUSÕES

Os ataques cibernéticos são uma ameaça evidente que circunda as relações comerciais, interpessoais e estatais na contemporaneidade. O Direito, nesse sentido, deve atender às novas demandas que envolvam a tecnologia, não somente no aspecto prático, mas também a abarcar condutas socialmente reprováveis como infrações penais,

atendendo, para estabelecimento de *quantum* abstrato de mínimo e máximo de penalidade, às devidas racionalidade, razoabilidade e proporcionalidade.

Ademais, a atender ao princípio da não aplicação de analogia no âmbito penal, é necessário que sejam melhor compreendidos os tipos que já são previstos e até onde iria a sua aplicabilidade. Nem todas as técnicas utilizadas pelos *crackers* são, conforme exposto nos títulos anteriores, abarcadas pelo artigo 154-A do Código Penal, como é o caso das técnicas de *sniffing* e *spoofing* de um sistema de informação.

No caso de invasão de um sistema de informação, não há tipificação penal protegendo o bem jurídico (no caso o *software*) em questão. Portanto, o acesso indevido quando efetuado dessa maneira, lesa todos os usuários que usufruem dos serviços daquele determinado sistema, não somente uma pessoa em específico.

Quanto ao acontecimento dos *crackers* de Araraquara, suas prisões temporárias, somente pautadas nas técnicas de ataque cibernético por eles utilizadas, não são razoáveis sequer proporcionais, uma vez que, tomadas outras medidas (mandado de busca e apreensão, quebras de sigilo telemático, telefônico e bancário, dentre outras), caso houvesse qualquer possibilidade de ataque cibernético vinculado à fraude bancária ou estelionato, seria possível delimitar a autoria de maneira inequívoca e, também, reunir provas de materialidade dos crimes tão somente com a apreensão dos aparelhos telefônicos, *notebooks* e mídias de armazenamento.

Ademais, a prisão temporária, como especificado nos títulos acima, somente é cabível quando há prova infundada de que quaisquer dos crimes do inciso III, artigo 1º da Lei de Prisão Temporária fora cometido, isso é, não deveria haver dúvidas de que, no caso em questão, havia uma organização criminosa atuando, como alegado pela decisão que decretou a prisão temporária dos suspeitos. Vê-se, pela análise das decisões, que dois dos *crackers* não participaram dos supostos crimes que derivaram dos ataques cibernéticos. Dessa forma, não havia cabimento para o cerceamento da liberdade dos suspeitos.

A respeito da conversão da prisão temporária dos suspeitos para prisão preventiva, além dos critérios terem sido estabelecidos a partir da subjetividade, qual seja assegurar a aplicação da lei penal, não é possível mensurar de maneira objetiva se efetivamente a prisão dos suspeitos foi necessária para que as investigações fossem conduzidas. Ademais, os delitos pelos quais respondem não necessariamente são delitos cuja averiguação se faça pelo encarceramento dos suspeitos.

O encarceramento é uma medida que deve ser adotada somente em último caso²⁸ por se tratar de medida que restringe um direito fundamental previsto constitucionalmente, qual seja a liberdade de ir e vir (artigo 5^o, *caput*, Constituição Federal). Sua aplicação, prevista no Código de Processo Penal (artigo 311 e seguintes do Diploma Processual Penal) e em leis esparsas (como prisão temporária), possui rol taxativo²⁹ e, também, demanda fundamentação inequívoca. Não poderá caber qualquer outra medida quando esta é adotada.

Uma vez que a conduta dos *crackers* não é prevista em lei e não houve qualquer tentativa por parte dos suspeitos de tentar evadir-se das responsabilidades ou atrapalhar a persecução criminal, a prisão em caráter cautelar, como fora feita no caso, é abusiva e viola o *status libertatis* dos suspeitos, bem como o princípio do *in dubio pro reu*.

Portanto, quanto ao ponto relativo às medidas cautelares de cerceamento de liberdade aplicadas, vê-se que houve exagero ao serem decididas, posto que foram aplicadas outras medidas cumulativamente à prisão que, por si só, seriam menos agressivas para com os direitos fundamentais dos suspeitos e surtiriam o resultado delas esperado – a colheita de provas.

Relativamente às condutas, a invasão de sistema de informação não é tipificada. Dessa forma, os *crackers* não poderiam responder por tal, caso respondam, haverá evidente descumprimento do princípio da estrita legalidade penal, cujo qual estabelece que uma conduta somente poderá ser punida com a sua especificação em âmbito penal.

No presente caso, o qual encontram-se presos os quatro suspeitos de prática de *sniffing* e *spoofing*, por terem se envolvido com questões políticas e autoridades públicas, foram encarcerados para que delatassem o real motivo pelo qual adquiriram tais conversas. Foram envolvidos no caso, também, outras figuras públicas de posição política oposta ao daqueles que tiveram suas conversas divulgadas³⁰, resultando na amplificação do *show* exposto por Bauman (1999, p. 113).

É incompatível qualquer delação que tenha sido feita enquanto os *crackers* ainda estiverem encarcerados, uma vez que o artigo 1^o, §1^o da Lei 9.455 de 7 de abril de 1997 (Crimes de tortura), define como tortura submeter alguém preso ou que esteja sob medida de segurança a sofrimento físico e mental, utilizando-se de ato não previsto em lei.

²⁸ Corroborar com tal entendimento o que se depreende do artigo 282, § 6^o do Código de Processo Penal, *in verbis*: “A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”.

²⁹ O caso do rol taxativo é previsto para todas as modalidades de prisão, haja vista a necessidade de enquadrar a circunstância ao que a Lei elenca como requisitos para sua decretação.

³⁰ CAMPOREZ, Patrik; PIRES, Bruno. Manuela diz à PF que parte da troca de mensagens com hacker sumiu. **Estadão**, 4/10/2019. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/manuela-diz-a-pf-que-parte-da-troca-de-mensagens-com-hacker-sumiu/>>. Acesso em: 13 de out. 2019.

Portanto, quanto à resposta dada pelo Direito Brasileiro, houve dois exageros relativos à fase inquisitorial do processo penal no caso dos *crackers* de Araraquara: aplicação da medida cautelar de cerceamento de liberdade e não aplicação de princípios como legalidade e tipicidade.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1995.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 2 ed. São Paulo: Edipro de Bolso, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BELING, Ernst von. **Ação Punível e a Pena**. São Paulo: Rideel, 2007.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet: Reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. São Paulo: Zahar, 2003.

DANTAS, Rafael. Prisão temporária – Como funciona e quando pode ser decretada? **LFG**, 28/02/2018. Disponível em: <<https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/prisao-temporaria-como-funciona-e-quando-pode-ser-decretada>>. Acesso em: 16 de out. 2019.

DELMANTO, Celso; *et al.* **Código Penal Comentado**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. **Novo Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa**. São Paulo: Nova Fronteira, 1986.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34 Ltda, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. **Organização Criminosa**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico Penal**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

RELATIVIDADE DE PRINCÍPIOS PENAIS A LUZ DA TECNOLOGIA

Pedro Rodrigues de Freitas Lippe¹; José Eduardo Lourenço dos Santos²

RESUMO: O direito penal é norteado por princípios constitucionais e do próprio ordenamento penal. Tais princípios tem profunda ligação aos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, estes visam garantir segurança ao indivíduo que está sendo acusado, punição para quem ofendeu um bem jurídico resguardado pelo direito penal e ao mesmo tempo que o processo penal corra de maneira legítima e legal. Frente a isso temos a tecnologia, esta que através das mudanças que vem sofrendo quando em choque com o direito, é possível perceber que contribui com mudanças em diversas vertentes. Diante disso, o objetivo principal do artigo vai na linha de demonstrar a influência da tecnologia na relativização de princípios e direitos fundamentais. Já o objetivo específico é a relativização que ocorre dentro do processo penal e suas implicações na segurança jurídica e no procedimento jurídico penalista, especificamente o uso da prova obtida de forma ilícita. Foi utilizado o método indutivo na pesquisa. O resultado do estudo finda no que se encontra de relatividade dentro do direito penal ocasionado pelo avanço tecnológico.

PALAVRAS-CHAVES: Direitos Fundamentais; Direito Penal; Tecnologia.

RELATIVITY OF CRIMINAL PRINCIPLES IN THE LIGHT OF TECHNOLOGY

ABSTRACT: Criminal law is guided by constitutional principles and the penal order itself. These principles have a deep connection with the fundamental rights and the dignity of the human person. They aim to guarantee security to the individual who is being accused, punishment for those who offended a legal good protected by criminal law and at the same time that the criminal process runs legitimately and cool. Faced with this we have the technology, which through the changes that have been undergoing when in conflict with the law, it is possible to realize that it contributes to changes in several aspects. Given this, the main objective of the article is to demonstrate the influence of

¹ Mestrando em Direito pela Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha – UNIVEM, Especialista em Gestão e Legislação Tributária pelo Centro Universitário Internacional UNINTER, Pós-Graduando em Direito Penal e Processo Penal na Escola Paulista de Direito (EPD). Servidor Público do Estado de São Paulo.

² Pós-Doutor pelo Ius Gentium conunbrigae, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e pelo Centro de Estudos Interdisciplinares do Séc. XX da Universidade de Coimbra, Doutor pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Mestre em Direito pela Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha – UNIVEM. Pós-Doutorando pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Professor Universitário e Delegado de Polícia no Estado de São Paulo

technology in the relativization of fundamental principles and rights. The specific objective, on the other hand, is the relativization that occurs within the criminal process and its implications for legal certainty and criminal procedure, specifically the use of evidence obtained illegally. The inductive method was used in the research. The result of the study ends in what is relativity within the criminal law caused by the technological advance.

KEYWORDS: Fundamental rights; Criminal law; Technology

INTRODUÇÃO

A evolução da humanidade e das relações sociais durante séculos, trazem mudanças ao conteúdo jurídico que se necessita para regulamentar relações pessoais, sociais, patrimoniais, entre outros. O direito, desta forma, vai se adaptando a realidade de cada momento histórico e continua a ditar regras de comportamentos, regra da vida em sociedade, regra de liberdade, normas de estado, assim por diante.

Levando em consideração que as normas que mais impactam na vida de um cidadão é aquela que o tira sua liberdade, o direito penal, assim, deve acompanhar também as mudanças de comportamento social dentro da história e rever modos de investigação, forma do julgamento, métodos de punições, métodos de prevenção de delitos, criar novos tipos penais e até mesmo modificar o entendimento dentro da execução da pena.

Partindo do pressuposto que o direito penal deve ser o aquele com maior segurança jurídica dentro de todo ordenamento, visto que sua matéria trata diretamente do preceito fundamental de primeira geração que mais importa ao indivíduo como pessoa, sua liberdade e consequentemente seu tempo, como esse dogma jurídico se comporta frente as alterações sociais que a tecnologia está promovendo?

A tecnologia é um instituto relativamente novo, frente a história da humanidade, mas que pode ser considerado velho também, visto que todos avanços científicos são considerados avanços tecnológicos. Porém, na atualidade, o termo tecnologia se remete a sistemas de informação, computadores, celulares, internet, inteligência artificial, entre outros.

Na última década tais avanços científicos superam quase todo avanço da humanidade, a produção do conhecimento dobra em um espaço de tempo muito menor do que se era percebido a tempos atrás. Desta forma, causa um reflexo tamanho nas sociedades que nem mesmo o homem consegue se dar conta de acompanhá-la.

Dentro desta ideia, é nítido como a tecnologia está afetando o sistema jurídico de todo o mundo e principalmente o sistema brasileiro, e essa afetação ocorre dentro de diversos espectros legais. Pode-se mencionar o auxílio que a tecnologia presta aos

tribunais quanto a implementação do processo digital, o qual economiza tempo, pessoas e dinheiro do Estado e também dos usuários da justiça, tal como os advogados.

Mas também essa mudança pode ter uma vertente dentro das legislações, tal como, as mudanças normativas que precisam ser feitas a todo momento para adequação de realidades que estão em prática na sociedade.

Assim sendo, o trabalho se justifica pela abordagem de como tais evoluções tecnológicas estão afetando o direito penal e processual penal dentro da relativização de princípios fundamentais até então absolutos e como isso pode implicar em uma insegurança jurídica dentro da seara legal que mais necessita de zelo por tratar da liberdade individual do cidadão. Sendo que será especificado o princípio de vedação do uso provas obtidas de forma ilícita.

O presente artigo será estruturado em três capítulos, sendo o primeiro o aspecto histórico do direito e da tecnologia na humanidade.

Prosseguindo o segundo capítulo trará os preceitos fundamentais que são e possuem relação com o direito penal e processual penal que importem ao tema presente, tais como, os princípios da dignidade humana, da ampla defesa e da vedação da prova ilícita.

Finalizando o artigo, este fará a relação de como a evolução tecnológica está afetando os princípios basilares do direito penal brasileiro, especificamente do uso da prova obtida por meio ilícito em confronto com decisões judiciais penais.

O método utilizado no presente artigo é indutivo, e o procedimento metodológico utilizado foi compilação e pesquisa bibliográfica.

1 A HISTÓRIA DO DIREITO E DA TECNOLOGIA

A evolução legislativa mundial abarcou em seu início resguardo com o direito patrimonial e de propriedade, sendo que com o passar do tempo e o aumento da racionalidade humana, assim como, o convívio em sociedade sendo melhor desenvolvido, estes diplomas legais começaram a prever direitos e deveres individuais e coletivos.

Foi graças ao contrato social, denominação encontrada em Jean-Jacques Rousseau, John Locke e Thomas Hobbes, onde possui certas diferenças, mas possui um mantra básico que é a pequena privação de direitos e liberdades por parte de cada indivíduo para outorgar ao Estado um poder que a rege. Este que visa conduzir a vida social da melhor maneira possível e garantir que seu patrimônio e direitos individuais não serão atingidos de forma intencional por outro cidadão.

Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja de toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual, cada um, unindo-se a todos, não obedeça portanto senão a si mesmo, e permaneça tão livre como anteriormente. (...)Todas essas cláusulas, bem entendido, se reduzem a uma única, a saber, a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, em favor de toda a comunidade; porque, primeiramente, cada qual se entregando por completo e sendo a condição igual para todos, a ninguém interessa torna-la onerosa para os outros.³

Anteriormente a esses ícones do contratualismo, o mesmo pensamento é visto na obra de Cesare Beccaria, o qual também menciona a privação da liberdade individual para legitimar o poder de punir do Estado.

Por conseguinte, só a necessidade constringe os homens a ceder uma parte de sua liberdade; daí resulta que cada um só consente em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, isto é, precisamente o que era necessário para empenhar os outros a mantê-lo na posse do restante. O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça; é um poder legítimo.⁴

A normatização quando pensado na violação do direito de terceiro, tanto no âmbito patrimonial quanto individual pode utilizar institutos conhecidos na atualidade como o direito civil, direito do trabalho entre outros para assim conseguir uma indenização ou reparação do dano causado, mas também há casos em que o Estado precisa usar do seu poder, garantido pela privação de uma parte da liberdade do indivíduo, para prevenir que prejuízos iguais ocorram a mais cidadãos e também dar o exemplo para que qualquer outro indivíduo não pratique mais condutas semelhantes danosas o qual foi realizada anteriormente, neste caso, estamos diante do direito penal.

Frente a análise do direito penal, tem-se nos primórdios penas de caráter físicos para com o indivíduo ofensor do bem jurídico ora tutelado. O procedimento probatório e de ampla defesa era quase nulo, reduzidos muita das vezes ao caráter divino do governante que tinha sua opinião levada em consideração para a punição e para a escolha do culpado e do incidente.

Com a evolução da sociedade esse caráter de divindade passa a ser deixado de lado, fazendo com que a igreja perdesse força nas escolhas dos crimes e dos culpados, mas os castigos físicos ainda eram preferidos pelas autoridades da sociedade.

Em meados dos séculos XVII e XVIII, tem-se uma expansão do uso das prisões. Estas que tinham no início o nome de masmorra e um caráter de privação dos presos das

³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social: princípios do direito político** – 1 ed – Bauru, SP, EDIPRO, 2013, p. 21-23.

⁴ BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas.** - 1 ed – São Paulo: EDIPRO, 2013, p.22-23

pessoas, da luz do sol e de qualquer convívio social, essa que foi idealizada de várias maneiras, sendo que o modelo panóptico uma ganhou destaque graças a menção de Foucault em sua obra vigiar e punir.⁵ Atualmente as prisões são chamadas de penitenciárias.

Essas prisões não substituíam, a princípio, os castigos corporais, mas sim eram aplicadas a outros tipos de condenações previstas no ordenamento jurídico e também servia para abrigar os acusados até seu julgamento. Com o passar do tempo o estabelecimento prisional passa a ser aplicado em substituição aos castigos corpóreos, e assim, como um instrumento de privação de liberdade como pena torna-se a ser a pena mais aplicada em todo mundo.

“(...) Sua raiz está em outra parte: no fato, justamente, de que se pode à prisão que seja “útil”, no fato que a privação de liberdade – essa retirada jurídica sobre um bem ideal – teve, desde o início, que exercer um papel técnico positivo, realizar transformações nos indivíduos.”⁶

Na atualidade essa forma de punir o indivíduo começou a ser repensada por alguns países, visto que gera um custo alto para o Estado e sua efetividade de aprendizado para o infrator e prevenção a novos delitos é relativizada. Assim, medidas alternativas e até mesmo a tentativa na restituição do dano começam a ser vista com bons olhos em países com qualidade de vida e nível de desenvolvimento mais elevado.

Referente ao tema tecnologia, esta definição de palavra foi por tempo vinculado aos avanços científicos que eram promovidos em cada período histórico. Desta forma, nota-se que a tecnologia ou ciência agregada quando do início dos contratos jurídicos conhecidos na história eram bem rudimentares, eram vinculadas a caça, defesa, agricultura e moradia.

Os avanços científicos passam a proporcionar mudanças sociais dentro da evolução histórica da sociedade, alguns pontos chave foram a descoberta da de instrumentos de engenharia mecânica, energia elétrica, telefonia, informática, entre outros.

Em meados do século XX, o mundo passou a conhecer o que hoje é um instrumento essencial para as relações sociais e comerciais em todo o mundo, a internet. Este instrumento, que no início foi criado com uma finalidade militar de comunicação, ganhou espaço na sociedade civil como instrumento de comunicação simplificado, mas que foi sendo aprimorado de forma gradual até chegar hoje como o principal instrumento mundial de comunicação em vários sentidos.

⁵ FOCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. – 42 ed – Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

⁶ FOCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. – 42 ed – Petrópolis, RJ: Vozes, 2014, p. 241.

Juntamente com a expansão e aprimoramento da internet outros equipamentos eletrônicos tiveram sua evolução acelerada, sendo os principais destes podem ser considerados os computadores e celulares, uma vez que são itens considerados básicos na vida das pessoas atualmente.

No âmbito tecnológico vinculado com o direito, existiram vários avanços, os mais perceptíveis a sociedade é o processo de forma digitalizado, que pode ser peticionado e acessado de qualquer lugar e qualquer hora. Existem também inteligência artificial sendo testada em tribunais para que unifiquem precedentes em processos com mesma tese legal, fazendo assim, julgamentos rápidos e de forma equânime.

2 PRINCÍPIOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

Dentro do sistema jurídico brasileiro e mundial existem preceitos básicos que devem ser seguidos e efetivados em todo mundo. Esses direitos fundamentais são previstos em diversos diplomas internacionais tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, a Convenção Americana de Direitos Humanos, entre outros. Dentro do arcabouço legal nacional esses direitos fundamentais estão na Constituição Federal.

A dignidade da pessoa humana é o centro de todos os direitos fundamentais, e deve reger qualquer área do direito e seus princípios, neste entendimento o professor Bonavides tem um posicionamento claro e esclarecedor.

Criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana, eis aquilo que os direitos fundamentais almejam. (...) Os direitos fundamentais propriamente ditos são, na essência, entende ele, os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado⁷

No direito penal os princípios norteadores que são tratados de forma imutável e fiéis aos dogmas constitucionais, a título de análise no presente trabalho são, os da legalidade e da reserva legal, princípio da intervenção mínima, princípio da presunção de inocência, princípio da adequação social, entre outros.

É fato que todos estes princípios norteadores dão ao direito penal a segurança jurídica que todos cidadãos esperam, visto que, como já mencionado, trata-se da área do direito brasileiro que pune o desvio social grave com a restrição de direitos e da liberdade, sendo assim, o mais rigoroso poder do Estado.

⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. – 34 ed. – atual. – São Paulo: Malheiros, 2019, p.574

O princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio* é a personalização dessa limitação ao Estado em usar poder punitivo penal para qualquer situação do cotidiano, o jurista Cezar Roberto Bitencourt descreve sobre o tema de maneira clara e precisa.

O princípio da intervenção mínima, também conhecido com *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a *criminalização* de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes. Ademais, se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Assim, se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas as que devem ser empregadas, e não as penas.⁸

Já no que se refere ao princípio da adequação social sua interpretação é balizada no princípio da legalidade e da intervenção mínima, visto que, uma lei penal para que seja criada deve estar com todos os elementos do princípio da legalidade e ser o último meio do Estado em punir determinada conduta lesiva à bem jurídico. Junto a isso a adequação social é a importância que a sociedade dá aquela bem jurídico lesado, explicando, trata-se de algo que os cidadãos enxerguem que haja uma necessidade do Estado em aplicar o direito penal para determinada conduta que está ocorrendo socialmente.

Se caso o Estado resolver tutelar algo que a sociedade não ache que deva ser, a lei penal perde aplicabilidade e cai no desuso. Também nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt tem-se uma explanação sobre o tema.

O tipo penal implica uma *seleção de comportamentos* e, ao mesmo tempo, uma *valoração* (o típico já é penalmente relevante). Contudo, também é verdade, certos comportamentos em si mesmos típicos carecem de relevância por serem correntes no meio social, pois muitas vezes há um descompasso entre as normas penais incriminadoras e o socialmente permitido ou tolerado.⁹

Outro campo que dita o procedimento da fase investigatória, provas, ação penal, recursos, entre outros, é o direito processual penal, este também está diretamente ligado a direitos básicos dos cidadãos e possui princípios básicos para garantir a segurança jurídica e os pressupostos constitucionais.

Os princípios da legalidade, da verdade real, oficialidade, publicidade, contraditório, devido processo legal, inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos são exemplos dos princípios que o processo penal tem como norteador em sua dogmática.

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral v. 1. – 25 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 58.

⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral v. 1. – 25 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 61.

Todos estes garantem aos envolvidos no processo que não haja abuso por parte do Estado na aplicação do poder punitivo, garantia uma certa isonomia probatória e que sempre haja uma padronização na ação penal através do processo penal.

O princípio da verdade real, garante que o juiz deve buscar a verdade real dos fatos e não apenas se conformar com os fatos elencados nos autos. Mas esse princípio encontra limitações dentro do próprio processo penal quanto na Constituição Federal.

Da mesma forma o princípio da publicidade garante que todos os atos do processo serão públicos, já sua relativização ocorre nos processos em que é determinado o segredo de justiça pelo magistrado competente.

Assim como o princípio do contraditório e do devido processo legal são fundamentais para que haja um processo apreciado de forma justa e dentro dos parâmetros legais estabelecidos anteriormente ao seu começo, sob pena de gerar nulidades absolutas e impedir o prosseguimento do mesmo.

Quanto ao princípio tema central do trabalho, o da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, este será tratado de forma mais exauriente no próximo capítulo, visto que sua correlação com a tecnologia tem-se mostrado de forma a relativizar sua atuação como princípio norteador.

3 REFLEXOS DA TECNOLOGIA NO PROCESSO PENAL E O USO DA PROVA OBTIDA DE FORMA ILÍCITA

De acordo com os princípios analisado até o momento e frente ao tema principal de reflexão proposto pelo presente trabalho, o uso de instrumentos tecnológicos pode influenciar diretamente os rumos de uma ação penal em andamento, assim como de um processo já com trânsito em julgado.

Dentro de tal assertiva, um princípio mencionado no capítulo anterior que tem grande valor processual e pode ser diretamente influenciado pela tecnologia é o da obtenção e uso de provas ilícitas na ação penal ou na repercussão desta após seu devido trânsito em julgado.

As provas ilícitas são aquelas que são obtidas de forma que contrarie as regras de direito material ou processual, tais como regras de direito penal, direito civil, direito administrativo, entre outros, já a prova ilegítima é aquela que foi produzida em tempo inoportuno e assim não pode ser utilizado na ação penal. Tal explanação é clara nas palavras do professor Fernando Capez.

Prova ilegítima. Quando a norma afrontada tiver natureza processual, a prova vedada será chamada de ilegítima. (...) *Prova ilícita.* Quando a prova for vedada, em virtude de ter sido produzida com afronta a normas de direito material, será

chamada de ilícita. Desse modo, serão ilícitas todas as provas produzidas mediante a prática de crime ou contravenção, as que violem normas de Direito Civil, Comercial ou Administrativo, bem como aquelas que afrontem princípios constitucionais. Tais provas não serão admitidas no processo penal.¹⁰

Partindo desta premissa, constante na Constituição Federal do Brasil e no código de processo penal brasileiro, em seus artigos 5º, inciso LVI, o artigo 157 do Código de Processo Penal e a Lei 11690/2008, respectivamente, a tecnologia atual pode proporcionar um nicho para a obtenção destas, o que causaria uma grande insegurança jurídica na área mais crítica do direito.

O acesso quase que irrestrito a rede mundial de computadores (internet), o uso desta para o funcionamento dos tribunais e das instituições de investigação do Estado, a utilização de aplicativos de mensagens, mídias sociais, a facilidade de aquisição de smartphones, smartwatches, tablets, entre outros, deixam qualquer cidadão e os personagens da ação penal expostos em sua vida íntima e até mesmo profissional.

Desta forma, a aquisição de mensagens trocados por agentes públicos, defensores e até mesmo réus de forma ilegal, ou seja, sem uma autorização judicial para tal é considerada uma prova ilícita e deve ser ignorada pela ação penal. Porém, ocorre que existem demais princípios já mencionados anteriormente que devem ser levados em consideração, tal como a busca pela verdade real, o direito fundamental a liberdade individual, direito a vida, entre outros.

A prova ilícita obtida através de artimanhas tecnológicas pode ser utilizada para garantir outros direitos fundamentais? A resposta é controversa pela jurisprudência e pelos tribunais brasileiros, sendo que, no caso de aceitação, a tese utilizada é o princípio da proporcionalidade, assim, relativizando os direitos fundamentais, sendo que seu uso costuma ser para assegurar direitos fundamentais mais preciosos.

Recentemente foi veiculado em toda mídia nacional o caso de mensagens trocados por um juiz federal e procuradores federais sobre o direcionamento a ser tomado em ações penais que estavam em curso. Tais mensagens foram obtidas por um grupo de hackers de forma criminosa e repassadas a um site de notícias que a veiculou sem garantir a autenticidade das mesmas.

Com isso, houve grande repercussão do que poderia ocorrer com as ações penais que o juiz federal estava conduzido à época, se houve ou não parcialidade judicial, vício nos processos já julgados e em julgamento por instâncias superiores. Mas como observado,

¹⁰ CAPES, Fernando. **Curso de processo penal**. – 24 ed – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 372.

é um nítido caso de prova obtida por meio ilegal que está causando grande tumulto dentro e fora da seara jurídico-processual.

O Supremo Tribunal Federal, até o presente momento não se pronunciou de forma oficial, visto que não foi provocado para tal, mas o tempo responderá as dúvidas sobre os casos que serão remetidos a ele através de advogados de defesa e quanto as investigações da polícia federal frente aos crimes cometidos nesse contexto.

Fazendo uma analogia ao pensamento político do risco de Ulrich Beck, dentro do processo penal, instituto que deveria sofrer poucas mudanças e ter princípios consistentes, quem tem o poder de definir a extensão dos riscos e o que é ou não risco?¹¹

Nas palavras da pesquisadora Guivant, “A classe, como categoria de mudança social, é substituída por estes novos atores sociais e políticos, que sim tem a possibilidade de desafiar as estruturas dominantes.”¹²

Nesse contexto temos os analisadores e definidores do risco brasileiros, estes podem ser considerados como o Supremo Tribunal Federal o poder legislativo, visto que são os únicos capazes de inovarem a frente das definições e entendimento do direito penal frente as novas tecnologias.

CONCLUSÃO

É claro que a tecnologia como instrumento de inovação das relações sociais foi algo que trouxe uma série de benefícios para todos os cidadãos. O Estado também se beneficiou com os avanços tecnológicos, sendo que conseguiu utilizá-lo em vários setores para melhorar a prestação do serviço público e reduzir custos.

Na justiça a tecnologia vem de encontro a esse posicionamento e foi muito privilegiada com a digitalização dos processos, as teleconferências, os meios de investigações mais modernos, entre outros. Tais trouxeram segurança jurídica e otimizaram recursos estatais.

Porém como trazido no último a capítulo esse avanço tecnológico tem seu contrassenso e assim, pode resultar em problemas para o Estado. Os incômodos são desde a criação de novos tipos penais na seara digital, tal como a invasão e divulgação de matérias sigilosas e confidenciais, entre outros.

¹¹ Beck, U. Sociedade de risco. Rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2011

¹² GUIVANT, JULIA SILVIA. O legado de Ulrich Beck. *Ambient. soc.*, São Paulo, v. 19, n. 1, p. 227-238, mar. 2016. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-753X2016000100013&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 14 out. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/1809-4422asoc150001exv1912016>.

Quanto a matéria que trata da prova obtida de forma ilícita e veiculada sem o conhecimento do poder judiciário está trazendo a realidade do direito penal e processual penal novas figuras que podem ameaçar toda segurança jurídica construída após décadas do exercício legal.

Com tal insegurança, essa serve para ascender um alerta aos guardiões do direito brasileiro, entenda-se como os ministros dos tribunais superiores e os elaboradores de leis no Brasil. Esse alerta para que haja uma conformidade no que é a prova ilícita, e se esse princípio que já foi considerado absoluto após a relativização à época de tempos autoritários no Brasil, será mais uma vez relativizado em virtude da tecnologia.

Nesse sentido, se caso o entendimento seja tanto no lado de torná-lo novamente absoluto que realmente o seja em todo o Estado e que as consequências de manter um inocente custodiado sejam aceitas por toda a sociedade, mas se for a escolha na relatividade desde princípio, que da mesma forma a sociedade assumo o risco da insegurança jurídica penal que irá se instaurar no Estado.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. - 1 ed – São Paulo: EDIPRO, 2013.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: Rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral v. 1. – 25 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. – 34 ed. – atual. – São Paulo: Malheiros, 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso: 09 out 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal, RJ, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso: 09 out 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e da outras providências, DF, 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm>. Acesso: 09 out 2019.

CAPES, Fernando. **Curso de processo penal**. – 24 ed – São Paulo: Saraiva, 2017.

FOCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. – 42 ed – Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

FURTADO, Emmanoel Teófilo. Direitos humanos e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**. – Fortaleza: Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, 2005. Disponível em:
<<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/82>>. Acesso em: 16 jul. 2019.

GUIVANT, Julia Silvia. O legado de Ulrich Beck. **Ambient. soc.**, São Paulo , v. 19, n. 1, p. 227-238, mar. 2016 . Disponível em
<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-753X2016000100013&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 14 out. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/1809-4422asoc150001exv1912016>.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**: princípios do direito político – 1 ed – Bauru, SP, EDIPRO, 2013.

SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. **A discriminação racial na internet e o direito penal**: o preconceito sob a ótica criminal e a legitimidade da incriminação. – Curitiba: Juruá, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional – 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

REVENGE PORN E SUAS IMPLICAÇÕES NA ÓRBITA CRIMINAL NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Jorge Shiguemitsu Fujita¹; Fábio Gallinaro²

RESUMO: O presente trabalho tem o desiderato de analisar a conduta denominada pornografia de vingança, na esfera criminal e suas implicações na sociedade informacional. De proêmio, será efetuada uma sucinta abordagem sobre a conceituação e as estatísticas concernentes à aludida prática ilícita. Em seguida, considerações serão formuladas acerca do direito à intimidade e vida privada. Na esfera penal, breve exposição será efetuada sobre o tratamento dado à pornografia de vingança por outros países e a aplicação da legislação brasileira no caso em apreço. Altercações serão formuladas sobre a necessidade de inovações legislativas e as inovações trazidas pela Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018. Na conclusão, veremos a importância do aperfeiçoamento do ordenamento jurídico para a devida responsabilização do agressor e proteção da vítima, além das menções relativas às medidas de prevenção, notadamente para crianças e adolescentes.

Palavras-Chave: Pornografia de vingança. Implicações Criminais. Sociedade da informação.

REVENGE PORN AND ITS IMPLICATIONS ON CRIMINAL ORBIT IN THE INFORMATION SOCIETY

ABSTRACT: This paper aims to analyze the conduct called revenge pornography in the criminal sphere and its implications in the information society. In the first place, a succinct approach will be made to the conceptualization and statistics concerning the illicit practice. Next, considerations will be formulated about the right to privacy and privacy. In

¹ Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Titular de Direito Civil dos Cursos de Graduação e de Pós-Graduação lato sensu do Curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU (São Paulo). Professor Doutor do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Professor do Curso de Pós-Graduação lato sensu da Faculdade de Direito da Universidade Estadual de Londrina – UEL (PR). Professor do Curso de Pós-Graduação lato sensu da Escola Superior de Advocacia (ESA) da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo. Parecerista, consultor jurídico e advogado. E-mail: jorge.fujita@fmu.br

² Mestre em Direito da Sociedade da Informação das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU. Pós-graduado em Interesses Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. Pós-graduado em Direito Processual Penal pela Escola Paulista da Magistratura. Professor das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU. Assistente Jurídico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

the criminal sphere, brief exposure will be given on the treatment of revenge pornography by other countries and the application of Brazilian law in this case. Amendments will be formulated on the need for legislative innovations and the innovations brought by Law No. 13,718, of September 24, 2018. In conclusion, we will see the importance of improving the legal system for the proper accountability of the aggressor and protection of the victim, in addition to the mentions. concerning preventive measures, notably for children and adolescents.

Keywords: Revenge Porn. Criminal Implications. Information Society.

INTRODUÇÃO

Revenge porn ou pornografia de vingança é a expressão utilizada para designar a divulgação de imagens (fotos e vídeos) íntimas por intermédio da rede mundial de computadores – *Internet*, captadas muitas vezes com o consentimento de ambas as partes, mas divulgadas sem a concordância de uma delas, com o especial desiderato de menoscabar e aviltar a vítima. A conduta em debate se caracteriza, por mais das vezes, no relacionamento de casais heterossexuais, com a exposição da mulher em cenas eróticas ou sexuais, logo após o término da relação, como forma de *vingança* pelo homem, ou até mesmo como forma de impedir o rompimento da união por parte da mulher.

A expressão *pornografia de vingança* é criticada por Almeida, por entender que “as fotos e vídeos contendo nudismo não necessariamente são produzidos com o objetivo pornográfico ou sexual”,³ acreditando mais adequada a designação *exposição sexual não consentida*. De qualquer maneira, a exposição não consentida de conteúdo íntimo – mesmo que em um primeiro momento não tenha a finalidade pornográfica em si, mas, tão somente, a intenção de vingança – pode ser amplamente utilizada, *a posteriori*, para a concupiscência, sempre buscando a superexposição do corpo feminino como forma de erotização e satisfação dos impulsos sexuais.

É bem verdade que a pornografia de vingança atinge pessoas de ambos os sexos e orientações sexuais distintas, sendo inúmeros os motivos da exposição íntima. No entanto, a grande maioria das vítimas são mulheres heterossexuais, que após se desvencilharem de um relacionamento conturbado, são expostas por seus parceiros, de maneira aviltante, com o pérfido escopo de degeneração da imagem da vítima.

Além da divulgação de fotos e vídeos de conteúdo íntimo, muitas vezes o agressor também torna público dados pessoais da vítima, tais como nome completo, endereço

³ ALMEIDA, Marina Nogueira. A pornografia não consensual como delito do Direito Penal Informático, sua aplicação no Direito Brasileiro e a análise da mulher como principal vítima. **Lume – Repositório Digital**, Rio Grande do Sul, 2015. Disponível em <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/121909>. Acesso em: 24 mar 2017, p. 42.

eletrônico, número de celular, informações de redes sociais, etc., provocando considerável humilhação e gravíssimos transtornos, seja de ordem moral ou patrimonial, uma vez que a pessoa ofendida passa a sofrer assédios inescrupulosos, que fomentam a propagação das imagens indevidamente divulgadas, além de suportar comentários obscenos e propostas indecorosas.

Não se questiona, no presente estudo, por qual motivo mulheres permitem ser filmadas por seus parceiros em momentos íntimos ou até mesmo durante as relações sexuais. Certo é, contudo, que na sociedade patriarcal, que lamentavelmente ainda está arraigada na sociedade, é defeso às mulheres manifestações ostensivas sobre sexualidade, predominando a cultura sobre o sexo feminino pudico e recatado, enquanto os homens gozam de liberalidade para exporem suas intimidades sexuais, o que pode ser considerado até mesmo motivo de envaidecimento.

Nesse diapasão, importantes são as considerações extraídas em estudo sobre estratégias jurídicas de enfrentamento ao *revenge porn* no Brasil:

[...] é o sexo feminino que é afetado, ainda que a exposição seja de um casal heterossexual. Apresenta-se diante de nós o suposto paradoxo de que, em tempos de superexposição e desvalorização da privacidade, e possivelmente de uma certa liberalização dos costumes, principalmente por adolescentes, a exibição da nudez e de cenas sexuais envolvendo mulheres ainda seja um tabu tão extremo, com o condão até mesmo de destruir vidas.⁴

É cediço que milhares de pessoas utilizam aparelhos de telefonia celular com a finalidade de troca de mensagens, imagens e vídeos. Pesquisas indicam que 49% dos usuários costumam enviar fotos e mensagens íntimas para pessoas de seu relacionamento e um a cada dez parceiros já ameaçaram expor tal conteúdo na rede mundial de computadores – *Internet*, sendo certo que 60% dessas pessoas efetivamente concretizaram a ameaça e tornaram público o material íntimo. Consta, ademais, que 90% das vítimas de pornografia de vingança são mulheres e 93% delas afiançaram ter suportado graves problemas de ordem emocional. Além disso, 49% dessas mulheres afirmaram que, em razão da exposição da intimidade, foram assediadas e perseguidas por pessoas que visualizaram o material indevidamente divulgado.⁵

A ONG *SaferNet* Brasil – associação civil de direito privado, com atuação nacional que se consolidou como entidade de referência nacional no enfrentamento aos crimes e

⁴ VALENTE, Marina Giorgetti *et al.* **O Corpo é o Código: estratégias jurídicas de enfrentamento ao *revenge porn* no Brasil.** São Paulo: InternetLAB, 2016, p. 13.

⁵ Disponível em: <http://www.administradores.com.br/infograficos/tecnologia/revenge-porn-em-numeros/26/>. Acesso em: 26 mar 17.

violações aos Direitos Humanos na *Internet*, e que tem se fortalecido institucionalmente no plano nacional e internacional pela capacidade de mobilização e articulação, produção de conteúdos e tecnologias de enfrentamento aos crimes cibernéticos e pelos acordos de cooperação firmados com instituições governamentais – registrou, somente durante o ano de 2016, mais de 300 atendimentos via *chat* ou e-mail, efetuados em razão de exposição íntima não consensual.⁶

Vê-se, por conseguinte, que a problemática é profunda e exige a intervenção estatal, não somente para a prevenção de tais condutas, mas, sobretudo, para a proteção das vítimas, evitando que o material de cunho íntimo seja indevidamente divulgado, alcançando proporções avassaladoras com o atingimento de um número indeterminado de visualizações, bem como para se garantir a responsabilização criminal do agressor.

1 INTIMIDADE E VIDA PRIVADA

Entre os direitos fundamentais de maior relevância, temos a garantia da privacidade e da intimidade, entendida como a impossibilidade de se revelar, sem a devida autorização, quaisquer aspectos relacionados à imagem, voz, pensamentos e dados pessoais do indivíduo.

Diante das inovações tecnológicas, a proteção da privacidade e da intimidade ganha especial importância, porquanto eventual violação de tais garantias é capaz de produzir uma devassa na vida íntima, *v. g.*, com a simples invasão de dispositivo informático alheio, conduta esta que, inclusive, foi recentemente transformada em figura típica.⁷

Importante é distinção sobre privacidade e intimidade elaborada por Andrade, que bem se enquadra ao tema em análise:

Em realidade, a privacidade abrange os aspectos pessoais mais próximos do público, tais como o direito à imagem, o direito de não ver divulgados aspectos da vida pessoal, enquanto o direito à intimidade estaria mais concentrado nos aspectos personalíssimos da privacidade, de maneira que esta seria o gênero e a intimidade que abarca os dados sensíveis, como os atinentes a raça, opinião sexual, religião e opção política, bem como à vida íntima em família, constitui espécie, de

⁶ Disponível em: <http://helpline.org.br/indicadores/>. Acesso em: 26 mar 17.

⁷ A Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012, inseriu o artigo 154-A, no Código Penal, dispondo como criminosa a seguinte conduta: “Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita”, estabelecendo como preceito secundário da norma a pena de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. A *novatio legis* mencionada foi popularmente chamada de Lei Carolina Dieckmann, uma vez que a nominada atriz teve suas fotos divulgadas na *Internet*. Consta que, ao todo, 36 imagens da atriz nua foram publicadas na *web*, exigindo o agressor a importância de R\$ 10.000,00 para que tais imagens não fossem divulgadas.

forma que a privacidade seria um círculo maior, dentro do qual estaria a intimidade num círculo menor.⁸

Moraes, por seu turno, preceitua, com bastante propriedade, quais são os interesses sociais protegidos pelo direito à privacidade, que se coadunam perfeitamente com o tema aqui tratado à luz da sociedade da informação:

[...] a defesa da privacidade deve proteger o homem contra: (a) a interferência em sua vida privada, familiar e doméstica; (b) a ingerência em sua integridade física ou mental, ou em sua liberdade intelectual e moral; (c) os ataques à sua honra e reputação; (d) sua colocação em perspectiva falsa; (e) a comunicação de fatos relevantes e embaraçosos relativos à sua intimidade; (f) o uso de seu nome, identidade e retrato; (g) a espionagem e a espreita; (h) a intervenção na correspondência; (i) a má utilização de informações escritas e orais; (j) a transmissão de informes dados ou recebidos em razão de segredo profissional.⁹

Nessa conformidade, a proteção da privacidade e da intimidade, assegurada pela Constituição Federal,¹⁰ ganha contornos ainda mais consideráveis quando a violação a tais garantias individuais ocorre na órbita da sociedade informacional, levando-se em consideração a velocidade e o alcance no compartilhamento de imagens e vídeos por intermédio de aplicativos de mensagens instantâneas e redes sociais.

Além disso, o agressor sente-se mais à vontade para escarnecer a imagem da vítima por intermédio da rede mundial de computadores, com a falsa ideia de que permanecerá oculto, “pois a pessoa que pretende ofender, em regra, não está diante de multidão ou do próprio ofendido para diminuir a sanha antijurídica, sente-se mais à vontade para o cometimento do seu desiderato”, ensina Santos.¹¹

Dessa forma, verifica-se que a vingança de pornografia viola de maneira grave a intimidade da vítima e, por consequência, também a sua privacidade, causando-lhes graves transtornos e, por conseguinte, exigindo uma resposta estatal condizente com os malefícios oriundos da exposição indevida.

⁸ ANDRADE, Ronaldo Alves de. O Direito à Privacidade e à Intimidade no Processo Eletrônico. Paesani, Liliana Minardi (coord.). **O Direito na Sociedade da Informação II**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 160.

⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 80.

¹⁰ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

¹¹ SANTOS, Antonio Jeová. **Dano Moral na Internet**. São Paulo: Método, 2001, p. 166.

2 IMPLICAÇÕES NA ESFERA PENAL

É inegável que os avanços tecnológicos trazem inúmeros benefícios à sociedade. Entretanto, os malefícios causados pela sociedade informacional são inúmeros. Barreto Jr aponta com bastante acuidade que as novas tecnologias são capazes de provocar grave desrespeito à dignidade da pessoa humana, notadamente no que diz respeito aos crimes virtuais:

Com o advento da Internet e da Sociedade da Informação, surgiu uma nova modalidade de crimes cometidos no espaço virtual da rede através de e-mails (correio-eletrônico), websites (sítios pessoais, institucionais ou apócrifos) ou em comunidades de relacionamento na Internet, entre as quais as mais conhecidas são *Orkut*, *Facebook* e *Twitter*.¹²

Nesse aspecto, verifica-se que a legislação não evolui com a mesma velocidade que os recursos tecnológicos. Surge, então, grave preocupação com a tipificação de determinadas condutas, pois no Direito Penal vigora o princípio da legalidade, também chamado de princípio da reserva legal, consagrado pela expressão *nullum crimen, nula poena sine praevia lege*, devidamente previsto, tanto na Constituição Federal, quanto na respectiva lei material.¹³

Indispensável é a interpretação de Estefam sobre o princípio em comento:

[...] o princípio da legalidade tem importância ímpar em matéria de segurança jurídica, pois salvaguarda os cidadãos contra punições criminais sem base em lei escrita, de conteúdo determinado e anterior à conduta. Exige, ademais disso, que exista uma perfeita e total correspondência entre o ato do agente e a lei penal para fins descaracterização da infração e imposição da sanção respectiva.¹⁴

Árduo, por conseguinte, é o trabalho dos legisladores, tendo em vista que são os responsáveis pela criação de leis ordinárias capazes de criar figuras típicas condizente com os novos crimes informáticos, a fim de que os infratores não permaneçam impunes em razão da omissão legislativa. Fiorillo e Conte ressaltam que as denominações e classificações sobre crimes relacionados às novas tecnologias são várias, tais como, criminalidade de computador, delito informático, delitos cibernéticos, entre outras. Apontam, contudo, que a denominação “crimes informáticos” permite abarcar um campo de maior amplitude, levando-se em consideração a criminalidade relacionada com a

¹² BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Dignidade da Pessoa Humana na Sociedade da Informação. Simão Filho, Adalberto *et al* (Coord.). **Direito da Sociedade da Informação**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 465.

¹³ Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

¹⁴ ESTEFAM, André. **Direito Penal – Parte Geral**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 124.

informática e os avanços tecnológicos, expressando os autores, nesse aspecto, a seguinte preocupação:

O crescimento da criminalidade informática, e seu rápido desenvolvimento ao longo dos últimos anos, tornou-se uma preocupação mundial, tanto que boa parte dos países do globo têm tomado providências com o intuito de diminuir os impactos desse tipo de delinquência em seus territórios, seja por intermédio da subscrição a documentos internacionais de cooperação, seja por intermédio da promulgação de leis específicas para as novas condutas criminosas que surgiram ou, ainda, adaptando a legislação vigente utilizando-se de hermenêutica jurídica.¹⁵

Nas Filipinas a pornografia de vingança encontra-se tipificada desde 2009, no Ato Republicano nº 9995, Seção 4, capitulando como infração penal a conduta de “tirar fotos ou gravar vídeos de uma pessoa ou de um grupo de pessoas em atividade sexual ou qualquer atividade similar ou capturar imagem de partes íntimas de pessoas” (tradução nossa), em qualquer circunstância que haja expectativa legítima de privacidade, com pena de prisão de 3 a 7 anos, e multa.¹⁶

Posteriormente, no ano de 2013, o estado australiano de Victoria, tornou-se o primeiro a tipificar o delito de pornografia de vingança, com a modificação das leis existentes de *sexting*, tornando *contra legem* a conduta de publicar imagens nuas de alguém sem seu consentimento.¹⁷

No Japão, foi aprovada em 2014, pela Câmara dos Conselheiros, penas de prisão de até três anos e multas de até 500 mil ienes para a prática da pornografia de vingança. A lei também prevê punição com até um ano de prisão e multa de até 300 mil ienes quem distribuir material para que terceiros divulguem na rede. Além disso, a legislação também força os provedores de *Internet* a eliminar, no prazo de dois dias, os conteúdos indevidamente publicados.¹⁸

A lei canadense, por sua vez, prevê em seu Código Penal, mais precisamente no tipo 162, a conduta de *voyeurismo*, consistente observar “inclusive por meios mecânicos ou eletrônicos – ou fazer um registro visual de uma pessoa que está em circunstâncias que dão origem a uma expectativa razoável de privacidade”, sobretudo quando a pessoa estiver em algum local onde haja expectativa legítima de “[...] ficar nua, para expor seus

¹⁵ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; CONTE, Christiany Pegorari. **Crimes no Meio Ambiente Digital**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 142 e 172.

¹⁶ Disponível em: http://www.lawphil.net/statutes/repacts/ra2010/ra_9995_2010.html. Acesso em: 19 jun 2017.

¹⁷ Disponível em: <https://www.kitguru.net/channel/jon-martindale/australian-state-outlaws-revenge-porn/>. Acesso em: 19 jun 2017.

¹⁸ Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/mundo/asia/japao-aprova-lei-para-punir-vinganca-porno,1ab35042046c9410VgnCLD200000b1bf46d0RCRD.html>. Acesso em: 19 jun 2017.

órgãos genitais ou região anal ou seus seios, ou se envolver em atividade sexual explícita” (tradução nossa), podendo ser responsabilizado com prisão de até 5 anos, pena esta aplicável, de igual modo, àquele que divulga o conteúdo íntimo, ciente de sua ilicitude.¹⁹

No estado da Califórnia, nos Estados Unidos, onde a regulação da matéria é de âmbito estadual, entrou em vigor em 2013, como cláusula da urgência, lei que prevê pena de prisão de até 6 meses e multa de até US\$ 1 mil para quem postar na rede mundial de computadores fotografias ou vídeos de ex-cônjuge ou ex-namorada(o) sem consentimento. Justificou-se a criminalização da conduta, tendo em vista que as ações civis eram insuficientes para evitar a prática, agora considerada delituosa, sobretudo porque o autor das postagens não autorizadas, na maioria dos casos, não possuía recursos para o pagamento da indenização por danos morais, na hipótese de condenação. Ademais, obrigar os provedores a retirar imagens da *Internet* após elas se tornarem *virais* é tarefa bastante árdua, razão pela qual se optou, assim como em outros estados americanos, pela tipificação criminal da conduta.²⁰

Já no Brasil, antes do advento da Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018, a conduta denominada pornografia de vingança permitia o enquadramento em diversas figuras típicas, conforme a ação perpetrada pelo agente. A rigor, a divulgação de fotos íntimas sem o consentimento é ação que atinge a vítima em sua honra, definida por Fragoso como sendo o “valor social e moral da pessoa, inerente à dignidade humana”.²¹

Divide-se a objetividade jurídica em honra objetiva (opinião que o meio social tenha do sujeito) e honra subjetiva (sentimento da própria dignidade). É bem possível imaginar, dessa forma, que a pornografia de vingança é capaz de atingir a honra objetiva e subjetiva da vítima, pois além de macular o conceito que a vítima ostenta perante a sociedade, também agride a estima que possui por si mesma.

Antes do advento da Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018, a divulgação de fotos íntimas não consentida era enquadrada no Código Penal como crime de injúria,²² quando não há a imputação de fatos, mas sim de vícios ou defeitos morais, que atingem a honra subjetiva da vítima. Por se tratar de um crime de forma livre, ou seja, aquele que pode ser praticado pelas mais variadas formas, tais como gestos, palavras, símbolos, atitudes, figuras, etc., é perfeitamente possível a adequação típica com a exposição e divulgação de fotos da vítima por intermédio de redes sociais ou aplicativos de mensagens instantâneas.

¹⁹ Disponível em: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/page-35.html#docCont>. Acesso em: 20 jun 2017.

²⁰ Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-out-04/lei-california-criminaliza-postagem-imagens-eroticas-vinganca>. Acesso em: 20 jun 2017.

²¹ FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de Direito Penal**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 178.

²² Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

O entendimento de Rossini também é no sentido de que a injúria pode ser praticada de forma livre no ambiente de rede, “[...] quer através de sites, e-mails com cópia, ou até mesmo fechados (dirigidos diretamente do agente ao ofendido), escritos ou sonoros, encriptados ou não, desde que a vítima deles tenha conhecimento”.²³

Alguns doutrinadores não fazem diferenciação entre honra-dignidade e honra-decoro. Noronha, contudo, distingue da seguinte forma:

Lexicologicamente, *dignidade* e *decoro* são sinônimos, mas, na lei, apresentam nuances. A primeira é o juízo que a pessoa tem da própria honra ou honorabilidade, que é ofendida com expressões como “ladrão”, “estelionatário”, “pederasta” etc. Decoro é a decência, respeitabilidade e consideração que merecemos e que é lesado, v. g., quando se chama alguém de “estúpido”, “ignorante”, “arara”. Já agora, não há ofensa à honra – ser apoucado de inteligência não é desonroso – mas lesão ao respeito pessoal.²⁴

Em síntese, a honra-dignidade diz respeito aos atributos morais do indivíduo, enquanto a honra-decoro guarda relação com os aspectos intelectuais e físicos. Logo, depreende-se que a pornografia de vingança atinge a honra-dignidade da vítima e, por conseguinte, adequada a sua tipificação como crime de injúria.

Na hipótese de serem atribuídos fatos ofensivos à reputação da vítima, a figura típica transmuda-se para a difamação.²⁵ Casos há em que o agressor hospeda fotos e vídeos íntimos da vítima em páginas de prostituição da *Internet*, nacionais ou estrangeiras, impingindo-lhe a imagem de meretriz ou acompanhante. Dessa forma, estará o agente imputando fato ofensivo à reputação da vítima e, muitas vezes, além de vincular sua imagem a uma prostituta, torna públicos seus dados pessoais, tais como telefone, e-mail, endereço residencial e de trabalho, conduta esta que causa gravíssimos transtornos à vida pessoal da ofendida, que se vê obrigada a deixar seu trabalho e até mesmo mudar de cidade.

Caso emblemático é o da jornalista R.L., uma das primeiras vítimas da pornografia de vingança no Brasil, que teve fotos íntimas compartilhadas na *Internet* pelo ex-namorado E.G.S., com quem manteve um relacionamento amoroso por cerca de três anos, de modo a retratá-la como prostituta, expondo-a como se pretendesse angariar clientes e realizar programas sexuais. No caso em apreço, foi o agente condenado pelos crimes de difamação e injúria, em concurso formal, ambos qualificados pelo emprego de meio que facilitou a sua propagação, de forma continuada, ao cumprimento da pena de 1 ano, 11 meses e 20

²³ ROSSINI, Augusto. **Informática, Telemática e Direito Penal**. São Paulo: Memória Jurídica, 2004, p. 205.

²⁴ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 29.ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 130.

²⁵ Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

dias de detenção, e 88 dias-multa. O regime inicial fixado para o cumprimento da pena corporal foi o aberto. As penas privativas de liberdade foram substituídas por duas restritivas de direito, consistentes em prestação alternativa inominada, correspondente ao fornecimento mensal, pelo tempo da pena aplicada, da quantia de R\$ 1.200,00, destinada à vítima e prestação de serviços à comunidade ou a entidade pública, sentença essa confirmada pela 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.²⁶

Relativamente aos crimes contra a honra é possível afirmar que as regras morais presentes no mundo físico inexistem no mundo virtual, sob um suposto anonimato, pois, como ensina Santos, “a sensação de segurança quanto a jamais ser descoberto, permite o envio de termos chulos, de ofensas gratuitas e de discriminações inimagináveis se a vítima estivesse à sua frente”.²⁷ É o que ocorre na maioria dos casos, imaginando o agressor que não será descoberto, mas, felizmente, por intermédio de investigações mais detidas, é possível a localização e rastreamento do número de IP²⁸ para a consequente descoberta da autoria delitiva.

A pornografia de vingança, outrossim, pode ser consubstanciada em outros dois tipos penais previstos no Código Penal, quais sejam, ameaça²⁹ – quando o agente faz promessa de causar mal injusto e grave à vítima, com a divulgação não autorizada de conteúdo íntimo – ou extorsão³⁰ – se o agressor constranger a vítima, mediante ameaça de divulgação de fotos ou vídeos íntimos, visando a obtenção de indevida vantagem econômica.

É o que se viu na ação penal promovida contra S.T.R.S., condenado às penas de 6 anos de reclusão, em regime fechado, e 1 mês de detenção, no regime semiaberto, porque

²⁶ PENAL. APELAÇÃO. CRIMES DE INJÚRIA E DE DIFAMAÇÃO. ARTS. 139 E 140 DO CÓDIGO PENAL. AGENTE QUE POSTA E DIVULGA FOTOS ÍNTIMAS DA EX-NAMORADA NA INTERNET. IMAGENS E TEXTOS POSTADOS DE MODO A RETRATÁ-LA COMO PROSTITUTA EXPONDO-SE PARA ANGARIAR CLIENTES E PROGRAMAS. PROVA PERICIAL QUE COMPROVOU A GUARDA NO COMPUTADOR DO AGENTE, DO MATERIAL FOTOGRÁFICO E A ORIGEM DAS POSTAGENS, BEM COMO A CRIAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO DE BLOG COM O NOME DA VÍTIMA. CONDUTA QUE VISAVA A DESTRUIR A REPUTAÇÃO E DENEGRIR A DIGNIDADE DA VÍTIMA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CONDENAÇÃO CONFIRMADA. RECURSO NÃO PROVIDO (Apelação Criminal nº 756.367-3, Rel. Lilian Romero, j. 07.07.2011). Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11140382/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-756367-3>. Acesso em: 18 jun 2017.

²⁷ SANTOS, *op. cit.*, p. 226.

²⁸ O *Internet Protocol* (IP) é o protocolo responsável pelo roteamento de pacotes entre dois sistemas que utilizam a família de protocolos TCP/IP, desenvolvida e usada na Internet. O roteamento de pacotes permite dividir a informação em blocos que podem ser enviados separadamente e depois reagrupados no destino. Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/sos_dic_ijkl.shtml#1. Acesso em: 20 jun 2017.

²⁹ Art. 147 - Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

³⁰ Art. 158 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa: Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

constrangeu K.J.C, sua ex-companheira, mediante grave ameaça consistente em veicular na *Internet* vídeos íntimos do casal, dos quais tinha a posse, com o intuito de obter para si indevida vantagem econômica, bem como em razão de ter ameaçado a vítima, por palavras, de lhe causar mal injusto e grave.³¹

Em situações em que não são envolvidos valores patrimoniais, Sydow e Castro discorrem sobre a *sextorsão*, definida pelos autores como uma modalidade especial de extorsão cibernética, quando o agente exige que a vítima envie imagens ou preste favores sexuais, sob ameaça de distribuir informações pessoais e/ou imagens pornográficas ou sexualmente explícitas:

É muito comum que os ofensores iniciem a aproximação por meio de amizade, galanteio ou romance, virtual ou real, usados como tática para obtenção do material erótico ou pornográfico inicial, por meio do qual a vítima poderá ser posteriormente chantageada.³²

Vê-se, por conseguinte, que a pornografia de vingança, consistente no registro de cenas íntimas e posterior divulgação pela rede mundial de computadores, tem causado drásticas consequências para as vítimas, em virtude de graves humilhações suportadas.

O primeiro caso de suicídio ocorreu na cidade de Parnaíba, Estado do Piauí, quando a adolescente J.R.P., de 17 anos de idade, enforcou-se com o fio da *chapinha* depois que um vídeo em que fazia sexo com uma garota e um rapaz foi compartilhado pelo *WhatsApp*. Antes de ceifar a própria vida, a adolescente escreveu uma mensagem de despedida em seu *Instagram* e no *Twitter*: “É daqui a pouco que tudo acaba”. Apenas quatro dias depois, em Veranópolis, cidade do Rio Grande do Sul, a jovem G.L.F., à época com apenas 16 anos de idade, se matou após descobrir que o ex-namorado espalhou imagens suas, seminua, em redes sociais³³.

Cumprе salientar que, em se tratando de divulgação de conteúdo íntimo envolvendo criança ou adolescente, a conduta se torna ainda mais gravosa, com a possibilidade de responsabilização criminal do agente, conforme o caso, pelas figuras típicas previstas nos artigos 240, 241, 241-A, 241-B, 241-C, 241-D e 241-E, da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Da análise de todos os institutos até aqui estudados, conclui-se que a legislação atualmente em vigor, notadamente no aspecto penal, era ineficaz para atingir as

³¹ TJSP, Apelação nº 3001162-74.2013.8.26.0-114, 5ª Câmara Criminal, Rel. Juvenal Duarte, j. 28.08.2014. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=7809812&cdForo=0&v1Captcha=bkves>. Acesso em: 20 jun 2017.

³² SYDOW, Spencer Toth; CASTRO, Ana Lara Camargo de. **Exposição pornográfica não consentida na internet**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 34.

³³ Disponível em: http://istoe.com.br/336016_VINGANCA+MORTAL/. Acesso em: 20 jun 2017.

finalidades retributiva e preventiva da pornografia de vingança. Daoun (2008, p. 182) entende que a legislação penal já estipulada no arcabouço legal pátrio é suficiente para dar regulamentação aos crimes informáticos.³⁴

3 TIPIFICAÇÃO DA PORNOGRAFIA DE VINGANÇA

Com o advento da Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018, a pornografia de vingança foi devidamente tipificada com a criação do delito denominado *divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia*, previsto no artigo 218-C, do Código Penal.³⁵ A não previsão no ordenamento jurídico de capitulação específica para a conduta de pornografia de vingança poderia acarretar grave ofensa aos princípios da legalidade e anterioridade da lei penal, fazendo com que os juízes e tribunais tivessem que aplicar institutos de hermenêutica e exegese para a punição do agressor, contornando os argumentos daqueles que entendem impossível a analogia *in malam partem*. A criação de tipos penais específicos serve para dar segurança jurídica e orientar o cidadão acerca da conduta punível pelo Estado, possuindo o princípio da reserva legal um aspecto político, como bem observado por Jesus:

O princípio da legalidade (ou de reserva legal) tem significado político, no sentido de ser uma garantia constitucional dos direitos do homem. Constitui a garantia fundamental da liberdade civil, que não consiste em fazer tudo o que se quer, mas comente aquilo que a lei permite. À lei e somente a ela compete fixar as limitações que destacam a atividade criminosa da atividade legítima. Esta é a condição de segurança e liberdade individuais. Não haveria, com efeito, segurança ou liberdade se a lei atingisse, para os punir, condutas ilícitas quando praticadas, e se os juízes pudessem punir os fatos ainda não incriminados pelo legislador.³⁶

A técnica legislativa para a tipificação da pornografia de vingança não é a mais adequada, porquanto o tipo penal em testilha foi inserido no capítulo relativo aos crimes sexuais contra vulnerável. A categorização de pessoa vulnerável acha-se definida no artigo 217-A, e § 1º, do Código Penal, como sendo menores de 14 (catorze) anos, bem como

³⁴ DAOUN, Alexandre Jean. Crimes Informáticos e o Papel do Direito Penal na Tecnologia da Informação. Newton, De Lucca; Simão Filho, Adalberto (coords.). **Direito e Internet II: aspectos jurídicos relevantes**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 182.

³⁵ Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 1º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação.

³⁶ JESUS, Damásio de. **Direito Penal – Parte Geral**. 34.ed.. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 103-104.

alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

De qualquer modo, tipificação da conduta visa proteger a dignidade sexual, a honra e a intimidade das pessoas, assim como a paz pública. Trata-se de tipo misto alternativo, tendo em vista a previsão de vários núcleos (oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar), condutas dolosas que podem ser praticadas por quaisquer meios, sobretudo aqueles de comunicação de massa, como sistemas de informática ou telemática.

O objeto material, por sua vez, consiste em cena de sexo, nudez ou pornografia, elementos contidos na última parte do artigo 218-C, do Código Penal, cabendo aqui destacar a opinião de Estefam acerca negativa de consentimento da vítima:

Não se admite consentimento tácito para divulgação de cenas envolvendo atos sexuais consentidos. Trata-se de condutas praticadas de maneira privada, no seio da intimidade das pessoas envolvidas, subentendendo-se que a revelação, de qualquer modo, a terceiros, é, a princípio, indesejada pelos sujeitos. O fato de alguém concordar em ser filmado ou fotografado pelo parceiro durante um ato sexual não implica, portanto, consentimento à divulgação do registro efetuado.³⁷

Cuida-se de crime de mera conduta, bastando que o agente pratique quaisquer dos núcleos para que ocorra a consumação, sendo admissível a tentativa, embora de maneira remota. Podemos imaginar a situação do agente que, ao fazer o *upload* do registro pornográfico na rede mundial de computadores não consegue atingir o seu intento porque a vítima ou terceira pessoa, percebendo a ação delituosa, impede que fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual seja carregado, impedindo a consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Na hipótese de relação íntima de afeto que o agente mantenha ou tenha mantido com a vítima, aplica-se a causa de aumento prevista no § 1º do artigo 218-C do Código Penal, entendendo-se como tal a relação de caráter amoroso entre pessoas, pouco importando o gênero delas, bem como a intensidade ou duração do envolvimento, “incluem-se, portanto, o casamento, a união estável, o namoro e até mesmo relações mais efêmeras ou fugazes, nas quais tenha havido uma ligação carinhosa (no sentido sexual) entre os envolvidos”, esclarece Estefam.³⁸

No que concerne ao preceito secundário da norma, verifica-se que o legislador se preocupou em punir de maneira relativamente rigorosa o agressor que comete a

³⁷ ESTEFAM, André. **Direito Penal – Parte Especial**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 792.

³⁸ ESTEFAM, *op. cit.*, p. 793.

pornografia de vingança, estipulando a pena de reclusão de 01 (um) a 05 (cinco) anos para a conduta. A princípio, admite-se a suspensão condicional do processo, prevista no artigo 89, da Lei nº 9.099/95. Contudo, tratando-se de relação íntima de afeto, haverá a aplicação da causa de aumento supramencionada, o que impede a aplicação do benefício, tendo em vista que a pena mínima resultará superior a 01 (um) ano de reclusão. Cumpre salientar, por oportuno, que o artigo 41, da Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha) dispõe que aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, impedindo, assim, a concessão do beneplácito conceituado como *sursis processual*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A modificação legislativa que tipificou o delito de divulgação de cena de sexo ou de pornografia não consentida veio em boa hora, mas, ao que parece, não têm o condão de erradicar a repugnante prática. A problemática exige soluções rápidas por parte dos provedores de conteúdo e aplicações, que devem aprimorar suas tecnologias, a fim de impedir que imagens íntimas indevidamente divulgadas não se alastrem de maneira que se torne impossível a remoção do conteúdo ofensivo.

A fixação de uma justa indenização por danos morais nem sempre é medida consentânea para evitar a prática de novos atos ilícitos, com o desiderato de dissuadir o agressor a causar humilhação à pessoa com quem se relacione ou tenha se relacionado intimamente, notadamente em virtude da hipossuficiência do agente, razão pela qual a tipificação penal mostra-se adequada e necessária.

Dessa forma, a severa punição no âmbito criminal é medida indispensável, de modo que se permita aos magistrados e tribunais flexibilidade para a dosagem das reprimendas, conforme as circunstâncias e consequências do crime, bem como o dano suportado pela vítima, que muitas vezes, como visto, pode resultar em perda do emprego, humilhação, afastamento de familiares e, em hipóteses mais drásticas, acarretar o suicídio de mulheres jovens ou adolescentes.

Importante, noutra prisma, a conscientização sobre o uso adequado da *Internet*, com o máximo respeito à liberdade de expressão, mas procurando evitar o compartilhamento de fotos ou vídeos com exposição da intimidade, lembrando que tudo aquilo que é divulgado pela rede mundial de computadores fica grafado para sempre em diversos *domínios*, muitas vezes difíceis de serem rastreados. Outro cuidado essencial deve ser tomado no que tange aos relacionamentos virtuais, tendo em vista a possibilidade de

criação de perfis falsos em redes sociais com finalidades perversas de manipulação das vítimas para o fornecimento de imagens de conteúdo íntimo.

Urge consignar, ainda, que aquilo que divulgamos nas redes sociais se torna público e pode ser manipulado por indivíduos inescrupulosos, na maioria dos casos, pessoas que possuem relacionamento com a vítima, visando eventuais chantagens e culminando com a prática de ameaças e extorsões.

Não se pode olvidar, igualmente, a proteção das crianças e adolescentes, que embora apresentem grande capacidade técnica e perspicácia para manusear equipamentos informáticos, não possuem maturidade para lidar com situações de perigo, que se apresentam com muita sutilidade no ambiente virtual. Convém lembrar que, proibir não educa, nem previne. Assim, é indispensável a relação de confiança e o diálogo para que crianças e adolescentes não sejam vítimas das condutas tão odiosas aqui abordadas.

As vítimas, por sua vez, sejam elas jovens ou adultas, não podem e não devem ser condenadas por terem permitido a produção de imagens íntimas, mediante a confiança depositada na pessoa de seu relacionamento. O mais importante, depois de eventual divulgação de conteúdo íntimo perante a *Internet*, é acolher e minimizar a angústia e a vergonha, a fim de se evitar consequências muito mais drásticas, como no caso das adolescentes que ceifaram a própria vida.

As iniciativas de organizações não governamentais, que visam a prevenção e punição da pornografia de vingança são por demais importantes, a fim de auxiliar o poder Estatal na tarefa de coibir ações criminosas que violam gravemente a privacidade e intimidade das vítimas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Marina Nogueira. A pornografia não consensual como delito do Direito Penal Informático, sua aplicação no Direito Brasileiro e a análise da mulher como principal vítima. **Lume – Repositório Digital**, Rio Grande do Sul, 2015. Disponível em <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/121909>. Acesso em: 24 mar 2017.

ANDRADE, Ronaldo Alves de. O Direito à Privacidade e à Intimidade no Processo Eletrônico. Paesani, Liliana Minardi (coord.). **O Direito na Sociedade da Informação II**. São Paulo: Atlas, 2009.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Dignidade da Pessoa Humana na Sociedade da Informação. Simão Filho, Adalberto *et al* (Coord.). **Direito da Sociedade da Informação**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 53.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069compilado.htm. Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm. Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/L11340.htm. Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018**. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm#art1. Acesso em: 15 out. 2019.

DAOUN, Alexandre Jean. Crimes Informáticos e o Papel do Direito Penal na Tecnologia da Informação. Newton, De Lucca; Simão Filho, Adalberto (coords.). **Direito e Internet II: aspectos jurídicos relevantes**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

DE ANDRADE, Ronaldo Alves. O Direito à Privacidade e à Intimidade no Processo Eletrônico. In: PAESANI, Liliana Minardi (coord.). **Direito da Sociedade da Informação**. São Paulo: Atlas, 2009.

ESTEFAM, André. **Direito Penal – Parte Geral**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ESTEFAM, André. **Direito Penal – Parte Especial**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; CONTE, Christiany Pegorari. **Crimes no Meio Ambiente Digital**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de Direito Penal**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal – Parte Geral**. 34.ed.. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 29.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROSSINI, Augusto. **Informática, Telemática e Direito Penal**. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano Moral na Internet**. São Paulo: Método, 2001.

SYDOW, Spencer Toth; CASTRO, Ana Lara Camargo de. **Exposição pornográfica não consentida na internet**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

VALENTE, Marina Giorgetti *et al.* **O Corpo é o Código: estratégias jurídicas de enfrentamento ao revenge porn no Brasil**. São Paulo: InternetLAB, 2016.

VARELLA, Gabriela; SOPRANA, Paula. **Pornografia de Vingança é um problema de gênero**. Disponível em: <http://epoca.globo.com/vida/experiencias-digitais/noticia/2015/12/pornografia-de-vinganca-e-um-problema-de-genero.html>. Acesso em: 24 mar 2017.

URSO BRANCO: BREVE ARTIGO SOBRE TECNOLOGIA, PUNITIVISMO E (DES)HUMANIZAÇÃO NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

Bruna Charifker Vogel¹; Greice Patrícia Fuller²

Resumo: O desenvolvimento tecnológico e sua crescente aplicação impõem novas demandas ao Direito - seja na tipificação de novas condutas, seja na regulamentação de seus usos na/pela sociedade. No entanto, quando o próprio sistema de justiça criminal utiliza tecnologias disruptivas, é preciso uma reflexão crítica e atenta à sua pseudo-neutralidade, ao seu potencial punitivista, seletivo e subjetivo. A partir da análise de um episódio de uma popular série de ficção científica da TV, este artigo visa debater o fetiche da tecnologia: uma ética antiga de crueldade sob o manto de uma estética de modernidade, ou seja, a reprodução e intensificação de velhas soluções na gestão da criminalidade por meio de instrumentos inovadores.

Palavras-chave: tecnologia, punitivismo, sistema de justiça criminal, criminologia, sociologia jurídica.

WHITE BEAR: BRIEF ARTICLE ON TECHNOLOGY, PUNITIVENESS AND (DE)HUMANIZATION OF THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM

Abstract: Technological development and its increasing application impose new demands on the Law - either in the typification of new behaviors or in the regulation of its uses in/by the society. However, when the criminal justice system itself utilizes disruptive technologies, critical and attentive reflection is needed to their pseudo-neutrality, their punitive, selective and subjective potential. From the analysis of an episode of a popular science fiction TV series, this article aims to discuss the fetish of technology: an ancient ethics of cruelty under the veil of a modern aesthetic, in other words, the reproduction and intensification of old responses in the management of crime through innovative instruments.

Key words: technology, punitiveness, criminal justice system, criminology, sociology of law.

¹ Graduanda em Direito pela Faculdades Metropolitanas Unidas/FMU, Mestre em Estudos Latino Americanos e Caribenhos pela New York University/NYU e Bacharel em Ciências Sociais pela Universidade de São Paulo/USP.

² Pós-Doutora em Direito na Universidad de Navarra /Espanha (2018). Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação Lato Sensu da PUC e da FMU.

“Eu vejo o futuro repetir o passado,
Eu vejo um museu de grandes novidades”

Cazuza

“Esse povo todo vai rir, bater as mãos, aplaudir. E entre todos esses homens, livres e desconhecidos dos carcereiros, que correm cheios de alegria para a execução, em meio a essa multidão de cabeças que cobrirá a praça, haverá mais de uma predestinada cedo ou tarde que seguirá a minha na cesta vermelha. Mais de um homem que está vindo por minha causa e estará vindo por causa de si mesmo.”

Victor Hugo

“Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.”

Artigo V, Declaração Universal dos Direitos Humanos

INTRODUÇÃO

Neste breve artigo, pretende-se problematizar o uso de novas tecnologias no sistema de justiça criminal, utilizando como ponto de partida um episódio específico de um popular seriado de ficção científica. Tal aproximação crítica terá como fundamentação teórica o Direito Penal, a Criminologia Crítica³, a Sociologia Jurídica e a Psicologia. Na primeira parte do texto, será apresentado um resumo do episódio Urso Branco da série britânica *Black Mirror*. Na sequência, serão feitas observações sobre alguns aspectos do episódio que, numa primeira impressão, parecem ser ficcionais demais para serem críveis. Por fim, algumas (in)conclusões acerca da mútua influência entre tecnologia e punitivismo serão evidenciadas. Em suma, o objetivo principal aqui é levantar questões, problematizar o uso das chamadas tecnologias disruptivas no sistema de justiça criminal – tendo sempre em mente que toda ciência começa com indagações.

O desenvolvimento tecnológico sempre teve como um de seus principais objetivos “libertar” os homens do trabalho mecânico, repetitivo e, assim, deixá-los com as atividades consideradas mais tipicamente humanas, tal como a criatividade. Em outras palavras, pode-se dizer que o avanço tecnológico é associado (explícita ou implicitamente) a um processo de humanização e empoderamento de indivíduos e grupos. No entanto, a realidade fática demonstra que esta não é necessariamente uma relação direta, suscitando profundas indagações sobre o tipo de sociedade que estamos construindo. No campo da

³ De forma bastante sintética, a Criminologia crítica é a vertente marxista das teorias criminológicas na medida em que estuda a criminalidade como criminalização, ou seja, como um processo de construção social e de disputa de poder. Ela se contrapõe às escolas positiva e clássica que colocavam no crime em si ou no criminoso o núcleo explicativo da criminalidade – fatores biológicos, físicos e/ou psíquicos, por exemplo.

psicologia, por exemplo, muito tem se estudado sobre como a tecnologia modifica as relações sociais, os hábitos, a compreensão de si e dos outros. A velocidade, o imediatismo e os excessos sensoriais fragmentados modificam a formação e o funcionamento da mente e das emoções; a sensação constante de obsolescência e ansiedade influenciam o tempo de reflexão que nos permitimos ter diante de cada fato da vida, ou seja, há um achatamento dos ciclos do ver-compreender-concluir (Jerusalinsky, 2018). Além disso, as denominadas máquinas inteligentes estão cada vez mais presentes em nosso cotidiano, tanto no mundo real-visível-paupável quanto no mundo virtual, realizando tarefas complexas antes consideradas tipicamente humanas, influenciando nossas escolhas e, principalmente, decidindo por nós. Em igual magnitude têm sido discutidos os impactos – positivos e negativos – dessas crescentes aplicações (Crawford, 2016; Scherer, 2016; Felipe & Perrota, 2018; Doneda *et al*, 2018).

No Direito, tal discussão tem se mostrado cada vez mais fundamental na medida em que há aqui a convergência de dois vetores, por assim dizer. O vetor ativo se refere a como o Direito pode/deve influenciar a pesquisa, o desenvolvimento e a aplicação de tecnologias disruptivas na medida em que se faz necessária a sua regulamentação. Já o vetor passivo diz respeito a como o uso destas novas tecnologias modifica o trabalho em si dos operadores do Direito. Por um lado tem-se uma maior celeridade e economia nos processos judiciais, além de uma maior previsibilidade/segurança jurídica; por outro, essas novas tecnologias impõem o desenvolvimento de novas habilidades e desafios profissionais para tais operadores. Além disso, numa perspectiva mais ampla, tais aplicações suscitam importantes questionamentos práticos e éticos, tal como: a tecnologia tem o potencial de garantir ou violar direitos?⁴ Em suma, o Direito é um campo privilegiado de estudo sobre o desenvolvimento de tecnologias disruptivas na medida em que influencia e é influenciado por ela. No caso específico do sistema de justiça criminal, o desenvolvimento tecnológico impõe de forma mais contundente os questionamentos filosóficos clássicos sobre a razão de ser do Direito: pacificação social? Prevenir graves violações e garantir direitos fundamentais? Ser a “boca da lei”? Controlar, punir e prevenir corpos/atos desviantes? Limitar o uso arbitrário do poder pelos governantes?

⁴ A utilização de algoritmos na automatização da tomada de decisão, por exemplo, coloca em xeque um dos principais objetivos da Justiça: realizar decisões moralmente boas e justificáveis. Ou seja, quais dados foram utilizados numa decisão judicial? Quais correlações estatísticas foram estabelecidas? Quem as estabeleceu, sob quais fundamentos? Essas e outras questões revelam a necessidade de uma agenda de princípios éticos (ética de dados) que assegurem transparência, controle individual, participação do indivíduo no processo decisório, correção e atualização dos dados (Doneda *et al*, 2018, p.4; Muggah & Kavanagh, 2018).

BLACK MIRROR E URSO BRANCO

Black Mirror é um seriado britânico de ficção científica lançado em 2011 que ganhou popularidade mundial a partir de 2015 após sua aquisição pela Netflix. O título do seriado se refere às telas de TV, monitores e celulares e busca problematizar a relação entre o homem e a tecnologia. Nas palavras do próprio criador da série, Charlie Brooker: “Se a tecnologia é uma droga – e parece ser uma droga – então quais são, precisamente, os efeitos colaterais? Esta área – entre o prazer e o desconforto – é onde se localiza *Black Mirror*, minha nova série dramática. (...) É isso que pretendemos com *Black Mirror*: cada episódio tem um elenco diferente, um cenário diferente e até uma realidade diferente. Mas eles têm tudo a ver com a maneira como vivemos agora – e a maneira como poderíamos viver daqui a 10 minutos, se formos descuidados. E se há uma coisa que sabemos sobre a humanidade, é essa: geralmente somos descuidados⁵.” (Brooker, 2011, tradução livre).

Urso Branco é um dos episódios mais viciais e chocantes da série. Lançado em 2013, o enredo gira em torno de uma mulher que acorda com amnésia, numa casa desonhecida e com a imagem de um símbolo, aparentemente desconhecido dela, nos televisores. Andando pela casa, ela vê fotos de uma menina pequena, de um homem e de si mesma. A mulher suspeita que a menina da foto seja sua filha e a guarda consigo. Ela sai da casa e vê várias pessoas gravando-a em seus celulares, ignorando seus pedidos de ajuda para conseguir lembrar sua identidade. Um homem mascarado chega e começa a atirar nela com uma espingarda. Aterrorizada e sem entender nada, ela foge, correndo no meio da rua enquanto várias pessoas a acompanham com o celular. A mulher então encontra um jovem casal (Jem e Damien) e os três conseguem se abrigar numa loja. O caçador tenta entrar na loja para atirar nos três. As pessoas continuam só filmando, e a mulher desesperada perguntando o que há de errado com elas, porque não fazem algo. As duas mulheres conseguem fugir, mas Damien é morto pelo homem mascarado. Jem explica que um sinal misterioso começou a aparecer nas televisões e na internet, transformando a maioria da população em espectadores passivos que não fazem nada além de gravar tudo ao seu redor. A mulher e Jem não foram afetadas, assim como os caçadores, mas também são um alvo destes que agem sadisticamente. Jem planeja ir até um transmissor chamado Urso Branco para destruí-lo e parar o efeito do sinal na área.

No caminho para o tal transmissor, um homem chamado Baxter, que aparentemente também não foi afetado pelo tal sinal, consegue capturá-las. Ele as conduz até uma floresta onde as mantém sob a mira de uma arma, ainda sob olhares e filmagens

⁵ Charlie Brooker utiliza aqui o termo *clumsy* que significa desajeitado, inepto, inábil; *clumsy person* é uma pessoa que causa acidentes pois não se comporta de maneira cuidadosa, controlada. Tradução livre.

de várias pessoas ao redor. Quando a mulher está prestes a ser torturada por ele, Jem consegue matá-lo e salvar a mulher mais uma vez. Elas continuam viajando para o transmissor, enquanto a mulher tem visões de eventos passados e futuros, mas permanece muito confusa e aterrorizada. Quando chegam ao transmissor, dois caçadores as atacam. A mulher luta com um dos caçadores e consegue tirar a arma dele, mas quando puxa o gatilho percebe que a munição é apenas confete.

Neste momento, as paredes do local se abrem, luzes se acendem e revelam uma audiência animada, aplaudindo a cena; Jem, Damien, e os caçadores são revelados como sendo atores. A mulher é presa a uma cadeira, e Baxter aparece para explicar tudo, por meio de um vídeo projetado em telas enormes: seu nome é Victoria Skillane, e a menina na foto era Jemima Sykes, sequestrada por Victoria e seu noivo, Iain Rannoch, que a torturou, matou e depois queimou seu corpo, enquanto Victoria gravava suas ações em seu telefone celular. O Urso Branco, originalmente o brinquedo da vítima, tornou-se um símbolo da investigação desse crime brutal. A imagem presente nas televisões era semelhante à tatuagem que identificou Iain, que se suicidou em sua cela antes do julgamento. No caso de Victoria, o júri a chamou de “um indivíduo excepcionalmente perverso e pernicioso; uma espectadora entusiasmada do sofrimento de Jemima que ativamente se deliciou com o sofrimento dela”. A sua punição, portanto, seria proporcional e adequada. Ao final do vídeo, o locutor afirma que “ao se enforcar em sua cela, muitos acreditam que Iain evitou a justiça. O sentimento do público agora se concentra em assegurar que sua cúmplice não possa fazer o mesmo”.

Aos prantos e pedindo desculpas, Victoria implora por clemência, enquanto a platéia continua a filmar, aos gritos de “assassina”. Baxter, o apresentador do *show*, começa uma espécie de sermão: “Não havia lágrimas quando você assistia o que ele fez. Você filmou o que ele fez. Uma pobre garotinha indefesa e apavorada. E você só assistiu? Bem, e agora, está gostando? Está gostando?” – pergunta, exaltado, enquanto a platéia filma e grita. Victoria continua aos prantos. Faz-se um breve silêncio entre atores e platéia, só se escuta o choro desesperado de Victoria, até que Baxter ordena que a levem de lá, no que ela começa a pedir por ajuda, mas sem sucesso.

Na sequência, vemos Baxter se dirigindo a um grande público numa área aberta: “Boa noite cidadãos. Muito obrigado por terem vindo esta noite. Estamos no auge do nosso dia. Tirem quantas fotos quiserem, tirem quantas fotos puderem, mas, mais importante, precisamos que vocês gritem e façam essa miserável saber que vocês estão aqui. Vamos colocar esse *show* na estrada.” Baxter entra num automóvel onde Victoria está sentada ao fundo, numa espécie de redoma de vidro. A platéia se exalta ainda mais e ouve-se gritos de “assassina miserável”, “bruxa maligna”, “queimem essa miserável”; começam a atirar esponjas ensopadas de líquido vermelho na direção de Victoria,

vendidas numa barraquinha montada no meio da multidão. Victoria agora parece incrédula, estupefata e assustada.

Eles chegam até a casa onde toda a encenação começou. Baxter tira o microfone pela primeira vez desde a revelação do *show*, sai do carro, agradece a platéia – que continua eufórica – e acompanha Victoria sendo levada até o quarto onde ela havia acordado. Victoria clama “matem-me, por favor, só me matem”. Ao que Baxter responde “Foi o que você sempre disse”, sorri, começa a produzir a cena, pega uma espécie de *headphone*, cantarola e continua: “Você teve um dia ruim, mas isso vai apagar tudo, colocar você de volta no clima de novo”. Ele então coloca o aparelho na cabeça dela. “Leva cerca de trinta minutos para isso fazer efeito total. Então, enquanto isso, porque não assistimos um filminho a bordo?”, diz Baxter, ligando a TV com imagens de Jemima que estavam no celular de Victoria. Ela continua, mesmo sem forças, implorando para ele parar com a tortura, ao que ele responde calmamente: “Você deveria gostar disso. Você filmou”. O aparelho começa a funcionar e produz uma espécie de choque na cabeça de Victoria, que começa a gritar de dor. Baxter sai do quarto e, juntamente com outros funcionários, começa a rearrumar o restante da casa, nos mínimos detalhes. Os funcionários deixam o local; Baxter marca mais um dia num calendário já riscado, deixa a casa e fecha a porta, ainda sob os gritos de dor de Victoria.

Começam os créditos finais. Aparece a imagem de uma cerca com um cartaz escrito “Bem vindo ao Parque de Justiça Urso Branco. Reservas obrigatórias”, com valores do estacionamento e um “divirta-se” ao final. Vemos então os atores dando as boas vindas e instruções iniciais a uma animada platéia de homens, mulheres e crianças, enfatizando a importância do papel de todos ali, inclusive da platéia. Baxter então começa a explicar a primeira regra básica: “nada de conversas, nem com ela, nem entre vocês, a menos que seja essencial. Estamos tentando fazê-la acreditar que todos vocês estão fascinados” – a platéia ri – “eu sei, eu sei, mas ela acreditou até aqui.” A atriz que faz o papel de Jem continua: “regra número dois, mantenham distância. Não tenho como destacar a importância disso o suficiente. Não se esqueçam, ela é um indivíduo perigoso. Imaginem que ela é um leão fugitivo. Ontem ela atirou. Vamos interferir se ela chegar muito perto. Todos estamos equipados com *teasers*, mas estaremos no fim da história e perderemos um dia. É melhor manterem uma distância de pelo menos três metros. Vocês podem usar o *zoom* das câmeras.” Baxter volta a falar: “e por último, mas não menos importante, divirtam-se. Isso provavelmente é o mais importante, certo? Tirem muitas fotografias, corram pela floresta, mas tentem ficar em segurança. Nós asseguraremos que vocês fiquem bem. Agora saiam, divirtam-se e vamos fazer esse programa acontecer. Vamos!”. Todos aplaudem e saem animados da sala.

Victoria acorda assustada; há câmeras escondidas em todos os lugares, os espectadores e atores acompanham ao vivo todos os movimentos dela. Vemos então o desenrolar do *show* pelo ponto de vista dos atores e espectadores, até o momento em ela está novamente recebendo choques na cabeça e gritando de dor. Victoria acorda assustada. Fim do episódio.

FICÇÃO CIENTÍFICA OU DÉJÀ-VU?

As chamadas tecnologias disruptivas são definidas, de forma simplificada, como sendo inovações que rompem paradigmas na solução de problemas. Contudo, ainda que Urso Branco seja uma obra de ficção científica, inúmeros detalhes do enredo nos remetem a formas bastante antigas de punição.

A personagem principal do episódio em questão é penalizada de forma semelhante ao crime cometido, numa reinterpretação do princípio de Talião do “olho por olho, dente por dente”. Mais especificamente, uma das principais penas aplicadas é a total indiferença das pessoas frente ao seu estado de perigo: as supostas testemunhas de sua perseguição são meros espectadores passivos que apenas filmam com seus celulares todo seu pânico, como se estivessem em estado de hipnose – assim como ela mesma filmou a criança sendo queimada.

Além do Código de Hammurabi, impossível não lembrar também do Mito de Sísifo. Na mitologia grega, Sísifo é condenado a carregar uma enorme pedra para o cume de um morro; porém, sempre que chega no topo, a pedra inevitavelmente rola morro abaixo e ele é obrigado a realizar todo o trabalho novamente, num processo interminável de sofrimento. Neste sentido, a pena aplicada à condenada também é repetida indefinidamente, sempre da mesma forma, com os mesmos mínimos detalhes ensaiados e coordenados entre os participantes do “espetáculo”, cujo intuito é infringir os mesmos sofrimentos físicos e psicológicos.

Porém, no caso de Urso Branco, para que seja possível reproduzir os mesmos efeitos “over and over again”, é preciso apagar a memória da condenada, ou seja, cada cena repetida é sentida por ela como se fosse a primeira vez, com a máxima intensidade possível. Neste sentido, a tecnologia disruptiva aqui utilizada serve para levar à máxima potência todo um ciclo – há muito conhecido – de súplica, expiação, vingança e tortura (física e psicológica).

Ademais, durante a maior parte do tempo, a personagem Victoria não entende o porquê de estar sendo perseguida, numa metáfora à situação de Franz K. em “O Processo” (2005). Contudo, diferentemente do descrito por Kafka, esse desconhecimento é intencionalmente provocado ao se apagar a sua memória. Se o desconhecimento sobre as

motivações de um processo judicial é, por si só, considerado uma grave violação de direitos fundamentais – ainda que seja não intencional, fruto de um processo estatal burocratizado –, como então classificar essa penalização infringida à condenada? Ainda que o episódio Urso Branco trate da fase executória da sentença, e não mais ao processo de conhecimento, é possível entender que, ao se apagar a memória da condenada, fazê-la passar por todo o ciclo de tortura/expiação e, principalmente, fazê-la (re)lembrar, (re)ver o seu caso – desde a investigação até a condenação – não seria isso uma forma de reprodução do próprio processo judicial? É como se Victoria experienciasse o processo penal a cada vez que sua memória é apagada, mas só vindo a entender o que estava se passando ao final de cada ciclo.

Michel Foucault (1987), ao traçar uma história sobre o nascimento das prisões no ocidente, revela uma importante transição na forma como os criminosos são punidos: da tortura como espetáculo público para os bastidores de uma vigilância e docilização dos corpos desviantes, ou seja, do suplício às prisões. No entanto, é preciso ter em mente que o autor não faz aqui uma valoração sobre qual método punitivo é melhor ou pior, mas “apenas” dissecas as implicações sociais e morais de cada um. Diz ele numa das passagens mais interessantes do livro:

“No fim do século XVIII e começo do XIX, a despeito de algumas grandes fogueiras, a melancólica festa da punição vai-se extinguindo. Nessa transformação, misturaram-se dois processos. Não tiveram nem a mesma cronologia nem as mesmas razões de ser. De um lado, a supressão do espetáculo punitivo. O cerimonial da pena vai sendo obliterado e passa a ser apenas um novo ato de procedimento ou de administração. (...) A punição pouco a pouco deixou de ser uma cena. E tudo que pudesse implicar de espetáculo desde então terá um cunho negativo (...) A execução pública é vista então como uma fornalha em que se acende a violência. A punição vai-se tornando, pois, a parte mais velada do processo penal, provocando várias consequências: deixa o campo da percepção quase diária e entra no da consciência abstrata; sua eficácia é atribuída à sua fatalidade não à sua intensidade visível; a certeza de ser punido é que deve desviar o homem do crime e não mais o abominável teatro; a mecânica exemplar da punição muda as engrenagens. Por essa razão, a justiça não mais assume publicamente a parte de violência que está ligada a seu exercício. O fato de ela matar ou ferir já não é mais a gorificação de sua força, mas um elemento intrínseco a ela que ela é obrigada a tolerar e muito lhe custa ter que impor.” (Foucault, 1987, p.12-13)

No caso do episódio Urso Branco, portanto, há aqui um retorno à aplicação da pena como espetáculo público⁶, com o adendo de que a punição é repetida inúmeras vezes (em

⁶ Exceto no final de cada ciclo quando Baxter tira o microfone e apaga a memória de Victoria, ou seja, a parte em que há o uso de uma tecnologia disruptiva é escondida dos olhos e ouvidos do público.

oposição ao ato único da guilhotina ou forca) e é explicitamente tratada como entretenimento – tanto pelos organizadores quanto pela audiência –, aparentemente gerida pelo poder privado e, eventualmente, com fins lucrativos. Isto é, a execução da pena (ou tortura?) deixa de ser algo velado e intra-muros para se tornar uma punição a centenas de mãos e telas numa espécie de catarse coletiva punitivista, anticivilizatória e desumanizadora *de todos os envolvidos*. De um lado, temos a condenada extirpada de qualquer direito fundamental, completamente objetificada, animalizada – um leão, nas palavras dos próprios atores. De outro, temos atores e espectadores totalmente incapazes de sentir piedade ou qualquer conexão com a supliciada, nem mesmo um mero incômodo diante de cada momento ensaiado. O carrasco de séculos atrás se multiplica de forma exponencial graças à tecnologia. E tudo isso sob o manto de se estar fazendo justiça.

TECNOLOGIA, PUNITIVISMO E (DES)HUMANIZAÇÃO NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

Seria Urso Branco somente uma obra de ficção, cujo enredo está muito distante da realidade fática de nossa sociedade contemporânea? Ou seria este um cenário bastante crível tendo em vista certos fatos sociais contemporâneos? Talvez sim se tomarmos um, entre tantos, exemplos: o aumento no número de linchamentos na América Latina que começam pelas redes sociais e culminam nas vias de fato (Palacios, 2018). O chamado “linchamento 2.0” é um espetáculo punitivista filmado por dezenas de pessoas, reproduzido centenas ou milhares de vezes.⁷ Embora seja um ato ilegal e aparentemente diferente do episódio Urso Branco, é interessante lembrar que o linchamento é sociologicamente entendido como um tipo de justificação – com as próprias mãos e fora do paradigma moderno do devido processo legal – no qual há um fator simbólico de representatividade na medida em que os linchadores acreditam estarem defendendo a sociedade e/ou certos valores sociais considerados ameaçados por supostos criminosos (Martins, 1996). Isto é, em determinados contextos ele é socialmente aceito e incentivado. Contudo, interessa-nos destacar aqui os três momentos nos quais a tecnologia potencializa a violência praticada nos linchamentos 2.0, bem como seus resultados. Primeiro, na velocidade com que uma notícia se espalha nas redes sociais, sem que haja uma checagem sobre sua veracidade ou não⁸. Segundo, na velocidade com que as pessoas se organizam

⁷ Cito aqui um caso bastante ilustrativo. Em 2014, um boato na internet acusando Fabiane Maria de Jesus de sequestro e bruxaria se espalhou rapidamente e ela foi linchada até a morte, cuja execução foi filmada e reproduzida por inúmeras pessoas. Após a investigação, descobriu-se que ela era inocente das acusações.

⁸ Neste primeiro momento já podemos entender que há uma violação do direito fundamental ao contraditório e ampla defesa na medida em que, ao indivíduo sobre quem se espalha a notícia, seja ela verdadeira ou falsa, não lhe é dada a possibilidade de se defender. No caso de a notícia ser falsa, há então um segundo crime de calúnia ou difamação (art. 138 e 139, CP).

virtualmente para cometer a violência física no mundo “real”⁹, novamente sem que haja um tempo de reflexão sobre toda a situação – a tecnologia, neste caso, exacerba o sentimento mais animalesco e impetuoso de vingança. Finalmente, no terceiro momento, quando a vítima é violentada fisicamente, algumas pessoas filmam e divulgam a cena de tortura, ampliando o alcance do crime tanto no tempo quanto no espaço.

Gabriel Brezinski (2019), ao falar sobre o poder punitivo da tecnologia, nos alerta sobre os perigos dos discursos fundamentados na cultura do medo e da necessidade de uma internet mais vigiada. É preciso haver cautela na criação de novos tipos penais, na criminalização de condutas que, muitas vezes, podem ser politicamente motivadas – por exemplo, propostas de se criar um tipo penal de perseguição online/*stalking* que impeçam um indivíduo de se manifestar politicamente nas redes sociais. Além disso, ele cita como exemplo de abuso de poder as decisões judiciais no Brasil que interromperam os serviços de Whatsapp utilizando como justificativa um poder geral de cautela/medidas cautelares, ainda que estas estejam taxativamente previstas em lei e não enquadrem a suspensão dos serviços de telecomunicações via internet (art. 319 do Código de Processo Penal). Em outras palavras, a internet se tornou mais um campo de disputas entre o usufruto de direitos fundamentais e a criminalização de condutas.

Ademais, no que se refere ao sentimento punitivista socialmente implantado, basta também observar que a cada crime hediondo exaustivamente divulgado e detalhado nas mídias tradicionais e sociais, segue-se inúmeros discursos, debates e propostas de leis de aumento da punição para criminosos. Trata-se de uma falaciosa relação há muito preconizada entre punição rigorosa e diminuição da criminalidade, quando em verdade estudos no mundo inteiro demonstram que o crime está ligado a diversos outros fatos sociais – tais como desigualdade e falta de acesso a direitos. Margaret Hu (2019), por exemplo, enfatiza que, em nome da segurança nacional, os EUA estão cada vez coletando dados mais amplos sobre indivíduos, num sistema de cibervigilância biométrica que tende a violar o direito à privacidade. Além disso, o programa de *pre-crime surveillance*, no qual dados estão sendo coletados a fim de antecipar uma ameaça e/ou crime, impacta também no direito fundamental da presunção de inocência. No Brasil, o projeto de lei anti-crime do ministro Sergio Moro, em tramitação no Congresso Nacional, prevê, entre outras medidas, a coleta compulsória de dados genéticos de presos, infringindo a dignidade humana e a integridade física daqueles que se negarem a ter seu DNA coletado mas serão forçados a tal. (Nicolitt, 2019).

⁹ Aqui também é possível enquadrar essa conduta no tipo penal de incitação ao crime (art. 286, CP).

Há ainda um detalhe interessante de ser mencionado neste episódio que, ao assisti-lo pela primeira vez, pode passar despercebido devido à intensidade do enredo em si: o fato de Victoria e Jemima serem negras, enquanto todos os atores e a grande maioria dos espectadores são brancos. Como nada neste tipo de obra de arte é por acaso, o que o diretor quis transmitir com a escolha desse elenco? Seria para nos alertar sobre a continuidade da seletividade penal, do enviesamento racial presente em inúmeros países? (Silvestre, 2019; Gonçalves e Mello, 2017; Alvarez, 2002) Por exemplo, o uso crescente de novas tecnologias de vigilância em tempo real e reconhecimento facial – ainda que não estejam plenamente evoluídas especialmente no que se refere a pessoas negras – têm impactado as atividades de investigação criminal e do processo penal como um todo, perpetuando e intensificando enviesamentos e discriminações históricas (Antonialli e Fragoso, 2019; Brezinski, 2019; O’Neil, 2016).

Outra questão que se impõe quando pensamos nas relações entre tecnologia e sistema de justiça é uma pseudo crença de que aquela tende a tornar esta mais eficiente. No entanto, o que significa exatamente uma justiça mais eficiente: mais segurança para todos? Crimes deixando de acontecer? Serviços de maior qualidade e menor custo prestados pelos operadores do direito? Cidadãos acionando mais as instituições e, portanto, uma maior confiança nas mesmas? Maior vigilância, mais pessoas presas e penas mais severas? Diminuir garantias e direitos torna a justiça mais eficiente? Isto é, ser eficiente não significa necessariamente ser melhor.¹⁰ A crescente utilização de inteligência artificial no sistema de justiça é bastante reveladora da importância desse debate. O conceito de eficiência por trás do desenvolvimento dessas máquinas é a resolução de problemas complexos de forma mais rápida e com menor custo a partir de uma determinada representação matemática do mundo. No entanto, todo tipo de representação é limitado, ou seja, trata-se *a priori* de uma aproximação seletiva e subjetiva – representar é diferente de ser (Coppin, 2013). Em suma, o debate sobre gerencialismo no sistema de justiça não é novo, mas se mostra cada vez mais fundamental.

O diretor do episódio Urso Branco parece nos fazer um alerta sobre o potencial desumanizante, objetificante da tecnologia quando mal utilizada pelo sistema de justiça criminal, capaz de elevar à máxima potência graves, recorrentes e históricas violações de direitos humanos. A grande “inovação” parece estar na expansão desse espectro de violências para a última fronteira de privacidade, de proteção do indivíduo: o próprio cérebro. Distopia? Este ano, Facebook e Neuralink anunciaram que estão desenvolvendo

¹⁰ O aplicativo de transporte Waze é um bom exemplo, ainda que fora do contexto do sistema de justiça. Para o Waze, o tempo é o fator de eficiência principal: ele sempre nos dá a rota mais rápida entre dois pontos, ainda que seja uma rota mais longa ou que passe por áreas perigosas, por exemplo.

uma tecnologia capaz de ler a mente humana; outras empresas também estão trabalhando com tecnologia cerebral. “Alguns neuroeticistas argumentam que o potencial de mau uso dessas tecnologias é tão grande que precisamos renovar o arcabouço de direitos humanos – uma nova ‘jurisprudência da mente’ – para nos proteger. As tecnologias têm o potencial de interferir em direitos que são tão básicos que nem pensamos neles enquanto direitos, tal como nossa habilidade de determinar onde o nosso ‘eu’ termina e as máquinas começam. Nossas leis atuais não estão equipadas para lidar com isso.” (Samuel, 2019, tradução livre).

A sociedade da informação cria novas modalidades de condutas socialmente reprováveis sobre as quais, em muitos casos, a jurisprudência e/ou o direito penal ainda não conseguem tipificar. Mas também modifica a forma como solucionamos “velhos” conflitos; às vezes as novas tecnologias de fato são disruptivas; às vezes (ou muitas vezes?) a disrupção não está na forma como solucionamos tais conflitos, sejam eles novos ou antigos, mas sim na intensidade e no poder de alcance dessa solução, uma repaginação de velhas soluções. Em outras palavras, a tecnologia pode ser de ponta, inovadora em termos técnicos, porém parece trazer à tona sentimentos, valores e atos muito antigos. É preciso ter em mente que a tecnologia é um instrumento criado pelo homem e, portanto, não é neutra e nem plenamente objetiva.

Em suma, ainda que o episódio aqui em análise seja uma obra de ficção, trata-se de uma visão contundente e angustiante sobre um possível – ou ao menos suficientemente crível – futuro da humanidade. Urso Branco é, portanto, uma excelente oportunidade para se (re)pensar o desenvolvimento tecnológico e suas implicações para a proteção e promoção de direitos fundamentais para além de um debate simplista e dicotômico entre abraçá-lo ou rechaçá-lo. Ainda que este seja um campo de discussão em aberto, ao menos um ponto parece ser unanimidade entre os que se debruçam sobre o uso crescente de tecnologias disruptivas, em especial pelo sistema de justiça: é preciso haver transparência e um guia ético que garanta direitos fundamentais em todas as etapas de pesquisa, desenvolvimento, aplicação, avaliação de impacto e *accountability* (Governing..., 2019; Felipe e Perrota, 2018; Molinaro, 2018; Muggah e Kavanagh, 2018; Scherer, 2016).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVAREZ, Marcos César. A Criminologia no Brasil ou Como Tratar Desigualmente os Desiguais. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, Vol. 45, nº4, 2002, pp. 677 a 704.

ANTONIALLI, Dennys; FRAGOSO, Nathalie (eds.). **Direitos Fundamentais e Processo Penal na Era Digital: Doutrina e Prática em Debate**. Vol. II. São Paulo. InternetLab, 2019.

BROOKER, Charlie. The dark side of our gadget addiction. **The Guardian**, Londres, 2011. Disponível em <https://www.theguardian.com/technology/2011/dec/01/charlie-brooker-dark-side-gadget-addiction-black-mirror>. Acesso em 01 de outubro de 2019.

CÓDIGO PENAL – Decreto-Lei de nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. São Paulo: Edipro, 2019.

COPPIN, Ben. **Inteligência Artificial**. Rio de Janeiro: LTC, 2013.

CRAWFORD, Kate. Artificial Intelligence’s White Guy Problem. **The New York Times**, New York, June 26, 2016. Opinion, p. SR11. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2016/06/26/opinion/sunday/artificial-intelligences-white-guy-problem.html> Acesso em: 19/03/2019.

DONEDA, D.C.M. *et al.* Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal. **Revista Pensar**, Fortaleza, v.23, n.4, p.1-17, out./dez.2018.

FELIPE, Bruno Farage da Costa; PERROTA, Raquel Pinto Coelho. Inteligência Artificial no Direito – uma realidade a ser desbravada. **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias**, Salvador, v.4, n.1, p.01-16, jan/jun. 2018.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 1987.

GONÇALVES, Felipe; MELLO, Stevens, 2017. **A few bad apples? Racial bias in policing**. 608, Princeton University, Department of Economics, Industrial Relations Section.

HU, Margaret. **Biometric Cibersurveillance**. Comunicação oral no III Congresso Internacional Direitos Fundamentais e Processo Penal na Era Digital. São Paulo, 2019.

HUGO, Victor. **O último dia de um condenado**. São Paulo: Estação Liberdade, 2018.

JERUSALINSKY, Julieta. Intoxicações eletrônicas na primeira infância. Campinas: **Instituto Cpfl**, 2018. Disponível em <https://www.institutocpfl.org.br/2018/02/27/intoxicacoes-eletronicas-na-primeira-infancia-com-julieta-jerusalinsky-tv-cultura/> Acesso em 30 de setembro de 2019.

KAFKA, Franz. **O processo**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2005.

MARTINS, José de Souza. Linchamento, o lado sombrio da mente conservadora. **Tempo Social**, v. 8, n. 2, p. 11-26.

MOLINARO, Carlos Alberto. Sociedade da Informação e Direitos Humanos. *Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor*, Brasília, v.5, n.1, p.378-401, jan/jun. 2018.

MUGGAH, Robert; KAVANAGH, Camino. 6 ways to ensure AI and new tech works for – not against – humanity. Instituto Igarapé: Rio de Janeiro, 5 de julho de 2018. Disponível em: <https://igarape.org.br/6-ways-to-ensure-ai-and-new-tech-works-for-not-against-humanity/>. Acesso em: 10/04/2019.

NICOLITT, André. **Utilização de dados de DNA na justiça criminal**. Comunicação oral no III Congresso Internacional Direitos Fundamentais e Processo Penal na Era Digital. São Paulo, 2019.

O'NEIL, Cathy. **Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy**. New York: Crown Publishers, 2016.

PALACIOS, Ariel. **Crescem na américa latina os linchamentos organizados pelas redes sociais**. Rio de Janeiro: Editora Globo, 2018. Disponível em <https://epoca.globo.com/crescem-na-america-latina-os-linchamentos-organizados-pelas-redes-sociais-23242122>. Acesso em 09 de abril de 2019.

SAMUEL, Sigel. Brain-reading tech is coming. The law is not ready to protect us. **Vox Media**, 2019. Disponível em <https://www.vox.com/2019/8/30/20835137/facebook-zuckerberg-elon-musk-brain-mind-reading-neuroethics>. Acesso em 03 de outubro de 2019.

SEGURANÇA DOS DIREITOS: Desobediência civil eletrônica: porque a revolução será hacker! Entrevistador: Rafael Borges. Entrevistado: Gabriel Brezinski. Rio de Janeiro, 11 de outubro de 2019. Podcast. Disponível em <https://soundcloud.com/segurancadosdireitos/episodio-24>. Acesso em 17 de outubro de 2019.

SCHERER, Mathew U. Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies. **Harvard Journal of Law & Technology**, Cambridge, v.29, n.2, p.353-400, Spring 2016.

SILVESTRE, Giane. **Controle do crime e seletividade penal**. São Paulo: IBCCrim, 2019 (Comunicação Oral).

2^o INFORMATION SOCIETY AND LAW

FMU
CENTRO UNIVERSITÁRIO

GT - SOLUÇÕES ADEQUADAS DE CONFLITOS

A APLICAÇÃO DAS CONSTELAÇÕES SISTÊMICAS NA MEDIÇÃO DE CONFLITOS FAMILIARES

Amanda Gomes Alves¹

RESUMO: Os conflitos do Direito de Família diferem dos demais pela carga emocional que carregam, uma vez que as pessoas envolvidas estão amarradas por laços que perdurarão pela eternidade. Muitas das demandas que chegam ao Judiciário são apenas a exteriorização de sentimentos e mágoas trazidos do convívio familiar, fazendo com que a sentença proferida não traga paz às partes. Sua intenção naquela ação extrapola os pedidos feitos na petição inicial, e a busca por uma solução efetiva se confirma ao verificar que o Direito de Família é o ramo com maior chance de sucesso em mediações e conciliações. Por esse motivo, é necessário explorar técnicas que restaurem a possibilidade de diálogo entre os envolvidos. Este trabalho teve como objetivo analisar a aplicabilidade das Constelações Sistêmicas como ferramenta auxiliar na mediação de conflitos de Direito de Família. O método utilizado foi o da dialética, com contraposição de ideias, tendo como técnica de pesquisa revisão bibliográfica, amostragem de dados e análise de conteúdo de argumentos jurisprudenciais. Os dados levantados apontaram as constelações sistêmicas como ferramentas viáveis e satisfativas na resolução de conflitos familiares, pois elevaram o índice de acordos firmados e influenciaram na retomada de um ambiente familiar saudável e mais harmônico, além de poderem ser aplicadas com êxito também em outras áreas do Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Constelação Familiar. Direito de Família. Meios Alternativos de Solução de Conflitos.

THE APPLICATION OF SYSTEMIC CONSTELLATIONS IN FAMILY CONFLICTS MEDIATION

ABSTRACT: Family law conflicts differ from others because of the emotional burden they carry, since the people involved are bound by bonds that will last for eternity. Many of the demands that come to the Judiciary are only the externalization of feelings and hurts brought from family life, so that the sentence rendered does not bring peace to the parties. Their intention in that legal action goes beyond the requests made in the statement of claim, and the pursuit for an effective solution is confirmed by verifying that Family Law is the branch most likely to succeed in mediation and conciliation. For this reason, it is

¹ Graduanda do 8º período do curso de Direito da Universidade Braz Cubas, em Mogi das Cruzes. Trabalho premiado com Menção Honrosa no I Concurso de Artigos Científicos do STJ (informação em cumprimento ao item 10.4 do edital do referido concurso).

necessary to explore techniques that restore the possibility of dialogue between those involved. This paper aimed to analyze the applicability of the Systemic Constellations as an auxiliary tool in the mediation of family law conflicts. The method used was the dialectic, with counterposition of ideas, having as a research technique literature review, data sampling and content analysis of jurisprudential arguments. The data collected pointed to the systemic constellations as viable and satisfactory tools in the resolution of family conflicts, as they increased the rate of signed agreements and influenced the resumption of a healthy and more harmonious family environment, and can be successfully applied in other areas of law.

KEY WORDS: Family Constellation. Family Law. Alternatives Dispute Resolutions.

INTRODUÇÃO

De acordo com a definição do Dicionário Houaiss reformulada em 2016, família é “todo o núcleo social de pessoas unidas por laços afetivos, que geralmente compartilham o mesmo espaço e mantêm entre si uma relação solidária”.²

Esse arranjo social vem passando por diversas alterações em sua conceituação através do tempo, especialmente para corresponder à realidade social vivida. Independentemente da formatação, a família é base da sociedade e recebe proteção especial do Estado, nos termos do artigo 226 da Constituição Federal. Seja qual for o arranjo familiar em questão, família natural, casamento heteroafetivo ou homoafetivo, união estável, monoparentalidade, multiparentalidade, anaparentalidade, dentre tantas outras classificações que surgem com a evolução da sociedade, é certo que o conflito pode surgir em qualquer uma delas, tendo o Judiciário como seu principal pacificador.

Porém, os conflitos do Direito de Família possuem características peculiares às demais demandas litigiosas. Essas pessoas estão envolvidas por laços que perdurarão pela eternidade, e muitas das demandas que chegam ao Judiciário trazem uma grande carga emocional, aonde a lide em si é apenas a exteriorização de sentimentos e mágoas trazidos do convívio familiar.

A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, realizada em 2009 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), constatou que 11,7 milhões de pessoas com mais de 18 anos de idade buscaram solução para seus conflitos junto ao Judiciário. Destes, 22% eram relacionados à área da Família, que englobou demandas relativas à separação

² HOUAISS, Antônio. Dicionário Houaiss. Disponível em: <<https://houaiss.uol.com.br/pub/apps/www/v3-3/html/index.php#0>>. Acesso em: 25 ago. 2019.

conjugal, investigação de paternidade e divisão de bens e direitos, tais como herança, pensão alimentícia e guarda de filhos.³

A gama de assuntos, sua complexidade e envolvimento emocional inerentes ao Direito de Família exigem um olhar diferenciado sobre o tema, o que não se mostra possível quando o Poder Judiciário aplica a lei de forma estrita, sem avaliar as particularidades de cada caso.

Por esse motivo, não são raras as vezes em que a sentença proferida não traz paz ao processo, já que a intenção das partes naquela ação vai muito além dos pedidos expressos em sua petição inicial. O anseio das partes em obter uma solução, e não apenas uma decisão judicial, fica evidenciado quando se constata que o Direito de Família é o ramo com mais chance de sucesso para conciliação e mediação.⁴

Entretanto, para que a mesma família não retorne ao Judiciário com demandas semelhantes, ou originadas na mesma causa, magistrados, conciliadores e servidores precisam de treinamento adequado para aplicar o que há de mais avançado nos meios extrajudiciais de solução de conflitos, com o objetivo de trazer para as partes a compreensão da natureza de sua lide e efetivamente propiciar a paz social.

É nessa seara que surgem as Constelações Familiares, oriundas da técnica multidisciplinar desenvolvida pelo alemão Bert Hellinger, que combina dinâmicas em grupo, terapia primal, análise transacional e hipnose terapêutica. Sua aplicação traz um olhar mais humanizado para os conflitos e permite que as partes compreendam seu papel no sistema, identificando a essência do problema que está sob litígio e favorecendo o ambiente para que se possa obter uma solução consensual e efetivamente pacificadora.⁵

A escolha do tema se deu ao sopesar se a atuação convencional do Poder Judiciário traz real solução aos conflitos inerentes ao Direito de Família, com todas suas complexidades e particularidades, além da elevada carga emocional que os permeia. Partindo desse cenário, elaborou-se o seguinte questionamento: a aplicação das Constelações Sistêmicas na mediação de conflitos do Direito de Família é uma ferramenta viável e benéfica?

3 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios:** Características da vitimização e do acesso à justiça no Brasil. Rio de Janeiro, 2010. 248 p. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv47311.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2019

4 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Mediação e Conciliação avaliadas empiricamente:** jurimetria para propositura de ações eficientes./Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2019. p. 177, Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/publicacoes/arquivo/d87ecfa91fdcada3c1795f522be42dcc_7772666f491fd94a642e05b394cff84a.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2019.

5 BANDEIRA, Regina. Constelação Familiar ajuda a humanizar práticas de conciliação no Judiciário. 2016. Agência CNJ de Notícias. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83766-constelacao-familiar-ajuda-humanizar-praticas-de-conciliacao-no-judiciario-2>>. Acesso em: 29 jun. 2019.

O presente artigo tem como objetivo geral analisar a aplicabilidade das Constelações Sistêmicas como ferramenta auxiliar na mediação de conflitos de Direito de Família. Dentre os objetivos específicos, estão esclarecer em que consiste a mediação e a conciliação dentro do Poder Judiciário, estudar a teoria de Bert Hellinger, desenvolvedor da técnica psicoterapêutica das Constelações Familiares, apresentar a expressão do Direito Sistêmico, cunhada por Sami Storch, apresentar dados coletados sobre as ações de Família dentro do Poder Judiciário e apresentar os resultados já obtidos no Judiciário brasileiro com o uso das Constelações.

A divisão do trabalho foi feita de forma a apresentar alguns dos meios extrajudiciais de solução de conflitos, seguida pela apresentação de Bert Hellinger e as Constelações Familiares. Posteriormente, apresentou-se o Direito Sistêmico e, por fim, abordou-se a efetividade das Constelações no Judiciário Brasileiro.

Foi utilizado o método da dialética, com contraposição de ideias, tendo como técnica de pesquisa revisão bibliográfica, amostragem de dados e análise de conteúdo de argumentos jurisprudenciais.

DESENVOLVIMENTO

Meios extrajudiciais de solução de conflitos

O Poder Judiciário encerrou o ano de 2017 com 80,1 milhões de processos em tramitação, representando um crescimento acumulado de 19,4 milhões de processos entre 2009 e 2017. Em média, 12,5% da população ingressou com um novo processo no referido ano, mas o estoque de processos pendentes nas Justiças estaduais representa 3 vezes o número de demandas novas. Isso significa que, ainda que nenhum processo novo fosse ajuizado, os servidores e magistrados levariam dois anos e sete meses de trabalho para zerar o estoque de processos pendentes.⁶

De todo o montante processual contabilizado em 2017, as ações de Família relacionadas a alimentos totalizaram 853.049 processos, sendo o quinto assunto mais demandado na Justiça Estadual. Observando apenas as demandas de primeiro grau, as ações de alimentos apareceram em terceiro lugar como maior índice de demandas

6 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2018**: ano-base 2017/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2018. p. 73-74. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2019.

estaduais, com 768.224 ações, e as relacionadas a casamento ocuparam a quinta posição, com 419.068 processos ajuizados.⁷

Ao combinar os números exorbitantes encontrados quando se trata de judicialização com as limitações orçamentárias e a morosidade, instalou-se verdadeira crise no Poder Judiciário, levando o Estado a pensar em possibilidades mais rápidas e econômicas que trouxessem justiça à população antes que seu direito se deteriorasse. Nessa esteira, surgiram os meios auto compositivos de solução de conflitos, com o condão de abrir possibilidades para que as partes, seus advogados e os magistrados encontrassem possibilidades céleres e econômicas para pacificar suas demandas.⁸

Os meios extrajudiciais de solução de conflitos objetivam que o conflito ali existente chegue ao Judiciário apenas para homologação do acordo feito, liberando a máquina judiciária para atuar nas causas que exigem maior aplicação de técnica processual, ou, ainda, naquelas que versam sobre direitos indisponíveis, ou seja, que não podem ser objeto de acordos.⁹

Para identificar qual o meio mais adequado a ser aplicado em uma disputa buscando o acordo, é necessário avaliar aspectos específicos como celeridade, sigilo, flexibilidade processual, custos, intenção de manutenção de relacionamentos posteriormente, fatores emocionais envolvidos na disputa, entre outros. Os meios de solução de conflitos comumente aplicados na Justiça brasileira são a mediação, a conciliação e a arbitragem, sendo os dois primeiros os de maior interesse para o presente trabalho.¹⁰

A mediação e a conciliação são meios auto compositivos de solução de conflitos, nos quais um terceiro imparcial atua entre as partes, facilitando a comunicação para a construção conjunta de uma solução ou conduzindo-os mais diretamente a um acordo,

7 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2018**: ano-base 2017/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2018. p. 181-182. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2019.

8 SORRENTINO, Luciana Yuki F. A Política Judiciária de Tratamento Adequado de Conflitos e a sua contribuição para a mudança da imagem do Poder Judiciário. In: GONZAGA, Cristiana Torres (Org.). **O papel do Judiciário no alcance da paz social**. Brasília: TJDF, 2018. p. 13. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/copy_of_e-books/e-books-pdf/OpapeldoJudicirionoalcancedaPazSocial.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2019.

9 OTONI, Luciana. Toffoli destaca relevância da conciliação para a pacificação social. 2019. Agência CNJ de Notícias. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/89012-toffoli-destaca-relevancia-da-conciliacao-para-a-pacificacao-socia>>. Acesso em: 29 jun. 2019.

10 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Manual de Mediação Judicial**. 5. ed./Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2015. p 17. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/c276d2f56a76b701ca94df1ae0693f5b.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2019.

dependendo da demanda em questão. Ambas são consideradas não vinculantes por dependerem da homologação do acordo por um juiz para que tenham validade.¹¹

A mediação é originalmente aplicada em casos em que se visa a manutenção do relacionamento entre as partes após a solução do conflito, buscando a restauração do convívio social. O mediador parte de uma abordagem facilitadora, com o enfoque no futuro e em soluções construídas pelas próprias partes. Suas sessões envolvem um processo multidisciplinar e podem ser mais demoradas, considerando o objetivo buscado.¹²

Já a conciliação objetiva tão somente o fim do litígio, pois as partes geralmente não possuem relacionamento anterior ou não têm interesse em mantê-lo, como acontece frequentemente em relações de consumo. O conciliador atua de forma mais breve, normalmente com uma única sessão, focando nos fatos e direitos das partes, chegando a um acordo que atenda ambos.¹³

A Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) surgiu após a percepção de que os estados da Federação já estavam aplicando meios alternativos para solução de conflitos e obtendo resultados satisfatórios. Porém, identificou-se a necessidade de padronizar essas práticas e tratá-las como políticas públicas de acesso à Justiça, pois, ao consolidar uma política permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígio, torna-se possível traçar objetivos estratégicos e implementar técnicas de gestão a nível nacional.¹⁴

Os reflexos da Resolução são nítidos na Justiça Estadual. Em 2014, antes de sua edição, havia 362 Centros Judiciários de Soluções de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) instalados pelo Brasil, número que subiu para 654 no ano seguinte, indicando crescimento

11 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Manual de Mediação Judicial**. 5. ed./Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2015. p. 21. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/c276d2f56a76b701ca94df1ae0693f5b.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2019.

12 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Manual de Mediação Judicial**. 5. ed./Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2015. p. 21-22. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/c276d2f56a76b701ca94df1ae0693f5b.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2019.

13 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Manual de Mediação Judicial**. 5. ed./Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2015. p. 21-23. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/c276d2f56a76b701ca94df1ae0693f5b.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2019.

14 LEVY, Fernanda et al. Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça: Leitura comentada. 2011. Disponível em: <<https://www.mediare.com.br/resolucao-n-125-do-conselho-nacional-de-justica-leitura-comentada/>>. Acesso em: 16 jun. 2019.

de 80,7%. Em 2016, foram contabilizadas 808 unidades, atingindo a marca de 982 CEJUSCs em 2017, representando um crescimento de quase 300% em 3 anos.¹⁵

As constelações familiares se mostram em concordância com a Resolução 125 do CNJ, que indicou as formações interdisciplinares dos mediadores e conciliadores como necessária, combinando, por exemplo, sociologia, psicologia, antropologia e direito.¹⁶

Considerando que, entre os conflitos abrangidos pelo Direito de Família, é possível elencar as ações de divórcio, reconhecimento e dissolução de união estável, guarda, alimentos, reconhecimento de paternidade, alienação parental, abandono afetivo, inventário e partilha, adoção, tutela, curatela, dentre outros, resta claro que a mediação seria o meio mais adequado para tentativas de acordo nesse caso, isso porque que os laços entre as partes perdurarão após o fim do processo e por toda a vida.

Quando combinada com as constelações familiares, o índice de acordos atingidos nas mediações se mostrou altamente satisfatório, como observado nos dados compilados nas próximas seções. A fim de esclarecer a natureza do método, primeiramente foi apresentado o panorama das Constelações Familiares e do Direito Sistêmico.

Bert Hellinger e as constelações familiares

O alemão Bert Hellinger nasceu em 1925, na cidade de Leimen, e estudou Filosofia, Teologia e Pedagogia. A partir da sua formação multidisciplinar, desenvolveu a abordagem da Constelação Familiar, combinando dinâmicas em grupo, terapia primal, análise transacional e hipnose terapêutica. Cumulou, ainda, sua experiência de quinze anos de convivência com as tribos Zulus no continente africano.¹⁷

Hellinger elenca as chamadas “Ordens do Amor”, leis universais que regulam todos os sistemas, incluindo o familiar, norteando a relação entre seres humanos, independentemente de sua cultura e por toda sua vida. Hellinger explica que nós não temos influência sobre essas leis, e sim elas sobre nós, demonstrando que a ordem precede o amor e é só com a ordem estabelecida que o amor poderá fluir.¹⁸

15 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2018**: ano-base 2017/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2018. 214 p. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2019.

16 Resolução n.º 125/2010 - Anexo I. 1.1. Conteúdo Programático (...) d) Teoria da Comunicação/Teoria dos Jogos: Axiomas da comunicação. Comunicação verbal e não verbal. Escuta ativa. Comunicação nas pautas de interação e no estudo do inter-relacionamento humano: aspectos sociológicos e aspectos psicológicos. Premissas conceituais da autocomposição. (...) j) Interdisciplinaridade da mediação Conceitos das diferentes áreas do conhecimento que sustentam a prática: sociologia, psicologia, antropologia e direito.

17 SILVA, Maria Inês Araújo Garcia. Era uma vez um jovem alemão: uma história sobre Bert Hellinger. 2017. Disponível em: <<https://iperexo.com/2017/06/27/era-uma-vez-um-alemao-bert-hellinger/>>. Acesso em: 01 jul. 2019.

18 HELLINGER, Bert. **Ordens do Amor: um guia para o trabalho com Constelações Familiares**. São Paulo: Cultrix, 2003. p. 32.

O intuito da constelação é reorganizar o sistema familiar do indivíduo, que pode estar afetado por traumas da pessoa constelada ou de seus antepassados, que continuam a atuar através de gerações influenciando a vida dos descendentes.¹⁹

Inicialmente, é preciso compreender quem forma o sistema familiar de um indivíduo. Hellinger esclarece que este é formado por membros que podem estar envolvidos inclusive de forma inconsciente, e por isso é necessária uma formação aprimorada do constelador, profissional que coordena a constelação, para identificar quais pessoas estão influenciando aquela dinâmica.²⁰

Em geral, sempre estão presentes os filhos e irmãos de um sistema, incluindo meios-irmãos, falecidos e natimortos, seguidos no nível imediatamente superior pelos pais e seus irmãos, mais uma vez considerando meios-irmãos, falecidos e natimortos. No nível acima, estão os avós e, de forma mais rara, seus irmãos ou algum bisavô.²¹

O constelador avaliará, ainda, se qualquer um dos envolvidos teve um destino trágico, foi lesado dentro do sistema ou mesmo excluído e desprezado. Através das práticas da constelação, foi possível identificar que são esses indivíduos que muitas vezes figuram com maior importância no sistema, podendo ser a origem do desequilíbrio vivido.²²

Não menos importante, é preciso considerar também o pai ou mãe dos meios-irmãos e qualquer indivíduo que, mesmo sem parentesco com o sistema, tenha sido diretamente prejudicado ou beneficiado por ele, desde que tal ocorrência seja grande e significativa. Por fim, Hellinger esclarece que a convivência física, como um parente morando na mesma casa, não significa necessariamente relevância no sistema, sendo o vínculo avaliado pelo emaranhamento das relações.²³

Dentro do sistema do indivíduo, os distúrbios nas Ordens do Amor podem afetar a geração presente e as futuras, porém, Hellinger demonstra em seus estudos que as forças enraizadas num sistema familiar podem ser redirecionadas, quando reconhecidas e aceitas por seus integrantes, trazendo de volta o equilíbrio e a paz para o conjunto. As três Ordens do Amor são o pertencimento, a hierarquia e o equilíbrio.

O pertencimento consiste no direito de todo indivíduo fazer parte de seu sistema, independentemente das escolhas que tenha feito no decorrer da vida. É necessário que

19 HAUSNER, Stephan. **Constelações Familiares e o Caminho da Cura: a abordagem da doença sob a perspectiva de uma medicina integral**. São Paulo: Cultrix, 2010. p. 14-15.

20 HELLINGER, Bert. **Ordens do Amor: um guia para o trabalho com Constelações Familiares**. São Paulo: Cultrix, 2003. p. 32.

21 HELLINGER, Bert. **Ordens do Amor: um guia para o trabalho com Constelações Familiares**. São Paulo: Cultrix, 2003. p. 32.

22 HELLINGER, Bert. **Ordens do Amor: um guia para o trabalho com Constelações Familiares**. São Paulo: Cultrix, 2003. p. 32.

23 HELLINGER, Bert. **Ordens do Amor: um guia para o trabalho com Constelações Familiares**. São Paulo: Cultrix, 2003. p. 32.

todo o sistema respeite a existência de cada um de seus indivíduos, e o acolha no seu convívio, pois a segurança trazida pelo sentimento de pertencimento é essencial para manter seu equilíbrio.²⁴

Quando alguém foi excluído do sistema, é necessário que ele seja novamente acolhido, caso contrário, haverá um constante desejo de reparação de injustiça entre seus membros. Isso se dá, segundo Hellinger, pois a alma não suporta, ainda que inconscientemente, que alguém seja considerado melhor ou pior, já que dentro da família reina a lei da igualdade de valores entre todos. Ainda que não haja nossa compreensão ou qualquer justificativa, o sistema caminha em busca da ordem preestabelecida do pertencimento.²⁵

Seguindo o pertencimento, vem a hierarquia, demonstrando que, ainda que todos os membros possuam o mesmo valor dentro do sistema, é necessário respeitar a ordem cronológica pela qual adentraram no convívio. A ordem deve ser respeitada porque o tempo define a posição de cada membro e forma um processo de sucessão natural, motivo pelo qual quem existiu primeiro, como o filho primogênito, tem precedência sobre os demais filhos.²⁶

Quando se comparam dois sistemas, as ordens se invertem, e o sistema mais novo tem prevalência sobre o antigo, como ocorre quando alguém cria seu próprio sistema através do casamento ou do nascimento de filhos, ou quando se separa e cria um sistema, através do segundo casamento.²⁷

A terceira lei do Amor trata sobre o equilíbrio entre dar e receber, relacionada com a capacidade de troca entre seus membros, compartilhando capacidades e habilidades. Quando essa troca ocorre de forma equilibrada, é possível experimentar uma relação madura, que propicia a liberdade e o bem-estar.²⁸

Quem sente que está desequilibrado no sistema, porque recebeu demais e não consegue retribuir, tende a ir embora. Essa dívida aparentemente insanável pode ser com

24 QUEZADA, Fabiana. Constelação Sistêmica como meio de solução de conflitos no Direito de família. 2018. Disponível em: <<https://sbdsis.com.br/constelacao-sistemica-como-meio-de-solucao-de-conflitos-no-direito-de-familia/>>. Acesso em: 31 maio 2019.

25 HELLINGER, Bert. **Ordens do Amor: um guia para o trabalho com Constelações Familiares**. São Paulo: Cultrix, 2003. p. 276-277.

26 HELLINGER, Bert. **Ordens do Amor: um guia para o trabalho com Constelações Familiares**. São Paulo: Cultrix, 2003. p. 25.

27 HELLINGER, Bert. **Ordens do Amor: um guia para o trabalho com Constelações Familiares**. São Paulo: Cultrix, 2003. p. 25.

28 QUEZADA, Fabiana. Constelação Sistêmica como meio de solução de conflitos no Direito de família. 2018. Disponível em: <<https://sbdsis.com.br/constelacao-sistemica-como-meio-de-solucao-de-conflitos-no-direito-de-familia/>>. Acesso em: 31 maio 2019.

relação ao cuidado, amor, atenção, proteção, tempo, dinheiro, ou qualquer outra coisa que se possa dar e receber.²⁹

O desequilíbrio gera a sensação de devedor para uma das partes e pode ser a origem de diversos conflitos familiares. Tal fenômeno só é natural na relação entre pais e filhos, pois os pais deram a vida àquele novo ser, e por mais que ele se esforce na vida, é humanamente impossível que ele retribua da mesma forma, dando vida aos pais. Os genitores esperam apenas que sua prole reconheça a vida que lhe foi dada e seja grata a isso.³⁰

Nas sessões de constelação familiar, busca-se identificar em quais aspectos as Ordens do Amor foram afetadas e de que forma elas podem ser reestabelecidas. Apesar de muitos acreditarem que se trate de algo místico ou religioso, a constelação é um conjunto de técnicas multidisciplinares que auxilia na exteriorização de um problema, fazendo com que a pessoa redirecione seu foco e consiga encontrar soluções.³¹

Dentro do Poder Judiciário, as constelações costumam ocorrer cerca de uma semana antes das audiências de mediação ou conciliação agendadas, formando-se um grupo de pessoas com processos de temáticas parecidas. Além das vivências em grupos, também é possível realizar atendimentos individuais, utilizando bonecos ou placas de papel para representar cada membro do sistema do constelado.³²

Quando realizada em grupos, a constelação se faz com o indivíduo constelado escolhendo, de forma aleatória, representantes para seus familiares e para si mesmo, organizando-os de forma intuitiva. Falando pouco ou nada, os participantes conectam-se com processos humanos fundamentais, e começam a sentir, de forma involuntária, sensações e emoções das pessoas que representam, muitas vezes até com sintomas físicos.³³

Então, o constelador, observando as reações do grupo, vai movimentando o arranjo dos indivíduos até que se identifique o mais confortável, sem julgamentos de certo e errado. O constelador poderá, ainda, sugerir frases a serem ditas pelos representantes, que

29 HELLINGER, Bert. **Ordens do Amor: um guia para o trabalho com Constelações Familiares**. São Paulo: Cultrix, 2003. p. 25

30 HELLINGER, Bert. **Ordens do Amor: um guia para o trabalho com Constelações Familiares**. São Paulo: Cultrix, 2003. p. 28

31 VIEIRA, Adhara Campos. **A Constelação no Judiciário: Manual de Boas Práticas**. Brasília: Ebook, 2018. p. 11. Disponível em: <<https://institutoestelar.com.br/>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

32 VIEIRA, Adhara Campos. **A Constelação no Judiciário: Manual de Boas Práticas**. Brasília: Ebook, 2018. p. 12. Disponível em: <<https://institutoestelar.com.br/>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

33 GOMES, Magali Dellape; VIEIRA, Adhara Campos. Ferramentas para pacificação social nas varas de família: Oficina de Pais e Filhos e Constelações Familiares. In: GONZAGA, Cristiana Torres (Org.). **O papel do Judiciário no alcance da paz social**. Brasília: TJDF, 2018. p. 73. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/copy_of_e-books/e-books-pdf/OpapelodoJudicirionoalcancedaPazSocial.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2019.

surtirão efeito libertador para quem diz e para quem ouve. Aqueles que estão como espectadores também sentem os efeitos das frases e movimentos feitos na constelação, ao se identificarem com a dinâmica que está sendo realizada.³⁴

Ao vislumbrar seus próprios problemas sem envolvimento direto, através da inteiração de terceiros, o indivíduo, que até então se via apenas como vítima de tudo que está vivendo, pode perceber, ainda que inconscientemente, que seus próprios comportamentos influenciam seu ambiente. Esse discernimento naturalmente contribuirá para a solução do conflito e se mostrará significativo para a transformação do modo de agir das partes.³⁵

Os participantes das constelações familiares tendem a se portar de forma mais respeitosa com a parte contrária e predispostos a firmar acordos³⁶, melhorando a convivência entre todos os membros da família. Os relatos de quem vivenciou a prática descrevem uma experiência de maior calma para tratar dos assuntos conflitantes, diminuindo a mágoa antes sentida, especialmente nos casos de divórcio em que os pais precisam focar nos interesses dos filhos para definir guarda, visitas e valores de pensão, por exemplo.³⁷

Contudo, as constelações não substituem a mediação, tampouco devem ser consideradas como substitutas a qualquer acompanhamento psicológico aos quais os envolvidos estejam submetidos. Em verdade, elas são apenas mais uma ferramenta à disposição do Poder Judiciário para serem utilizadas como suporte processual.

Imperioso destacar, ainda, que nem todo conflito pode ser submetido à constelação, cabendo aos consteladores fazer a análise do caso concreto. Não se deve, por exemplo, constelar com a parte que não queira fazê-lo, ainda que haja encaminhamento do

34 STORCH, Sami. DIREITO SISTÊMICO: A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS POR MEIO DA ABORDAGEM SISTÊMICA FENOMENOLÓGICA DAS CONSTELAÇÕES FAMILIARES. *Entre Aspás*, Salvador, v. 5, n. 1, p. 329, jul. 2017. Semestral. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/unicorp/images/entre_aspas_volume_cinco_versaodigital.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2019.

35 STORCH, Sami. DIREITO SISTÊMICO: A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS POR MEIO DA ABORDAGEM SISTÊMICA FENOMENOLÓGICA DAS CONSTELAÇÕES FAMILIARES. *Entre Aspás*, Salvador, v. 5, n. 1, p. 330, jul. 2017. Semestral. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/unicorp/images/entre_aspas_volume_cinco_versaodigital.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2019.

36 Vide dados apresentados no tópico “A efetividade das Constelações no Judiciário Brasileiro”.

37 STORCH, Sami. DIREITO SISTÊMICO: A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS POR MEIO DA ABORDAGEM SISTÊMICA FENOMENOLÓGICA DAS CONSTELAÇÕES FAMILIARES. *Entre Aspás*, Salvador, v. 5, n. 1, p. 333, jul. 2017. Semestral. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/unicorp/images/entre_aspas_volume_cinco_versaodigital.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2019.

magistrado, bem como não devem ser submetidos à prática os que estejam sob efeito de drogas, em estado depressivo grave ou com histórico de surtos psicóticos e alucinatórios.³⁸

Cabe dizer, ainda, que nos casos em que o indivíduo esteja fazendo uso de medicações psicotrópicas, é recomendado que o médico psiquiatra ou psicólogo o acompanhe, isso porque a constelação atinge campos do inconsciente os quais o constelado poderá ter dificuldades em lidar sozinho.³⁹

A filosofia apresentada por Bert Hellinger não se limita ao âmbito familiar, demonstrando resultados satisfatórios em diversas áreas de interação pessoal. Identificando que as constelações poderiam transformar a forma de pensar o Direito, iniciaram-se discussões sobre o Direito Sistêmico, um novo subsistema do sistema jurídico, pertencente ao sistema social, conforme se demonstra a seguir.

O Direito Sistêmico

As constelações familiares podem também ser chamadas de constelações sistêmicas, quando aplicadas a outros tipos de relações interpessoais. Dessa variação, surgiu no Brasil a expressão “Direito Sistêmico”, cunhada pelo Juiz de Direito do Estado da Bahia, Sami Storch, pioneiro na implementação das constelações de Bert Hellinger no Judiciário nacional.⁴⁰

O olhar diferenciado que o Direito Sistêmico coloca sobre os conflitos se faz necessário porque os autos de um processo judicial podem não refletir a complexidade das relações pessoais. Por isso, uma decisão judicial pode se mostrar simplista, trazendo alívio apenas momentâneo para um problema, e não paz aos envolvidos, pois não tratará os reais motivos que ocasionaram o conflito em questão.⁴¹

O magistrado esclarece que, após a prolação de uma sentença, outras ações judiciais com a mesma origem ou derivadas dela podem ser ajuizadas, aumentando os custos da máquina processual, a morosidade do Judiciário e, principalmente, o sofrimento das

38 VIEIRA, Adhara Campos. **A Constelação no Judiciário**: Manual de Boas Práticas. Brasília: Ebook, 2018. p. 11. Disponível em: <<https://institutoestelar.com.br/>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

39 VIEIRA, Adhara Campos. **A Constelação no Judiciário**: Manual de Boas Práticas. Brasília: Ebook, 2018. p. 11. Disponível em: <<https://institutoestelar.com.br/>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

40 STORCH, Sami. DIREITO SISTÊMICO: A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS POR MEIO DA ABORDAGEM SISTÊMICA FENOMENOLÓGICA DAS CONSTELAÇÕES FAMILIARES. **Entre Aspas**, Salvador, v. 5, n. 1, p. 316, jul. 2017. Semestral. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/unicorp/images/entre_aspas_volume_cinco_versaodigital.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2019.

41 STORCH, Sami. **O Direito Sistêmico**. 2013. Disponível em: <<https://direitosistemico.wordpress.com/>>. Acesso em: 04 jun. 2019.

partes. Tudo isso se dá porque as partes não participaram da construção daquela decisão, e uma delas, ou ambas, se mostrará inevitavelmente insatisfeita com o deslinde.⁴²

O Direito Sistêmico propõe uma nova fase para o Direito, combatendo a insatisfação do jurisdicionado através da tomada de consciência das partes e sua respectiva responsabilização por seus próprios atos. Badalotti conceitua o Direito Sistêmico da seguinte forma:

Assim, o Direito Sistêmico pode ser compreendido como um ramo da Ciência Jurídica, que busca e proporciona a viabilidade e o entendimento do Direito dentro de uma disciplina de convivência humanizada, tornando-o uma nova possibilidade para a adequação do comportamento humano, não pela coerção, mas pela conscientização através das ordens sistêmicas efetivando uma melhor dinâmica da Justiça e o alívio dos jurisdicionados.⁴³

Na busca do cumprimento de seus objetivos, o Direito Sistêmico pode ser trabalhado de três maneiras, sendo elas a postura sistêmica fenomenológica, a realização de intervenções com frases de solução, exercícios e dinâmicas sistêmicas e, por fim, através das Constelações Familiares. Ainda, é possível articular as posturas sistêmicas através da pessoa do magistrado, dos mediadores e conciliadores e dos advogados.⁴⁴

Destaque especial para a última classe citada, pois, em regra, o advogado é o primeiro profissional a ter contato com a demanda do indivíduo. Por isso, a transformação do pensamento desse que está na linha de frente da cadeia processual é essencial para o sucesso de seus resultados. O advogado precisa explorar competências não jurídicas na sua relação com os clientes e seus processos, enxergando o todo e buscando o reequilíbrio dos relacionamentos desde o início. Assim, mesmo defendendo os interesses de seu cliente, poderá convidá-los a ampliar sua consciência, percebendo padrões prejudiciais que podem ser modificados.⁴⁵

42 STORCH, Sami. DIREITO SISTÊMICO: A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS POR MEIO DA ABORDAGEM SISTÊMICA FENOMENOLÓGICA DAS CONSTELAÇÕES FAMILIARES. *Entre Aspás*, Salvador, v. 5, n. 1, p. 318, jul. 2017. Semestral. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/unicorp/images/entre_aspas_volume_cinco_versaodigital.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2019.

43 BADALOTTI, Damaris. Direito sistêmico: contribuições para o exercício da advocacia. 2018. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-171/direito-sistemico-contribuicoes-para-o-exercicio-da-advocacia/#_ftn9>. Acesso em: 03 jun. 2019.

44 OLDONI; LIPPMANN; GIRARDI apud VOLPATO, Helia Kulkamp Pereira. ADVOCACIA SISTÊMICA: UMA NOVA PERSPECTIVA DE ATUAÇÃO DO ADVOGADO DIANTE DA VISÃO CONCILIADORA DO NOVO CPC. 2018. p. 9. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Universidade do Sul de Santa Catarina, Florianópolis, 2018. Disponível em: <<https://riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/5821/ARTIGO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 14 jun. 2019.

45 PELLEGRINI, Carolina Portella. O pensamento sistêmico aplicado à advocacia: um caminho para a sua ressignificação. *Relacult - Revista Latino-americana de Estudos em Cultura e Sociedade*, [s.l.], v. 5, n. 4, p.1-15, 5 maio 2019. Centro Latino-Americano de Estudos em Cultura - CLAEC. <<http://dx.doi.org/10.23899/relacult.v5i4.1139>>. Disponível em: <http://periodicos.claec.org/index.php/relacult/article/view/1139>>. Acesso em: 01 jul. 2019.

O Direito Sistêmico trata as partes que estão em conflito como membros de um mesmo sistema, além de enxergá-las considerando seus sistemas próprios, como sua família, categoria profissional ou grupo étnico. Observando todo o contexto, é possível encontrar a solução que traga maior paz e equilíbrio para todos os envolvidos.⁴⁶

Apesar de aprimorar a prestação jurisdicional, a proposta de um novo paradigma trazido pelo Direito Sistêmico deve ser explorada com equilíbrio, pois nem se pode tratar as interações humanas apenas através da aplicação crua da legislação ao caso concreto, sem observar suas particularidades, tampouco se é permitido negligenciar o direito positivado, afastando das partes a segurança jurídica.⁴⁷

Quando aplicadas de forma respeitosa e técnica, equilibrando o convencional e o inovador, as dinâmicas sistêmicas contribuem para a paz social, apresentando resultados positivos nas demandas jurídicas, conforme os dados a seguir compilados demonstraram.

A efetividade das Constelações no Judiciário Brasileiro

No ano de 2016, foi constatado que ao menos 11 estados brasileiros, além do Distrito Federal, já haviam implementado a dinâmica da Constelação Familiar como estratégia de solução de conflitos no Judiciário. Dentre os estados, estavam relacionados Goiás, São Paulo, Rondônia, Bahia, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraná, Rio Grande do Sul, Alagoas e Amapá. Sobre os conflitos levados às sessões de Constelação Familiar, estes versaram geralmente, sobre guarda de filhos, divórcios litigiosos, inventário, adoção, abandono, violência doméstica e endividamento.⁴⁸

O Estado da Bahia foi o pioneiro da aplicação da técnica, em especial pela atuação do juiz de Direito Sami Storch. Quando iniciou, no ano de 2012, a constelação familiar foi aplicada a 90 processos que tramitavam no município de Castro Alves, dos quais se obteve índice de conciliação de 91% quando pelo menos uma das partes compareceu à dinâmica proposta, valor esse que era de 73% antes da aplicação da técnica.⁴⁹

46 STORCH, Sami. DIREITO SISTÊMICO: A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS POR MEIO DA ABORDAGEM SISTÊMICA FENOMENOLÓGICA DAS CONSTELAÇÕES FAMILIARES. *Entre Aspas*, Salvador, v. 5, n. 1, p. 320, jul. 2017. Semestral. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/unicorp/images/entre_aspas_volume_cinco_versaodigital.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2019.

47 BADALOTTI, Damaris. Direito sistêmico: contribuições para o exercício da advocacia. 2018. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-171/direito-sistemico-contribuicoes-para-o-exercicio-da-advocacia/#_ftn9>. Acesso em: 03 jun. 2019.

48 BANDEIRA, Regina. Constelação Familiar ajuda a humanizar práticas de conciliação no Judiciário. 2016. Agência CNJ de Notícias. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83766-constelacao-familiar-ajuda-humanizar-praticas-de-conciliacao-no-judiciario-2>>. Acesso em: 29 jun. 2019.

49 FARIELLO, Luiza. Constelação familiar: no firmamento da Justiça em 16 estados e no Distrito Federal. 2018. Agência CNJ de Notícias. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86434-constelacao-familiar-no-firmamento-da-justica-em-16-estados-e-no-df>>. Acesso em: 29 jun. 2019.

A mediação familiar baseada na técnica das constelações rendeu ao Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (TJGO) a premiação de primeiro lugar no V Prêmio Conciliar é Legal, do CNJ, na categoria de Tribunal Estadual para o ano de 2015. O Projeto de Mediação Familiar, desenvolvido no 3º CEJUSC da comarca de Goiânia, iniciou-se em abril de 2013 e apresentou índice de solução de cerca de 94% das demandas lá apreciadas.⁵⁰

Em Pernambuco, o Tribunal de Justiça registrou a aplicação da constelação familiar em 33 casos no ano de 2016, obtendo 75% de índice de acordos. Destaque para o caso relatado pela juíza de Direito Wilka Vilela, no qual oito filhos de uma mulher em coma discutiam sua interdição. O processo já tramitava há 13 anos na comarca, totalizando 15 volumes e sem perspectivas de terminar, até que, após a realização da constelação, foi possível chegar a um acordo, tudo isso com a mãe ainda viva, o que possivelmente evitou um processo de inventário tão longo quanto o de interdição.⁵¹

A 1ª Vara de Família do Fórum Regional de Leopoldina foi o caminho de entrada para a constelação familiar no estado do Rio de Janeiro. O projeto Constelações, idealizado pelo juiz André Tredinnick no ano de 2016, teve como experiência inicial a constelação de cerca de 300 processos relacionados a pensão alimentícia e guarda de filhos, para os quais houve conciliação em 86% dos casos e 80% de índice de aprovação dos participantes.⁵²

As constelações sistêmicas começaram a ser aplicadas, originalmente, como ferramentas de apoio em conflitos familiares. Porém, sua utilização se expandiu, e são encontrados relatos satisfatórios de sua aplicação em outros ramos do Direito, como nas Varas de Infância e Juventude, Criminal e do Idoso, bem como em cenários empresariais, em escolas, e até como prática integrativa do Sistema Único de Saúde (SUS).⁵³

O programa Olhares e Fazeres Sistêmicos no Judiciário é considerado uma das boas práticas da Justiça Estadual do Ceará, e consiste no uso das constelações entre detentos que cumprem penas alternativas, com o objetivo de diminuir o índice de reincidência

50 ARAÚJO, Elizângela. TJGO é premiado por mediação baseada na técnica de constelação familiar. 2015. Agência CNJ de Notícias. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79702-tjgo-e-premiado-por-mediacao-baseada-na-tecnica-de-constelacao-familiar>>. Acesso em: 30 jun. 2019

51 OTONI, Luciana; FARELLO, Luiza. Constelação pacífica conflitos de família no Judiciário. 2018. Agência CNJ de Notícias. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86659-constelacao-pacifica-conflitos-de-familia-no-judiciario>>. Acesso em: 29 jun. 2019.

52 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Constelação Familiar é aplicada a 300 casos no Rio. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/84551-constelacao-familiar-e-aplicada-a-300-casos-no-rio>>. Acesso em: 29 maio 2019.

53 BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Práticas Integrativas e Complementares (PICS): quais são e para que servem. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br/saude-de-a-z/praticas-integrativas-e-complementares>>. Acesso em: 30 jun. 2019

entre os réus primários com bons antecedentes, que, em sua maioria, infringiram a lei após sucumbirem às drogas.⁵⁴

No Distrito Federal, destaque para o projeto Constelar e Conciliar, realizado nos CEJUSCs, em Brasília e Taguatinga, na Primeira Vara Criminal, nas Varas Cíveis, Órfãos e Sucessões do Núcleo Bandeirante e em sessões adicionais ao Programa dos Superendividados. São realizadas palestras públicas e vivências em grupo, ministradas semanalmente, antes das sessões de mediação e conciliação.⁵⁵

Entre agosto de 2016 e julho de 2017, foram realizadas sete sessões de constelação familiar, para as quais foram convidadas as partes processuais, seus advogados, defensores públicos e promotores de Justiça. Dentre os 67 processos envolvidos, 71% das pessoas convidadas compareceram e 61% foi a taxa de acordos obtidos, sendo que, quando ambas as partes do processo compareceram à constelação, esse índice atingiu 76%.⁵⁶

O Programa dos Superendividados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) é referência pela amplitude de disciplinas combinadas com o intuito de promover a prevenção, o tratamento e a resolução amigável de conflitos envolvendo consumidores em situação de superendividamento. São realizadas oficinas de conciliações, educação financeira, orientações individuais, grupos temáticos e constelação familiar, além de acompanhamento psicológico com alunos conveniados ao TJDFT e supervisionados por um psicólogo.⁵⁷

A constelação é utilizada nesse projeto com o objetivo de relacionar a história de vida do participante e seu quadro econômico-financeiro, contribuindo para seu equilíbrio emocional e fortalecendo as estratégias de mudança e superação do endividamento, para que, após a resolução das dívidas em aberto, ele não contraia novas obrigações que extrapolem sua capacidade de solvência, replicando os mesmos hábitos.⁵⁸

54 OTONI, Luciana. Juízes empregam "constelação familiar" para tratar vícios e recuperar presos. 2018. Agência CNJ de Notícias. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86637-juizes-empregam-constelacao-familiar-para-tratar-vicios-e-recuperar-presos>>. Acesso em: 04 jun. 2019.

55 INSTITUTO ESTELAR. Projeto Constelar & Conciliar. Disponível em: <<https://institutoestelar.com.br/projetos/projeto-constelar-conciliar/>>. Acesso em: 19 jun. 2019

56 DISTRITO FEDERAL. TJDFT. Constelação familiar: vara no DF alcança 61% de acordo com método. 2017. Agência CNJ de Notícias. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/85256-constelacao-familiar-vara-no-df-alcanca-61-de-acordo-com-metodo>>. Acesso em: 18 jun. 2019

57 VIEIRA, Adhara Campos. **A Constelação no Judiciário**: Manual de Boas Práticas. Brasília: Ebook, 2018. p. 13. Disponível em: <<https://institutoestelar.com.br/>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

58 DISTRITO FEDERAL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. **E o cidadão, o que pensa a respeito do Programa Superendividados?: RELATÓRIO DA PESQUISA DE SATISFAÇÃO DO USUÁRIO E IMPACTO – 2018**. Brasília: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, 2018. p. 5. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/informacoes/cidadania/nupemec/programas-e-projetos/superendividados/relatorio-da-pesquisa-de-satisfacao-do-usuario-e-de-impacto-2018>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

Os resultados podem ser vistos pela opinião dos usuários: 94,3% ficou satisfeito com a conciliação realizada, sendo que 81,4% considerou a tentativa de acordo válida, e 80,30% entendeu ter participado da construção da solução. Ainda, 95,1% informou que não se sentiu pressionado a fechar um acordo, e 94,8% considerou que a imagem que tinha do Poder Judiciário melhorou.⁵⁹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os meios extrajudiciais de resolução de conflitos já fazem parte da realidade judiciária brasileira, com tendência a ganhar cada vez mais força, tendo em vista a urgência em diminuir a litigiosidade, a morosidade processual e os gastos da máquina pública. Além disso, vêm recebendo boa aceitação por parte da sociedade, por refletirem um desfecho processual com aspecto mais justo, do qual todos os envolvidos participaram e foram ouvidos.

A Resolução 125/2010 do CNJ, ao definir a formação multidisciplinar de mediadores e conciliadores, abriu caminhos para que novas técnicas sejam trabalhadas em conjunto, com o objetivo de aumentar e aperfeiçoar os acordos firmados no Poder Judiciário. Dentre essas técnicas, encontram-se as constelações.

Quando aplicadas aos conflitos do Direito de Família, as constelações familiares têm potencial para elevar o índice de acordos firmados, viabilizando alternativas que efetivamente pacifiquem as partes, além de diminuir o tempo de espera para obtenção de um desfecho processual. Ainda, apresentam-se como técnica em potencial para auxiliar conflitos em outros ramos do Direito.

Verificou-se a importância de capacitar profissionais multidisciplinares para trabalhar a técnica junto ao Poder Judiciário, evitando que interpretações e execuções erradas sejam apresentadas às partes, ou ainda, que o movimento emocional inerente à técnica agrave a situação em tela.

Do mesmo modo, mostrou-se necessário compreender a constelação como uma ferramenta auxiliar, que não pode ser aplicada a todo e qualquer caso, muito menos ferir o Direito positivado. Por esse motivo, os atores processuais precisam compreender o Direito Sistêmico como um subsistema do sistema jurídico, extraíndo o que há de melhor em ambos, na busca pela paz social.

59 DISTRITO FEDERAL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. **E o cidadão, o que pensa a respeito do Programa Superendividados?: RELATÓRIO DA PESQUISA DE SATISFAÇÃO DO USUÁRIO E IMPACTO – 2018**. Brasília: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, 2018. p. 8-9. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/informacoes/cidadania/nupemec/programas-e-projetos/superendividados/relatorio-da-pesquisa-de-satisfacao-do-usuario-e-de-impacto-2018>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

Assim, sem a pretensão de esgotar o assunto, mas arrematando o presente artigo, verificou-se que as constelações sistêmicas representam ferramentas viáveis e satisfativas quando aplicadas à resolução de conflitos familiares, por aumentarem o índice de acordos firmados e diminuírem a reincidência processual relativa à mesma demanda, além de poderem ser exploradas em outras áreas do Direito.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Elizângela. TJGO é premiado por mediação baseada na técnica de constelação familiar. 2015. Agência CNJ de Notícias. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79702-tjgo-e-premiado-por-mediacao-baseada-na-tecnica-de-constelacao-familiar>>. Acesso em: 30 jun. 2019

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Práticas Integrativas e Complementares (PICS): quais são e para que servem. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br/saude-de-a-z/praticas-integrativas-e-complementares>>. Acesso em: 30 jun. 2019

BADALOTTI, Damaris. Direito sistêmico: contribuições para o exercício da advocacia. 2018. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-171/direito-sistematico-contribuicoes-para-o-exercicio-da-advocacia/#_ftn9>. Acesso em: 03 jun. 2019.

BANDEIRA, Regina. Constelação Familiar ajuda a humanizar práticas de conciliação no Judiciário. 2016. Agência CNJ de Notícias. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83766-constelacao-familiar-ajuda-humanizar-praticas-de-conciliacao-no-judiciario-2>>. Acesso em: 29 jun. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Manual de Mediação Judicial**. 5. ed./Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2015. 376 p. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/c276d2f56a76b701ca94df1ae0693f5b.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2019

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2018**: ano-base 2017/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2018. 214 p. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Mediação e Conciliação avaliadas empiricamente**: jurimetria para propositura de ações eficientes./Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2019. 193 p, Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/publicacoes/arquivo/d87ecfa91fdcada3c1795f522be42dcc_7772666f491fd94a642e05b394cff84a.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2019.

DISTRITO FEDERAL. TJDTF. Constelação familiar: vara no DF alcança 61% de acordo com método. 2017. Agência CNJ de Notícias. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/85256-constelacao-familiar-vara-no-df-alcanca-61-de-acordo-com-metodo>>. Acesso em: 18 jun. 2019.

DISTRITO FEDERAL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. **E o cidadão, o que pensa a respeito do Programa Superendividados?:** RELATÓRIO DA PESQUISA DE SATISFAÇÃO DO USUÁRIO E IMPACTO – 2018. Brasília: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, 2018. 38 p. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/informacoes/cidadania/nupemec/programas-e-projetos/superendividados/relatorio-da-pesquisa-de-satisfacao-do-usuario-e-de-impacto-2018>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

FARIELLO, Luiza. Constelação familiar: no firmamento da Justiça em 16 estados e no Distrito Federal. 2018. Agência CNJ de Notícias. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86434-constelacao-familiar-no-firmamento-da-justica-em-16-estados-e-no-df>>. Acesso em: 29 jun. 2019.

GOMES, Magali Dellape; VIEIRA, Adhara Campos. Ferramentas para pacificação social nas varas de família: Oficina de Pais e Filhos e Constelações Familiares. In: GONZAGA, Cristiana Torres (Org.). **O papel do Judiciário no alcance da paz social**. Brasília: TJDTF, 2018. p. 66-77. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/copy_of_e-books/e-books-pdf/OpapeldoJudicirionoyalcancedaPazSocial.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2019.

HAUSNER, Stephan. **Constelações Familiares e o Caminho da Cura: a abordagem da doença sob a perspectiva de uma medicina integral**. São Paulo: Cultrix, 2010. 240 p.

HELLINGER, Bert. **Ordens do Amor: um guia para o trabalho com Constelações Familiares**. São Paulo: Cultrix, 2003. 424 p.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios: Características da vitimização e do acesso à justiça no Brasil**. 2009. Rio de Janeiro, 2010. 248 p. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv47311.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

INSTITUTO ESTELAR. Projeto Constelar & Conciliar. Disponível em: <<https://institutoestelar.com.br/projetos/projeto-constelar-conciliar/>>. Acesso em: 19 jun. 2019

LEVY, Fernanda et al. Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça: Leitura comentada. 2011. Disponível em: <<https://www.mediare.com.br/resolucao-n-125-do-conselho-nacional-de-justica-leitura-comentada/>>. Acesso em: 16 jun. 2019.

NUPEMEC – Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e CIDADANIA. **Info Nupemec 2018 TJSP**. São Paulo: TJSP, 2018. 12 p. Disponível em: <<https://issuu.com/tjspoficial/docs/info2018a4>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

OTONI, Luciana; FARIELLO, Luiza. Constelação pacífica conflitos de família no Judiciário. 2018. Agência CNJ de Notícias. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86659-constelacao-pacifica-conflitos-de-familia-no-judiciario>>. Acesso em: 29 jun. 2019.

OTONI, Luciana. Juízes empregam "constelação familiar" para tratar vícios e recuperar presos. 2018. Agência CNJ de Notícias. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86637-juizes-empregam-constelacao-familiar-para-tratar-vicios-e-recuperar-presos>>. Acesso em: 04 jun. 2019.

OTONI, Luciana. Toffoli destaca relevância da conciliação para a pacificação social. 2019. Agência CNJ de Notícias. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/89012-toffoli-destaca-relevancia-da-conciliacao-para-a-pacificacao-social>>. Acesso em: 29 jun. 2019.

PELLEGRINI, Carolina Portella. O pensamento sistêmico aplicado à advocacia: um caminho para a sua ressignificação. *Relacult - Revista Latino-americana de Estudos em Cultura e Sociedade*, [s.l.], v. 5, n. 4, p.1-15, 5 maio 2019. Centro Latino-Americano de Estudos em Cultura – CLAEC. <<http://dx.doi.org/10.23899/relacult.v5i4.1139>>. Disponível em: <http://periodicos.claec.org/index.php/relacult/article/view/1139>>. Acesso em: 01 jul. 2019.

QUEZADA, Fabiana. Constelação Sistêmica como meio de solução de conflitos no Direito de família. 2018. Disponível em: <<https://sbdsis.com.br/constelacao-sistemica-como-meio-de-solucao-de-conflitos-no-direito-de-familia/>>. Acesso em: 31 maio 2019.

SILVA, Maria Inês Araújo Garcia. Era uma vez um jovem alemão: uma história sobre Bert Hellinger. 2017. Disponível em: <<https://iperoxo.com/2017/06/27/era-uma-vez-um-alemao-bert-hellinger/>>. Acesso em: 01 jul. 2019.

SORRENTINO, Luciana Yuki F. A Política Judiciária de Tratamento Adequado de Conflitos e a sua contribuição para a mudança da imagem do Poder Judiciário. In: GONZAGA, Cristiana Torres (Org.). **O papel do Judiciário no alcance da paz social**. Brasília: TJDF, 2018. p. 12-29. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/copy_of_e-books/e-books-pdf/OpapeldoJudicirionoalcancedaPazSocial.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2019.

STORCH, Sami. **O Direito Sistêmico**. 2013. Disponível em: <<https://direitosistemico.wordpress.com/>>. Acesso em: 04 jun. 2019.

STORCH, Sami. DIREITO SISTÊMICO: A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS POR MEIO DA ABORDAGEM SISTÊMICA FENOMENOLÓGICA DAS CONSTELAÇÕES FAMILIARES. **Entre Aspas**, Salvador, v. 5, n. 1, p. 305-340, jul. 2017. Semestral. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/unicorp/images/entre_aspas_volume_cinco_versaodigital.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Constelação Familiar é aplicada a 300 casos no Rio. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/84551-constelacao-familiar-e-aplicada-a-300-casos-no-rio>>. Acesso em: 29 maio 2019.

VIEIRA, Adhara Campos. **A Constelação no Judiciário**: Manual de Boas Práticas. Brasília: Ebook, 2018. Disponível em: <<https://institutoestelar.com.br/>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

VOLPATO, Helia Kulkamp Pereira. ADVOCACIA SISTÊMICA: UMA NOVA PERSPECTIVA DE ATUAÇÃO DO ADVOGADO DIANTE DA VISÃO CONCILIADORA DO NOVO CPC. 2018. 15 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Universidade do Sul de Santa Catarina, Florianópolis, 2018. Disponível em: <<https://riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/5821/ARTIGO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 14 jun. 2019.

A MEDIAÇÃO COMO FERRAMENTA DE AUXÍLIO PARA A GOVERNANÇA EMPRESARIAL

Karem Patricia dos Santos Caetano¹

RESUMO: O propósito central do artigo em tela é trazer a reflexão a respeito do valor da mediação empresarial e sobretudo do vínculo entre a mediação empresarial e a governança das empresas, mais precisamente sobre como estes dois objetos de debate se cooperam. Neste sentido será submetido à crítica harmonização desses dois objetos de estudo, além de mostrar os aspectos, conceitos, e como os mesmos ocorrem no Brasil. E quão ambos são utilizados na atualidade. Para tanto será tratado alguns aspectos conceituais sobre a mediação e a governança corporativa e como a mediação empresarial vem para agregar na governança de empresas.

Palavras-chave: Mediação; Mediação Empresarial; Governança.

MEDIATION AS AN AID TOOL FOR BUSINESS GOVERNANCE

ABSTRACT: The main purpose of the article on the screen is to reflect on the value of business mediation and above all on the link between business mediation and corporate governance, specifically on how these two objects of debate cooperate. In this sense, it will be submitted to the critical harmonization of these two objects of study, as well as to show the aspects, concepts, and how they occur in Brazil. And how both are used today. For this, some conceptual aspects about mediation and corporate governance will be dealt with and how corporate mediation comes to aggregate in corporate governance.

Keywords: Mediation; Business Mediation; Governance.

¹ Especialista em Direito Empresarial pela Pontifícia universidade Católica do Rio Grande do Sul , possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Pará e Advogada. E-mail: karemcaetano@gmail.com

INTRODUÇÃO

O presente artigo explana acerca do papel da mediação empresarial na governança das empresas, mais concretamente, a de analisar a relação salutar entre eles, mostrando a necessidade da mediação, expondo os vários modelos extrajudiciais de resoluções de conflitos que existem no Brasil, destacando que a essência do trabalho passará pela mediação judicial e extrajudicial, bem como a mediação empresarial, governança corporativa e o foco do trabalho que será relação da mesma com a mediação empresarial.

O objetivo desse trabalho é mostrar como os meios de resoluções de conflitos auto-compositivos, mais especificamente, a mediação, veio para ser uma excelente opção para a sociedade, no que concerne a tentativa de se chegar a solução de um conflito. Tendo como conteúdo principal, a mediação empresarial e a governança corporativa e a importância desse vínculo.

O mesmo está organizado em sete capítulos, o primeiro capítulo irá abordar sobre o conflito e a relação deste com a sociedade bem como este se apresenta. No segundo capítulo apresentaremos os meios auto-compositivos de resoluções de conflitos, ao menos os mais conhecidos, como: A negociação, conciliação, arbitragem e mediação. Já no capítulo terceiro, abordar-se-á, mais especificamente, sobre a mediação, suas vertentes e espécies existentes no Brasil e como internacionalmente ela se aplica. No Capítulo quatro será aprofundado na mediação empresarial, sua importância, aplicabilidade dentro das empresas, como ocorre no Brasil.

O capítulo cinco iniciará com a governança corporativa, seus conceitos, seu contexto histórico, como se aplica internamente. No capítulo seis tem-se o cerne da discussão a relação entre mediação empresarial e Governança Corporativa, especificamente a Governança de Empresa, explicitando como a mediação é importante para uma boa governança, como a mediação pode e vem para facilitar as relações empresariais. E no final, no capítulo sétimo, temos a conclusão.

Por fim, a metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, utilizando a doutrina brasileira e leis brasileiras.

O CONFLITO

É sabido que o embate, a desinteligência, dissenso ou mais comumente conhecido como conflito, sempre foi visto como algo a ser combatido, por na maioria das vezes, ser observado como algo negativo. Tendo em vista que a história mostra que o mundo se permeou por essa força natural, se imprime, com isso, que o enfrentamento faz parte do que se constituem a natureza, e, principalmente, do que se constitui a natureza humana.

Dessa forma, faz-se o questionamento se é mais eficaz, ou até possível tentar eliminar o conflito ou lidar com ele para que se chegue a um consenso? Tem-se no referido trabalho, o desenvolvimento para que se tente chegar a uma resposta ou pelo menos ao caminho desta.

ROBBINS (2005) delimita a significação do embate como um método, no qual aquilo que se faz com empenho é intencionalmente reproduzido por A no significado de retirar a eficácia de B, para atingir uma estabelecida ação por meio de uma maneira de barreira que procede rumo a rejeição de B.

VASCONCELOS (2015, p.21) nos mostra que:

Inerente às relações humanas, o conflito ocorre muitas vezes por sentimentos, valores e interesses diferentes entre as pessoas. Porém, o conflito não deve ser visto como algo negativo, já que é impossível que algo que é tão natural entre interações interpessoais e com pessoas de personalidades únicas, não venha ocorrer.

Dessa forma, em um primeiro momento, pode-se depreender o maior aspecto negativo do dissenso: a falta de diálogo, pois a falta de acordo advém de uma tendência que se tem em enxergar apenas o próprio ponto de vista, atrofiando o argumento e não evoluindo no processo do consenso, pela limitação da interlocução entre os sujeitos.

Porém, apesar dos conflitos serem naturais nas relações humanas, se utilizados de maneira saudável, possibilita a evolução da sociedade, no que tange a utilização da boa competição, concorrência leal, melhoramento na qualidade de produtos e serviços das empresas, entre outras, fazendo com que a sociedade não fique estagnada e tente sempre se superar. Porém, há conflitos, principalmente, no que tange a esfera econômica, que atravancam e trazem perdas para a sociedade.

Como bem observa WALDO (2004, p.13):

No entanto, o conflito pode ser visto como crescimento. Todo conhecimento, toda evolução e até a própria vida estão ligados ao conceito de conflito. Por isso, devemos, também, ter uma visão positiva do conflito como oportunidade de crescimento, de aprendizado de vida, como uma transação aprimorada, como um ciclo pelo qual as pessoas estão se renovando constantemente, por meio da adequação pessoal com o meio coletivo em que vivem. (...) Nesse ínterim é importante destacar que deve-se observar que há dois quase sub-elementos do conflito: A Disposição e o Interesse. Para que se entenda como o conflito é formado e buscar a solução para o mesmo. Tem-se que: nas posições (interesses aparentes), as partes de um conflito demonstram posturas condizentes com suas afirmações, defendendo exaustivamente suas convicções. Quando tratam de interesses verdadeiros, as partes demonstram preocupação com a responsabilidade de sua revelação.

Dessa forma, é importante destacar, entre outros, que a tentativa de eliminar conflitos seria também a tentativa pela busca de um método no qual a sociedade

transformar-se o distanciamento que ocorre quando a mesma se utiliza apenas dos aspectos negativos da falta de consenso, e não se responsabiliza por ele por inteiro, no sentido de trazer para si o poder de solução. O que no caso poderá ser respondido por soluções menos burocráticas ou soluções auto compositivas, como a mediação, por exemplo.

ESPÉCIES ALTERNATIVAS DE RESOLUÇÕES DE CONFLITOS

Como exposto acima, a sociedade contemporânea, necessita (re) encontrar meios de gerenciar seus conflitos, e no que concerne aos conflitos processuais, se faz cada vez mais urgente a análise do uso de meios para além dos usuais. No que tange a classificação dos meios de solução de conflitos, sob a óptica da jurisdição, observa-se a divisão entre os meios judiciais e extrajudiciais. A respeito do meio judicial tem-se a figura do juiz, que decide um conflito processual. E o meio extrajudicial que se ramifica em: negociação, conciliação, arbitragem e mediação.

A mediação, a conciliação e a arbitragem, tal como a negociação direta e a negociação profissional, são formas pacíficas por se fundarem no consenso entre as partes em conflito que, desarmando-se de qualquer espírito de contenciosidade, esposam o firme propósito de resolver amigavelmente a sua divergência, com boa-fé e boa vontade, através da atuação de uma terceira pessoa, neutra, ou de mais de uma, de sua livre escolha e confiança, a quem será entregue a aludida solução. (Wanderley Waldo, 2004, p.16-17).

Conciliação

É evidente que dentre os meios de resoluções de conflitos extrajudiciais, a conciliação é a que mais se assemelha a mediação, pelo menos a conciliação extrajudicial. Tendo em vista que a conciliação também se divide em pré-processual e endoprocessual. A conciliação extrajudicial, entre outras características, se assemelha a mediação, também no que concerne a forma que ambas tentam resolver um conflito, com a diferença máxima de que a o conciliador intervém no resultado, diferente do mediador.

Além do que, no que tange o novo Código de Processo Civil/2015, o mesmo aduz que:

Art. 3o Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. §1o É permitida a arbitragem, na forma da lei. §2o O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. §3o A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Com relação aos tipos de conciliação, no nosso sistema brasileiro, existem a conciliação judicial e a conciliação extrajudicial, basicamente, a conciliação judicial é aquela que ocorre no curso de um processo, após a conclusão da vontade das partes, com homologação do juiz. Já a mediação extrajudicial ocorre após o contrato das partes, preenchendo os requisitos, será transformado em título extrajudicial.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ,2010), ao aduzir a conciliação, interpreta-a como:

Um meio alternativo de resolução de conflitos em que as partes confiam a uma terceira pessoa (neutra), o conciliador, a função de aproximá-las e orientá-las na construção de um acordo. O conciliador é uma pessoa da sociedade que atua, de forma voluntária e após treinamento específico, como facilitador do acordo entre os envolvidos, criando um contexto propício ao entendimento mútuo, à aproximação de interesses e à harmonização das relações.

Portanto, a conciliação se difere da mediação, entre outros, no que versa sobre a autonomia do conciliador que é maior e mais desenvolvida do que na mediação, que encontra em seu mecanismo o mediador, até porque, na mediação o terceiro se dá totalmente imparcial e muitas vezes, funcionando apenas como um observador. O que vem de encontro com o conciliador, já que seu papel é primordial no desenvolver da lide e este tem como objetivo principal o alcance do acordo e o fim do dissenso. O seu papel é muito mais pungente, focando no objeto do dissenso.

O conciliador faz sugestões, orienta, aponta questões e até pode intervir nas decisões tomadas. Enquanto o mediador conduz a melhor relação das partes para que as mesmas encontrem a melhor solução, o conciliador interfere diretamente na lide.

Arbitragem

Assim como a mediação, a arbitragem possui uma lei própria, a lei 9.307/1996, tendo ainda como algo em comum o fato de que, assim como na mediação extrajudicial, as partes poderão escolher quem irá orientar a lide, assim como versa o parágrafo 1º do art.2º desta lei em comento, transcrito abaixo:

Art. 2º, lei 9.307/1996: A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. Parágrafo 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

Porém, as semelhanças param por aí, já que na arbitragem o árbitro terá papel jurisdicional, pois o terceiro imparcial, o árbitro, irá aplicar o direito no caso concreto,

semelhante ao processo judicial comum, possuindo até mesmo sentenças prolatadas, a sentenças arbitrais. É o que apresenta o CNJ:

A característica principal da arbitragem é sua coercibilidade e capacidade de pôr fim ao conflito. De fato, é mais finalizadora do que o próprio processo judicial, porque não há recurso na arbitragem. De acordo com a Lei n. 9.307/96, o Poder Judiciário executa as sentenças arbitrais como se sentenças judiciais fossem. Caso uma das partes queira questionar uma decisão arbitral devido, por exemplo, à parcialidade dos árbitros, uma demanda anulatória deve ser proposta (e não um recurso). (CNJ 2016, p 14).

A lei 9.307/1996 em seu Art. 3º, evidencia que:

As partes interessadas podem submeter à solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Além da própria lei que versa sobre a arbitragem, há o Código de Processo Civil que estipula a permissão da arbitragem, como transcrito abaixo:

CPC, art. 42º: As causas cíveis serão processadas e decididas pelo órgão jurisdicional nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei.

Podendo se inferir, assim, que a arbitragem, além de ter seu respaldo como lei própria, obtém no código civil uma grande confirmação desses institutos no ordenamento jurídico nacional. Assim sendo, é relevante ressaltar que a arbitragem vem como a possibilidade de ser uma segunda opção ao mecanismo já existente de terceiro imparcial julgador. Contrário ao mecanismo da conciliação e da mediação.

A MEDIAÇÃO

Sabe-se que a cultura jurídica Brasileira, ainda se utiliza primordialmente do poder estatal, através do Poder Judiciário para solucionar seus problemas. Já que é algo enraizado em nossa cultura e aparentemente mais fácil deixar que um terceiro direcione e diga o que necessita ser feito rumo ao deslinde de uma pendência, ao invés de trazer a responsabilidade dos problemas para si. Lógico com exceções, como as lides da esfera penal, por exemplo, tentar de modo pacífico encontrar solução aos nossos próprios problemas, hoje se faz, em muitas ocasiões, necessário. Haja vista, que na atualidade, o

poder judiciário, não está dando conta do grande congestionamento processual que se encontra.

Dessa forma, a mediação se destaca como um fenômeno dentro dos meios alternativos de soluções de conflito, fenômeno esse, que está advindo de países que mais se sobressaem economicamente, como os Estados Unidos, a Alemanha, e entre outros, e que se inicia ainda timidamente no Brasil, vale destacar também, que medidas análogas à mediação ocorrem desde antes do Direito Romano, sendo que se na antiguidade a medida era utilizada para conflitos mercantis, hoje, na fase moderna, a mediação se expandiu para diversas áreas.

Nesse desígnio, a respeito do conceito de mediação, o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC (2014), define que o conceito desse meio de resolução de conflito é: “um processo privado de resolução de disputas em que um terceiro, denominado “neutro” ou “mediador”.

A lei de mediação em seu parágrafo único, do art. 1º, dispõe que:

Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Além do mais, os princípios que regem a mediação estão estipulados em seu Art. 2º, que estabelece que a mediação será orientada pelos seguintes princípios:

I - Imparcialidade do mediador; II - isonomia entre as partes; III - oralidade; IV - informalidade; V - autonomia da vontade das partes; VI - busca do consenso; VII - confidencialidade; VIII - boa-fé.

No que concerne a relação do novo Código de Processo Civil e os meios auto compositivos de resolução de conflitos, CAMARGO e CARDOSO (2015, p.1) dissertam que:

O Código de Processo Civil de 2015, em todo o seu texto, estimula a conciliação e a mediação. O art. 3º prevê o dever do Poder Público, Judiciário, Executivo e Legislativo (§ 2º) e dos sujeitos processuais, juízes, advogados públicos e privados, defensores e promotores públicos (§ 3º) a estimular as partes a resolver consensualmente o conflito. Na verdade, seria a mediação judicial já que há a mediação extrajudicial.

É importante destacar que a distinção entre a conciliação e a mediação está no fato de que resumidamente o conciliador e o mediador se utilizam de métodos diferentes para conseguir o resultado mediante um conflito. O primeiro faz algumas intervenções no dissenso, indicando meios para uma possível solução. Já o mediador é totalmente isento, sendo que o mesmo não pode constituir juízo de valor e nem fazer intervenção, a fim de

propor o que ele acha que seria o melhor para as partes, basicamente, no Brasil existe a mediação judicial e extrajudicial, ambas estipuladas na lei de mediação (nº 13.140/2015).

Mediação Extrajudicial

A mediação extrajudicial é aquela pretendida voluntariamente pelos interessados. Assim, o mediador, conhecendo um conjunto de saberes ligados à mediação, dará indicações não apenas jurídicas, mas sobre as pessoas que vivenciam o conflito. Estes mediadores podem ser declarados impedidos ou suspeitos, da mesma forma que ocorre com os juízes do Poder Judiciário. MIGALHAS (2017, p.1).

De mais a mais, segundo BACELLAR (2017, p.2420-4739):

Podem as partes ao contratar inserir cláusula que indique a mediação como forma de resolver consensualmente quaisquer conflitos que possam advir dessa contratação ou simplesmente louvarem-se de um ou mais terceiros, escolhidos ou aceitos por ambas, e buscar solução consensual para quaisquer de seus conflitos que decorram de sua relação em sociedade. Podem as partes ao contratar inserir cláusula que indique a mediação como forma de resolver consensualmente quaisquer conflitos que possam advir dessa contratação ou simplesmente louvarem-se de um ou mais terceiros, escolhidos ou aceitos por ambas, e buscar solução consensual para quaisquer outros de seus conflitos que decorram de sua relação em sociedade.

Nesse intento, o mesmo autor disserta que se houver a pretensão em inserir cláusula de mediação em seus contratos:

Terão de observar os requisitos mínimos previstos no art. 22 da lei n.13.140/2015: a) prazos para realização da primeira reunião e local onde ela deva se realizar; b) critérios de escolha do mediador ou mediadores (equipe de mediação); c) previsão de penalidade para o caso de não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação(p.2422-4739).

Nesta sucessão de ideias, FILHO (2016, p.19-20) exprime que as vantagens da mediação entre outras são:

1) O acordo produzido pelo processo de mediação não será sujeito a recursos, e será imediatamente exequível, 2) Mesmo um processo de mediação sem sucesso pode auxiliar as partes pra identificar os pontos em disputa, 3) Por ser menos adversarialLe por requerer certo tipo de cooperação, o processo de mediação auxilia as partes para preservar os relacionamentos comerciais, 4) O processo de mediação se direciona para uma solução mais barata e rápida do que as opções de resolução adversarial de disputas, 5) As partes mantém o controle do resultado, assim não podem ocorrer resultados inesperados e inaceitáveis (CPC/2015, art. 166 – decisão informada); 6) A confidencialidade pode abranger a legislação aplicável e ao acordo contratual (CPC/2015, art. 166, §1º e Lei 13.140/2015, arts. 2º, VII; 14; 30 caput e §1º); 7) O processo de mediação permite que as partes prevejam uma

realidade alternativa, permitindo um “check da realidade” para os proponentes para alocar os riscos assumidos (...).

Atualmente, o Brasil vem aos poucos tentando modificar seu meio de solução de conflito, que em sua maioria, fica a cargo estritamente do judiciário. Para criações de mecanismos, a fim de proporcionar uma maior flexibilidade para o acesso à justiça como: O incentivo das leis e do próprio judiciário a permissão da criação das câmaras de mediação e comissões de conciliação prévia. Além do que as próprias redes de câmaras e arbitragem, entre outros.

Um exemplo dessa evolução de paradigmas de solução de conflitos, como versa FILHO (2016) tem-se o atual Código de Organização Judiciária de Pernambuco (COJ), que em seu art. 73 estipula as Centrais Jurisdicionais que:

São órgãos auxiliares e vinculados às varas ou juizados de uma mesma jurisdição, com atribuições e competências restritas à instrução, ao julgamento ou à execução de procedimentos que lhes forem comuns, a fim de garantir a plena eficácia e eficiência dos atos judiciais (p1363-7625).

(...)

A finalidade das centrais consiste em dar apoio às outras varas competentes para resolução de litígios, de forma consensual, e incentivar as práticas de conciliação, mediação e arbitragem, constituindo um sistema tridimensional de solução de conflitos, no qual o Judiciário assume a posição de órgão central, composto por um subsistema contencioso, representado pela arbitragem, e por outro consensual, exercido pela conciliação e mediação (p.1368-7625).

Faz-se importante destacar, que a mediação apesar de ter inúmeros atributos, não é um sistema de resolução de contendas que se basta por si mesmo, e nem tem o poder de solucionar o inchaço do judiciário, muito menos, trazer todas as respostas para as partes. A mediação é um dos meios de resolução de conflitos, que para se tornar efetivo deve ser utilizado com cautela e observação. Cada ocorrência deve ser muito bem analisada pelas partes, bem como pelo terceiro imparcial. Ater-se, as peculiaridades, de cada caso será um dos principais desafios para as partes e o mediador, principalmente.

MEDIAÇÃO NO ÂMBITO EMPRESARIAL

O conflito, apesar de visto por uma ótica positiva, acarreta no desenvolvimento humano, pois faz parte da natureza humana. Este, se não gerenciado corretamente, causa situações que demoram demasiadamente para que se chegue a uma solução, principalmente na seara processual no Brasil, que escolheu por confiar ao estado a dissolução dos seus conflitos, do que em meios autos compositivos pela tomada de decisão das partes. A questão da cultura negocial no Brasil, também é importante destacar, já que a cultura diz muito sobre as pessoas de uma determinada região.

Desse modo, no que concerne ao jeito específico do brasileiro de negociar SOBRAL, ALMEIDA, CARVALHAL e SOBRAL (2007, p 41) destacam que:

De um lado, a orientação do brasileiro para os relacionamentos, e de outro, a baixa assertividade como atitude típica, e, nesse plano, a maneira como trata o «não» sem necessariamente ter que dizer «não». Ameniza momentos mais agressivos e contemporiza maneiras afirmativas de abordar aspectos polêmicos, especialmente entre iguais, quando barganhar é preciso. A barganha posicional assume conotações relacionais, nas quais hierarquia, individualidade e igualdade muitas vezes se confundem e requerem certo «jeito» de acomodar as contradições.

Como dito anteriormente a mediação demonstra ser de suma importância para a resolução de conflitos, tendo no âmbito empresarial além de um grande desafio uma realidade que se faz cada vez mais presente, mesmo que timidamente no Brasil ainda.

Mediação Empresarial no Brasil

Ainda em crescente no Brasil, a mediação ganha apoio, desde 2015, com o vigor da lei de mediação e o incentivo do novo CPC. Sendo que a mediação, e, principalmente, a mediação empresarial no Brasil, ainda caminha a passos lentos se comparado com o EUA, por exemplo. No que consta aos tipos de mediação que se aplica a uma empresa, FILHO (2016, p.11-14), estipula que as Modalidades de Mediação Empresarial se dividem em:

1- Mediação interna, “intra-empresarial” ou “intra-organizacional” :Situções ocorridas dentro da própria estrutura da Empresa, normalmente relacionadas a questões decorrentes das atividades internas da Empresa ou vinculadas a sua manutenção.2 - Mediação entre Empresas ou “inter-empresarial”: Lógica empresarial e a questão do lucro. Envolvendo questões entre Empresas, tendo como matéria por exemplo:-decorrentes de crédito e débito; -transações comerciais, entre outros. 3 - Mediação externa ou “extra-empresarial”: PRESSUPOSTO: lógica não empresarial, função social da Empresa para a Sociedade, função social do Contrato e a crítica ao parâmetro do lucro. Decorrentes da relação entre a Empresa e:a) consumidores; b) Sociedade ou Coletividade) Entes não-empresariais nacionais (Associações, ONGs, Sociedades Simples, Fundações etc.4 – Mediação Empresarial judicial. 4.1) Mediação empresarial judicial trabalhista individual (em Dissídio individual e Ações plúrimas) 4.2) Mediação empresarial judicial trabalhista coletiva (Dissídio Coletivo e Ações Coletivas Trabalhistas)4.3) Mediação empresarial judicial cível individual (Ação civil individual).

Esse trabalho se propõe a analisar sob a ótica da mediação empresarial intra-organizacional, e esta, segundo FALECK (2014, p.265) apresenta os seguintes benefícios, dentre outros como:

1 – drástica redução de custos; 2 – solução rápida das disputas, com economia de tempo; 3 – redução dos custos diretos e indiretos de resolução de conflitos; 4 – gasto reduzido de executivos e gerentes internos da Empresa; 5 – redução do desgaste de relacionamentos importantes para a Empresa; 6 – minimização de

incertezas quanto aos resultados; 7 – mesmo quando a Mediação não gera um acordo imediatamente, sua utilização propicia vantagens para as partes, como: a) a melhor compreensão da disputa; b) o estreitamento de pontos que posteriormente serão submetidos à Arbitragem ou ao Poder Judiciário; c) plantar a “semente” do acordo, que talvez seja concretizado em momento futuro.

É de suma importância destacar que a mediação empresarial não é apenas um mecanismo de resolução de conflitos, pois no que tange, precisamente, a esfera empresarial, a mediação se bem aplicada acarreta as partes da que permeiam a esfera empresarial um benefício a curto e longo prazo. O que temos que observar, primeiramente, é que as relações empresariais são bem específicas e trazem muito mais peculiaridades. Primeiramente, observa-se que as relações entre o empresário e os clientes, fornecedores, entre outros, a chamada relação extra empresarial. E as relações intra-empresarial, como as relações entre os sócios, funcionários entre outros.

No que tange aos meios extrajudiciais de solução de conflitos (MESC), ou *alternative dispute resolution* (ADR) e a relação entre os sócios e estes entre a sociedade, a mediação empresarial se faz mais condizente e necessária. Como é de conhecimento o princípio constitucional da durabilidade razoável do processo, tendo em vista que o judiciário brasileiro é lento, ter a contenda empresarial arrastada por vários anos, prejudica a existência da empresa tornando a espera pela solução via judiciário ineficaz. Até no que consta ao custo de transação, a contenda empresarial é demasiada custosa para os empresários, se for tentar ser resolvida via judicialmente.

Dessa forma, a mediação empresarial surge, também, como alternativa para que as relações empresariais se perpetuem. A questão do bom prosseguimento de uma contenda não se resume apenas a questões econômicas, pura e simplesmente, e sim, primeiramente, de relações entre pessoas. Portanto, uma contenda que seja conduzida por muitos anos satura o convívio e a perpetuação das relações empresariais.

Ademais é importante frisar que a mediação na Governança Corporativa, é anterior a qualquer judicialização, é a solução de conflitos do dia a dia que não precisa obrigatoriamente um conflito judicializado ou a se judicializar, mas de gestão e negócios. Por exemplo, divergências sobre crescimento ou não da empresa com a obtenção de outras. Ou até mesmo nos conflitos de agência que seria o conflito entre o proprietário ou acionista e o gestor contratado e entre outros.

O que pode se destacar também é que um dos diferenciais da mediação está na sua técnica peculiar de trazer um terceiro para restabelecer a comunicação entre as partes interessadas dentro da empresa, o que possibilita um exame mais cuidadoso das reais necessidades da empresa, que muitas vezes é deturpada pelo ego e jogo de poderes entre os sócios. Se fazendo presente não apenas dentro do conflito já exposto, mas anterior a isso, capaz de somar no melhor diálogo entre as partes, tendo na comunicação efetiva o ponto

crucial para a construção de uma relação fluída e focada no resultado da melhor Gestão dos negócios e na relação saudável entre as partes.

GOVERNANÇA CORPORATIVA

Com o desenvolvimento da economia, as empresas se expandiram e com isso também vieram os conflitos, principalmente, no que tange as gestões, tendo em vista que a expansão empresarial gerou, entre outros, o conflito, principalmente, grosso modo, entre as ordens e comando do dono do negócio e os que teriam o poder de administrar e gerir o negócio, os administradores (conflito de agência). Assim, a busca por uma empresa eficaz e com menos conflitos fizeram com que as empresas buscassem se adequar às regras que aperfeiçoassem seus lucros e sua eficiência. Com isso, o fenômeno da Governança corporativa adentrou o mercado.

Destaca-se que a governança corporativa apesar de ter se iniciado em meados dos anos 80 e 90, foi em 2001 com escândalos envolvendo empresas norte americanas e europeias que destacaram a importância do desenvolvimento da Governança Corporativa¹. No que se refere aos fatos históricos pertinentes ao caso em comento, a Governança corporativa, consoante com RAMOS (2016, p.337-338):

Merece destaque o desenvolvimento dos mercados financeiro e de capitais a partir do século XX, sobretudo nos EUA, o que acarretou uma mudança sensível na estrutura das grandes companhias, as quais passaram a ter o capital cada vez mais pulverizado (fenômeno da dispersão acionária), o que permitiu que empresas passassem a ter controle minoritário ou gerencial. Nessas situações, a gestão das companhias não cabia mais aos seus verdadeiros donos (proprietários da maioria das ações), mas àqueles administradores (acionistas minoritários ou mesmo pessoas estranhas ao quadro social) que, por sua competência/eficiência, conseguiam se eleger nas assembleias anuais. Enfim, pela primeira vez na história se verificava uma separação entre propriedade e controle dos meios de produção. (...) O marco inicial desse movimento é a publicação do *relatório Cadbury*, na Inglaterra em 1992, produzido por uma comissão da Bolsa de Londres e que teve um anexo chamado de Código das melhores práticas de governança corporativa.

¹ A série de fraudes empresariais começou nos Estados Unidos em 2001 com o escândalo da Enron, até hoje considerado o caso mais emblemático de governança. Outras companhias renomadas do mercado, como WorldCom, Tyco, Dynergy e Xerox, também vieram a público reconhecer a existência de números inflacionados. Em pouco tempo, centenas de companhias norte-americanas foram obrigadas a republicar suas demonstrações financeiras. Um estudo, por exemplo, concluiu que 5,3% das companhias listadas norte-americanas incorreram em fraudes relevantes em 2001. Em geral, esses casos envolviam adulteração dos números, empréstimos ocultos para executivos, negociação de ações com informações privilegiadas (insider trading) e evasão fiscal. Os problemas de governança também se manifestaram na Europa. O caso de maior destaque foi o da Parmalat, empresa que entrou em colapso em dezembro de 2003 após revelar dívidas ocultas da ordem de € 8 bilhões, cerca de 1% do PIB italiano. Outros casos no mesmo período, como o da Royal Ahold na Holanda e o da Vivendi na França, também ganharam as manchetes. (Di Miceli, Al. Governança Corporativa no Brasil e no Mundo: Teoria e Prática (Locais do Kindle 1773;1779- 12512). Elsevier Brasil. Edição do Kindle.)

Observa-se, que no contexto histórico, inúmeros fatos históricos fizeram com que se reavivasse a importância de um mecanismo que trouxesse mais clareza e eficiência nas práticas empresariais. Assim, como consideráveis empresas e governos também se tornaram adeptos desta marcha, no Brasil, que em 1999, também se reavivou isso com a publicação do Código das melhores práticas de governança corporativa, pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), revisto e produzido em escala maior em 2001, depois da criação do chamado Novo Mercado da BOVESPA, em 2000. Além da posterior reformulação da Lei das Sociedades por Ações nº 6.404/76, através da Lei 10.303/2001, que acabou por impulsionar a Governança Corporativa no país.

Segundo SILVA e SEIBERTE (2015, p.7), um ponto de referência digno de ser consagrado pela história, rumo à Governança Corporativa foi:

A promulgação da lei Sarbanes-Oxley, instituída em julho de 2002, surgindo como resposta aos escândalos corporativos e devido à necessidade de mudanças nos padrões da governança corporativa. A lei prevê rigorosas punições para quem causar danos ao sistema financeiro americano, e dessa forma, recuperar a confiança dos investidores prejudicados pelas empresas fraudulentas.

O ato de governar organizadamente em uma corporação é conceituada de diversas maneiras, por diversos autores, porém o que há em comum são destaques a relação entre as funções dos administradores da empresa, diretoria executiva entre outros e os acionistas, além do objetivo ético para a importância de sua necessidade.

O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa - IBGC (2018, p.20) expressa que:

Governança corporativa é o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas.

A governança, nesse intento, possui diretrizes que alinham e permeiam os mecanismos da governança corporativa ,para a OECD (2017, p.261-262), os princípios são seis:

Assegurar a base para um enquadramento eficaz do governo das sociedades, os direitos dos acionistas e funções fundamentais de exercício dos direitos, o tratamento equitativo dos acionistas, o papel dos outros sujeitos com interesses relevantes, divulgação de informação e transparência, as responsabilidades do órgão de administração.

Segundo RAMOS (2016, p. 337), em meio às obrigações assumidas pelas empresas que se tornam adeptas do Novo Mercado, destacam-se:

Medidas que proporcionam aos acionistas a **boa gestão dos negócios** e o constante **monitoramento da atuação gerencial do empreendimento** por parte de seus executivos (membros do conselho de administração e diretores). Nesse sentido, são normas do Novo Mercado, por exemplo, (i) a opção pela arbitragem para a resolução de conflitos de interesses entre acionistas; (ii) a existência de conselho de administração com no mínimo 5 (cinco) membros, sendo 20% dos conselheiros independentes e o mandato máximo de dois anos; (iii) a prestação de contas obediente a preceitos uniformes internacionais (*accountability*); (iv) a instituição de códigos de ética, (v) o capital ser composto exclusivamente por ações ordinárias com direito a voto; (vi) em caso de alienação de controle, direito dos minoritários de vender suas ações pelo mesmo preço das ações do controlador (*tag along* de 100%); (vii) em caso de saída do *novo mercado*, dever de fazer oferta pública para recomprar as ações de todos os acionistas no mínimo pelo valor econômico

delas; (viii) compromisso da companhia de manter no mínimo 25% das ações em circulação (*free float*).

Por fim, destaca-se que no Brasil, o caso da fusão da Perdigão com a Sadia também demonstrou como o Brasil enfrentava grandes problemas com a governança corporativa. JACOMETI *apud* VALENTI (2011, p.764,) demonstra que: “foi evidenciada a falha de governança da Sadia, com relação ao "buraco" deixado por seu diretor financeiro, que contratou operações de risco de valor muito superior (R\$ 2,7 bilhões no total) ao que lhe era estatutariamente permitido (R\$ 200 milhões)”. Nesse caso, o conflito de agência foi preponderante para que as informações do que ocorria na empresa não fosse exposta de maneira clara para todos os sócios, e ficasse apenas concentrada no controlador majoritário.

E é nesse ponto que se demonstra mais uma das inúmeras vantagens da implementação da Governança Corporativa, já que cria mecanismos para regular a administração, regulação e controle das empresas, a fim de que a gestão da empresa seja mais eficiente e ágil, dentre inúmeros outros avanços para a sociedade empresarial.

Governança Corporativa no Brasil

No Brasil o início da Governança Corporativa ocorreu por volta do final da década de 70 com a criação da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e com a criação da lei das Sociedades por Ações, a lei nº 6.404. Posteriormente em 1999 ocorreu a edição do Manual de Boas Práticas de Governança Corporativa (IBGC). Iniciando um grande número e privatizações e fusões no início da década de 1990, tornando assim a administração das empresas seus controles e propriedades cada vez mais desenvolvidos e profissionais, surgindo assim o crescimento das práticas de governança corporativa.

ERCOLIN e MAZZALI (2018, p.402-2169)

No Brasil, a governança corporativa como em boa parte do mundo, percebemos que, historicamente, a maioria das empresas nasce de iniciativas empreendedoras familiares, com uma estrutura de capital pouco alavancado e com a gestão exercida por seus proprietários. Essa característica de origem já imprime nas empresas brasileiras um perfil que não segrega a propriedade da gestão e, desse modo, as distâncias da boa governança, como veremos mais adiante.

Nisto, DI MICELI (2015, p.941-12512) diz que:

As companhias brasileiras apresentam, em geral, uma estrutura de propriedade bastante concentrada, com a presença de um sócio controlador ou grupo de controle que elege a maioria do conselho de administração e, frequentemente, atua na gestão diária por meio de cargos na diretoria executiva.

Ainda, é importante frisar que, no que tange aos órgãos que compõe a estrutura da governança corporativa, resumidamente, os principais seriam: A assembleia geral, a diretoria executiva e o conselho de administração. A assembleia geral é composta pelos acionistas, o único dentre os demais, que possui poder de mando originário. Já a diretoria executiva, sucintamente, dentre outras, executa as estratégias corporativas e o conselho de administração além de outras funções, faz a interseção entre os acionistas e os administradores da empresa.

Como exposto anteriormente nesse artigo, basicamente, a governança corporativa no Brasil sofreu grandes influências internacionais, através do modelo anglo-saxão dos estados unidos e do seu histórico de escândalo corporativos e a pressão para a melhoria de boas práticas de governança, bem como no Brasil com o crescimento das privatizações a abertura cada vez maior de investimentos estrangeiros, aumento de fusões e aquisições etc. Apesar de caminhar a passos lentos, a Governança Corporativa precisa ser firmada entre as empresas brasileiras, principalmente pela crise econômica, de valores e ética no qual o Brasil se encontra, até para facilitar não só a organização empresarial, como também a vida útil em longo prazo.

A IMPORTÂNCIA DA MEDIAÇÃO NA GOVERNANÇA DE EMPRESAS

Como dito anteriormente, a mediação empresarial é de suma importância para o desenvolvimento de um ambiente empresarial mais harmônico, congruente e saudável. Tendo em vista, que as relações no âmbito empresarial visa não apenas a resolução dos conflitos empresariais em si, mas a continuação das relações intra e extra empresarial. É importante (re) destacar que as relações que permeiam o ambiente empresarial são bem únicas e com complexidades diferentes do que se está acostumado no dia-a-dia.

Basicamente, como apontando anteriormente, o empresário tem que lidar com fornecedores, clientes e funcionários, além, claro, nas empresas de capital aberto, dos acionistas. Com essa multiplicidade de personalidades, ideias e interesses pessoais é quase impossível não haver um dissenso, conflitos estes que, muitas vezes, levariam anos para serem resolvidos por meio da esfera judicial.

Além do que, muitas vezes não é eficaz para o empresário desconstituir vínculos que se basearam na confiança e comprometimento e nem vantajoso, optar por um meio burocrático, lento e caro para resolver conflitos tão próprios, que são os conflitos na seara empresarial. É importante re-destacar que a via judicial, mais especificamente no Brasil, não tem sido a melhor maneira para que solucionasse, mais especificamente, os conflitos intra-empresariais, como os conflitos entre os sócios, por exemplo.

Ademais, é importante frisar que a quantidade excessiva de processos judiciais acarreta em um grande abarrotamento do judiciário, pois os processos empresariais não são, por muitas vezes, observados qualitativamente como se espera. Assim, algo tão delicado como um conflito entre sócios, por exemplo, acabam por não receber o cuidado que merece, pelo judiciário. Em suma, a mediação empresarial é um meio de solução mais ágil e qualitativo para esses tipos de conflitos.

No que concerne aos desafios no âmbito da governança corporativa, observa-se que segundo VIEGAS (2007, p.2):

As disputas em governança corporativa são tipicamente ligadas às partes relacionadas, conflitos de interesse, insider trading, aprovação de demonstrações financeiras, direitos de voto, política de dividendos, indicação de membros do conselho, remuneração de executivos e conselheiros, valor da empresa, take-over, divulgação de informações não-financeiras aos acionistas, direitos de minoritários, desempenho de executivos, entre outras.

Além do que, segundo o mesmo autor:

Num conselho de administração o conflito é frequentemente inevitável, especialmente quando o conselho é composto por conselheiros independentes de personalidade forte e ideias próprias. Isso não é mau. As decisões de um conselho devem resultar de um processo de avaliação das informações disponíveis e discussão vigorosa das opções disponíveis. Tipicamente essas questões envolvem estratégia, controle gerencial, conflitos de interesse e remuneração de executivos. Um conselho que nunca discorda é provavelmente passivo e inoperante, e não cumpre seu dever de diligência. Muitos grandes desastres empresariais têm origem no alinhamento excessivo do conselho com o acionista controlador ou o CEO da companhia, como no caso da WorldCom, a maior falência da história (2007, p.3).

Como alertado acima, o conflito deve ser analisado com cautela, a fim de trazer a responsabilidade de tentar resolvê-los para que não se chegue a situações mais burocráticas de cessar. Quando chegam à esfera judicial, para as empresas o rombo financeiro pode ser demasiadamente grande e, por isso, tendo na mediação uma ferramenta essencial para boa governança. O Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, IBGC (2018) recomenda que “as empresas utilizem a mediação para a solução de controvérsias”.

Ainda o código mencionado acima, o mesmo dispõe em seu artigo 1.4, “a”, que:

Os conflitos entre sócios, administradores e entre esses e a organização deve, preferencialmente, ser resolvidos mediante a negociação entre as partes. Caso isso não seja possível, recomenda-se que sejam resolvidos por meio da mediação/arbitragem. É recomendável a inclusão desses mecanismos no estatuto/contrato social ou em compromisso a ser firmado entre as partes.

Segundo VIEGAS *apud* KING (2007, p.1):

De nada adianta uma boa estrutura de governança sem um método eficiente para resolver uma disputa. Se um conflito se arrasta vários anos na justiça, é vital que existam mecanismos de mediação para alcançar um acordo num prazo com o qual uma empresa possa conviver.

Nesse intento HOMRICH (2016) salienta que a *ADR* continua crescendo internacionalmente e tornou-se uma poderosa ferramenta de Gestão:

Os princípios de *ADR* ajudam na criação de Sistemas de Gestão de Conflitos - na Prevenção e Resolução, muito mais do que apenas utilizando a mediação como uma alternativa para os casos de litígio ou ainda procurando a arbitragem em alguns casos particulares. Os Sistemas de *ADR* são especialmente de valor nos contextos da Alta Governança Corporativa, assistindo os Conselheiros e propiciando que o Valor e a Identidade da Corporação possam se expressar em vários níveis desta. Muitos Consultores e Aconselhadores em Gestão de Conflitos ao redor do mundo tem criado um trabalho confiável assistindo as Corporações com seus sistemas de Prevenção Precoce de Conflitos (Casos). (...) Algumas corporações citam que adotam princípios para que os conflitos entre acionistas, o Conselho e a Alta Administração sejam trabalhados através do diálogo e, quando apropriado também com a Administração Pública e suas Agências e representantes para que através dos métodos de *ADR* os conflitos sejam resolvidos. Permanece secreto o conteúdo dos casos reais onde este princípio é aplicado na Gestão de Conflitos (Casos) internos e externos do Conselho da Corporação – até pela própria necessidade de confidencialidade sobre Valores e Identidade da Corporação.

Dessa forma, como exposto previamente a Mediação Empresarial pode ser utilizada como instrumento adequado para a prevenção e solução de disputas, controvérsias e conflitos, e com isso um verdadeiro instrumento de segurança e estabilização das relações empresariais. Observa-se, assim, que o tema dos conflitos tende a ser objeto de tratamento especial pelas empresas.

Alguns exemplos de conflitos intraorganizacionais anteriores a judicialização que teriam nas técnicas da mediação maiores possibilidade de solução célere e eficaz, são aqueles que podem ocorrer na tríade: Assembleia geral, conselho de administradores e diretoria executiva. Desacordos esses que DI MICELI (P.3173;3184-12512) aponta como: “Tomada de decisões em prol de seus próprios interesses do que dos demais. Como por exemplo, quando acionistas em posição de controle tomam a decisão de fazer aquisição de participação acionária de empresa vinculada ao grupo econômico do acionista controlador”.

Um exemplo de empresa que especialmente tende a se beneficiar com a mediação é a empresa familiar, pois se deter uma política séria para trabalhar os conflitos, será possuidora de boa governança e se isso for somado a outras boas posturas gerenciais, como a transparência, a levará para um patamar mais profissional e contribuirá para diminuir

inseguranças por parte de investidores, atentos ao potencial destrutivo dos conflitos entre sócios parentes.

A governança em empresa familiar pode ser enunciada como: o conjunto de instâncias, práticas e princípios, formais ou informais, disseminados no âmbito da organização familiar que consolidam a estrutura de poder e orientam o sistema de relações estabelecido entre os indivíduos pertencentes às esferas da família, da propriedade e da gestão (PEREIRA, 2010, p. 207).

Nesse intento sabe-se que a própria lei de mediação estipula em seu parágrafo 1º do Art. 2º a cláusula de mediação/conciliação sendo, basicamente, esta cláusula um acordo em que as partes de um contrato se submetem resolver possíveis futuras controvérsias por meio consensual. Além do que, esta cláusula poderá ser inserida no teor do contrato em questão, ou em um aditivo, feito à parte. Assim vê-se que por lei as empresas são incentivadas a inclusão dessas cláusulas de meios alternativos para resolução de conflitos, podendo ser abrangidas aos estatutos ou acordos de acionista, indo ao encontro de uma melhor governança nas empresas.

Um ponto chave a se destacar encontra-se na importância de imprimir nos valores das empresas a difusão da mediação, claro com o devido rigor a capacitação e profissionalismo dos mediadores, para que primeiramente haja internamente uma difusão da melhor comunicação entre os setores da empresa e juntamente com isso uma boa governança em prol de uma gestão eficaz.

Segundo AGUIRRE (2015, p. 102,):

A mediação deve estar adequada a governança corporativa, já que a governança corporativa requer uma política adequada de resolução de conflitos, como a inserção das cláusulas de mediação quando conveniente.

AGUIRRE (2015, p.102) relata ainda que:

Por exemplo, pode-se redigir cláusula prevendo que, havendo discordância quanto ao valor da quota será pago a um sócio retirante, esses e demais sócios terão que se submeter a mediação.

Dessa forma observamos que há uma estreita relação entre a Governança baseada em uma corporação e a mediação, ambas foram criadas para gerir os conflitos da forma mais eficaz e salutar. Observa-se que a Governança Corporativa necessita atuar sempre com um sistema de gestão de conflitos já que, por exemplo, disputas no Ambiente do Conselho de Administração é preciso desenvolver Conselheiros com Competências Mediadoras, sendo estratégico resolver as Controvérsias Internamente.

CONCLUSÃO

Todas as relações interpessoais têm certa carga de tensão no confronto de ideias contrárias, as pessoas não podem ultrapassar seus dissídios sem enfrentá-los. Observa-se que na processualística brasileira há três formas de tentar superar esses conflitos. Assim, acredita-se nesse presente trabalho que a mediação é uma ferramenta nova, pouco explorada e pouco conhecida, mas que traz uma visão mais clara, mais barata e menos burocrática às pessoas, para que assumam seus papéis de protagonismo na solução de seus problemas.

A mediação vem como um procedimento para o alcance de uma melhor gestão corporativa, de uma melhor Governança Corporativa. Apesar de que, no Brasil, há ainda uma tímida representação, mas que tomou força do novo código processual, ao menos a mediação judicial, a mediação ousa entrar nos conflitos empresariais até por recomendação do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa.

Observa-se que a Mediação é um fenômeno, que apesar de recente, se propõe a ser um meio de autocomposição que vem para somar, diminuir custos, tempo e principalmente a visão e o entendimento da sociedade com relação à forma que se relaciona com seus próprios conflitos. No que tange especialmente a Mediação Empresarial, o artigo destacou como esse meio de resolução de conflito vem para contribuir no meio Empresarial, trazendo: Celeridade, efetividade da solução, custos reduzidos, velocidade de procedimentos etc. Tendo no cuidado com a continuidade das relações entre os sócios e todos aqueles que diretamente constituem o que há de mais valioso nas empresas: O capital humano, o seu maior guia e propósito.

A Governança Corporativa, além de ser incentivada pelo próprio IBGC, a ter mecanismos de soluções de controvérsias extrajudiciais, como a mediação, depreende-se que a importância desses mecanismos vai bem além do que uma indicação de um instituto, já que uma empresa não importando o tipo, o porte e se o conflito ocorreu internamente ou não, impacta favoravelmente para a economia e, conseqüentemente, para a sociedade. Além do que a mediação através da comunicação e técnicas de comunicação como elemento qualificador da governança corporativa, tem no instituto em si, que promove o 'enfrentamento' de questões delicadas ou de potencial conflituoso preventiva e antecipadamente, permitindo que haja mais transparência na governança e melhor resultados de gestão.

E, dessa forma, a busca pela preservação de uma economia sólida para constituição de empresas sólidas, que consigam gerir da melhor forma possível seus conflitos em busca da maior eficiência possível de suas operações e em prol da melhor gestão e continuidade de suas atividades.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. A Mediação no Novo Código de Processo Civil Forense. Edição do Kindle.

ALMEIDA, Filipe; CARVALHAL, Eugênio; SOBRAL, Filipe; O estilo brasileiro de negociar. *Rev. Portuguesa e Brasileira de Gestão*.2007, vol.6, n.2, pp.32-42. ISSN 1645-4464.

CARVALHO, Antônio Luiz Sampaio. Comentários a palestra proferida por allan stitt. Mediação empresarial aspectos jurídicos relevantes. Quartier latin.2009.

ANDRADE, Gustavo. Mediação familiar. In.: Famílias no direito contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Luiz Neto Lôbo. (Coord). Fabíola Santos Albuquerque. [et al.]. Salvador: Podivm, 2010.

BACELLAR, Roberto Portugal. Saberes do direito 53 - Mediação e arbitragem: SARAIVA; Edição: 2.2016. ebook Kindle.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Manual de Mediação Conselho Nacional de Justiça. Azevedo, André. 6º ed. Brasília: CNJ.2016.

CALMON, Petrônio, 1958 – Fundamentos da mediação e da conciliação. 2. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

CAMURI, César Walter; Leal, José Maria. A Governança Corporativa e os modelos mundialmente praticados. *Revista de ciências gerenciais*.vol.XII, nº15, ano.2008.

CARDOSO, Oscar Valente; CAMARGO, Franciele Dolbert. A autocomposição no novo código de processo civil. Disponível em:< <https://jus.com.br/artigos/43108/a-autocomposicao-no-novo-codigo-de-processo-civil> > Acessado em: 8 de mai.2018

CARRASCO, Marta Blaco. Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos Una visión jurídica. Editorial Reus, S. A.2009

CHAVES, Emamanela Carvalho Cipriano; Sales, Lilia Maia de Moraes. Mediação e Conciliação judicial – A Importância da Capacitação e de seus Desafios. *Seqüência* (Florianópolis), n. 69, dez. 2014.

CNJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/forum-da-saude/audiencia-publica/356-geral/125-conciliacao>>. Acesso em: 1º mar. 2018.

DI MICELI, Al. Governança Corporativa no Brasil e no Mundo: Teoria e Prática (Locais do Kindle 6413-6417). Elsevier Brasil. Edição do Kindle Entenda a diferença entre mediação Judicial e Extrajudicial. Disponível em. 17, abr. 2017

ERCOLIN, Carlos Alberto; MAZZALI, Rubens. Governança corporativa (Publicações FGV Management) Editora: Editora FGV; Edição:1. e-book Kindle.

FALECK, Diego. Mediação empresarial: introdução e aspectos práticos. revista de arbitragem e mediação da rt (R Arb, ano 11, volume 42, julho-setembro – 2014, pp. 263/278).

FARACO, Marcela. As formas alternativas de solução dos conflitos: A Arbitragem. Jus Brasil, 12 nov. 2014. Disponível em:< <http://marcelafaraco.jusbrasil.com.br/publicacoes>>. Acesso em 8 de mai. 2018.

FILHO, Galvão Maurício Vasconcelos. Mediação Empresarial. Disponível em: <https://docplayer.com.br/34313076-Mediacao-empresarial-19-de-fevereiro-de-2016.html>.2016. Acesso em 8 de mai de 2018.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale Almeida. Manual De Arbitragem E Mediação - Conciliação e Negociação - 4ª Ed. 2018 (Cód.: 10270559). Edição do Kindle.

HOMRICH, Sonia. Mediação e Governança Corporativa. Disponível em. 18, fev 2016 <https://soniahomrich.blogspot.com.br/2016/02/mediacao-e-governanca-corporativa-sonia.htm>. Acesso em: 20 nov. 2017.

JACOMETI, Márcio. Considerações sobre a evolução da governança corporativa no contexto brasileiro: uma análise a partir da perspectiva weberiana. Rev. Adm. Pública vol.46 no.3 Rio de Janeiro May/June 2012.

LATIN, Quartier Mediação Empresarial. Aspectos Jurídicos Relevantes (Português) Capa Comum – 1 jan 2009 por Carla Zamith Boin Aguiar Edição: 1ª (1 de janeiro de 2009).

LAUX, Francisco de Mesquita. Mediação Empresarial. Editora: Revista dos Tribunais; Edição: 1.2018.

LOBO, Jorge Joaquim, Direitos dos Acionistas/Jorge Lobar – Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

LUCAS, Laís Machado. Códigos de Condutas Empresariais: Um Ensaio de Qualificação Jurídica.2009.

MIGALHAS. Entenda a diferença entre mediação Judicial e Extrajudicial disponível em <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI257520,11049Entenda+a+diferenca+entre+mediacao+Judicial+e+Extrajudicial>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

Novo Código de Processo Civil - Legislação Saraiva de Bolso 2016 - 2ª Ed. 2016.

O Código de Melhores Prática de Governança Corporativa do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. IBGC. 2016.

ORTIZ, Cristina Merino. Gestão Estratégica de conflitos em âmbito empresarial: transferência a partir da prática da mediação. Mediação empresarial aspectos jurídicos relevantes. Quartier Latin.2009.

QUINTELA, Ana Carolina de Oliveira. controle de juridicidade no âmbito da mediação judicial e o respeito aos direitos fundamentais das partes. E-book puc-rs.2016.

SALES, Lilia Maia de Moraes; RABELO, Cilana de Moraes Soares. Meios consensuais de solução de conflitos Instrumentos de democracia. Brasília a. 46 n. 182 abr./jun. 2009.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Direito Empresarial Esquematizado – 2016. editora forense.

ROBBINS, Stephen p. Comportamento organizacional. j Companion. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2005.

SOUCK, Fred. Mediação empresarial nos estados unidos. Mediação empresarial aspectos jurídicos relevantes.2009.

SOUZA, Antônio Donizete Evangelista - Tony; Manual de Mediação e Conciliação: Eficaz para Soluções e Acordos (A Declaração de Abertura Livro 2) Edição: 2 .2017. ebook Kindle.

TARTUCE, Fernanda. Mediação nos Conflitos Cíveis. 2^o ed. Método,2015.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Mediação de conflitos e prática restaurativas. 4^o ed. São Paulo: Método,2015.

WALDO, Wanderley. Mediação. Editora MSD, Brasília, 2004.

O FOMENTO DO ACESSO À JUSTIÇA PELO USO DE NOVAS TECNOLOGIAS ALIADAS AOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Taysa Pacca Ferraz de Camargo¹; Caio Pacca Ferraz de Camargo²

RESUMO: Os profundos câmbios sociais promovidos pela globalização, que culminou com o surgimento da sociedade da informação, ensejou a necessidade de se repensar o acesso à Justiça como sinônimo de acesso ao Poder Judiciário, cuja convicção havia levado a um modelo lento e inadequado a distribuir a Justiça nesse novo contexto. Nesse cenário despontaram os Meios Alternativos de Solução de Conflitos, como forma de assegurar àqueles que precisavam de acesso à ordem legal, uma alternativa à solução judicial dos conflitos, desenvolvendo-se técnicas de auto e heterocomposição, como a conciliação, mediação, negociação e arbitragem que aos poucos mostraram-se valiosas ferramentas de auxílio do próprio Judiciário, no desafio da prestação da jurisdição de maneira célere e efetiva. As possibilidades oferecidas pelas tecnologias da informação permitiram a transferência dessas técnicas para meios virtuais, ensejando a Resolução Online de Conflitos, que potencializa o alcance desses métodos alternativos de superação de conflitos e, assim, estão redefinindo a percepção daquilo que se entende como acesso à Justiça.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Meios alternativos de solução de conflitos. Novas tecnologias. Resolução online de conflitos.

THE ENHANCING ACCESS TO JUSTICE BY NEW TECHNOLOGIES ALLOCATION TO ALTERNATIVE CONFLICT SOLUTION METHODS

ABSTRACT: Social changes promoted by globalization, which culminated to information society, demanded a rethinking access to Justice, not more as a synonym for access to the Judiciary, whose slowness revealed to not be an appropriated model to distribute Justice in this new context. In this scenario, Alternative Dispute Resolution (ADR) methods emerged as a way to assure those who needed access to the legal order, an alternative to the judicial settlement of conflicts, developing techniques of self and heterocomposition,

¹ Mestranda em Direito pela Uninove. Especialista em Direito Civil e Direito Notarial e Registral Imobiliário pela EPM. Bacharel em Direito pela UniFMU. Advogada e Conciliadora do TJSP. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7228338839777576>. E-mail: taysapacca@gmail.com

² Mestre em Direito. Especialista em Direito Civil e Notarial e Registral. Bacharel em Direito pelo Mackenzie e em Relações Internacionais pela UniFMU. Registrador Civil e Notário no Estado de São Paulo. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7228338839777576>.

such as conciliation, mediation, negotiation and arbitration, that gradually proved to be valuable tools of assistance to the Judiciary itself in the challenge of providing jurisdiction quickly and effectively. Possibilities offered by new information technologies have allowed the transfer of these ADRs methods to virtual environment, leading to Online Conflict Resolution, which enhances the reach of these alternative methods of conflict resolution and, thus, are redefining the perception of what is meant as access to Justice.

KEYWORDS: Access to Justice. Alternative dispute resolution. New technologies. Online conflict resolution.

INTRODUÇÃO

A insuficiência da sedimentada percepção de que o acesso à Justiça dependia exclusivamente do acesso ao Poder Judiciário ficou evidente diante das profundas transformações experimentadas nas últimas décadas com a crise do modelo do Estado de Bem-Estar Social, causada pela globalização e o surgimento da *sociedade da informação*.

O Judiciário não mais conseguia oferecer, de maneira eficiente, respostas aos conflitos que emergiam desse novo cenário. Isso fomentou um movimento de articulação de novos métodos de solução de conflitos, fundados em técnicas de auto e heterocomposição que, aliadas ao modelo judicial tradicional, permitiram um alargamento do acesso à ordem jurídica justa em um tempo razoável e compatível com as exigências dessa nova sociedade em cotidiana construção.

A associação desses novos métodos de solução de conflitos aos avanços tecnológicos permitiu o desenvolvimento de ferramentas de resolução *online* de conflitos que, pela facilidade e viabilidade econômica, permitiram seu uso em escala global corroborando à universalização dessa nova concepção de Justiça.

São, pois, estes os aspectos abordados nesta pesquisa, dividida em três tópicos. No primeiro abordar-se-á a evolução da concepção da garantia de acesso à Justiça nos tempos da sociedade da informação. No segundo, explicitar-se-ão os principais Meios Alternativos de Resolução de Conflitos e sua indispensabilidade à prestação da Justiça nestes novos tempos. No terceiro e último tópico, evidenciar-se-á a viabilização desses métodos pela tecnologia da informação e sua indispensabilidade ao contemporâneo acesso à Justiça.

Este trabalho foi elaborado pelo método hipotético-dedutivo e a partir de pesquisa em fontes bibliográfica, legislações, boletins informativos, livros, revistas e artigos científicos escritos da área jurídica.

1. O ACESSO À JUSTIÇA NOS TEMPOS DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Por dilatado período histórico as ciências jurídicas, especialmente a brasileira, encararam o acesso à Justiça como sinônimo estrito de acesso ao Poder Judiciário.

Tal convicção, todavia, veio se corroendo com a marcha dos eventos históricos nacionais e internacionais que marcam as últimas décadas, identificado por uns como *pós-modernidade* (LYOTARD, 2009), ou *modernidade líquida* (BAUMAN, 2001), e por outros como *hipermodernidade* (LIPOVETSKY, 2012).

De todo modo, independentemente da designação dada a esse recente período da história humana, o que se extrai de todos esses conceitos é a indelével marca do complexo fenômeno da globalização.

A globalização envolve três grandes dimensões transnacionalizantes, a cultural (disseminação de padrões de consumo, massificação e homogeneização de comportamentos e modos de vida), a da dominação (decorrente do encolhimento do Estado-nação) e a tecnológica (DELGADO, 2001, pp. 5-6).

No final da década de sessenta, o padrão de acumulação fordista começou a arrefecer pela saturação dos mercados internos de bens de consumo duráveis, levando a uma grave crise fiscal e inflacionária das economias mais desenvolvidas, evidenciando o esgotamento do modelo do Estado de bem-estar social (DELGADO, 2001, pp. 13-19, *passim*).

No modelo fordista, esse Estado apresentava-se como presença forte, provedor central das prestações positivas e assegurador das negativas, correspondentes, grosso modo, aos direitos humanos de segunda e primeira geração (direitos sociais e políticos, respectivamente).

Com a alteração desse paradigma, o Estado de Bem-Estar Social foi gradualmente substituído por um de verve liberal (ou neoliberal, para dissociá-lo historicamente do modelo estatal do século XIX), envolvido num cenário econômico de acumulação flexível (conhecido como *toyotismo*), cujos reflexos foram muito além da economia e transformaram irreversivelmente os valores sociais.

Tal fenômeno provocou uma indagação sobre o papel do Estado na sociedade, inclusive com alguns, como Kenichi Ohmae (1996), vaticinando que seu próprio fim se avizinhava.

Nesse efervescente cenário de novidades, a prestação da Justiça, historicamente afeta ao Estado, também passou a ser revisada, ao mesmo tempo em que se alargava o rol de direitos humanos, pela percepção da paz e de um meio-ambiente ecologicamente

equilibrado como um direito de todos. Novos ramos do direito surgiram, como o ambiental e o do consumidor concomitantemente ao questionamento de como se deveria prestar a jurisdição em si.

Essa, aliás, é a percepção de Roberto Senise Lisboa (2008, p. 596):

A decadência do Estado Liberal Clássico não impediu que os direitos fundamentais inicialmente reconhecidos pelo poder público (vida, liberdade, igualdade, integridade física, propriedade) fossem posteriormente ampliados e assegurados, dada a sua relevância social. Com isso, coube ao pensamento modernista e, devido à globalização, ao chamado pós-modernismo jurídico, aperfeiçoar os mecanismos de defesa dos interesses socialmente relevantes.

No campo tecnológico, significativos assistiram-se inimagináveis avanços como a criação dos *microchips* e processadores de dados que viabilizaram os computadores pessoais a baixo custo, aliados a sistemas operacionais de simples operação, como o *Windows* da *Microsoft*, e a popularização da *internet*.

A convergência desses fatores aprofundou a globalização levando a sociedade contemporânea a se reconhecer como a *sociedade da informação*, cuja principal característica, na lição de Irineu Francisco Barreto Junior, Vinícius Garcia Ribeiro Sampaio e Fábio Gallinaro (2019), é a facilidade de acesso a uma amplitude de informações e interações sociais em tempo quase que real.

Dizendo de outra forma, a chamada *sociedade da informação* é, segundo Luiz Antonio Scavone Junior (2018, p. 292), uma etapa no desenvolvimento da civilização moderna caracterizada pelo papel social crescente da informação, por um crescimento da partilha dos produtos e serviços de informação.

Assim, novos mercados se abriam e mais pessoas passaram a integrar o circuito de consumo, agora globalizado. A proteção jurídica desses novos contratantes em escala global dependia da quase cotidiana enunciação de direitos e garantias, que no contexto nacional brasileiro surgiu na forma de uma Constituição Federal democrática e social; da renovação da legislação civil e da edição e renovação de marcos legais, tal qual o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil de 2002 e as diversas reformas que o CPC de 1973 sofreu antes de ser revogado pelo Novo CPC de 2015.

Ainda em cenário nacional, a privatização da prestação de serviços públicos como o de distribuição de eletricidade e de telecomunicações, praticamente universalizou tais serviços, trazendo ao mercado de consumo milhões de novos contratantes.

Todas essas transformações obviamente não foram indenes a atritos e inevitavelmente geraram litígios na mesma proporção e velocidade que ocorriam.

Nessa nova ordem de coisas, a compreensão do acesso à Justiça como acesso ao Judiciário não demorou a mostrar seu esgotamento.

O mais notório gargalo do Judiciário era conseguir, num ambiente de procedimentos repletos de formalismos, entregar a prestação jurisdicional em tempo razoável.

Nesta nova ordem de coisas, o tempo passou a ser vital, como bem notou Zygmunt Bauman (2001, p. 152) ao afirmar que a “[...] batalha contemporânea da dominação é travada entre forças que empunham, respectivamente, as armas da aceleração e da procrastinação”.

Daí a sedimentação da convicção de que o acesso à Justiça só é amplo e eficazmente garantido por uma prestação estatal célere, justa e efetiva (MEYER-PFLUG; COUTO, 2013, p. 233).

Nessa linha de pensamento assegura Wilson Alves de Souza que:

O problema da demora excessiva do julgamento das causas é dos mais graves, na medida em que está diretamente relacionado com a ideia de efetividade, resultando muitas vezes, na prática, em verdadeira negação do acesso à justiça. Isso, conseqüentemente, afeta os direitos fundamentais do cidadão que está a precisar da tutela jurisdicional do Estado, como também deixa em dúvida a própria credibilidade das instituições estatais, o que vem de ser um grande perigo para toda a sociedade (SOUZA, 2013, p. 33).

O descompasso do tempo dispendido pela prestação jurisdicional do Judiciário brasileiro e a percepção de que não mais se podiam aguardar, às vezes décadas, por uma decisão judicial final, causou fortes reações que culminaram com a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, que incluiu o inciso LXXVIII no artigo 5º, da Constituição Federal brasileira, para assegurar a razoável duração do processo no rol dos direitos fundamentais.

Mesmo assim, Eliana Calmon Alves (1994, p. 3), apontou que o Poder Judiciário brasileiro “não tem conseguido dar respostas rápidas e satisfatórias às demandas das partes, em razão de fatores diversos, dentre os quais se destaca o número excessivo de ações”, o que tem dificultado o acesso à Justiça, violando o próprio ordenamento constitucional que garante expressamente esse direito³.

Diante dessas vicissitudes, foi-se rascunhando uma concepção do acesso à Justiça sob uma perspectiva mais ampla, que atualmente já é praticamente uníssona, como atestam Cappelletti e Garth (1988, pp. 11-13), para quem o acesso à Justiça deve ser compreendido como o método pelo qual as pessoas obtêm resultados individuais e

³ Sobre o *princípio da inafastabilidade da jurisdição*: Constituição Federal/1988: Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

socialmente justos e também como método pelo qual os indivíduos podem reivindicar seus direitos ou tratarem seus conflitos no esteio estatal em um prazo razoável, o que é questão vital na *sociedade da informação*, onde a instantaneidade das comunicações torna o prazo componente indispensável nos cálculos econômicos e sociais.

Formou-se o consenso de que diante desse congestionamento do Judiciário, a sociedade brasileira não podia ser convertida num grande tribunal, nem todas as causas poderiam ser submetidas ao convencionalismo de uma decisão judicial, lenta e custosa, hermética e ininteligível à população (NALINI, 2000, p. 100).

Nesse quadro, o Estado não pôde ignorar nem deixar de se esforçar para viabilizar novos mecanismos, mais céleres, econômicos e eficazes de resolução de conflitos, a fim de assegurar a concretude da garantia fundamental de acesso à Justiça em tempo razoável na era da sociedade da informação.

2. MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E O ACESSO À JUSTIÇA

No contexto dessas rápidas e profundas transformações, o monopólio do Judiciário como órgão estatal responsável pela prestação da Justiça, sob suas tradicionais e às vezes complexas fórmulas procedimentais, revelou suas deficiências.

Seu tempo de resposta às demandas que lhe eram submetidas estava em franco descompasso com as exigências de uma sociedade que a cada dia se aproximava de dispor de informações em tempo real de praticamente qualquer parte do planeta.

Tal esgotamento, porém, não foi uma exclusividade do sistema de Justiça brasileiro, tendo assim sido sentido em todos os países ocidentais, na medida em que o cenário mundial se cambiava rapidamente.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, pp. 67-71) sintetizaram essa percepção indicando os aspectos necessários ao movimento renovatório tendente a um efetivo acesso à Justiça, indicando a relevância da adoção dos meios alternativos de composição de conflitos:

Aqui manifesta-se a terceira e mais recente, mas também mais complexa e talvez, potencialmente, a mais grandiosa “onda” no movimento mundial por um direito e uma justiça mais acessível. (...) Dentre estes fins surgem: a) o de adotar procedimentos acessíveis mais simples e racionais, mais econômicos, eficientes e especializados para certos tipos de controvérsias; b) o de promover e fazer acessível um tipo de justiça que, em outro lugar, definimos como “coexistencial”, quer dizer, baseada sobre a conciliação e mediação e sobre critérios de equidade social distributiva, onde seja importante “manter” situações complexas e duradouras de relações entre indivíduos e grupos, em lugar de *tranché* uma relação isolada, com rígidos critérios jurídicos de “razão” e “sem razão” essencialmente

dirigidos ao passado; c) o de submeter a atividade pública a formas frequentemente novas e de qualquer maneira mais acessíveis de controle, e mais, em geral, de criar formas de justiça acessíveis e quanto mais descentralizadas e “participatórias”, com a participação, em particular, de membros daqueles mesmos grupos sociais e comunidades que estejam diretamente interessados na situação ou controvérsia em questão, e que são, particularmente, conscientes desta situação ou controvérsia. É justamente em razão do surgimento desta última finalidade que a participação dos leigos na administração da justiça tenha voltado a ser, recentemente, um dos temas de maior interesse teórico e prático (CAPPELLETTI, 2008, pp. 389-390).

Daí já a partir dos anos de 1960, mas mais notadamente a partir dos de 1970, ter nascido nos círculos jurídicos e políticos dos Estados Unidos da América um movimento que passou a ser conhecido como *Alternative Dispute Resolution* (ADR), que na literatura jurídica brasileira foi traduzido pelas expressões de *Meios Alternativos de Solução de Conflitos* (MASC) ou *Meios Alternativos de Resolução de Conflitos* (MARC).

Esses métodos alternativos, de natureza consensual e dialógica, além de suprirem a larga demanda do Estado, mostraram-se capazes de atender com maior flexibilidade, adequação e, por isso, maior celeridade, as necessidades das partes cujos direitos se encontram em conflito.

Ganhou espaço a noção de acesso à Justiça como sinônimo de acesso à ordem jurídica justa, fundada no “acesso aos métodos mais adequados à resolução dos conflitos, estejam eles dentro ou fora do Poder Judiciário” (BACELLAR, 2012, p. 53).

Tais métodos incluem técnicas de autocomposição (como a conciliação, mediação e negociação) e de heterocomposição (como a arbitragem), em que além das vantagens da celeridade, podem trazer outras, como a confidencialidade, privacidade e sigilo.

Na autocomposição as próprias partes buscam negociar e acordar pacificamente o litígio, através de concessões mútuas. Nesse método, uma terceira pessoa se restringe a orientar as partes e sugerir a solução do conflito de tal sorte que não pode, como faz o juiz ou o árbitro, impor qualquer decisão (SCAVONE JUNIOR, 2018, pp. 24-25).

Seus métodos mais destacados são a conciliação, a mediação e a negociação.

A conciliação é conceituada por Roberto Portugal Bacellar (2012, p. 84) como sendo um processo técnico (não intuitivo), desenvolvido pelo método consensual (autocomposição), em que um terceiro neutro e imparcial, após ouvir as partes litigantes, orienta-as e as auxilia com perguntas, propostas e sugestões a encontrar soluções que possam atender aos seus interesses e, por fim, as materializa em um acordo. Similar é a lição de Luiz Antonio Scavone Junior (2018, p. 24): “na conciliação, o conciliador, embora sugira a solução, não pode impor sua sugestão compulsoriamente”. Ele “tenta que as

partes aceitem suas ponderações e alternativas para a resolução do conflito, a qual deve ser por elas adotada espontaneamente”.

A mediação é conceituada no parágrafo único do artigo 1º, da Lei nº 13.140/1996 (Lei da Mediação) como a atividade técnica exercida por terceiro imparcial e sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia. Ou seja, “o mediador, neutro e imparcial, apenas auxilia as partes a solucionar o conflito sem sugerir ou impor a solução ou, mesmo, interferir nos termos do acordo”, sua função é “neutralizar a emoção das partes, facilitando a solução da controvérsia sem interferir na substância da decisão dos envolvidos” (SCAVONE JUNIOR, 2018, pp. 24 e 298).

A negociação, por fim, é uma técnica destinada a resolver diretamente divergências de interesses e percepções que tem por finalidade criar, manter ou evoluir um relacionamento baseado na confiança, gerando ou renovando compromissos múltiplos e facilitando a formulação de proposições para um acordo (BACELLAR, 2012, p. 162).

Em suma, os métodos de autocomposição encorajam, a partir do uso de técnicas adequadas, a comunicação mútua dos envolvidos no conflito, que, reconhecendo seus sentimentos e sofrimentos, cria espaço a uma nova dinâmica de pacificação social sem grandes cicatrizes emocionais, justamente por conferir aos litigantes o papel de protagonistas na construção conjunta de uma solução consensual ao seu problema, em que ambos sintam-se satisfeitos.

Mauro Cappelletti (1993) observa que há situações em que a autocomposição (justiça coexistencial) é capaz de produzir melhores resultados, inclusive qualitativamente, do que aqueles de litígios contenciosos. Como exemplo cita o caso em que o litígio é apenas um episódio de um relacionamento complexo e contínuo, no qual a justiça conciliatória tem o potencial de preservar a relação que trata o episódio litigioso apenas como uma interrupção provisória, ao invés de uma ruptura final do relacionamento. Tal procedimento alternativo de solução do conflito é geralmente mais acessível, mais rápido, menos dispendioso e mais eficiente, uma vez que ninguém melhor do que as próprias partes têm mais consciência do ambiente e circunstâncias em que o episódio ocorreu.

Nessa perspectiva, a autocomposição promove uma cidadania mais independente e autossuficiente, confiando na capacidade e criatividade de a sociedade viver em harmonia (DAVIS; TURKU, 2011).

Já a heterocomposição “[...] é a solução do conflito pela atuação de um terceiro dotado de poder para impor, por sentença [ou o laudo arbitral], a norma aplicável ao caso que lhe é apresentado” (SCAVONE JUNIOR, 2018, p. 24). Aqui o destaque é à arbitragem, normatizada pela Lei nº 9.307/1996 (Lei da Arbitragem), como ênfase na livre manifestação de vontade das partes em contratar a cláusula compromissória no momento da celebração

de um contrato, ou o compromisso arbitral, ficando elas mesmas responsáveis pela indicação, de comum acordo, do ou dos árbitros, que avaliará(ão) e decidirá(ão) as controvérsias que lhe forem submetidas.

Além da celeridade desse método, desejada por todos os envolvidos, a arbitragem destaca-se pelo caso ser julgado por uma pessoa ou pessoas altamente especializadas na matéria que lhe são dadas a decidir, além de garantir confidencialidade e sigilo, dificilmente alcançáveis nas causas submetidas ao Judiciário, ressalvados os casos de segredo de justiça.

Em suma, tais métodos alternativos de solução de controvérsia aumentam significativamente a percepção de Justiça e confiabilidade social.

O objetivo primordial desses meios alternativos “é a solução mais adequada dos conflitos de interesses, pela participação decisiva de ambas as partes na busca do resultado que satisfaça seus interesses, e que preservará o relacionamento delas, propiciando a justiça coexistencial” (WATANABE, 2005, p. 685).

Ademais, tais métodos importam num relevante efeito colateral de distensão de possíveis tensões subjacentes que seria hábeis a produzir eventuais futuros litígios, na medida em que superam o paradigma de vencedor *vs.* perdedor, de certo *vs.* errado, conservando as partes suas relações sociais (TARTUCE, 2018, p. 100).

Dessa forma, os métodos alternativos de resolução de conflitos revelaram-se em eficiente e efetivo meio de, em cooperação ou paralelamente ao Poder Judiciário, aprimorar e alargar o acesso à Justiça, sobretudo de maneira mais célebre e isonômica.

Premido por essas imposições da sociedade da informação, o Brasil, mesmo antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, que assegurou a razoável duração do processo como direito fundamental, procurou adotar medidas de superação da morosidade do Judiciário e melhorar sua prestação de Justiça.

Uma delas foi a edição da Lei 9.099/1995 que criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, cujo procedimento era completamente novo em relação ao trâmite do processo civil e penal tradicionais. Esse novo procedimento baseava-se nos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível a conciliação ou a transação (art. 2º).

Esse diploma legal priorizou a solução consensual de conflitos, até mesmo possibilitando em alguns casos, a elevação da conciliação à condição de estágio preliminar e obrigatório ao prosseguimento dos processos em seu âmbito, revelando uma abertura da legislação nacional ao reconhecimento da importância desses novos métodos de solução de conflitos como indispensáveis ao acesso à Justiça. A experiência mostrou-se positiva, mas a necessidade de se avançar era evidente.

Ampliaram-se as discussões sobre a necessidade de incorporação dos métodos alternativos de resolução de conflitos, agora incentivados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), também criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Em 2010, o CNJ editou e aprovou a Resolução nº 125, que criou uma Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.

Tal Resolução previu a criação, pelos Tribunais, de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, coordenados por magistrados e compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área, com as atribuições, dentre outras, de instalar Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania onde se concentrou a realização das sessões de conciliação e mediação que estivessem a cargo de conciliadores e mediadores, dos órgãos por eles abrangidos e incentivasse e promovesse a capacitação, treinamento e atualização permanente de magistrados, servidores, conciliadores e mediadores nos métodos consensuais de solução de conflitos (artigo 7º, incisos IV e V).

Tais esforços, embora previstos em atos normativos administrativos, revelaram-se tão frutíferos que acabaram sendo incorporados à legislação nacional, como no novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) e na Lei da Mediação (Lei nº 13.140/2015).

Percebe-se, que o Estado brasileiro já percebeu a utilidade e relevância desses métodos alternativos de resolução de conflitos como via necessária à prestação da Justiça, razão pela qual vem fomentando a conscientização e a formação de profissionais habilitados, sobretudo, nas técnicas de autocomposição, num esforço de superação da *cultura da sentença*, fundada num modelo de solução contenciosa e adjudicada dos conflitos de interesses, a ser paulatinamente substituída pela cultura da pacificação através dos métodos alternativos de resolução de conflitos (WATANABE, 2005, p. 687).

Nesse sentido, aliás, Fernanda Tartuce assevera que:

Ao jurisdicionado, porém, incumbe conscientizar-se sobre sua condição de protagonista nas relações interpessoais. Em vez de se socorrer de terceiros (integrantes do Estado) para resolver pendências, deve considerar, primeiramente, em que medida pode, por si mesmo, encaminhar saídas pertinentes. A dignidade humana inclui o poder de autodeterminação, razão pela qual deve o indivíduo conduzir-se com a maior autonomia possível na definição de seu próprio destino (TARTUCE, 2018, p. 114).

E justamente nessa perspectiva alerta Dalmo de Abreu Dallari (1996, pp. 80 e 83) que “a grande reforma que deve ocorrer no Judiciário, e sem dúvida a mais importante de todas, é a mudança de mentalidade” dos cidadãos, a fim de admitirem o uso desses novos meios de solução de litígios.

Assim, difundir e incentivar esses novos meios alternativos de resolução de conflitos demonstra uma opção complementar e atualmente necessária de acesso à Justiça, pelo alargamento das instituições e procedimentos que promovem a solução de litígios de forma mais adequada, com a devida efetividade e celeridade, garantindo um acesso à ordem jurídica que promova a solução dos mais diversos conflitos que emergem das interações sociais.

3. AS NOVAS TECNOLOGIAS E OS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

A sociedade contemporânea, baseada nas tecnologias computacionais de comunicação, armazenamento, distribuição e, sobretudo, processamento de dados em elevadas velocidades, levou muitos a defenderem a existência de um novo paradigma social baseado na informação, daí a designação de *sociedade da informação*.

Nessa sociedade, quase todo seu desenvolvimento está fundado no avanço tecnológico, que ultrapassou as aplicações econômicas e industriais para transformar significativamente a maneira como os indivíduos estabelecem suas próprias interações interpessoais, e, também, claro, suas relações jurídicas, criando um *ciberespaço* ou *espaço virtual* com efetivas implicações na realidade extravirtual. A *internet* tornou-se esse espaço por excelência, pois para além de uma ferramenta de comunicação e transmissão de dados, passou a ser o próprio espaço no qual se constituem relações humanas e negócios jurídicos.

Somaram-se, pois, aos conflitos já típicos e conhecidos das relações humanas, outros novos, próprios da intensificação e da escala que ganharam as relações virtuais, alguns deles de elevada complexidade, como a necessidade da proteção da privacidade no ambiente virtual, a prevenção e punição de crimes virtuais, a possibilidade quase instantânea de disseminação das já conhecidas *fake news*, o direito ao esquecimento, dentre tantas outras.

Esse ambiente novo e em constate metamorfose, exigiu um acompanhamento pelo Direito, cuja essência é dinâmica por justamente se originar do fato, base para que se estabeleça um vínculo de significação jurídica que permita a interferência jurídica no processo social (REALE, 2001, p. 187).

Também os métodos alternativos de resolução de conflitos precisaram se adequar a essas transformações. Foi dessa necessidade de o Direito acompanhar tais evoluções que surgiu o sistema de *Resoluções Online de Conflitos*.

Gabriela Vasconcelos Lima e Gustavo Raposo Pereira Feitosa (2016, pp. 54-55), averbam que a *Resolução Online de Conflitos*, em inglês como *Online Dispute Resolution* (ODR):

[...] consiste na utilização da tecnologia da informação e da comunicação no processo de solução de conflitos, seja na totalidade do procedimento ou somente em parte deste. Dentre os procedimentos que podem adotar o modelo da ODRs, estão a arbitragem, a mediação, a conciliação ou a negociação, que o fazem por intermédio de ferramentas automatizadas (total ou parcialmente). Essa solução representa uma forma de virtualização plena, em que um procedimento nasce e morre no ambiente virtual, sem necessidade de passar por etapas presenciais ou no espaço forense.

Karolina Mania (2015, pp. 76-86) observa que a *Resolução de Disputas Online* (ODR) é uma forma de solução *online* que utiliza métodos alternativos para resolução de disputas, e abrange disputas que são parcial ou totalmente resolvidas em ambiente virtual.

Daniel do Amaral Arbix (2017, p. 57) acresce que a *Resolução Online de Conflitos* corresponde a uma nova porta voltada à solução de conflitos que possivelmente não seriam resolvidos por meio dos tradicionais instrumentos de resolução de controvérsias.

A *Resolução Online de Conflitos* representa, em suma, a “utilização dos recursos da tecnologia para a resolução alternativa de litígios, quer sejam estes decorrentes exclusivamente das relações jurídicas firmadas no ciberespaço, quer sejam originários de relações jurídicas constituídas no mundo dito ‘físico’” (AMORIM, 2017, p. 515).

Observa Fernando Sérgio Tenório de Amorim (2017, p. 515) que na *Resolução Online de Conflitos* os sistemas informatizados e as plataformas de transmissão e recepção de dados constituem um terceiro interveniente nesse processo de resolução de conflitos em ambiente virtual.

Ou seja, as tecnologias de informação e comunicação agem como vetores para oferecer às partes ambientes e procedimentos propícios para dirimir seus conflitos (ARBIX, 2017, p. 214).

Dessa forma, ao invés das partes litigantes se encontrarem em um local físico, elas podem utilizar um computador, celular ou *tablet*, para se reunir em salas virtuais e nesses ambientes dirimirem seus conflitos pelo uso da conciliação, mediação, negociação ou arbitragem.

Essa possibilidade, viabilizada pela tecnologia, permite inclusive que os envolvidos ao se encontrarem em salas virtuais, estejam fisicamente em ambientes que lhe são mais acolhedores, como suas próprias casas, trabalho, dentre outros, o que, facilita sua predisposição à solução pacífica do conflito, permitindo a construção de uma solução mais célere, com menor impacto emocional e muito mais econômica.

Tais características permitem ao sistema de *Resolução Online de Conflitos* garantir uma maior acessibilidade aos métodos de prestação de Justiça, pois atualmente praticamente todos dispõem de algum meio tecnológico de comunicação (celulares, computadores ou *tablets*), além de diminuir significativamente o tempo e os custos de tramitação desses expedientes, haja vista a desnecessidade de as partes se deslocarem para locais físicos.

Seguindo essa tendência mundial, o Código de Processo Civil de 2015, trouxe expressamente em seu artigo 334, parágrafo 7º, a possibilidade de realização de audiências de conciliação e mediação por meio eletrônico⁴.

No mesmo sentido a Lei nº 13.140/2015 (Lei da Mediação), em seu artigo 46, trouxe previsão legal em relação à prática virtual de mediação⁵.

Em 2016, a *Política Judiciária de Tratamento Adequado de Conflitos*, prevista na Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, passou a dispor expressamente sobre os métodos eletrônicos de resolução de conflitos a partir das alterações introduzidas pela Emenda nº 2⁶.

Observa-se que essa Emenda nº 2 “viabilizou a criação de um Sistema de Mediação e Conciliação Digital ou à Distância, considerando que grande parte das pessoas possui acesso à *internet*, representando assim uma alternativa viável para a solução dos entraves burocráticos e financeiros” (NASCIMENTO JUNIOR, 2017, pp. 265-282).

Percebe-se, portanto, que a partir da intensificação do uso dos métodos alternativos de resolução consensual de conflitos e da popularização das tecnologias de comunicação, a *Resolução Online de Conflitos*, surge já como um componente indispensável de acesso à Justiça, além de importante mecanismo de inclusão social e instrumento de participação democrática da *sociedade da informação*.

⁴ Código de Processo Civil/2015: Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. (...)

§ 7º. A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei.

⁵ Lei nº 13.140/2015: Art. 46. A mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo.

⁶ Resolução nº 125/2010 do CNJ: Art. 6º. Para desenvolvimento dessa rede, caberá ao CNJ: (Redação dada pela Emenda nº 1, de 31.01.13) (...)

X – criar Sistema de Mediação e Conciliação Digital ou a distância para atuação pré-processual de conflitos e, havendo adesão formal de cada Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, para atuação em demandas em curso, nos termos do art. 334, § 7º, do Novo Código de Processo Civil e do art. 46 da Lei de Mediação; (Incluído pela Emenda nº 2, de 08.03.16).

Art. 18-A. O Sistema de Mediação Digital ou a distância e o Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores deverão estar disponíveis ao público no início de vigência da Lei de Mediação. (Incluído pela Emenda nº 2, de 08.03.16).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As recentes transformações que o mundo experimentou nas últimas décadas, sobretudo a partir do final dos anos 1960, impulsionadas pela globalização e pelos avanços tecnológicos, proporcionaram uma verdadeira revolução na maneira de organização econômica dos mercados e cadeias produtivas de bens e serviços, agora globais, nos modos de vida e nos valores que haviam se estabilizado sob o modelo econômico fordista que pressupunha um Estado de bem-estar social, culminando no surgimento da *sociedade da informação*.

Esses câmbios tiveram reflexos profundos em todos os ramos da economia e sociedade, de modo a exigir uma reflexão sobre os papéis do Estado, das famílias e dos indivíduos na nova sociedade, ao que não escapou a vetusta concepção do acesso à Justiça como exclusiva possibilidade de ajuizamento de uma ação perante o Poder Judiciário.

A noção de acesso à Justiça começou a migrar da indispensabilidade de acesso ao Judiciário para a concepção da necessidade de acesso a uma ordem jurídica justa, o que nem sempre dependia da intervenção judicial a tanto.

Despontaram então os chamados métodos alternativos de solução de conflitos de auto e heterocomposição, como a conciliação, mediação, negociação e a arbitragem, como técnicas capazes de viabilizar a necessária resolução de conflitos sociais, de forma mais célere, menos contenciosa, favorecendo, inclusive, a promoção da dignidade humana pela valorização da autodeterminação do indivíduo, visto como alguém capaz de conseguir com seu semelhante superar as inevitáveis situações de conflito decorrentes da vida em sociedade.

Nesse contexto, as facilidades tecnológicas propiciaram a potencialização desses métodos, pela criação de ferramentas virtuais que minimizaram as dificuldades de distância geográfica, além de acompanharem as novas formas de estabelecimento de relações e negócios jurídicos, já totalmente celebrados em ambiente virtual.

Surgiram, assim, os meios de *Resolução Online de Litígios* (ODR) como medida de ampliação, mas, sobretudo, de adequação do acesso à Justiça às novas realidades impostas pela sociedade da informação, haja vista a redução dos custos operacionais e a possibilidade de conexão, em tempo real, pelo ciberespaço, de pessoas fisicamente localizadas em diferentes partes do planeta, o que jamais seria possível em modelos convencionais.

Dessa forma, verifica-se uma transformação estrutural e funcional da percepção em relação ao processo judicial, ainda indispensável, mas não mais visto como única via de alcance da Justiça, cada vez mais dependente das ferramentas tecnológicas do ciberespaço

inclusive no tocante ao avanço do uso dos meios de *Resolução Online de Litígios*, que, por isso, vem se consolidando como tendência mundial.

REFERÊNCIAS

ALVES, Eliana Calmon. **A crise do poder judiciário**. Correio Braziliense, Brasília: 18 abr. 1994. Caderno Direito e Justiça, n. 11310.

AMORIM, Fernando Sérgio Tenório de. **A resolução online de litígios (ODR) de baixa intensidade: perspectivas para a ordem jurídica brasileira**. In: Revista de Ciências Jurídicas Pensar. v. 22. nº 2. Fortaleza, 2017, pp. 514-539. Disponível em <<file:///C:/Users/Taysa%20Pacca/Downloads/5397-24903-1-PB.pdf>>. Acesso em 30 de setembro de 2019.

ARBIX, Daniel do Amaral. **Resolução online de controvérsias: tecnologias e jurisdições**. São Paulo: Intelecto, 2017.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. Coleção Saberes do Direito. BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio (Coords.). v. 53. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco; SAMPAIO, Vinícius Garcia Ribeiro; GALLINARO, Fábio. **Marco civil da internet e o direito à privacidade na sociedade da informação**. Disponível em <<https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/835>>. Acesso em 29 de setembro de 2019.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional**. 6^a ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 652.

CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologias e sociedade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

_____. **Alternative dispute resolution processes within the framework of the world-wide access-to-justice movement**. In: The moderns law review. 1993. Disponível em <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1111/j.1468-2230.1993.tb02673.x>>. Acesso em 28 de setembro de 2019.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

DALLARI, Dalmo de Abre. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DAVIS, William; TURKU, Helga. **Access to justice and alternative dispute resolution.** *In:* Journal of dispute resolution. 2011. Disponível em <<https://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1614&context=jdr>>. Acesso em 28 de setembro de 2019.

DELGADO, Ana Paula Teixeira. **O direito ao desenvolvimento na perspectiva da globalização: paradoxos e desafios.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LIMA, Gabriela Vasconcelos; FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira. **Online dispute resolution (ODR): a solução de conflitos e as novas tecnologias.** *In:* Revista do Direito. v. 3. n.º 50. Universidade de Santa Cruz do Sul, 2016, pp. 53-70. Disponível em <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/8360>>. Acesso em 29 de setembro de 2019.

LISBOA, Roberto Senise. **Quebra da inviolabilidade de correspondência eletrônica por violação da boa-fé objetiva.** *In:* Direito e internet: aspectos jurídicos relevantes. LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coords.). v. 2. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos.** Trad. Mário Vilela. 4ª reimpressão. São Paulo: Barcarolla, 2011.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna.** Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio, 2009.

MANIA, Karolina. **Online dispute resolution: the future of justice.** *In:* International Comparative Jurisprudence. v. 1. 2015, pp. 76-86. Disponível em <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2351667415000074>>. Acesso em 02 de outubro de 2019.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; COUTO, Mônica Bonetti. **Poder Judiciário, justiça e eficiência: caminhos e descaminhos rumo à justiça efetiva.** *In:* Justiça e [o paradigma da] eficiência: entre a celeridade e a efetividade dos direitos. Silveira, Vladimir O. da; MEZZAROBBA, Orides; COUTO, Mônica Bonetti; SANCHES, Samyra Haydée Dal Farra (Coords.). v. 3. Curitiba: Clássica, 2013.

NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NASCIMENTO JUNIOR, Vanderlei de Freitas. **A evolução dos métodos alternativos de resolução de conflitos em ambiente virtual: online dispute resolution.** *In:* Revista

Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca. v. 12. n^o 1. 2017, pp. 265-282. Disponível em <<https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/439>>. Acesso em 02 de outubro de 2019.

OHMAE, Kenichi. **O fim do Estado-nação: a ascensão das economias regionais**. Rio de Janeiro: Campus, 1996.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25^a ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem: mediação e conciliação**. 8^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à justiça**. Salvador: Dois de Julho, 2013.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 4^a ed. São Paulo: Método, 2018.

WATANABE, Kazuo. **Cultura da sentença e cultura da pacificação**. *In*: Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover. YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Coords.). São Paulo: DPJ, 2005.

OS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ACESSO À JUSTIÇA: OPORTUNIDADES ESTRATÉGICAS PARA OS ADVOGADOS

Afonso Soares de Oliveira Sobrinho¹

RESUMO: Este artigo estuda a problemática em torno das formas alternativas de solução de conflitos, inserida na mudança paradigmática do acesso à justiça no Brasil. Discute-se se a utilização das formas alternativas de solução de conflitos representa uma oportunidade estratégica para a advocacia, além de um efetivo acesso à justiça. O objeto da pesquisa são as oportunidades estratégicas que foram criadas ao longo dos anos quando da edição do arcabouço jurídico nacional relativo aos meios alternativos de resolução de conflitos. Utilizamos o método hipotético-dedutivo e das técnicas descritiva, documental e bibliográfica. Conclusão: os meios adequados de solução de conflitos desnudam como excelentes oportunidades para advogados e escritórios de advocacia, no tocante ao desenvolvimento de habilidades negociais e para a concretização do direito fundamental de acesso à justiça.

Palavras-chave: Globalização. Oportunidade estratégica. Justiça. Direito. Mediação.

ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION IN ACCESS TO JUSTICE: STRATEGICS OPPORTUNITIES FOR LAWYERS

ABSTRACT: This article deals with the question around alternative dispute resolution inserted in the paradigmatic change of access to justice in Brazil. It is discussed whether the use of alternative dispute resolution is a strategic opportunity for advocacy, beyond effective access to justice. The object of the research is the strategic opportunities that were created over the years when the national legal framework for alternative dispute resolution was edited. We use the hypothetical-deductive method and the descriptive, documentary and bibliographic techniques. Conclusion: alternative dispute resolution are excellent opportunities for lawyers and law firms to develop negotiating skills and to realize the fundamental right to access justice.

Keywords: Globalization. Strategic opportunity. Justice. Law. Mediation.

¹ Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo- FADISP. Advogado;
<http://lattes.cnpq.br/0200146123195594>; email:affonsodir@hotmail.com

INTRODUÇÃO

Particularmente nos últimos 30 anos, mas desde pelo menos 1910, os modos de se fazer negócios, de se administrar a justiça e de se realizar direitos têm se transformado de maneira acelerada, acabando com as certezas em torno tanto de práticas empresariais como estatais, que evoluíram nos períodos de estabilidade política e econômica e durante as duas guerras mundiais. (BESANKO et al., 2012; KRUGMAN, 2007; MANKIWI, 2015)

Empresas e Estados acostumados a competir e regular relações com agentes públicos e privados, rivais domésticos e com poucas integrações internacionais se deparam com ameaças e oportunidades fruto da revolução técnico-científica e informacional. Nesse cenário globalizado temos as disputas judiciais que levam anos para serem solucionadas, necessitando de mecanismos mais ágeis, eficientes na resolução de conflitos.

A justificativa da pesquisa é a relevância dos meios alternativos de solução de conflitos na sociedade globalizada, especialmente no ambiente empresarial que exige negociação, celeridade, em detrimento do engessamento estatal. Nesse cenário, destaca-se a participação do advogado como essencial a própria administração da justiça no Estado Democrático de Direito, nos termos do art. 133 da Constituição Federal, na defesa das garantias e direitos do cidadão.² (BRASIL, 2015)

A Constituição Federal de 1988 vislumbra a solução consensual de conflitos como um dos objetivos da nossa República. Destaca-se, entre os princípios do art. 1º, II da Carta Magna a cidadania, em consonância com o art. 3º, inciso I que prevê a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Nesse diapasão situa-se o art. 4º, inciso VII quando destaca que nas relações internacionais o Brasil rege-se pela solução pacífica dos conflitos. (BRASIL, 2015)

O principal objetivo deste estudo é a percepção da oportunidade estratégica que foi criada, ao longo dos últimos anos, pela edição de leis e normas que favoreceram os meios alternativos de resolução de conflitos, especialmente para a advocacia. Para tanto, foram escolhidos os seguintes objetivos específicos; i) Analisar os meios alternativos de solução

² O CNJ em novembro de 2018 adotou posicionamento considerando que a resolução 125 de 2010 em seu art. 11 não traria a obrigatoriedade da presença do advogado para que ocorra a solução de conflitos. Durante o julgamento, do Recurso Administrativo no Pedido de Providência 0004837-35.2017.2.00.0000, (BRASIL, 2018)

A nosso entender esse posicionamento prejudica, especialmente, os mais vulneráveis que correm o risco de terem seus direitos fundamentais desrespeitados em quaisquer fases da mediação ou conciliação, seja de natureza pré-processual ou processual. Haja vista, há evidente violação ao art. 133 da Constituição Federal de 1988 quando dispõe ser o advogado indispensável a administração da justiça. No entanto, tramita na comissão de constituição e justiça da Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 5511/2016 no sentido da obrigatoriedade da presença dos advogados em todos os casos de solução alternativa de conflitos, mediante alteração no art. 2º, § 4º do Estatuto da Advocacia (Lei nº 8906/1994). (BRASIL, 1994; 2016)

de conflitos como corolário do acesso à justiça no contexto das mudanças paradigmáticas da globalização; ii) Discutir as oportunidades criadas para os advogados a partir do arcabouço jurídico nacional dos meios adequados de solução de conflitos e das mudanças nas relações sociais, econômicas e jurídicas nas relações empresariais e para o cidadão.

A pesquisa utiliza-se de método hipotético-dedutivo e das técnicas descritiva, documental e bibliográfica. Para tanto, procurou-se analisar doutrina e normas sobre o tema pesquisado. Bem como, foram feitas descrições sobre o paradoxo da globalização e do direito que influenciou o enfraquecimento da soberania dos Estados modernos diante das novas visões do pensamento jurídico que hoje permeiam o (neo) constitucionalismo. Movimentos que procuram realizar os direitos das gentes no nível planetário, o que caracteriza o isomorfismo institucional no plano das nações mais desenvolvidas. E, ao mesmo tempo promovem riscos quanto aos direitos e garantias já conquistadas.

A problemática da pesquisa é se a utilização das formas alternativas de solução de conflitos pelos advogados representa uma saída diante da crise atual do judiciário? E se essa oportunidade viabilizaria o acesso à justiça? O objeto da pesquisa é a oportunidade estratégica que foi criada ao longo dos anos quando da edição do arcabouço jurídico nacional relativo aos meios alternativos de resolução de conflitos para os advogados e escritórios de advocacia.

O artigo está dividido em tópicos. Na introdução analisamos a justificativa, os objetivos, hipóteses, metodologia, bem como a problematização do tema proposto, além da análise da relevância do advogado à administração da justiça, inclusive pelos meios adequados de solução de conflitos com vistas à cidadania. No primeiro item analisamos a globalização, a mudança paradigmática do papel do Estado diante das crescentes demandas econômicas e sociais, bem como a busca por soluções alternativas de conflitos que preservem garantias e direitos no acesso à justiça, destaca-se os autores Habermas, 2001; Cappelletti; Garth, 1988. No segundo item pesquisamos o processo, a busca pela eficiência com vistas a solução de mérito, e a relevância dos Meios Alternativos de Solução de Conflitos, utilizamos como referencial Theodoro Júnior, 2016; Didier Jr., 2013; Mancuso, 2010; Tartuce, 2008. No terceiro tópico investigamos as oportunidades estratégicas para a advocacia, a partir dos autores Besanko et al., 2012; Krugman, 2007; Mankiw, 2015; Lewandowski, 2015; No quarto tópico analisamos o sistema multiportas e o acesso à justiça a partir da análise econômica do Direito tendo por referencial teórico Sales; Sousa, 2011; Mayriques; Florêncio Filho, 2016; Posner, 2004.

1 GLOBALIZAÇÃO E DIREITO: UM CONTEXTO DE MUDANÇAS NA PERCEPÇÃO DOS CONFLITOS E A BUSCA PELO ACESSO À JUSTIÇA

A globalização tem provocado inúmeros efeitos nos sistemas jurídicos internos e internacional. Porém, é sempre importante ter em mente que a perda parcial da soberania estatal revela também a falta de condições do Estado em oferecer proteção para os cidadãos contra efeitos externos de decisões que são tomadas fora de sua jurisdição, incluindo as reações em cadeia que não são da alçada da vontade humana. A globalização não traz forças capazes de suprimir as ordens jurídicas estatais, mas exige um esforço conjunto de sintonização das atividades legislativa e jurisdicional do Estado com atos normativos provenientes de sujeitos exteriores. (AUBY, 2017; HABERMAS, 2001; OLIVEIRA, 2014; PIZZORUSSO, 2008)

A globalização permitiu o acúmulo e exponenciação do capital ao mesmo tempo o caldo cultural da informação ultrapassa barreiras de países, o exemplo são os meios alternativos de solução de conflitos incorporado à nossa realidade numa interpretação sistemática da Constituição e conformada no acesso à justiça em sentido amplo diante do imobilismo Estatal.

Numa perspectiva empresarial, tudo isso está levando as grandes empresas que dominavam a economia a preferir alianças e *joint ventures*, influenciando igualmente o declínio das grandes gigantes corporativas verticalmente integradas. (BESANKO et al., 2012; KRUGMAN, 2007; MANKIW, 2015)

Do ponto de vista jurídico, com a mudança de paradigma nas relações sociais, surgem novas oportunidades e ameaças que necessitam ser mais bem compreendidas pelos operadores da lei e pelos que atuam nos poderes legiferantes. Na era global, a lei funciona como uma rede que conecta uma gama de atores que existem acima, abaixo e no interior do Estado, abarcando ambos os lados da divisão entre público e privado. O espaço soberano dos Estados e suas ordens jurídicas é cada vez mais reduzido, sendo progressivamente substituído por um sistema fluido de cruzamentos e normas legais, resultado da globalização do direito e sua inter-relação democrática participativa, ética, colaborativa. (AUBY, 2017; HABERMAS, 2001; OLIVEIRA, 2014; PIZZORUSSO, 2008)

As profundas transformações políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais trazidas pela globalização trouxeram grandes desafios para a legitimidade e a eficácia dos sistemas jurídicos centrados no Estado, que tem perdido cada vez mais força na sua capacidade reguladora. (ASANO, 2016)

Ao mesmo tempo, o grande aumento das ordenações legais privadas fragmentadas, tanto no interior como fora do Estado-nação, contribui para a diminuição da centralidade da eficácia da normatização estatal. Nesse universo jurídico pluralista em plena pujança, a

natureza transnacional da relação entre direito e globalização, influencia a ordem jurídica nacional, e institui uma série de problemas para os estudiosos e operadores do direito: como conciliar um ambiente empresarial capaz de lidar com as adversidades do mercado e do Estado. (SILVA, 2007; VASCONCELOS, 2014)

As revoluções burguesas trouxeram à periferia do capital novas formas de exploração e ao mesmo tempo, o desejo de liberdade e justiça. Haja vista, a revolução técnico-científico-informacional permitiu a globalização dos Direitos Humanos e a incorporação dos direitos universais à ordem interna, positivando-os nas constituições. Entre os obstáculos do acesso à justiça nesse processo histórico está o de ordem econômica associado às custas processuais e a contratação do serviço de profissional técnico; o organizacional quanto à dificuldade de defesa dos direitos coletivos nas sociedades de massa e os obstáculos culturais quando temos que procurar o judiciário e o próprio desconhecimento de seus direitos básicos pelo homem médio. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988)

O Estado Democrático de Direito no Brasil se consolida no pós-1964 com a redemocratização e traz como fundamento a dignidade da pessoa humana previsto na Constituição de 1988. E, concilia os interesses liberais com o social, seja por meios de relações econômicas, sociais, culturais, jurídicas. (BRASIL, 2015).

Há, no entanto, que se considerar que o acesso à justiça entre nós sempre foi um gargalo para a sociedade. *Pari Passu* ao modelo tradicional de administrar os conflitos surgiu uma nova cultura em formação por cidadãos e empresas saturados com o imobilismo estatal em lidar com os conflitos sociais, empresariais. Ao ponto que o próprio estado finalmente começou a rever a burocracia que alimenta as pilhas de processos³.

Cappelletti; Garth (1998), identifica três ondas por que passaram os países do mundo ocidental: 1) a assistência judiciária para os pobres com o sistema *Judicare*, o advogado remunerado pelos cofres públicos, e os modelos combinados, bem como as possibilidades e limitações da assistência judiciária; 2) às “reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses difusos” em particular à proteção ambiental e do consumidor pela ação governamental, a técnica do procurador-geral privado e do advogado particular do interesse público. 3) o acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla de acesso à justiça pelo novo enfoque na efetividade. (CAPPELLETTI; GARTH, 1998)

³ “Segundo dados do Conselho nacional de justiça, o Judiciário chegou ao final do ano de 2017 com um acervo de 80,1 milhões de processos que aguardam uma solução definitiva. E só em 2017, cada juiz brasileiro julgou, em média, 1819 processos, o que equivale a 7,2 casos por dia útil - esse é o maior índice de produtividade desde 2009. (BRASIL, 2018)

Um dado relevante que se verifica cada dia mais amiúde é a redução da capacidade estatal para promover políticas sociais eficientes, dadas as condições de concorrência global pelas praças de investimento e os altos custos dos salários, que incentivam a busca de racionalização do capital privado, levando ao esgotamento dos recursos fiscais das economias, afetando o crescimento nacional, o emprego e a renda. A taxação da demanda por governos locais impacta diretamente sobre o circuito da economia internacional, como se vê pela variação das bolsas internacionais a partir de ações localizadas no âmbito nacional. (HABERMAS, 2001; OLIVEIRA, 2014; PIZZORUSSO, 2008)

No atual estágio, as instituições, *de per si*, não conseguem suprir as demandas econômico-sociais, ao mesmo tempo o Estado brasileiro se mostra refratário à cultura de transformação estrutural, posto que as instituições ainda se mantêm em estágio letárgico frente aos novos atores sociais que irrompem. (BORDIEU, 1989; SANTOS, 2002; WEBER, 1975)

2 O PROCESSO COMO INSTITUTO DO DIREITO PÚBLICO E A BUSCA POR MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE LIDES

O Estado não tem plena liberdade para agir na solução dos litígios. Ao contrário, observa um método rígido, de caráter dinâmico, que se estabelece pela formação de uma relação jurídica entre as partes e o órgão jurisdicional, cujo resultado será a prestação jurisdicional, isto é, a imposição da solução jurídica para a lide, que passará a ser obrigatória para todos os sujeitos envolvidos no processo⁴ – autor, réu e Estado. (ALLORIO, 1963; COUTURE, 1974; THEODORO JÚNIOR, 2016)

No Estado Democrático de Direito, não apenas a lei, mas todos os atos de poder devem se adequar aos padrões da ordem constitucional. Destarte, as ideias de constitucionalidade e inconstitucionalidade se resolvem numa relação que se estabelece entre a Constituição e um ato ou norma, que lhe está ou não conforme, sendo compatível ou não. Assim, a inconstitucionalidade pode acontecer também no âmbito dos provimentos jurisdicionais. Trata-se de uma relação de validade, pois, sem que se dê a adequação entre os termos cotejados, não se poderá pensar em eficácia do ato. Por isso se diz que a concordância com a vontade suprema da Constituição acarreta a relação positiva

⁴ “O processo é um método de exercício da jurisdição. A jurisdição caracteriza-se por tutelar situações jurídicas concretamente afirmadas em um processo. Essas situações jurídicas são situações substanciais (ativas e passivas, os direitos e deveres, p. ex.) e correspondem, grosso modo, ao mérito do processo. Não há processo oco: todo processo traz a afirmação de ao menos uma situação jurídica carecedora de tutela jurisdicional. Essa situação jurídica afirmada pode ser chamada de direito material processualizado ou simplesmente direito material”. (DIDIER JR., 2015 p. 37-38).

que corresponde à validade do ato, e o contraste possibilita a relação negativa que implica invalidade. (BASTOS, 2001; TAVARES, 2001; THEODORO JÚNIOR, 2016)

A ligação entre direito e Estado é nuançada, o que choca com a interpretação comum a seu respeito, que geralmente trata de maneira simplista o problema, visto que os dois termos se apoiam mutuamente. O juspositivismo toma o jurídico enquanto contornado pelo político, sendo o Estado e o direito ângulos distintos de um mesmo fenômeno. O Estado soberano institui o direito, valendo-se da norma jurídica como instrumento por excelência. A ciência juspositivista, se o direito se reduz à norma jurídica, então o direito é o Estado. (ALTHUSSER, 1972, 2003; MASCARO, 2015)

O processo, enquanto método, não pode ser o mesmo. Haja vista, no caso concreto se procura conhecer a situação das partes ou se busca realizar concretamente o direito de uma delas, alterando a esfera jurídica da outra, mediante a execução. Execução sem conhecimento é arbitrariedade na ordem jurídica, mas conhecimento sem possibilidade de executar a decisão tornaria ilusórios os fins da função jurisdicional. (ALLORIO, 1963; COUTURE, 1974; THEODORO JÚNIOR, 2016)

A título de ilustração considere-se, as lições de Didier Jr. et al. (2013) quando lembram que direito à prestação é aquele poder jurídico conferido a alguém que lhe permite exigir de um terceiro o compromisso de prestação de conduta, podendo assumir a forma e um fazer, um não fazer ou um dar (dinheiro ou coisa distinta)⁵. Os direitos à prestação começam a correr da lesão/inadimplemento, isto é, o não cumprimento pelo sujeito passivo do seu dever, conforme prevê o art. 189 do CC 2002. A efetivação/satisfação de uma prestação é a realização da prestação devida, de modo que o direito precisa ser concretizado no mundo físico. (DIDIER JR. et al., 2013).

Na prática judicial, da fase de conhecimento à execução (até se obter o bem da vida, passaram-se anos, décadas, às vezes uma vida). É por isso que as alternativas ao processo judicial, tornaram-se rotina em muitos países. Nos Estados Unidos, uma alternativa para o

⁵ “As reformas do Código de Processo Civil, tendentes à implantação da *executio per officium iudicis*, correspondem, inquestionavelmente, a um sadio projeto de medidas aparentemente singelas, mas que com sabedoria penetram na própria estrutura de nosso sistema processual, para, em nome de garantias fundamentais voltadas para a meta do processo justo, extirpar reminiscências de romantismo anacrônico, incompatíveis com os modernos anseios de maior presteza e efetividade na tutela jurisdicional [...] Se se melhora, porém, a situação do credor e se reduz a área de defesa do devedor, isto se deveu à constatação ampla no seio doutrinário e jurisprudencial de que o sistema primitivo apresenta-se deplorável justamente por frustrar os desígnios da instituição da execução forçada. Com efeito, se esta foi concebida...como uma atividade de satisfação do direito do credor e para sujeição do devedor a cumprir a prestação já acertada e liquidada pela sentença, como entender que fosse essencial ao direito de defesa do obrigado o ensejo à instauração de um novo e amplo contraditório em ação de conhecimento incidental de embargos? Era justamente esse expediente que propiciava ao devedor inadimplente postergar...indefinidamente, a realização do direito do exequente. Daí que o aprimoramento do processo para alinhar-se com o rumo da efetividade somente poderia ser feito à custa de redução das faculdades excessivas que o regime pretérito assegurava ao devedor”. (THEODORO JÚNIOR, 2014, p. 89-90)

judiciário dentro da própria estrutura do sistema legal são os métodos alternativos de resolução de conflitos, que operam sob o que tem sido descrito como “a sombra da lei”. O conceito já se tornou um pressuposto geral na área de ADR (meios alternativos de solução de conflitos) nos Estados Unidos. Não se trata de entendimento que vigore na maioria dos países da América Latina, onde o abismo entre a lei escrita e sua prática se constitui num problema real. Nesses países, os direitos como os de acesso à justiça figuram apenas enquanto aspiração, visto a fragilidade dos mecanismos de implementação, em que pese o fato de as constituições assegurarem a proteção dos direitos dos cidadãos. Assim, a resolução de conflitos na América Latina opera em uma área de ‘pálida sombra da lei’. Isso pode levar a acordos não tão justos, ou seja, sem garantias de imparcialidade. (ALMEIDA; ALMEIDA; CRESPO, 2012; GOLDBERG et al., 2012; KRITZER, 1986)

A multiplicidade e a complexidade dos conflitos têm sido apontadas pela doutrina como causa para adoção de mecanismos legítimos que visem sua eliminação. Por isso, a entrega da prestação jurisdicional não pode estar calcada apenas no seu aspecto jurídico, enquanto subsunção do fato à norma, mas levar também em conta aspectos psicológicos, sociológicos e filosóficos, ratificando a ideia de que a normatização jurídica da vida em sociedade constitui questão interdisciplinar, donde o imperativo de relacionamento do direito com outras áreas do conhecimento. (MANCUSO, 2010; TARTUCE, 2008)

O processo passa a se pautar pela resignificação dos princípios adaptados aos novos rumos do processo integrado a um social ou coletiva definição de devido processo legal com vistas a realização de novos direitos. (DIDIER JR, 2013)

O direito fundamental de acesso à Justiça está previsto no art. 5^o, XXXV, da Constituição Federal de 1988 necessita-se, no entanto, uma resolução de mérito em tempo razoável. A conciliação e a mediação⁶ são mecanismos efetivos de pacificação social, prevenção de litígios. Portanto, o acesso à justiça envolve procedimentos que permita a solução do conflito, de forma justa, e com a máxima eficiência. Os meios de resolução de conflitos necessitam ser instrumentos da cidadania (princípio e fundamento do Estado Democrático de Direito, art. 1^o, II da CRFB/1988): quando assegurada a isonomia às partes com acesso a advogado; e a participação direta do interessado na solução do caso concreto. (BRASIL, 2015)

⁶ A mediação, de acordo com a lei 13.140 de 2015 é atividade técnica exercida por terceiro imparcial (sem poder decisório), escolhido pelas partes ou por elas aceito com o intuito de auxiliar e estimular a identificar ou desenvolver solução adequadas de controvérsias. E, será orientada pelos princípios da imparcialidade, isonomia; oralidade; informalidade; autonomia da vontade; busca do consenso; confidencialidade; boa-fé. (BRASIL, 2015)

Há no ambiente da sociedade globalizada o papel estratégico dos advogados atuando, principalmente com o uso dos instrumentos extrajudiciais⁷ diante do imobilismo estatal. Destaca-se nesse diapasão a cláusula escalonada, praticada no direito negocial: utiliza-se da simbiose — mediação empresarial e arbitragem — no âmbito privado de resolução de conflitos como opção alternativa à tutela jurisdicional, fornecendo respostas adequadas e eficazes por meio de parceria para todos os envolvidos. Por sua vez, a advocacia colaborativa como primeira opção aos litígios revela-se essencial na sociedade da informação, haja vista que a peculiaridade do caso vai exigir flexibilidade quanto a melhor forma de satisfazer os interesses das partes.

Os ajustes que vinculam os administrados têm levado ao entendimento de que a arbitragem⁸ é plenamente possível na relação entre o Estado e o particular, respeitados os preceitos da ordem pública, permitindo a distinção do disponível e do indisponível, única maneira de se permitirem a aplicação e o progresso de novos meios para a eliminação de conflitos. Ao mesmo tempo, as crises não se dirimem de maneira ordinária, como em regra sempre ocorria, dada a morosidade do judiciário, a complexidade e a especialização das controvérsias para as quais se exige nível de conhecimento mais apurado. A doutrina chega a propor que as chances de solução por uma via (adjudicação) ou outra (meios alternativos) operem de maneira célere e eficiente, para que não se permita que uma ou outra seja a escolhida por ser mais rápida. Para que não se veja exclusivamente no Estado-juiz a única possibilidade, busca-se a inversão da lógica de eliminação nas crises, levando em consideração outros atores e que se incluam efetivas possibilidades de superação pelos próprios conflitantes na máquina judiciária⁹, mas também na fase extrajudicial. (MANCUSO, 2010; TARTUCE, 2008)

A formação do consenso em torno da cultura da conciliação, da mediação e de outras formas de RADs¹⁰, exigirão por parte dos atores uma renovada busca pela

⁷ A autocomposição é a primeira forma de resolução de conflitos que exclui a força bruta em prol da razão, do bom senso e da boa-fé. Ocorre quando uma ou ambas as partes de um conflito, sem abrir mão do seu direito, vislumbra saídas alternativas que permitam alcançar seus interesses. Assim, a autocomposição envolve possíveis percursos e soluções adequadas aos interesses envolvidos, no mais das vezes não percebidos pelas partes, seja no ambiente corporativo, estatal, paraestatal, pois todos estamos interligados em rede. (OLIVEIRA, 2014)

⁸ A Lei nº 13.129/2015 alterou a Lei nº 9.307, de 1996, e a Lei nº 6.404, de 1976 para: 1) ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem ao órgão arbitral; 2) interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem; 3) a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem; 4) a carta arbitral; 5) sentença arbitral. (BRASIL, 1996; 2015)

⁹ “O art. 3º do CPC/2015 estabelece que os métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados pelos atores do processo. Em adição, ainda na *vacatio legis* do CPC/2015, promulgou-se a “Lei de Mediação”, com o objetivo de disciplinar a autocomposição de conflitos.” (ZANETI JR.; CABRAL, 2017, p. 68-69).

¹⁰ “Originalmente...RADs representava a sigla para ‘Resolução Alternativa de Disputas’, servindo como denominação conjunta dos métodos alternativos ao julgamento pelo Judiciário. Atualmente, tem se adotado, com

eficiência, sem que com isto se perca o sentido da segurança jurídica em nome da celeridade. Há, portanto que haver cautela para que se garanta a paridade de armas as partes envolvidas na autocomposição¹¹. (AZEVEDO, 2015; ZANETI JR.; CABRAL, 2017)

3 OPORTUNIDADES ESTRATÉGICAS PARA OS ADVOGADOS: A BUSCA PELA EFICIÊNCIA NEGOCIAL

A realização de todas as atividades por si mesma demanda o desenvolvimento de um conhecimento técnico excessivamente dispendioso para uma parte. Nesse sentido, contribui a presença de uma curva de experiência e de indivisibilidades, visto que desenvolver conhecimento técnico para aplicação em pequena escala exige investimentos iniciais grandes em aquisição de informação e treinamento. Oportunidades de mercado que criam necessidades de transação são transitórias, ou pelo menos não operam sempre numa base contínua, o que impede que as partes independentes se fundem ou se comprometam em contratos de longo prazo. As transações, por sua vez, ocorrem em ambientes singulares de contratação ou regulatório, exigindo um parceiro local com acesso a relacionamentos específicos. É por isso que, na China, todos os empreendimentos assumem a forma de joint ventures com parceiros chineses, dado o forte papel que o governo exerce na regulamentação de investimentos. (BESANKO et al., 2012; KRUGMAN, 2007; MANKIW, 2015)

Ao partir do pressuposto de que pouco há que se fazer em relação a si próprios, a exortação dirige-se das nações e economias mais sólidas para as menos, as quais se atribui o peso da renúncia às políticas protetivas dos produtos nacionais, componente mais caro

mais frequência, a expressão Resolução 'Adequada' (ou mesmo 'Amigável') de Disputas para denotar uma escolha consciente de um processo ou método de resolução de conflitos, entre vários possíveis, considerando o contexto fático da disputa. Nota-se, portanto, que o sistema público de resolução de conflitos – que envolve o Poder Judiciário e outros órgãos de prevenção ou resolução de disputas (e.g. Defensoria Pública, Ministério Público...entre outros) – é composto, atualmente, por vários métodos ou processos distintos. Essa gama ou espectro de processos (e.g. processo judicial, arbitragem, conciliação, mediação, entre outros) forma um sistema pluriprocessual. Com esse sistema, busca-se um ordenamento jurídico processual no qual as características intrínsecas de cada processo são observadas para proporcionar a melhor solução possível para uma disputa – de acordo com as particularidades – analisada como um caso concreto". (BRASIL, 2015, p. 17).

¹¹ "Os cidadãos, que incorporam o papel de partes, devem assumir o protagonismo na efetivação de direitos. Para isso, devem envidar esforços para participar ativamente da construção do procedimento de resolução de conflitos [...] empoderar-se como indivíduos pertencentes a uma sociedade civilizada, capaz de resolver seus próprios desentendimentos. Acima de tudo, cabe a todos – atores diretos ou indiretos do processo, servidores ou "clientes" do judiciário – compreender que a busca do processo não deve ser apenas por justiça, numa concepção de ganha/perde, mas sim pela pacificação. Afinal, apenas com a mudança de postura perante os conflitos é que se pode cogitar a construção de uma cultura baseada no diálogo". (ZANETI JR.; CABRAL, 2017, p. 88).

da chamada globalização. Nesse aspecto, a ideologia econômica das últimas décadas se assemelha aos velhos tratados de não proliferação de armas nucleares, para os quais não há possibilidade de aquisição para aqueles que não têm, regulando minimamente a extensão e o crescimento dos arsenais já consolidados. Assim, a aventura atômica é vetada no plano horizontal, mas continua firme no vertical. Essa mudança de posição do velho mundo remete aos anos 1970, no contexto das negociações sobre produtos têxteis. Até então, não se tinha notícia de uma posição isenta de argumentos sólidos, baseada unicamente na política do poder, que fazia exigências intransigentes para a derrubada de proteção que continuavam amplamente aceitas no nível local. Assim, a política internacional passava a se pautar pela máxima da imoralidade em todos os tempos, isto é, o princípio de que aquele que faz a regra não a cumpre. O jogo duro se estendeu para além das imposições econômicas, dando ensejo para uma novidade: o uso do poder para a reinvenção do direito, a partir de um esquema publicitário sem precedentes no seu alcance geográfico e na eficácia das técnicas de persuasão. (REZEK, 2014)

O tipo de competição que as organizações utilizam para conquistar recursos e clientes, em que a busca de adequação social e econômica se dá pelo acréscimo de componentes como poder político e legitimidade institucional, é o que se chama isomorfismo institucional. Nesses casos, as tomadas de decisão organizacional se conformam pela aliança entre desempenho e legitimidade, fatores relevantes para a construção de modelos e de soluções para problemas organizacionais. O isomorfismo institucional ocorre por meio de três mecanismos que podem se dar em conjunção. O primeiro decorre da influência política e do problema da legitimidade, o chamado isomorfismo coercitivo. O segundo, isomorfismo institucional, que se associa com a profissionalização. Finalmente, aquele que resulta de respostas padrão à incerteza, o isomorfismo mimético e que podem levar a busca por maior eficiência. (CLEGG; KORNBERGER; PITSIS, 2011; KANTER, 1972; POWELL; DIMAGGIO, 1991; ZILBOVICIUS, 1999)

É nesse ponto que se faz necessário tratar de outro aspecto relacionado com o aproveitamento de oportunidades — a liderança estratégica — como um fenômeno capaz de fornecer luzes sobre o jogo nas nações e os agentes públicos e privados. O líder exerce papel de professor quando é capaz de trazer à tona os modelos mentais que as pessoas têm sobre questões importantes. O que se carrega na cabeça são sempre suposições, nunca uma organização, mercado ou um estado de tecnologia pronto e acabado. Quadros mentais sobre a maneira como o mundo funciona influenciam a percepção de problemas e oportunidades, direcionando a identificação de cursos de ação e as escolhas humanas. (MINTZBERG et al., 2007)

A confusa variedade e evolução das práticas gerenciais pode ser interpretada por dois pontos de vista. De um lado, a ideia de que a complicação para o desenvolvimento de estratégias de sucesso é tão grande que, no fundo, trata-se de pura sorte. Do outro, a interpretação que pressupõe que o êxito das empresas se deve às escolhas das estratégias corretas pelos seus gerentes, permitindo-lhes explorar melhor as oportunidades com potencial de lucro presentes na época ou se adaptar melhor às circunstâncias em dado momento. Os custos revelados pelas demonstrações contábeis nem sempre são adequados para a tomada de decisões em uma empresa, que precisa se basear na medição dos custos econômicos, fundamentada no conceito de custos de oportunidades. Estes, por sua vez, dizem respeito ao valor do melhor uso alternativo preterido para os recursos aplicados em uma atividade particular, que é o mesmo que dizer que o custo econômico de se empregar recursos em determinada atividade equivale ao valor do melhor uso alternativo renunciado desses recursos. O conceito de custo de oportunidade, portanto, ajuda a entender por que o custo econômico pode não corresponder ao histórico de custos contábeis, fornecendo uma base para avaliar as boas decisões econômicas quando a empresa precisa escolher entre alternativas concorrentes. Desviar-se dessa ideia não raro implica perda de oportunidades de obter lucros mais altos, levando a empresa a uma carência significativa de capital, à medida que os investidores passem a oferecer menos por suas ações, ou mesmo a fechar as portas em face da concorrência com outras que aproveitam melhor as oportunidades de aumentar os lucros. (BESANKO et al., 2012; KRUGMAN, 2007; MANKIW, 2015)

Alguns requisitos são necessários para que alguém seja bem-sucedido como líder estratégico. Os principais são a capacidade de realizar análises meticolosas, o trabalho árduo, a disposição para a franqueza, o desejo constante de crescimento ininterrupto da empresa e do seu pessoal e o bom senso. (HITT, 2011)

A ideia de custo e de oportunidade poderia ser utilizada na forma como é administrada a justiça com o objetivo de obtenção de resultados como mais eficiência com uma duração razoável do processo. Em 1906, o professor Nathan Roscoe Pound, diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Harvard, já indicava que “a insatisfação com a administração da Justiça é tão antiga quanto o direito”. Esses primeiros debates em torno do tema sugerem que a promoção do acesso à justiça está ligada à necessidade de progressiva redução dos índices de insatisfação com a prestação jurisdicional. O Conselho Nacional de Justiça tem se preocupado com a formação de mediadores e com as condições que os tribunais terão para promover a multiplicação de instrutores que possam oferecer treinamento desses auxiliares da Justiça. Até o presente, já foram realizados 23 cursos de capacitação de instrutores, com mais de 500 profissionais formados para atuar no Brasil. Os cursos de formação de mediadores tiveram seus parâmetros curriculares recentemente revistos, nos termos do art. 167, §1º, do CPC/2015. O conteúdo programático desses cursos

de mediação e conciliação resultou de uma ampla discussão com instrutores da iniciativa privada e dos tribunais, tendo em vista o estabelecimento de parâmetros mínimos para adoção em curto prazo. (LEWANDOWSKI, 2015; BRASIL, 2015)

4. O SISTEMA MULTIPORTAS

O Sistema de Múltiplas Portas (*Multi-door Courthouse System*) constitui-se como um mecanismo de aplicação de métodos alternativos de resolução de conflitos. Em seu cerne está a ideia de oferecer uma variedade de meios ou “portas” para que as partes possam identificar a mais adequada e eficaz para a propositura de um acordo que seja cumprido de maneira satisfatória para todos os envolvidos em determinado litígio. Os Estados Unidos fazem largo uso desse tipo de sistema, principalmente em estados como Flórida, Washington e Nova York. Sua introdução remete à Pound Conference de 1976, onde se discutiu a respeito da insuficiência do Poder Judiciário para atender a todas as demandas com a justiça. Inicialmente apresentada pelo professor da Faculdade de Direito de Harvard Frank Sander, a proposta tem sido aprimorada progressivamente para atender à complexidade crescente dos conflitos, com a introdução de novos métodos para a resolução de novos problemas. (SALES; SOUSA, 2011)

O objetivo do sistema é sempre oferecer soluções congruentes às peculiaridades das demandas, de forma mais efetiva, célere e de custeio razoável. A ideia de disponibilizar vários mecanismos de solução de conflitos para os processos trazidos ao Judiciário parte da premissa de que há vantagens e desvantagens utilizar um e outro processo para resolução de disputas, a depender do caso; daí que a existência de várias possibilidades seja a situação ideal. Em português, tal instituto pode ser denominado Sistema das Múltiplas Portas ou Multiportas; nos Estados Unidos, as formas de denominação são várias — *Multi-door courthouse (MDCH)*, *Multidoor Center (MDC)*, *Courthouse of many doors*, *Multidoor Program* (SALES; SOUSA, 2011). Em qualquer denominação, trata-se de um instituto conectado à corte que provê aos litigantes uma variedade de processos de resolução de disputas. Em outras palavras, são programas relacionados com as cortes nos quais escritórios centrais recebem todas as demandas do tribunal ou corte e assessores especialmente treinados guiam os casos aos procedimentos de resolução de conflitos mais apropriados. (MSJC, 2001; SALES; SOUSA, 2011)

Talvez a mais significativa evolução do pensamento jurídico norte-americano, a Análise Econômica do Direito (AED) divide-se em duas linhas de pesquisa — descritiva e normativa. Isso porque procura explicar e prever o comportamento humano enquanto regulado pelo direito (descritiva), ao mesmo tempo que propõe o aperfeiçoamento do direito, demonstrando como as leis existentes ou propostas acarretam consequências previstas ou indesejáveis no que diz respeito à distribuição de renda, riqueza e outros

valores, ou à eficiência econômica propriamente dita. Essa distinção entre a explicação do mundo jurídico como ele é e as tentativas de transformá-lo em algo melhor, isto é, os aspectos positivo e normativo da AED, é essencial para a compreensão do movimento Law and Economics (Direito e Economia). A AED descritiva, na sua face mais estritamente positiva, guarda algumas afinidades com o positivismo jurídico no que diz respeito à metodologia e ao esforço de descrever o direito positivo tal como é e não como deveria ser. Contudo, a ciência econômica do direito é mais abrangente, na medida em que não se utiliza de dogmas e conceitos abstratos para a análise e interpretação do ordenamento jurídico, partindo antes da tentativa de compreender em que medida as regras jurídicas são eficientes para alocação de recursos e quais os custos que acarretam, bem como que incentivos e consequências produzem na sua aplicação prática à solução de conflitos. A AED normativa, por sua vez, tem semelhanças com teorias valorizadas do direito, na medida em que abandona a neutralidade para apresentar propostas de aperfeiçoamento do direito e das instituições. (MAYRIQUES; FLORÊNCIO FILHO, 2016; POSNER, 2004)

O desafio posto é promover o acesso à justiça, mediante relações colaborativas, estáveis, transparentes com vistas à satisfação de interesses. Uma perspectiva de mudança nas relações jurídicas no Brasil que teve um impulso pela resolução 125 do CNJ e que conta com relevantes instrumentos legislativos como a mediação, por meio da lei nº 13.140, de 2015, corroborada pela lei 13.105/2016, CPC de 2015, por meio de relações judiciais fundadas em princípios como o da cooperação com vistas à solução de mérito. Esse arcabouço principiológico tem por base a Constituição Federal que se irradia pelo sistema normativo numa perspectiva do Estado Democrático de Direito como política de Estado, afirmando-se o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988 com vistas à ordem jurídica efetiva. Ressalte-se que a prática da mediação nos termos do art. 166 do CPC de 2015 deverá atentar para os princípios da independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e da decisão informada. Atente-se para a confidencialidade como importante princípio a ser observado no procedimento de mediação admitida, inclusive o uso de técnicas negociais com o intuito de proporcionar ambiente favorável à autocomposição por meio de relações éticas e participativas pelos advogados, ajudando seus clientes a identificar soluções alternativas mais viáveis diante do litígio, respeitada a paridade das partes, o devido processo legal, a boa-fé, a dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 2010, 2015)

Finalizando, isso explica, em parte, por que medidas extrajudiciais alteram tanto os incentivos, criando oportunidades estratégicas para aqueles capazes de perceber e de

aproveitá-las o mais rapidamente possível. Nesse diapasão, o Brasil, por seu pioneirismo, traz à tona a prática do juiz de paz, desde a Constituição de 1824¹². (BRASIL, 1824)

CONCLUSÕES

A incessante procura pela maximização da riqueza mostra-se, corriqueiramente, como uma espécie de norma econômica, ou seja, terminando por fornecer baldrames palpáveis para a Ciência do Direito. Enquanto aparelho de maximização de riquezas, o sistema jurídico ratifica e afina uma “nova” ordem de repartição de riqueza fundamentalmente arbitrária, sendo sua função básica a contrafação de incentivos que ora favorecem alguns atores, ora prejudica outras parcelas ou grupos que disputam o poder político. O fundamento do direito não reside mais somente nas regras de validade positivas, mas em princípios e valores, entre os quais figuram o acesso à justiça material. Nesse sentido, cabe falar em sistema global comum, que obriga cada vez mais as ordens normativas locais autônomas.

A unicidade do sistema jurídico avança sob a forma de marcos legais estabelecidos por tratados e princípios reconhecidos como inerentes por todos. Assim se consolidam e se multiplicam as estruturas internacionais associativas a partir da segunda metade do século XX, estabelecendo sistemas normativos autônomos a partir de organizações internacionais multilaterais e regionais. O sistema judiciário brasileiro, por sua vez, experimentou uma verdadeira explosão na quantidade de ações em curso na Justiça. Em suma, é humanamente impossível dar conta de uma quantidade dessas, mesmo aumentando a produtividade, sem realizar uma profunda reforma em todo o sistema, pois simplesmente aumentar o número de juízes, analistas, técnicos etc. sem incentivar meios alternativos de resolução de conflitos e novas leis que simplifiquem o direito processual seria o mesmo que tentar transpor as águas dos oceanos utilizando um dedal.

A realização de uma variedade ampla de atividades, por parte de advogados ou de escritórios de advocacia, per se, exige o desenvolvimento de um conhecimento técnico que pode ser oneroso. Nesse sentido, faz-se necessário pensar que a ampliação de uma curva de experiência e de indivisibilidades, para desenvolver conhecimento técnico que possa ser aplicado em pequena escala, necessariamente exige grandes investimentos iniciais para adquirir informação e treinamento. Mas, hoje, os meios alternativos de solução dos conflitos se expandem em quantidade e qualidade, o que faz que tais investimentos sejam

¹² “Art. 161. Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum.

Art. 162. Para este fim haverá juizes de Paz, os quaes serão electivos pelo mesmo tempo, e maneira, por que se elegem os Vereadores das Camaras. Suas attribuições, e Districtos serão regulados por Lei”. (BRASIL, 1824).

rapidamente recuperados e passem a gerar novas receitas para desenvolver tais habilidades.

Portanto, o domínio da técnica negociais permite aos advogados ajudar seus clientes a buscar alternativas diante de obstáculos aparentemente intransponíveis, norteados pela ética e colaboração na administração dos conflitos com vistas à efetivação do acesso à justiça.

Os meios adequados de solução de conflitos desnudam como excelentes oportunidades para advogados e escritórios de advocacia, no tocante ao desenvolvimento de habilidades negociais, especialmente por meio de relações éticas e colaborativas, e visando a concretização do direito fundamental de acesso à justiça inserido na Constituição Federal, constituindo-se em instrumento de efetivação da cidadania.

REFERÊNCIAS

ALLORIO, Enrico. **Problemas de derecho procesal**. Buenos Aires: Ejea, 1963. v. 2.

ALMEIDA, Larissa (Org.). **Jornada Direito Público**. Campina Grande: Associação da Revista Eletrônica A Barriguda (AREPB), 2013.

ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez. **Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de conflitos no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

ALTHUSSER, Louis. **Politics and history: Montesquieu, Rousseau, Hegel and Marx**. Londres: Verso, 1972.

_____. **Aparelhos ideológicos de Estado: nota sobre aparelhos ideológicos de Estado**. Rio de Janeiro: Graal, 2003.

ASANO, Y. Globalization and law in a local context: Experiences from the Japanese research group on public and private law. **TLI. Think! Paper 17/2016**. Disponível em: <[https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=49112709106906700102109209907701602605002200303106609206612410007108907501811503108503111701303901702702607006512611606099079016071057082007066117117117100006082096095075052097088006126069104116082005097031093073121026116123083098024064064122080100006&EXT=pdf"EXT=pdf](https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=49112709106906700102109209907701602605002200303106609206612410007108907501811503108503111701303901702702607006512611606099079016071057082007066117117117100006082096095075052097088006126069104116082005097031093073121026116123083098024064064122080100006&EXT=pdf)>. Acesso em: 16 jan. 2017.

AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Manual de Mediação Judicial; -5ª.ed-**; Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

AUBY, J-B. **Globalisation, law and the state**. London: Bloomsbury Publishing, 2017.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BESANKO, D. et al. **A economia da estratégia** [recurso eletrônico]. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2012.

BRASIL. **Plenário decide não obrigar presença de advogados em mediação ou conciliação**. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. 2018. Disponível em :< <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87969-plenario-decide-nao-obrigar-presenca-de-advogados-em-mediacao-ou-conciliacao>>. Acesso em 08 nov. 2018.

_____. **CNJ apresenta Justiça em Números 2018, com dados dos 90 tribunais**. Conselho Nacional de Justiça. 2018. Disponível em:< <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87512-cnj-apresenta-justica-em-numeros-2018-com-dados-dos-90-tribunais>>. Acesso em: 08 mar.2019

_____. **Mediação e conciliação, qual a diferença?** Conselho Nacional de Justiça. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-mediacao>>. Acesso em: 22 jul. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 1189050/SP**. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. T4 – Quarta Turma. Julgado em: 01/03/2016. Dje. 14/03/2016.

_____. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 13 de abr. 2015.

_____. **Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 19 fev. 2017.

_____. **Lei 8.906**, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 04 out. 2019.

_____. **Lei 9.307 de 26 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 07 mar. 2019.

_____. **Lei 13.105 de 16 de março de 2015**. Institui o Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 8 out. 2016.

_____. **Lei 13.129, de 26 de maio de 2015**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm>. Acesso em 07 mar. 2019.

_____. **Lei 13.140, de 26 de junho de 2015.** Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 27 out. 2016.

_____. **Resolução nº 125 do Conselho nacional de Justiça, de 29 de novembro de 2010.**

Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/arquivo_integral_republicacao_resolucao_n_125.pdf>. Acesso em: 8 out. 2016.

_____. **Projeto de Lei nº 5511, de 2016.** Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=46FE3A608368F2446C30142E5AC65B45.proposicoesWebExterno2?codteor=1664383&filename=Tramitacao-PL+5511/2016>. Acesso em 08 nov. 2018

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 1189050/SP.** Rel. Min. Luis Felipe

Salomão. T4 – Quarta Turma. Julgado em: 01/03/2016. Dje. 14/03/2016.

BORDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico.** São Paulo, SP: Editora Difel, 1989.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Tradução Ellen Gracie Northfleet. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre. 1988.

CLEGG, S.; KORNBERGER, M.; PITSIS, T. **Administração e organizações: uma Introdução à teoria e à prática.** 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2011.

COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del derecho procesal civil.** Buenos Aires: Depalma, 1974.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: processo coletivo.** 8. ed. Salvador: Edit. Jus Podivm, 2013. v. 4.

_____. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.** 10. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. v. 2.

GOLDBERG, Stephen B. et al. **Dispute resolution: negotiation, mediation, and other processes.** Nova York: Wolters Kluwer Law & Business, 2012.

HABERMAS, J. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos.** São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HITT, M. A. **Administração estratégica: competitividade e globalização.** 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2011.

KANTER, R. M. **Commitment and community**: communes and utopias in sociological perspective. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1972.

KRITZER, Herbert M. Adjudication to settlement: shading in the gray, **Judicature** 70, p. 161, 1986. Disponível em: <http://heinonline.org/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/judica70§ion=37>. Acesso em: 9 mar. 2017.

KRUGMAN, P. R. **Introdução à economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

LEWANDOWSKI, R. Entrevista. **Cadernos FGV Projetos**, ano 10, n. 26, Rio de Janeiro: 2015.

LEVY, F. R. L. Arbitragem, mediação e a cláusula escalonada. **Carta Forense**, 2 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/arbitragem-mediacao-e-a-clausula-escalonada/13774>>. Acesso em: 27 dez. 2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial**. São Paulo: RT, 2010.

MANKIWI, N. G. **Macroeconomia**. 8. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2015.

MASCARO, Leandro Alysson. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2015.

MASSACHUSETTS SUPREME JUDICIAL COURT (MSJC). **A Guide to Court-Connected Alternative Dispute Resolution Services**: Supreme Judicial Court Rule 1:18, Uniform Rules on Dispute Resolution. Boston, MA: SJC, 2001. Disponível em: <<https://ia802509.us.archive.org/0/items/guidetocourtconn00mass/guidetocourtconn00mas.pdf>>. Acesso em 13. jan. 2017.

MAYRIQUES, D. A.; FLORÊNCIO FILHO, M. A. Direito e globalização: análise econômica a partir da filosofia pragmática do direito de Richard Posner. **Caderno de Relações Internacionais**, v. 7, n. 12, jan./jul. 2016. Disponível em: <<http://www.faculadadedamas.edu.br/revistafd/index.php/relacoesinternacionais/article/view/173/163>>. Acesso em 16. jan. 2017.

MINTZBERG, H. **Safári de estratégia**: um roteiro pela selva do planejamento estratégico. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

_____ et al. **O processo da estratégia** [recurso eletrônico]: conceitos, contextos e casos. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2007.

OLIVEIRA, R. V. de. **A abertura do estado constitucional brasileiro ao direito internacional**. 2014. Tese (Doutorado em Direito do Estado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

PIZZORUSSO, A. **La produzione normativa in tempi di globalizzazione**. Torino: G. Giappicheli Editore, 2008.

POSNER, R. A. Some uses and abuses of economics in law. **University of Chicago Law Review**, v. 46, n. 2, p. 281-306, 1979.

_____. Values and consequences: an introduction to economic analysis of law. **Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper**, Chicago, n. 53, p. 1-13, 1998.

_____. **Frontiers of legal theory**. Cambridge, Massachusetts, EUA; Londres, Inglaterra: Harvard University Press, 2004. p. 102.

POWELL, W. W.; DIMAGGIO, P. J. **The new institutionalism in organizational analysis**. Chicago: The University of Chicago Press, 1991.

REZEK, J. F. **Direito internacional público**: curso elementar. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SALES, L. M. de M.; SOUSA, M. A. de. O sistema de múltiplas portas e o judiciário brasileiro. **Direitos Fundamentais & Justiça**, ano 5, n. 16, p. 204-220, jul./set. 2011. Disponível em: <http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/16_Dout_Nacional_7.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2017.

SANTOS, B. de Sousa (organizador). **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro, RJ: Civilização Brasileira: 2002.

SILVA, E. C. G. da. **A expansão do direito internacional**: uma questão de valores. 2011. Tese (Doutorado em Direito Internacional). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Acesso em: 21 jan. 2017.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008.

TAVARES, André Ramos. **Tratado da arguição de preceito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. v. III. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VASCONCELOS, R. C. de. **Teoria geral do estado aplicada à unidade sistêmica do direito internacional**. 2014. Tese (Doutorado em Direito Internacional). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Acesso em: 20 jan. 2017.

WEBER, M. Burocracia. **In:** Ensaios de Sociologia. Rio de Janeiro, RJ: Ed. Zahar, 1975.

ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas:** mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: Jus Podivm, 2017.

ZILBOVICIUS, M. **Modelos para a produção, produção de modelos:** gênese, lógica e difusão do modelo japonês de organização da produção. São Paulo: Fapesp; Annablume, 1999.