

**RICARDO LIBEL WALDMAN
IRINEU BARRETO (ORGS.)**

**DIREITOS HUMANOS,
ÉTICA E
DEMOCRACIA NA
SOCIEDADE DA
INFORMAÇÃO - III**

*Discurso de Ódio na
sociedade em rede*

**PROGRAMA DE
MESTRADO EM DIREITO
DA SOCIEDADE DA
INFORMAÇÃO
FMU - SP**



O padrão ortográfico, sistema de citações, referências bibliográficas, conteúdo e a revisão de cada capítulo são de inteira responsabilidade de seus autores.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Direitos humanos, ética e democracia na sociedade da informação III [livro eletrônico] : discurso de ódio na sociedade em rede / organização Irineu Francisco Barreto Junior, Ricardo Libel Waldman. -- 1. ed. -- São Paulo : Ed. dos Autores, 2022.
PDF.

Vários autores.
Bibliografia.
ISBN 978-65-00-58367-0

1. Democracia 2. Direitos humanos 3. Discurso de ódio na Internet - Legislação - Disposições penais 4. Ética 5. Sociedade da informação I. Barreto Junior, Irineu Francisco II. Waldman, Ricardo Libel.

22-138447

CDU-34:007

Índices para catálogo sistemático:

1. Discurso de ódio : Redes sociais : Sociedade da Informação : Direito 34:007
Aline Grazielle Benitez - Bibliotecária - CRB-1/3129

ISBN: 978-65-00-58367-0.

Título: DIREITOS HUMANOS, ÉTICA E DEMOCRACIA NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO III – *Discurso de Ódio na Sociedade em Rede*

Formato: Livro Digital

Veiculação: Digital



Sobre os Autores:

- **Catherine Collucci Eblak de Araujo:** Discente do 9º período do Curso de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU. São Paulo – SP.
- **Dandara Ramos Silvestre Da Silva:** Bacharela em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU); Especialista em Privacidade e Proteção de Dados pelo Data Privacy Brasil. Foi Estagiária em Privacidade e Proteção de Dados: Baptista Luz Advogados.
- **Daniel César:** Mestre em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Graduado em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Graduado em Ciências da Computação pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Pós Graduado em Gestão Empresarial pela Fundação Escola de Comércio Álvares Penteado (FECAP). MBA em Gestão de Projetos com ênfase no PMI pela Faculdade de Informática e Administração Paulista (FIAP). Gerente de Desenvolvimento de Software no SERPRO, Advogado.
- **Devanildo de Amorim Souza:** Mestre em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU/SP. Graduado em Direito – FMU/SP. Bolsista CAPES. Advogado. Curriculum Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3461110540185889>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2489-1373>. São Paulo/SP, Brasil.
- **Edilaine B. S. Kosiur:** Discente do Curso de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas FMU. São Paulo – SP, Brasil.
- **Fabiana de Almeida Pereira:** Graduanda em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU/SP. São Paulo/SP, Brasil.
- **Felipe Faé Lavareda de Souza:** Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Delegado de Polícia Federal. Professor de Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Administrativo. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5891179208225078>.
- **Fernanda de Alcântara Pires Ribeiro:** Mestranda em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas- FMU. São Paulo – SP.
- **Fernanda Ferraz Braga de Lima De Freitas:** Bacharel em Matemática e Economia pela Universidade de São Paulo. Discente do Bacharelado de Direito da FMU. Dados: <https://lattes.cnpq.br/9068890371322026>.

▪ **Joel Ricardo Ribeiro de Chaves:** Mestrando em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU/SP. Advogado e Encarregado de Proteção de Dados. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5949275058454555>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4267-3313>.

▪ **Luís Delcides Rodrigues da Silva:** MBA em Planejamento Tributário pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU) – em andamento. Graduado em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Jornalista. ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-3215-6029>. Curriculum Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5456750358720852>.

▪ **Mariana Peccicacco:** Bacharel em Comunicação Social com habilitação em Jornalismo pela Universidade Anhembi Morumbi. Pós-Graduada Lato Sensu em Administração de Empresas pela FMU. Graduanda em Direito pela FMU. Pesquisadora junto ao Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (UniFMU), São Paulo/SP.

▪ **Marilene Afonso Carneiro:** Mestre em Direito da Sociedade da Informação pelas Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU- São Paulo/SP, Brasil. E-MAIL: marafonso.2019@gmail.com. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/2560933638972252> - ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0077-5570>.

▪ **Osmar Fernando Gonçalves Barreto:** Doutorando em Direito Constitucional pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo - FADISP (2020 - até o momento). Mestre em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (UniFMU). Pesquisador junto ao Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (UniFMU). São Paulo/SP.

▪ **Rita de Cássia da Silva Soares:** Graduanda em direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Integrante do Grupo de Pesquisa Observatório do Discurso de Ódio nas Redes Sociais, bem como ao Grupo de Pesquisa em Crimes, Dignidade da Pessoa Humana e Sociedade da Informação, ambos vinculados ao Programa de Mestrado das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Aluna de extensão do Innocence Project Brasil (IPBr 2022, FGV). Integrante do Laboratório de Ciências Criminais do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM, 2021).

▪ **Ronny Max Machado:** Mestre em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (UniFMU). Pesquisador junto ao

Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das
Faculdades Metropolitanas Unidas (UniFMU), São Paulo/SP.

Sumário

1. A regulação das Fake News, os limites da liberdade de expressão e o discurso de ódio nas redes sociais	9
Catherine Collucci Eblak de Araujo.....	9
Fernanda de Alcântara Pires Ribeiro.....	9
2. As feridas do discurso de ódio e a necessidade de pacificação social na Sociedade da Informação: uma análise reflexiva.....	31
Marilene Afonso Carneiro.....	31
3. Discriminação algorítmica: estudo sobre hipóteses causadoras e soluções regulatórias	47
Dandara Ramos Silvestre Da Silva	47
Daniel César.....	47
4. Discursos manipulativos e o princípio constitucional da transparência na Sociedade da Informação	72
Luís Delcídes Rodrigues da Silva	72
Devanildo de Amorim Souza.....	72
5. Hate speech no ordenamento jurídico brasileiro: da liberdade de expressão ao discurso do ódio	89
Rita de Cássia da Silva Soares	89
6. O combate às manifestações neonazistas no Brasil: a preservação da liberdade de expressão	115
Mariana Peccicacco.....	115
Osmar Fernando Gonçalves Barreto	115
Ronny Max Machado.....	115
7. O racismo estrutural no sistema penal brasileiro	126
Edilaine B. S. Kosiur.....	126
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	139
8. A dimensão ignorada da proteção de dados pessoais: tutela coletiva sob a análise crítica do acórdão da apelação cível n. 0012675-64.2016.8.07.0001 do tribunal de justiça do distrito federal e dos territórios	147
Joel Ricardo Ribeiro de Chaves	147
Fernanda Ferraz Braga de Lima De Freitas	147
9. O direito coletivo à proteção de dados pessoais à luz da apelação cível ac nº 70056228737 Rio Grande do Sul	161
Felipe Faé Lavareda de Souza.....	161
10. E-commerce e proteção de dados pessoais: análise jurídico-legal sobre os fundamentos da responsabilidade.....	186
Fabiana de Almeida Pereira	186

APRESENTAÇÃO

O presente livro é fruto das pesquisas realizados por mestres, mestrandos e graduandos de nosso grupo de pesquisa do Mestrado em Direito da Sociedade da Informação, do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas FMU, “Ética e fundamentos políticos e jurídicos da Sociedade da Informação”, registrado no CNPq. O grupo tem atuado em duas perspectivas: direito e novas tecnologias e direitos humanos na Sociedade da Informação. Neste volume os temas do discurso de ódio e proteção de dados pessoais ganham destaque.

Trata-se de uma atividade que aproxima nosso Mestrado em Direito da Sociedade da Informação e a graduação e constitui-se em espaço privilegiado para publicação de nossos alunos e egressos.

O grupo pesquisa e discute as possibilidades e desafios da Sociedade da Informação para o direito, desde uma perspectiva filosófica, sociológica e dos direitos humanos. O papel central da informação na atual sociedade mudou e muda a vida de todos com grande velocidade, não respeitando as fronteiras, viabilizando, mas também fragilizando o exercício dos direitos humanos. Daí a relevância de nossas pesquisas.

Prof. Dr. Ricardo Libel Waldman

Coordenador do Mestrado em Direito da Sociedade da Informação no Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1999), mestrado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2001) e doutorado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2008). Realizou estudos de Pós-Doutorado na Universidade de Salerno (2022) na Itália.

PREFÁCIO

Pesquisa científica é um dos pilares de sustentação da educação superior brasileira que se ampara ainda sobre a docência e a extensão universitária. Todas as atividades apaixonantes, mas a pesquisa carrega consigo um componente adicional, sua capacidade intrinsecamente voltada à produção do conhecimento. Um docente se faz melhor com sua atividade de pesquisa, atualização continuada, orientações de iniciação científica, graduação ou estudos pós-graduados.

Esse ano o foco do livro reside no Discurso de Ódio e na Sociedade em Rede, o que denota a capacidade de atualização do grupo de pesquisas em consonância com as principais pautas que mobilizam a pesquisa científica e a sociabilidade real.

No âmbito do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação, do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU –SP, recomendado pela CAPES em 2016, a produção científica é norteadora por cinco projetos estrategicamente concatenados com sua área de concentração e linhas de pesquisa, estabelecendo as diretrizes que permitem a harmonização das investigações científicas realizadas desde a graduação até o stricto sensu. Este livro resulta das pesquisas organizadas sob o projeto norteador Ética e Fundamentos Jurídico-Políticos da Sociedade da Informação e resulta da viva produção do conhecimento científico dos seus pesquisadores, no ano de 2020.

Convidamos a comunidade científica, docentes, pesquisadores e profissionais da área jurídica para tomarem contato com o rico teor dos estudos ora publicados, na certeza de leitura profícua sobre tema atual e de inequívoca relevância na denominada Sociedade da Informação.

Prof. Dr. Irineu Barreto

Pós Doutor em Sociologia pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo – USP-SP (Brasil). Doutor em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP (Brasil). Professor 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 Ética e Fundamentos Jurídico-Políticos na Sociedade da Informação. Analista de Pesquisas da Fundação Sistema Estadual de Análise de dados - Seade –São Paulo (Brasil).

1. A regulação das Fake News, os limites da liberdade de expressão e o discurso de ódio nas redes sociais

The regulation of fake news, the limits of freedom of expression and hate speech on social media

Catherine Collucci Eblak de Araujo

Bacharela do Curso de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU. São Paulo – SP

Fernanda de Alcântara Pires Ribeiro

Mestranda em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas- FMU. São Paulo – SP.

Resumo: Este artigo pretende analisar o fenômeno das Fake News, desde a sua definição até a sua regulação no ordenamento jurídico brasileiro. Além do mais, visa avaliar os fatores que contribuem para a sua disseminação e esclarecer as principais diferenças entre liberdade de expressão, discurso de ódio e as próprias Fake News. Logo, procura maneiras para combater essa disseminação desenfreada de notícias falsas nas redes sociais, bem como formas de aprimorar a legislação, tornando-a mais específica para o tema.

Palavras-chave: Fake News. Liberdade de Expressão. Discurso de Ódio. Redes Sociais.

Abstract: This article intends to analyze the phenomenon of Fake News, ranging from the definition to the regulation in the Brazilian legal system. Furthermore, it aims to evaluate factors that contribute to its dissemination, as well as clarify the main differences between freedom of expression, hate speech and the Fake News itself. Therefore, it looks for ways to combat this unbridled dissemination of fake news on social media, along with ways to improve the legislation, making it more specific about the theme.

Keywords: Fake News. Freedom of Expression. Hate Speech. Social Media.

INTRODUÇÃO

Diante da chamada Era Digital que vivemos hoje, acaba sendo praticamente impossível imaginar um mundo sem internet, afinal, ela já faz parte das nossas vidas há um tempo e traz incontáveis benefícios, além de facilitar as nossas vidas em vários aspectos, como, por exemplo, no acesso à informação. Entretanto, o seu lado negativo vem ganhando destaque cada vez mais, principalmente pelo terreno fértil de propagação das *Fake News* e de discurso de ódio.

As *Fake News* estão muito presentes no Brasil principalmente após os meses que antecederam as eleições presidenciais de 2018, onde diversas notícias falsas foram disseminadas

nas Redes Sociais como tentativa de manipular a forma como as pessoas veem determinadas atitudes e situações, principalmente políticas, sendo que milhares de pessoas foram influenciadas de alguma forma por essas *Fake News*. Anteriormente esse cenário, a propagação de discursos de ódio já era frequente nas redes sociais, e com a explosão das *Fake News* pós eleições de 2018, isso somente se agravou, visto que houve uma certa validação de tais atitudes através do próprio presidente da república, utilizando-se da premissa de que seria uma forma de liberdade de expressão. O assunto também vem sendo discutido incansavelmente desde 2020, momento em que começou a pandemia causada pelo novo coronavírus, uma vez que a propagação de *Fake News* aumentou consideravelmente nesse período, bem como discursos de ódio, principalmente em relação às vacinas.

Além disso, é importante abordar acerca da confusão existente ao tratar discursos de ódio como um simples exercício de liberdade de expressão. Tal pensamento é completamente equivocado e pode ser considerado uma consequência direta da desinformação e da propagação de *Fake News*. Não se pode nem faz sentido confundir um direito fundamental com algo que justamente fere esse direito. Assim, o presente trabalho pretende deixar claro acerca dessa diferença e os limites aceitáveis entre o direito à liberdade de expressão e os discursos de ódio.

O presente artigo também tem como principal objetivo analisar a disseminação de *Fake News* e propagação de discursos de ódio nas Redes Sociais com a justificativa (falsa) de liberdade de expressão, de diversos ângulos e áreas diferentes, bem como apontar os seus impactos na sociedade e os desafios enfrentados pelo ordenamento jurídico. Por ser um tema relativamente novo, apesar de muito discutido nos últimos anos, a legislação e regulamentação dessas notícias falsas ainda é escassa, sendo necessário um estudo mais aprofundado, específico e aplicado nesse fenômeno.

Desta forma, o presente artigo também serve como alerta acerca das consequências geradas pelas *Fake News* e a desinformação na nossa sociedade, além de apontar como o assunto vem sendo tratado pelo nosso ordenamento jurídico e regulado nas redes sociais pelas *Big Techs*.

Ademais, este artigo pretende apresentar alternativas e saídas para como poderia ser possível regular de forma mais eficiente as chamadas *Fake News* e em como estabelecer limites sobre o que é de fato liberdade de expressão e a partir de que ponto se torna apenas um discurso de ódio que fere um direito fundamental.

1 ASPECTOS GERAIS SOBRE FAKE NEWS

Com o intuito de realizar uma abordagem mais dinâmica e exemplificada, é de suma importância discutir primeiramente acerca do fenômeno das *Fake News* e como essas notícias são disseminadas em grande escala nas redes sociais¹, além da sua relação como a desinformação da população. Ademais, também serão analisados os fatores que contribuem tanto para a disseminação em massa de Fake News, quanto para a desinformação e seus impactos no ordenamento jurídico e na Sociedade da Informação.

1.1 Definição de *Fake News*

Hoje em dia muito é se falado acerca do fenômeno das *Fake News*, e o próprio nome já é bem sugestivo quanto ao seu significado, trata-se de “notícias falsas”, traduzindo para o português. O dicionário de Cambridge define o termo como “histórias falsas que parecem ser notícias, espalhadas na internet ou em outro tipo de mídia, geralmente criadas para influenciar opiniões políticas ou como piadas” (FAKE NEWS, 2022, tradução própria).

Deste modo, pode-se entender que as *Fake News* nada mais são do que uma forma de desinformação, podendo ser política ou social. Também são frequentemente criadas e espalhadas nas redes sociais, motivo de o porquê ainda é tão difícil regular e controlar a sua disseminação. O fato de o acesso a milhares de informações e notícias no ambiente digital ser tão simples e facilitado acabou contribuindo para o fortalecimento exagerado das *Fake News*, visto que as informações estão disponíveis para o consumo diariamente, e muitas vezes, não precisamos sequer buscá-las, basta simplesmente entrar no *WhatsApp* ou seguir páginas de notícias e fofocas no *Twitter* ou *Instagram*. Isso significa que as “notícias” vêm até nós, mas muitas vezes essas notícias e informações não são verdadeiras, então acaba sendo necessário ter o mínimo de informação (de procedência confiável) sobre aquele determinado assunto para distinguir uma notícia verdadeira de uma *Fake News*.

Ainda sobre a questão do significado e origem das *Fake News*, podemos concluir que elas surgiram principalmente nas áreas do jornalismo e da publicidade e propaganda, apesar de ser um “ramo” a parte e um tanto quanto negativo dessas duas áreas de conhecimento. Sua função é apenas enganar ou criar uma “outra realidade”, na tentativa de convencer pessoas que

¹ Redes sociais são espaços virtuais que conectam usuários a partir de interesses e valores em comum através do compartilhamento de conteúdo e de mensagens.

aquilo é real, embora seja uma grande mentira. No jornalismo profissional as coisas funcionam de maneira diferente, visto que a sua função é informar as pessoas acerca de acontecimentos mundiais etc. E na publicidade a intenção é convencer as pessoas que aquele determinado produto, ou o objeto da campanha, é melhor e por que é melhor. No entanto, pode ocorrer a propaganda enganosa, que é quando a publicidade feita em volta daquele determinado serviço ou objeto, é uma mentira, e aí sim, feita para enganar. Nesse caso, a propaganda (enganosa) passa a ser um “tipo” de *Fake News*, visto que tem o objetivo de enganar as pessoas com algum tipo de informação.

Ademais, é importante analisar que as *Fake News* existem há anos, até séculos, já que são diretamente associadas a notícias e (des)informação. Então não existe uma data exata para o seu surgimento, até porque é uma criação do homem, portanto, enquanto existir o ser humano e a comunicação, vão existir verdades e mentiras.

Atualmente, com a tecnologia e redes sociais em alta, a propagação de *Fake News* certamente se tornou mais fácil, e, apesar de ser difícil, ou quase impossível, citar uma data para marcar o surgimento das *Fake News*, podemos mencionar acontecimentos recentes que fizeram o termo se popularizar ainda mais e contribuir para um aumento significativo de sua disseminação, como por exemplo as eleições presidenciais dos Estados Unidos em 2016, o Brexit e as eleições presidenciais do Brasil em 2018.

1.2 Fatores que contribuem para sua disseminação

Depois de entender um pouco sobre o que é e como surgiram as *Fake News*, é importante analisar o que contribui e influencia a sua disseminação, e assim será possível combatê-las de forma mais eficaz. Primeiro, é possível citar como grande aliada da disseminação desenfreada de *Fake News* as redes sociais, visto que são a principal forma de comunicação atualmente e que ainda é muito difícil controlar o que as pessoas leem e postam nessas plataformas digitais, apesar de existir políticas de remoção na maioria delas.

Tradando-se de plataformas como o *Twitter*, *Instagram* e *Facebook*, que têm como objetivos principais a postagem de textos curtos ou longos, fotos, vídeos, notícias e informações no geral, o controle pode ser um pouco mais simples, uma vez que as postagens, em sua maioria, são feitas de forma pública, e então a própria plataforma pode realizar uma análise acerca do que foi publicado, e até retirar, suspender ou excluir contas que parecem robôs ou vão contra as regras da comunidade, dependendo do assunto e do caso.

Podemos citar como exemplo uma medida de contenção de *Fake News* utilizada durante a pandemia causada pelo coronavírus pelo *Facebook* e o *Instagram*, ambos da mesma empresa, onde toda vez que era mencionado ou publicado algo sobre a pandemia, COVID-19 e vacinas, aparecia um link para o Centro de Informação das plataformas, com recomendações e informações das autoridades de saúde sobre o assunto. Ainda que o aplicativo fosse aberto, aparecia essa notificação que direcionava as pessoas ao Centro de Informações. Além disso, todo o conteúdo que violava as políticas sobre a COVID-19, seria removido. Desta forma, a ideia era manter as pessoas informadas e prevenir a disseminação de notícias falsas sobre a pandemia ou conteúdos negacionistas contra as vacinas ou recomendações das autoridades de saúde.

Agora quando falamos sobre o *WhatsApp* ou o *Telegram*, que são aplicativos essencialmente de mensagens, ou seja, são mais privados, é muito mais difícil controlar o que é mencionado lá, uma vez que pode acabar se tornando invasão de privacidade, já que boa parte do conteúdo são conversas pessoais. O direito à privacidade está disposto em diversos dispositivos legais, como o artigo 5º, inciso X da Constituição Federal, que diz:

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;

Ainda o Marco Civil da Internet, Lei nº 12.965/2014, dispõe mais especificamente quanto à privacidade na internet em seus artigos 3º, II e III e a artigo 7º, I, II e III:

Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

II - proteção da privacidade;

III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei;

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;

Desta forma, os aplicativos de mensagens, como o *WhatsApp*, acabam sendo um dos principais causadores da disseminação desenfreada de *Fake News*, tendo em vista que é muito difícil regular o que pode ou não ser compartilhado nesses canais sem que a vida privada seja violada e o sigilo de conversas pessoais invadido. Uma saída encontrada foi limitar o número de vezes que uma mensagem pode ser encaminhada, ou seja, ao receber uma mensagem, ela poderá ser encaminhada para até 5 (cinco) pessoas ou grupos, mas o reencaminhamento dessa

mensagem fica restrita a apenas 1 (um) grupo por vez. Com essa nova medida, implementada em abril de 2022, o *WhatsApp* procura evitar, ou pelo menos diminuir, a desinformação e o compartilhamento de notícias falsas nos grupos da plataforma. Além disso, essa medida foi uma parceria da plataforma com o Tribunal Superior Eleitoral, o TSE, pois a preocupação com a disseminação de *Fake News* cresceu conforme nos aproximamos das eleições presidenciais que ocorrem em outubro de 2022.

Fica evidente que as redes sociais são grandes propagadoras quando o assunto é disseminação de *Fake News*, visto que é muito prático compartilhar mentiras mascaradas de notícias, basta ser o mínimo verossímil. Além disso, ainda falando das redes sociais, as páginas de fofocas também não ficam atrás, já que muitas pessoas procuram se informar apenas ali, pois é teoricamente mais cômodo. O fato de as notícias “virem até nós”, sendo via grupos de *WhatsApp*, páginas do *Instagram* e *Twitter* de fofocas ou notícias, contribui significativamente para a desinformação, porque é simplesmente fácil “deslizar” pelo *feed* e, ao mesmo tempo que curte em uma foto de algum amigo, você também se mantém “informado” sobre a guerra na Ucrânia em um perfil de notícias, por exemplo. A questão é que é extremamente necessário se informar sobre diversos assuntos em diversos meios diferentes, e filtrar o que é verdade e o que é mentira. As redes sociais deixaram as pessoas mais acomodadas, buscando a maneira mais simples possível de fazer as coisas, incluindo a busca por informação.

Um dos fatores que contribuem, mesmo que indiretamente, para a disseminação de notícias falsas é a demora em retirar conteúdos falsos das plataformas digitais. Conforme já abordado nesse capítulo, no caso de algumas redes sociais, é relativamente mais fácil realizar um controle do que é publicado, isso porque a essência e o objetivo daquela plataforma são mais voltados para postagens públicas, e assim é possível retirar o conteúdo que infringiu alguma norma da plataforma. Em outras, como *WhatsApp* e *Telegram*, que são aplicativos essencialmente de mensagens privadas, é praticamente impossível retirar o conteúdo sem que viole a privacidade do usuário. Logo, cobrar a demora em retirar conteúdo relacionados a *Fake News* é plausível em apenas alguns casos, e acaba sendo mais importante conscientizar e informar as pessoas, ou até mesmo criar e aplicar medidas legais mais drásticas para responsabilizar quem espalha *Fake News*, do que retirar esse conteúdo da internet, que são compartilhados milhares de vezes, em várias redes sociais e para diversos lugares diferentes.

Ademais, existem alguns fatores um tanto quanto polêmicos que cooperam com a propagação das *Fake News*, podendo ser citado como principal o fanatismo político. Ora, foi possível observar uma explosão de notícias falsas circulando em anos de eleição, como em 2018

no Brasil, e não é para tanto que o Tribunal Superior Eleitoral, o TSE, tem feito parcerias com o aplicativo *WhatsApp* para combater as *Fake News* e a desinformação desde 2020. Além disso, o atual governo Bolsonaro é conhecido por influenciar e até mesmo contribuir consideravelmente para a disseminação de *Fake News*, alegando, principalmente, que é uma forma de liberdade de expressão, o que é um pensamento totalmente equivocado e que será explicado mais para frente neste artigo.

O fanatismo político sempre existiu, mas recentemente houve um crescimento absurdo no Brasil com a eleição do presidente Jair Messias Bolsonaro em 2018, até mesmo porque ele próprio incentiva esse tipo de comportamento. Com isso, o fato de as pessoas acreditarem e seguirem um político, principalmente no caso de Bolsonaro, que é politicamente incorreto, leva a uma disseminação desenfreada de *Fake News* sobre qualquer um ou qualquer coisa que vá contra ele ou até mesmo que o favoreça de alguma forma. Em um ano de eleição, como é o caso de 2022, é crucial para um candidato político obter o apoio da maior quantidade de bancadas políticas² e partidos políticos possíveis, assim, muitas *Fake News* surgem para prejudicar o candidato concorrente, na tentativa de perder esse apoio de uma bancada importante. Um exemplo disso foi um vídeo que circulou nas redes sociais do candidato à presidência (2022) do Partido dos Trabalhadores, Lula, que fazia um discurso em uma reunião com líderes de religiões de matriz africana na Bahia em 2021. O vídeo original foi alterado por apoiadores do também candidato Bolsonaro, fazendo parecer que Lula falava com o “demônio”. Foi comprovado, ao analisar o vídeo original, que na verdade se tratava de uma *Fake News*. Tal acontecimento tornou-se corriqueiro, não só com os vídeos de Lula, mas de qualquer um ou qualquer coisa.

Desta forma, a influência de pessoas importantes, sendo políticos ou famosos no geral, acabou virando um fator que contribui para a disseminação de *Fake News*, visto que as pessoas saem em defesa deles, criando falsas realidades que os beneficiam de alguma forma e prejudicam os seus opositores. Essa defesa, que também podemos chamar de obsessão, tem muito a ver com os valores e crenças de cada um e o tipo de grupo, político ou social, que a pessoa faz parte. A verdade é que o voto nas urnas e o like que alguém dá em alguma publicação nas redes sociais, faz mais diferença do que parece, é um exercício de liberdade de expressão, e deve ser pensado com muita cautela, pois depois as consequências são enormes.

²“Agrupamento organizado de parlamentares de uma mesma representação partidária. Informalmente costuma-se chamar de bancada o grupo de parlamentares de uma determinada região ou estado (bancada mineira, bancada nordestina, etc.), ou que representem interesses específicos (bancada ruralista, bancada evangélica etc.)” (2022, Câmara dos Deputados).

Assim, podemos concluir que as Fake News são direcionadas especificamente para algum grupo, as chamadas bolhas sociais, porque a tendência dela se tornar acreditável e ser compartilhada é muito maior, ou seja, uma notícia falsa sobre o Lula, vai chegar aos bolsonaristas e eles provavelmente vão acreditar naquilo, pois o alvo daquela *Fake News* é um concorrente direto do seu candidato político. Então o fanatismo político, ou qualquer tipo de fanatismo na verdade, é um dos causadores da alta propagação de *Fake News* e caminha junto com a desinformação.

1.3 A (des)informação no caso das *fake News*

Quando pensamos no acesso rápido à informação que temos atualmente, dificilmente associamos com pontos negativos, uma vez que a praticidade é enorme. Mas acontece que, diferentemente do que imaginávamos anos atrás com o surgimento da internet, com a sua popularização no Brasil nos anos 1990, a quantidade de informações que temos disponíveis não nos fazem mais intelectuais ou nos ajudam a dominar todos os assuntos possíveis, muito pelo contrário, a informação também leva à desinformação.

Existem milhares de sites e plataformas que nos informam sobre notícias e acontecimentos do mundo todo, além das redes sociais, que, apesar de não serem tão confiáveis, também são formas de obter informações. Ocorre que nem sempre o que encontramos na internet é verdade, sendo sempre necessário fazer um apuração, mesmo que breve, quanto à veracidade dos fatos e procurar fontes diferentes. Um grupo no *WhatsApp* não deve jamais ser a fonte de informações que uma pessoa tem, pois não é um veículo sério de comunicação como um jornal profissional, por exemplo. A informação deve preferencialmente ser buscada em plataformas e sites que têm como objetivo principal noticiar e informar, assim é uma forma segura de avaliar se o deve confiar naquilo ou não.

A desinformação no Brasil está crescendo, e uma das principais causas que contribuem para esse crescimento são as redes sociais. Acontece que a praticidade das redes sociais levam a um comodismo até mesmo na hora de procurar informações, visto que as grandes plataformas de notícia como a Folha de S.Paulo, UOL, G1, etc, também possuem contas nas principais redes sociais, além de aplicativos próprios, e estão publicando seu conteúdo assim. Ademais, tornou-se comum páginas de fofoca também postarem notícias, mas essas nem sempre são fontes confiáveis, assim como o *WhatsApp*. Nesses casos, a abundância de informações acaba gerando desinformação e isso está diretamente ligado às *Fake News*.

Quando uma *Fake News* é publicada ou enviada em grupos nas redes sociais, a falta de informação sobre o assunto a que ela se trata pode fazer com que as pessoas acreditem com mais facilidade, visto que às vezes é difícil identificar logo de cara se aquilo é de fato uma mentira. Talvez seja necessário um conhecimento mínimo sobre determinado assunto para distinguir um conteúdo falso, e é por isso que é tão importante que as pessoas busquem outras fontes de informação antes de compartilhar a primeira notícia que virem, ou encaminharem a vários grupos de mensagens. Essa situação se assemelha com aquela brincadeira chamada “telefone sem fio”, onde uma pessoa cria uma frase e as demais repassam o que ouviram para a pessoa sentada do lado na roda, até que chegue novamente na pessoa que iniciou. Na maioria das vezes, a frase inicial é completamente diferente da frase final, e isso ocorre por diversos motivos, a pessoa pode não ter ouvido direito, houve uma confusão ou troca de palavras ou mesmo alguém decidiu mudar aquela frase.

Com as Fake News o cenário não é diferente, elas são criadas com um propósito e um público alvo já pré definido, ou, como na brincadeira, acabam surgindo a partir de uma confusão ou desinformação também. Às vezes essas mentiras possuem objetivos claros, como beneficiar ou prejudicar alguém ou algo, às vezes são consequências de falta de pesquisa ou informação sobre um assunto, e outras, são apenas uma forma de humor ou sátira, como é o caso daquele blog chamado “Sensacionalista”, integrante do jornal O Globo, que faz piadas, que não são verdades, sobre os mais diversos assuntos como se fosse de fato uma notícia absurda.

Então, é realmente necessário ter conhecimento e muitas informações sobre o assunto para reconhecer uma notícia falsa? Não exatamente, pois, geralmente as *Fake News* possuem características bem específicas, como manchetes e títulos um tanto quanto absurdos, feitos justamente para gerar *clickbait*³, publicadas em sites nada confiáveis ou enviadas em grupos de *WhatsApp*, notícias que geram boatos e especulações essencialmente negativas sobre alguém e que “misteriosamente” favorecem outra pessoa, sendo, geralmente, as duas pessoas concorrentes diretos, como candidatos à presidência, por exemplo. Nesses casos, não é necessário conhecimento do assunto para entender que pode se tratar de uma notícia falsa. Além disso, existem outras formas simples de prevenção contra as Fake News, como buscar fontes diferentes e confiáveis, não compartilhar publicações e notícias sem fonte, não se basear nos conteúdos enviados pelas redes sociais, principalmente o *WhatsApp*, e ainda tê-los como única

³ Caça- Clique (adaptação ao português de clickbait) é um termo que se refere a conteúdo da internet que é destinado à geração de receita de publicidade on-line, normalmente às custas da qualidade e da precisão da informação, por meio de manchetes sensacionalistas e/ou imagens em miniatura chamativas para atrair cliques e incentivar o compartilhamento do material pelas redes sociais. (Wikipedia, 2022)

forma de informação ou até mesmo realizar uma checagem rápida dos fatos destacados na “notícia”.

Sobre a desinformação e os impactos e efeitos causados pelas *Fake News*, principalmente no campo da política no Brasil, o professor do Curso de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas, Irineu Francisco Barreto Junior esclarece alguns pontos importantes que merecem atenção ao tratar sobre o assunto:

Sobre os efeitos de *desinformação* contidos nas *Fake News*, é necessário observar as distinções estabelecidas por Wu *et al* (*Apud RAIS8*) entre esse termo e as expressões, em língua inglesa, *misinformation* e *desinformation*. Apesar de similares, possuem significados diferentes. “Em inglês, *misinformation* é uma informação falsa ou imprecisa espalhada de forma não intencional, enquanto *desinformation* é intencionalmente falsa e deliberadamente propagada.” Nessa perspectiva as *Fake News* devem ser consideradas como *desinformação*, ou seja, informação criada com o propósito deliberado de enganar ou enviesar os eleitores e cidadãos.

Um dos efeitos danosos da propagação de desinformação decorre da poluição e distorção do ambiente político advindas das *Fake News*. A rápida velocidade e amplitude do espalhamento das *Fake News* pode, segundo Shu *et al.* (*Apud CASTRO12*) causar diversos impactos negativos nas pessoas e na sociedade, pois podem quebrar o equilíbrio de autenticidade do ecossistema de notícias, convencer intencionalmente os usuários de ferramentas comunicacionais sobre crenças falsas ou polarizadas e ainda transformam a forma como as pessoas respondem e interpretam as informações verdadeiras. Esse último aspecto merece atenção especial no Brasil (BARRETO JUNIOR, 2020).

Quando falamos sobre desinformação, não necessariamente tem relação com a falta de educação. Qualquer pessoa pode estar desinformada, ou mal informada, isso porque somos bombardeados com diversas informações e notícias diariamente, e nem sempre é possível filtrá-las adequadamente, seja por falta de tempo, de vontade ou porque simplesmente não tem como comprovar a veracidade daquele fato. Ainda, podemos dizer que existem tipos de desinformação, sendo classificados por áreas de conhecimentos, como político, musical, etc. Obviamente ninguém tem conhecimento de tudo, ou sequer tem interesse em alguns assuntos, por isso é tão importante que exista um passo a passo para reconhecer e se prevenir de *Fake News*, além de não compartilhar nas redes sociais aquilo que não tem certeza ou não seja o mínimo confiável. Claro que isso também depende da consciência de cada um, mas, esse artigo ainda analisará formas mais eficazes de prevenir e combater a desinformação causada pelas *Fake News*.

2 FAKE NEWS VERSUS LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Primeiro é preciso esclarecer a diferença entre *Fake News* e o exercício regular de um direito fundamental, que é a liberdade de expressão. Conforme já mencionado nesse artigo,

Fake News são notícias falsas espalhadas nas redes sociais com o intuito de enganar ou influenciar opiniões políticas, sociais. Muitas vezes tem um objetivo pré definido, como prejudicar ou beneficiar pessoas, portanto são, quase sempre, negativas, podendo até disseminar ódio. Logo, a partir dessa definição de *Fake News* já é possível perceber que as duas coisas são praticamente opostas e não possuem qualquer tipo de relação, pois uma se trata de mentiras feitas para enganar e influenciar negativamente, e, ainda, podendo conter injúrias e ódio. Já a liberdade de expressão, apesar de parecer, não se aplica a tudo, sendo que existe um limite do que é social e juridicamente aceitável. Quando se trata de discursos de ódio, que incitam intolerância, violência, perseguição, repressão ou discriminação de qualquer tipo, já não se pode mais falar de liberdade de expressão, uma vez que ofender o próximo fere um direito fundamental dele. O professor de Direito Penal da Universidade de São Paulo Pierpaolo Cruz Bottini discorre sobre o tema no seguinte sentido:

Nosso direito fixa os limites da liberdade de expressão nesse aspecto ao criminalizar a incitação ao crime, a propaganda de fato criminoso e a prática ou a indução à discriminação e ao preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Chega a vedar expressamente a fabricação e a distribuição de símbolos ou distintivos que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo —ao que poderia acrescentar a cruz queimada e outras referências ao que há de pior na história da humanidade.

Em suma, garante-se qualquer manifestação, desde que não propague o ódio e a violência, contra pessoas ou instituições. É possível atacar o STF, o presidente da República ou o Congresso, defender seu fechamento, qualificar seus integrantes de comunistas ou fascistas, ou até de genocidas. Pode-se defender o voto impresso, a reforma agrária, o voto censitário ou a volta da monarquia.

No entanto, incitar a invasão de prédios públicos para agredir seus integrantes, recomendar o uso da força para intimidar parlamentares ou juízes, propalar a homofobia, o racismo ou a intolerância religiosa são condutas que escapam à guarida da Carta Constitucional, pois incitam a violência e a discriminação.

Por mais paradoxal que seja, para preservar a tolerância é preciso ser intolerante com aqueles que propalam o fim das liberdades públicas pela violência. O Estado de Direito não pode admitir a manifestação violenta pelo fim do próprio Estado de Direito. (CRUZ BOTTINI, 2022)

Desta forma, existe a garantia da liberdade de expressão enquanto não houver conflito com outros direitos fundamentais, e, normalmente, as *Fake News* violam alguns deles quando aquela notícia falsa se torna ofensiva ou contém discurso de ódio.

Ainda sobre esse direito fundamental, vale mencionar que ele está presente no artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que o define como o direito de emitir ideias e opiniões por qualquer meio de expressão. Ademais, é importante ressaltar o que a Constituição Federal diz sobre o tema, visto que ele está presente na nossa norma mais alta desde a Constituição Imperial de 1924 e todas as demais até a presente. O artigo 5º, IV e IX da CF/88 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:
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;

Diante disso, resta-se evidenciado que o direito a liberdade de expressão é muito importante e essencial, porém ele não é absoluto e existem limites para o seu exercício regular. Apesar desse fato, os limites também se aplicam quando a situação se inverte, como no caso das *Fake News* e discursos de ódio, que violam esse direito fundamental de certa forma.

2.1 O poder das redes sociais

Para entender a influência e o poder das redes sociais quando se trata de liberdade de expressão, discurso de ódio e na disseminação de *Fake News*, basta analisar o quão rápido uma única pessoa pode fazer uma publicação em qualquer lugar do mundo e isso viralizar e atingir milhares de pessoas em poucos minutos, ainda mais se essa pessoa for famosa, então esses milhares viram milhões. Claro que essa influência que as redes sociais têm sobre as nossas vidas também têm um lado positivo, pois as informações chegam até nós com muito mais facilidade.

Embora esse lado positivo exista, precisamos dar mais atenção aos impactos negativos das redes sociais, principalmente no caso das *Fake News* e crimes cibernéticos⁴, que cada dia se tornam mais frequentes. Devido a esse holofote em torno das redes sociais, e uma certa migração de serviços essenciais e não essenciais para a modalidade online, incluindo atividades ilícitas, o ordenamento jurídico também teve e ainda têm que passar por mudanças para se adaptar à Sociedade da Informação, sendo necessário uma revisão e inclusão de novas leis mais específicas para determinados assuntos, como *Fake News* por exemplo.

O Marco Civil da Internet, Lei 12.965/2004, estabelece garantias e deveres sobre o uso da internet no Brasil, e é uma das principais forma de regulação do direito digital existentes no nosso ordenamento jurídico atualmente. Além do Marco Civil, temos a Lei 12.737/2012, conhecida popularmente como Lei Carolina Dieckmann, que tipifica criminalmente delitos informáticos, como a invasão de dispositivos alheios para uso indevido, como, por exemplo, a divulgação de fotos de cunho íntimo, que foi o que aconteceu com a atriz que dá nome à referida lei. Mais ou menos no mesmo sentido, e ainda mais recente, temos a famosa Lei 13.709/2018, ou Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais,

⁴ Atividades ilícitas praticadas utilizando computadores, redes de computadores ou dispositivos eletrônicos conectados à internet, que geram danos morais ou materiais a pessoas ou patrimônios.

principalmente na internet. Por fim, em 2021 entrou em vigor a Lei 14.132/21, que criminaliza o *stalking* e *cyberstalking*⁵.

A verdade é que ainda tem muito o que fazer quanto à regulação de *Fake News*, crimes cibernéticos e do uso indevido da internet e das redes sociais no geral, e o Brasil terá muito o que progredir sobre o tema. Parte desse atraso é oriundo da atual gestão federal, que ao invés de incentivar e criar leis específicas sobre o tema, tenta impugnar medidas que vão contra a Constituição, como a Medida Provisória nº 1.068/21 que foi rejeitada sumariamente, mas tinha como objetivo limitar a remoção de conteúdo das redes sociais. Também está ligado à sensibilidade do tema em questão, visto que necessita de uma atenção especial e é preciso avaliar com cautela.

Por mais que essa regulação mais específica para o meio digital tem demorado para se aprimorar, e muitas vezes não é levada muito a sério, tanto pelas pessoas que utilizam as mídias sociais, quanto pelas autoridades, ela vai acontecer em algum momento. O mundo digital e as redes sociais no geral são partes importantes da Sociedade da Informação, e necessitam de leis que estabelecem limites razoáveis para o seu uso e responsabilizem pessoas que utilizam de forma inadequada, principalmente ao infringir direitos e garantias fundamentais.

3 OS LIMITES ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO

Do mesmo modo que as *Fake News* se diferem da liberdade de expressão, o discurso de ódio também tem um conceito específico. Enquanto um visa atacar e disseminar discursos preconceituosos e regados de ódio, o outro é apenas uma forma de expressão, sem que viole direitos e garantias fundamentais. Não existe similaridade entre as duas coisas, até porque são essencialmente opostos, mas qual é o limite? Até que ponto é possível se expressar livremente sem que isso se torne um discurso de ódio?

Antes de encontrar esse limite razoável, é preciso frisar novamente como as redes sociais facilitam a disseminação de discursos de ódio, e isso está muito exemplificado no livro *Discurso de Ódio nas Redes Sociais* de Luiz Valério Trindade, que exemplifica claramente a realidade que vivemos hoje:

As redes sociais (sobretudo Twitter, Facebook e Instagram, mas não somente essas) se tornaram uma arena virtual que permite às pessoas destilarem toda sorte de discursos racistas, misóginos e discriminatórios contra diversos grupos sociais. Essa tecnologia digital lhes proporcionou a capacidade não apenas de construir discursos

⁵ O crime de perseguição foi tipificado pela Lei 14.132/2021 e define-se como qualquer tipo de perseguição, incluindo na internet, que ameace a integridade física e psicológica de alguém, além de interferir na liberdade e privacidade da vítima.

de ódio, mas também de disseminá-los para um público muito amplo e de forma instantânea (2022, p.62).

A internet se tornou um espaço “seguro” onde as pessoas se sentem confortáveis o suficiente para falarem o que quiserem, por mais que sejam apenas ofensas, visto que é só criar uma conta falsa para fugir da responsabilidade. Entre as redes sociais favoritas para disseminar ódio e expressar livremente opiniões está o *Twitter*, que é um aplicativo de textos de até 280 caracteres, ou seja, é limitado a textos curtos, que também é possível publicar fotos e vídeos. Essa rede social possui uma área chamada “assuntos do momento”, onde estão todos os 29 tópicos mais comentados naquela hora, seja pelo Brasil ou pelo Mundo, e é assim que muitas pessoas se mantêm informadas. Aconteceu um acidente grande? Vai estar nos assuntos mais comentados. Alguém morreu? Assuntos mais comentados. Um artista se envolveu em algum escândalo? Com certeza estará nos assuntos do momento. A questão é que esse cenário é favorável para a destilação de ódio, visto que é uma rede social usada para comentar sobre qualquer coisa, dar opiniões, e é nesse ponto que a liberdade de expressão se confunde com discursos de ódio.

O erro está em achar que a liberdade de expressão pode ser invocada a qualquer momento e em qualquer circunstância, mesmo que ela esteja amplamente amparada pelo ordenamento jurídico brasileiro no rol dos direitos fundamentais. Ao exercer esse direito, não se pode suprimir ou diminuir os de outros indivíduos pois este não deve ser tutelado de maneira absoluta (STROPPA; ROTHENBURG, 2015).

Os autores Stroppa e Rothenburg (2015) abordam sobre o tema na seguinte forma:

A proteção da liberdade de expressão está diretamente associada à garantia da dignidade da pessoa humana e da democracia. Ocorre que as relações sociais, o ambiente democrático e o contexto multicultural impõem contornos ao direito de expressão, que – tal como os fundamentais em especial – conhece restrições.

A UNESCO, Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura, publicou em 2015 um estudo que procura explicar o que é e como funciona o discurso de ódio na internet, além de elencar estratégias para como prevenir e combater:

O fenômeno do discurso de ódio coloca em questão alguns dos princípios mais fundamentais em que as sociedades são construídas (...). O discurso de ódio online pode ser intinerante. Mesmo quando o conteúdo é removido, pode encontrar expressão em outro lugar, talvez na mesma plataforma com apenas um nome diferente, ou em outro espaço online (...) (tradução própria).

De fato, é difícil ter um controle do que é publicado na internet, principalmente devido à rapidez em que as informações se espalham, por isso acaba sendo ineficaz a retirada de conteúdos da internet, pois não resolve o problema. A falta de legislação sobre o tema complica ainda mais a situação, visto que não existem leis específicas sobre o discurso de ódio, por

exemplo, apesar de a liberdade de expressão estar elencada no ordenamento jurídico. Além disso, o assunto é complexo, e deve ser analisado caso a caso, um dos motivos que justificam a demora na criação de legislação mais específica.

Ademais, o tema está diretamente relacionado a aspectos culturais e sociais, a depender, também, do período em que vivemos hoje. Por exemplo, durante o ano de eleições presidenciais há um aumento na disseminação de *Fake News* e trocas de ofensas entre eleitores de candidatos concorrentes. Ou quando existe algum tipo de rixa entre famosos ou influenciadores digitais, as pessoas correm para escolher um lado e defender suas opiniões na internet, o que muitas vezes leva a um discurso de ódio. Esse movimento nas redes sociais é extremamente comum e é um exemplo claro de onde se encontra o limite entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio. O fato de você ser fã da banda Metallica por exemplo, não significa que você tem o direito de ofender alguém que gosta do grupo BTS só porque é um gênero musical diferente do que você gosta. Esse chamado ódio gratuito é uma forma de medir os limites da liberdade de expressão, porque, a partir do momento em que um discurso se torna ignorante, ofensivo e fere outra pessoa, já não é mais liberdade de expressão. É simples assim.

Desta forma, é possível entender que a liberdade precisa ser uma garantia, pois ela é fundamental e as pessoas necessitam do direito de se expressar livremente, mas se não forem impostos limites, essa liberdade começa a afetar a liberdade do próximo. Deve ser levado em consideração os direitos de todos, pois a nossa norma mais alta, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, caput dispõe que:

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 (...).

Torna-se evidente que liberdade de expressão e discurso de ódio são entidades completamente diferentes e que colidem uma com a outra. Então não se pode justificar um comentário preconceituoso, que fere um direito e uma garantia constitucional, com a liberdade de expressão. Além disso, o fato de estarmos vivos é o suficiente para sermos respeitados, certo? (KIM, 2021).

4 REGULAÇÃO DE FAKE NEWS NAS REDES SOCIAIS

Depois de apresentar os aspectos introdutórios acerca do fenômeno das *Fake News*, bem como os fatores que contribuem para a sua disseminação e as diferenças para com a liberdade de expressão e o discurso de ódio, resta agora abordar sobre a regulação do tema no

âmbito das redes sociais e do ordenamento jurídico, apontando os principais motivos de não existir ainda legislação específica nesse sentido. Ainda, serão apresentadas as políticas de remoção de notícias falsas pelas principais *Big Techs*, e por todas as redes sociais mais afetadas pelas *Fake News*.

5 POLÍTICAS DE REMOÇÃO DE FAKE NEWS – COMO PREVINIR E COMBATÊ-LAS

No Brasil existem três formas de remoção de conteúdos publicados na internet, espontaneamente pela própria plataforma, mediante a requerimento feito por usuários à plataforma ou judicialmente. Mas muitos especialistas apontam que a simples remoção desse conteúdo, principalmente no caso das Fake News, não resolve o problema, apenas adia a sua resosução ou sequer causa efeito algum, Isso porque o alcance de qualquer tipo de informação é muito grande, então quando uma notícia falsa é removida, ela já atingiu milhares de usuários, até migrando para outras plataformas. De fato, é uma solução pouco eficaz para um problema de alta relevância e que tem tomado proporções enormes, principalmente quando se trata de questões políticas e de saúde pública, como ocorreu durante a pandemia causada pelo coronavírus.

Mesmo que ineficaz e existindo a possibilidade de remoção de conteúdos falsos da internet, na prática não é tão simples assim, na maioria das vezes é necessário que um juiz determine a remoção, isso para assegurar a liberdade de expressão. Isso ocorre porque o art. 19º do Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) dispõe que é necessário uma ordem judicial prévia para a exclusão do conteúdo. Então, resta-se evidente que essa não é a melhor forma de lidar com o assunto.

Durante a pandemia a disseminação de Fake News aumentou consideravelmente, principalmente no que diz respeito a normas de saúde e segurança e vacinas. Mesmo com todas as orientações das autoridades competentes, a desinformação continuou sendo um problema, ainda mais com o próprio Presidente da República realizando discursos negacionistas, alegando que a pandemia não era nada sério e que as vacinas transforariam as pessoas em “jacarés”, enquanto isso, o país batia recordes de mortes. Nesse caso, além da influência de alguém tão importante como o presidente, outros fatores contribuíram para as pessoas desacreditarem tanto na mortalidade da COVID-19, como o medo por exemplo. A questão é que foi necessária a implementação de medidas para informar as pessoas acerca da pandemia, bem como a remoção de conteúdos que violavam essas medidas.

A maioria das redes sociais mateve a informação como prioridade durante a pandemia, citando como exemplo o *Facebook* e o *Instagram*, ambos da mesma empresa, que toda vez que era mencionado ou publicado algo sobre a pandemia, COVID-19 e vacinas, aparecia um link para o Centro de Informação das plataformas, com recomendações e informações das autoridades de saúde sobre o assunto. Também aparecia uma notificação que direcionava as pessoas ao Centro de Informações toda vez que o aplicativo era aberto. Além disso, todo o conteúdo que violava as políticas sobre a COVID-19, seria removido. Ainda foram adicionados banners que tratavam sobre o tema com links diretos para o site do Ministério da Saúde.

No caso do Twitter, além das informações sobre o coronavírus, a plataforma chegou a excluir mais de mil postagens que continham informações falsas ou com potencial nocivo em relação a pandemia, além de colocar um aviso quanto à veracidade dos fatos nos posts de grandes líderes mundiais, como foi o caso do Bolsonaro, que teve, ainda, diversas publicações excluídas na plataforma pois violavam as normas de saúde. Outros sites como o Google, mantiveram a mesma postura, dando prioridade à informação.

A pandemia é o exemplo mais atual quando se trata de conscientização e remoção de conteúdos falsos das redes sociais, porém é necessário discutir sobre o tema frequentemente, ainda mais com a falta de legislação específica e as tentativas recorrentes do governo Bolsonaro de dificultar e limitar a exclusão de conteúdos, incluindo falsos, da internet, como foi o caso da PL 1.068/21, que foi rejeitada sumariamente pelo Congresso Nacional.

A verdade é que está mais do que na hora de atualizar e criar leis específicas sobre o tema, devido à sua grande relevância e os impactos negativos que a desinformação e a disseminação desenfreada de *Fake News* têm causado na Sociedade da Informação.

Atualmente, as principais leis que regem o Direito Digital no ordenamento jurídico brasileiro são: o Marco Civil da Internet, Lei 12.965/14; a Lei Geral de Proteção de Dados, Lei 13.709/18; a Lei 12.737/12, mais conhecida como Lei Carolina Dieckmann; a Lei 14.132/21, que criminaliza *stalking* e *cyberstalking*; e a Lei 13.834/19, que modifica o Código Eleitoral tornando a propagação de Fake News um ato criminoso, sendo cabível penalidade ao autor.

Quanto às formas de prevenção no caso das Fake News, é necessário falar sobre a desinformação. Já foi esclarecido no presente artigo que não é necessário ter conhecimento sobre todos os assuntos para reconhecer uma Fake News, existem formas simples que qualquer um pode aplicar na sua rotina. Normalmente, as notícias falsas possuem características bem específicas, como manchetes e títulos chamativos e absurdos, e são publicadas em sites nada confiáveis ou enviadas em grupos de *WhatsApp*. Também são notícias que geram boatos e

especulações essencialmente negativas sobre alguém, geralmente em benefício de outro. Além disso, basta fazer uma simples pesquisa sobre o assunto mencionado nas Fake News para descobrir se é verídico ou não.

Outras medidas como buscar informações em plataformas confiáveis e em várias fontes diferentes são muito eficazes. Ademais, vale lembrar que as redes sociais, apesar da praticidade que elas fornecem, não são fontes confiáveis, especialmente grupos de mensagens, como do WhatsApp ou Telegram, pois não é possível para a plataforma fazer um controle dos assuntos postados sem que isso invada a privacidade dos usuários. Por esse motivo, os aplicativos de mensagens se tornaram um dos principais fatores que contribuem para a disseminação de Fake News. Desta forma, resta-se evidente que uma das formas mais eficazes de prevenção contra as Fake News é simplesmente saber identificá-las.

Além disso, se faz necessário que o governo também incentive e colabore para combater as Fake News. E, ainda, é importante que as pessoas façam a sua parte como cidadãos, exercendo o seu direito de voto nas eleições, pesquisando com cautela os candidatos, além de checar os fatos, as notícias e informações que chegam até elas.

A criação de legislação específica é essencial, mas também é preciso conscientizar as pessoas acerca do tema e disponibilizar informações de forma clara e objetiva, a fim de facilitar e evitar a desinformação. As redes sociais também devem realizar um controle do que é publicado, evitando que conteúdos falsos e ofensivos encontrem segurança nessas plataformas. Ainda, uma saída mais inteligente seria a criação de uma agência reguladora, com apoio do Estado, para realizar checagem de fatos, e filtragem do que é publicado. Outra possibilidade, é a criação de um canal de denúncias, também com apoio do Estado, para facilitar a identificação de conteúdo falsos que violam as normas.

É importante ressaltar que o Direito Digital, assim como o direito no geral, precisa estar em constante evolução para acompanhar as atualizações da sociedade, principalmente pelas mudanças causadas pelo avanço da tecnologia. É comum se referir ao direito como uma área do conhecimento “viva”, que precisa se adaptar à sociedade atual, e dessa forma ser eficiente. No caso das Fake News, discursos de ódio nas redes sociais e crimes cibernéticos, a situação não é diferente, são temas relativamente novos e que aos poucos vão integrando o direito.

CONCLUSÃO

Não é uma tarefa simples ou fácil estabelecer um controle sobre as *Fake News*, ainda mais em um ambiente fértil como as redes sociais, e no atual cenário político. O ordenamento jurídico brasileiro vem aos poucos evoluindo e ainda precisará acontecer muitos avanços frente ao combate da desinformação.

Apesar de existirem outras formas, no cenário atual, o caminho mais eficaz é a regulação por meio de legislação específica, ademais uma educação digital e aumento de fiscalização por parte das plataformas digitais. Talvez o caminho ideal seja a criação de algum tipo de agência reguladora, que realize checagem de fatos na tentativa e identificar Fake News, assim como um canal de denúncias.

Considerando que o presente artigo trouxe definições de fake News, os fatores que contribuem para sua disseminação, o limite da liberdade de expressão, complementado com apresentação de soluções para regularizar a Fake News no Brasil, a por fim concluindo que a melhor forma de regulação deve ser atribuição do Estado, com a criação e atualização de legislação específica sobre Fake News, discurso de ódio e o controle dos limites da liberdade de expressão, bem como uma checagem de fatos realizada pelo próprio governo.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. **Presidente do Congresso devolve ao governo a MP que limita remoção de conteúdos em redes sociais.** Disponível em <https://www.camara.leg.br/noticias/805965-presidente-do-congresso-devolve-ao-governo-a-mp-que-limita-remocao-de-conteudos-em-redes-sociais/>. Acesso em: 08 mai. 2022

AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. **Proposta do Poder Executivo limita remoção de conteúdos na internet.** Disponível em <https://www.camara.leg.br/noticias/808176-proposta-do-poder-executivo-limita-remocao-de-conteudos-na-internet>. Acesso em: 08 mai. 2022.

AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. **Proposta do Poder Executivo limita remoção de conteúdos na internet.** Disponível em <https://www.camara.leg.br/noticias/808176-proposta-do-poder-executivo-limita-remocao-de-conteudos-na-internet>. Acesso em: 08 mai. 2022.

ALTARES, Guilherme. “**A longa história das notícias falsas**”; EL PAÍS. Disponível em https://brasil.elpais.com/brasil/2018/06/08/cultura/1528467298_389944.html. Acesso em: 04 abr. 2022.

BALDISSERA, W.; FORTES, V. **Regulação das fake news: um dilema diante do direito à liberdade de expressão.** Direito e Desenvolvimento, v. 12, n. 1, p. 18-36, 29 jul. 2021. Acesso em: 07 mar. 2022.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco; VENTURI JUNIOR, Gustavo. *Fake News em Imagens: um esforço de compreensão da estratégia comunicacional exitosa na eleição presidencial brasileira de 2018.* REVISTA DEBATES, Porto Alegre, v. 14, n.1, p.04-35, jan.-abril. 2020.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3.227 de 20 de setembro de 2021.** Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0yffx1fykkmkwveykxf85kss5074293.node0?codteor=2076539&filename=PL+3227/2021. Acesso em: 25 fev. 2022.

BRASIL. **Decreto Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112737.htm. Acesso em: 25 fev. 2022.

BRASIL. **Decreto Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 25 fev. 2022.

BRASIL. **Decreto Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 25 fev. 2022.

BRASIL. **Decreto Lei nº 13.834, de 4 de junho de 2019.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13834.htm. Acesso em: 05 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto Lei nº 14.132, de 31 de março de 2021.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14132.htm. Acesso em: 10 abr. 2022.

BRASIL. **Medida Provisória nº 1.068, de 6 de setembro de 2021.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 6 de setembro de 2021, edição 169ª, seção 1, p. 1. Disponível em <https://www.in.gov.br/web/dou/-/medida-provisoria-n-1.068-de-6-de-setembro-de-2021-343277275>. Acesso em: 20 abr. 2022

CARVALHO, Eric. **O processo de circulação das Fake News – Estado, Fake News e responsabilidade** In: RAIS, Diogo. Fake News – Ed 2020. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2020. Disponível em <https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/1153090740/o-processo-de-circulacao-das-fake-news-estado-fake-news-e-responsabilidade-fake-news-ed-2020>. Acesso em: 27 fev. 2022

COELHO, Paulo. **PL2630 pode aumentar desinformação online e prejudicar usuários.** Disponível em <https://blog.google/intl/pt-br/novidades/iniciativas/pl2630-precisamos-debater/> Acesso em: 03 abr. 2022.

ESTADO DE MINAS. **Conheça as leis ao redor do mundo no combate às ‘fake news’.** Disponível em https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2018/07/13/interna_internacional,973278/conheca-as-leis-ao-redor-do-mundo-no-combate-as-fake-news.shtml. Acesso em: 07 mar. 2022.

FLUMIGNAN, W. G. G. **As fake news à luz da legislação brasileira.** Revista Científica Disruptiva, [S. l.], v.2, n.2, p.145-161, 2020. Disponível em: <http://revista.cers.com.br/ojs/index.php/revista/article/view/67>. Acesso em: 07 mar. 2022.

JOTA. **Modelo de remoção de conteúdo é debatido diante de posts enganosos sobre Covid-19.** Disponível em <https://www.jota.info/coberturas-especiais/liberdade-de-expressao/modelo-de-remocao-de-conteudo-e-debatido-diante-de-posts-enganosos-sobre-covid-19-01052020>. Acesso em: 20 fev. 2022.

KAUFMAN, D.; SANTAELLA, L. **O papel dos algoritmos de inteligência artificial nas redes sociais.** Revista FAMECOS, v. 27, n. 1, p. e34074, 29 maio 2020. Acesso em: 24 mar. 2022.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil.** 3 ed. São Paulo: Atlas, 2006. Acesso em: 07 mar. 2022.

PEREIRA GUIMARÃES, G. D.; CÉSAR SILVA, M. **FAKE NEWS À LUZ DA RESPONSABILIDADE CIVIL DIGITAL: O SURGIMENTO DE UM NOVO DANO SOCIAL.** Revista Jurídica da FA7, v. 16, n. 2, p. 99-114, 12 dez. 2019. Acesso em: 15 abr. 2022.

PEREIRA JUNQUEIRA, B.; DE SOUZA FREITAS, P. H. . **Mecanismos De Combate À Desinformação: Uma Análise À Luz Da Comissão Interamericana De Direitos Humanos.** Prim Facie, [S. l.], v. 20, n. 43, 2021. DOI: 10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n43.54652. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/54652>. Acesso em: 05 abr. 2022.

POLITIZE. **Como países estão tentando se proteger dos efeitos das Fake News.** Disponível em <https://www.politize.com.br/regulamentacao-contrafake-news/>. Acesso em: 19 mar. 2022.

SCHÄFER, Gilberto; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; SANTOS, Rodrigo Hamilton dos. **Discurso de ódio: da abordagem conceitual ao discurso parlamentar.** *Revista de informação legislativa: RIL*, v. 52, n. 207, p. 143-158, jul./set. 2015. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/207/ril_v52_n207_p143. Acesso em: 07 abr. 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS – TJDF. **Marco Civil da Internet.** Disponível em <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/educacao-semanal/marco-civil-da-internet> Acesso em: 07 mar. 2022.

TRINDADE, LUIZ VALÉRIO. **Discurso de ódio nas redes sociais.** Ed. 2022. São Paulo (SP): Editora Jandaíra. 2022. Acesso em: 09 mai. 2022.

UNESCO. **Countering Online Hate Speech.** Disponível em <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000233231>. Acesso em: 10 mai. 2022.

2. As feridas do discurso de ódio e a necessidade de pacificação social na Sociedade da Informação: uma análise reflexiva

The wounds of hate speech and the need for social pacification in the information society: a reflective analysis

Marilene Afonso Carneiro

Mestre em Direito da Sociedade da Informação pelas Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU- São Paulo/SP, Brasil. E-MAIL: marafonso.2019@gmail.com. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/2560933638972252> - ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0077-5570>.

Resumo: Os termos discurso de ódio e violência são amplamente utilizados pelos mais diversos meios de comunicação e passaram a protagonizar a Sociedade da Informação como forças que interferem e influenciam pessoas e sociedades ao redor do globo. Este estudo busca apontar que problemas impostos pelo ódio criam um poder que consome a todos, deixando os vulneráveis mais vulneráveis e a sociedade em geral em alarmante estado de tensão social. Trata-se de um trabalho analítico, interpretativo, qualitativo e bibliográfico e tem o objetivo de criar reflexão e transformação por meio de debates e ações pacíficas. Utilizou-se de trabalhos bibliográficos e legislações de diferentes fontes para se analisar as manifestações de ódio na Sociedade da Informação. Tem-se visto que o ódio não apenas destrói gerações, mas, também, elimina comunidades inteiras por meio do medo, da submissão, do terror psicológico, do discurso violento e da violência física gratuita. Seu rastro deixa feridas abertas e se propaga rapidamente na atual sociedade, que passou a viver entre o virtual e o real da Sociedade da Informação. Em suma, este artigo reflete a necessidade de se produzir um discurso que enfrente o ódio e a violência da sociedade contemporânea, com um discurso de paz, alicerçado na ética, na pacificação social, no respeito, na educação e na dignidade humana.

Palavras-chave: Discurso de ódio. Pacificação social. Sociedade da informação.

Abstract: The terms hate speech and violence are terms widely used by the most different types of media and became in information society as forces that interfere and influence people and societies around the globe. This study seeks to point out that problems imposed by hate create a power that consumes everyone. Making the vulnerable more and society in general in an alarming state of social tension. It is an analytical, interpretative, qualitative and bibliographic work and aims to create reflection and transformation through debates and peaceful actions. Bibliographic works and legislation from different sources were used to analyse the manifestations of hatred in the information society. It has been seen that hate not only destroys generations, but eliminates entire communities through fear, submission, psychological terror, violent speech and gratuitous physical violence. Its trail leaves open wounds and spreads rapidly in today's society that has come to live between the virtual and real of the information society. In short, this article reflects the need to produce a discourse that confronts the hatred and violence of contemporary society, with a discourse of peace and based on ethics, social pacification, respect, education and human dignity.

Keywords: Hate speech. Social pacification. Information society.

Introdução

O discurso de ódio tem sido um tema recorrente na atual sociedade, da mesma forma que as consequências violentas, irascíveis e desumanas por ele geradas. Neste sentido, inúmeros estudos e pesquisas já foram realizados sobre as emoções humanas, figurando o ódio dentre as mais destruidoras da humanidade.

Historicamente, os seres humanos sempre foram confrontados com a luta pela sobrevivência, às guerras e às barbáries. Confrontos armados e incentivados por interesses ambiciosos, ganância e abusos de poder contribuíram para o surgimento de ambientes repletos de violência e agressividade deixando na História das Civilizações humanas as cicatrizes de feridas profundas produzidas pelo discurso de ódio.

A partir do uso das novas tecnologias surgidas na Sociedade da Informação, constata-se que o desenvolvimento das comunicações e rapidez de seus processos impactaram positiva e negativamente sobre a vida em sociedade. Neste cenário, diversos grupos surgiram e se propagaram no ambiente virtual com seus propósitos e práticas. Destarte, os impactos positivos e negativos interferem diretamente na vida em sociedade.

Este trabalho aborda as feridas deixadas pelo discurso de ódio e a urgente necessidade de pacificação social na Sociedade da Informação. Trata-se de uma reflexão sobre um cenário global e brasileiro que tem por objetivo contribuir com a transformação de comportamentos que, por meio de discursos devastadores, incitam a violência, o medo e a perpetuação de um domínio em que o ódio se opõe à paz em meio às incessantes e incomparáveis descobertas tecnológicas do século XXI.

No que se refere à pacificação social na Sociedade da Informação, indaga-se: poderão as tecnologias da informação e comunicação com seus instrumentos tecnológicos contribuir para reversão dos ambientes do discurso de ódio em cenários de paz e de segurança?

Em meio às incertezas e às complexidades que envolvem o tema, esta pesquisa não pretende encontrar uma única resposta para uma situação que tem afetado inúmeras populações ao redor do mundo. Da mesma forma, não tem por objeto esgotar o assunto, mas contribuir para a eficácia e a produção de ações efetivas contra o discurso de ódio que tem como alvo grupos vulneráveis como mulheres, pessoas negras, indígenas, minorias políticas, comunidade LGBT, judeus, dentre outros.

Sob a perspectiva jurídica, racismo, discriminações e crimes de ódio são puníveis por lei, tendo previsão legal no Brasil e em diversos países do mundo. É fundamental que os responsáveis por tais ações sejam punidos de acordo com a lei e que suas vítimas recebam o amparo necessário para a superação das marcas deixadas pelo ódio.

Cabe ainda destacar que o discurso de ódio e as feridas decorrentes de suas nefastas ações são motivadas por manifestações violentas, colocando em risco a paz social. Assim, programas e ações apoiados por governos, organizações intergovernamentais e sociedade civil organizada com o auxílio das novas tecnologias são fundamentais para a construção do processo de pacificação social na Sociedade da Informação. Assim sendo, o monitoramento, a formação de profissionais de mídias por meio da educação e a aplicação da lei penal são estratégias que cooperam com a redução da polarização que destrói sistemas, fere pessoas e degrada democracias.

1 Discurso de ódio: síntese conceitual e histórica

Na história da humanidade, as guerras ocasionadas pelo ódio são um fato recorrente. Contudo, é importante que se saiba o que é o ódio e como ele se manifesta. Tal compreensão possibilitará a criação de estratégias para identificá-lo e combatê-lo.

De acordo com o dicionário da língua portuguesa Ferreira (2020, p. 542), o termo ódio tem origem no latim e significa “paixão que impele a causar ou desejar mal a alguém; raiva, ira. Aversão a pessoa, atitude ou coisa, etc”.

Em Spinoza (Ética parte III, proposição XIII, Escólio), “o ódio não é senão a tristeza acompanhada da idéia de uma causa exterior [...] aquele que odeia esforça-se por afastar e destruir a coisa que odeia” (SPINOZA, 1983, p. 192). O ato de perseguir e destruir pessoas e grupos por meio da linguagem tem sido um meio muito utilizado em diversos momentos da história. Logo, o discurso de ódio é uma maneira de se exercer poder contra e sobre o outro através da verbalização e da manifestação de pronunciamentos agressivos, injustos, preconceituosos e discriminatórios. Tais discursos têm por objetivo perseguir e ferir pessoas e grupos por meio da desconsideração, da desqualificação, da depreciação, da agressão e, finalmente, da eliminação.

Em Butler (2021, p. 15), “ser ferido pelo discurso é sofrer uma perda de contexto, ou seja, é não saber onde se está”. Deste modo, as feridas causadas pelo discurso de ódio através de “certas palavras ou certas formas de chamar não ameaça apenas o bem-estar físico; o corpo

é alternadamente preservado e ameaçado pelos diferentes modos de endereçamento” (BUTLER, 2021, p. 17).

Assim, as manifestações de ódio produzem na história das civilizações um rastro de exclusões, conflitos, mortes e violações de direitos.

Moreira (2020, p. 169) explica que “o discurso de ódio concorre para agravar a vulnerabilidade social de certas classes de pessoas, o que é claramente incompatível com a lógica inclusiva da democracia”. Isto posto, é importante lembrar o genocídio de Ruanda.

Em matéria publicada pela BBC em 7 de abril de 2014, é relatada a crueldade vivida pela sociedade ruandesa. Segundo a publicação, “os extremistas hutus tinham estações de rádio e jornais que transmitiam propaganda de ódio, exortando as pessoas a ‘eliminar as baratas’, que significava matar os tutsis. Os nomes das pessoas a serem mortas foram lidos na rádio” (BBC, 2014). Ainda de acordo com a matéria,

Como o genocídio foi realizado?

Com organização meticulosa. A listas de opositores foram entregues às milícias, juntamente com os nomes de todos os seus familiares. Vizinhos mataram vizinhos, e alguns maridos até mataram suas mulheres tutsis, dizendo que seriam mortos caso se recusassem. Na ocasião, carteiras de identidade apresentavam o grupo étnico das pessoas, então, milícias montaram bloqueios nas estradas onde abateram os Tutsis, muitas vezes com facões que a maioria dos ruandeses têm em casa. Milhares de mulheres tutsis foram levadas e mantidas como escravas sexuais. (BBC, 2014).

Antonio Guterres, secretário-geral da ONU (2020), lembra que:

Temos que dizer não ao ódio e à xenofobia, e rejeitar as forças da polarização, do nacionalismo e do protecionismo. Apenas reconhecendo que somos todos parte de uma única família humana, partilhando o mesmo planeta, seremos capazes de responder aos desafios globais que enfrentamos. (UNICRIO, 2020).

Outros episódios impactantes carregados de discurso de ódio marcaram a história das civilizações na humanidade. Segundo a Global Voices⁶ em publicação de 25 de setembro de 2017,

As redes sociais em Myanmar foram inundadas por discursos de ódio, fotos de jornais falsas e narrativas racistas depois dos confrontos entre as forças do país e o Exército da Salvação Arakan Rohingya (ARSA, sigla em inglês), em 25 de agosto de 2017, próximo à fronteira do noroeste do país com Bangladesh [...]. (GLOBAL..., 2017).

Em 2019, Adama Dieng, Conselheiro Especial para a Prevenção do Genocídio da ONU, falou: “todos temos que lembrar que crimes de ódio são precedidos por discurso de ódio” (ONU..., 2019). Dieng diz ainda: “O Holocausto não começou com as câmaras de gás, mas

⁶ “Comunidade internacional e multilíngue de blogueiros, jornalistas, tradutores, estudiosos e ativistas de direitos humanos que amplia o poder da internet para promover o conhecimento em todos os cantos do mundo” (GLOBAL..., 2017).

muito antes, com discurso de ódio [...] [...] o que é observado em Mianmar contra a população Rohingya também começou com discurso de ódio”.

No Holocausto ocorrido na Europa, assim como em Ruanda e Myanmar, inúmeras pessoas foram vítimas do discurso de ódio e das feridas causadas por ele. Assim,

O Holocausto não foi um acontecimento casual e repentino. O genocídio dos judeus pela Europa foi resultado de um longo caminho de perseguição contra essas pessoas e foi consequência direta do antissemitismo que existia em todo o continente.

[...]

Primeiramente existem historiadores que argumentam que genocídios como Holocausto foram baseados em ações do neocolonialismo. A crueldade e os assassinatos em massa cometidos contra diferentes povos na África deram força prática às ideias antissemitas.

[...]

No caso dos judeus na Alemanha, o primeiro momento de todo esse processo de extermínio deu-se por meio do discurso de ódio. (HISTÓRIA..., 2022).

O discurso de ódio silenciou e ceifou muitas vidas ao longo da história. Por meio de suas palavras, o ódio se propagou, tomou forma e se transformou em atitudes permeadas pelo poder que assolou comunidades inteiras com o uso da violência, da discriminação⁷, da intimidação, do aprisionamento, da exclusão, da marginalização e de assassinatos. Tais episódios, ainda hoje, marcam gerações e populações inteiras com feridas que foram abertas no passado e que ainda sangram no presente. É o caso, por exemplo, dos povos indígenas brasileiros que têm sofrido com agressões e com os crimes do discurso de ódio. Tem-se, por exemplo, o caso do cineasta que produziu um filme com conteúdo de discurso de ódio, preconceito e discriminação étnica contra indígenas.

Segundo Godoy (2020), no portal G1, em notícia veiculada em 18 de maio de 2020,

O cineasta Reynaldo Paes de Barros foi condenado pelo Tribunal Regional (TRF3), no dia 12 de maio, a pagar R\$100 mil reais por danos morais coletivos após a Justiça entender que o filme “Matem... Os Outros”, produzido por ele em 2014, contém discurso de ódio contra a comunidade indígena Guarani-Kaiowá.

Na sentença⁸ proferida sobre o caso, tem-se:

Cuida-se de denúncia oferecida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face de REYNALDO PAES DE BARROS, em que lhe imputa a prática do delito tipificado no art. 20, §2.º, da Lei n. 7.716/89, em razão do curta-metragem “Matem... Os Outros!”, do qual foi diretor, produtor e roteirista, cujos trechos induzem e incitam ao preconceito e à discriminação étnica.

⁷ O Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos em seu artigo 2º, diz: “Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar e a garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra condição.” (BRASIL, 2022d).

⁸ TRF. AÇÃO PENAL - PROCEDIMENTO ORDINÁRIO - Crimes resultantes de Preconceito de Raça ou de Cor (3613) . XXXXX- 96;2015.4.03.6002. Órgão Julgador 2.a Vara Federal de Dourados do Tribunal Regional Federal da 3a. Região. (BRASIL, 2022e).

Sabe-se que os eventos supramencionados fazem parte de um contexto histórico e que se perpetuam através de visões e ideologias de pessoas e de grupos que fomentam, por meio de manifestações hostis e agressivas, a reprodução da cultura do ódio e da violência ao longo do tempo, tornando-se uma dura realidade carregada de sofrimento causado pelas feridas do ódio.

2 Consequências das feridas do ódio

Conforme visto anteriormente, o discurso de ódio tem ocorrido em diversos países do mundo, devastando diferentes grupos e culturas em momentos alternados da história da humanidade. Fazendo uso de ações irascíveis e desumanas, os autores deste discurso fazem vítimas, desconstroem o equilíbrio social e atacam a democracia.

Em um cenário hostil e de produção de medo⁹, o discurso de ódio e seus locutores se consolidam com o apoio de estruturas que se fortalecem em função do aumento de seus adeptos e dos colaboradores de suas ações, que em seu turno violam direitos e ferem a dignidade da pessoa humana. Silva et al (2011, p. 448) esclarecem que “o discurso de ódio fere a dignidade da pessoa humana, característica essencial do homem individual e coletivamente considerado”. Ademais, “ele compromete a coesão social, desgasta valores compartilhados [...]”¹⁰.

Portanto, comportamentos pautados na ética, na lisura e no respeito devem reforçar a capacidade de responder aos discursos de ódio e às graves consequências que causam à sociedade. Desta forma, “os líderes políticos têm uma responsabilidade particular em absterem-se do discurso de ódio e em condenar oficialmente as mensagens que possam incitar ao ódio. Para este efeito, os partidos políticos devem adotar e fazer cumprir orientações éticas” (HOUT, 2022), cabendo o mesmo para as pessoas públicas e que têm o poder de influenciar pessoas e formar opinião¹¹.

Não é o intento deste estudo esgotar o assunto sobre as consequências do discurso de ódio. Contudo, defende-se que é essencial refletir sobre os fatos históricos que foram influenciados pela manifestação de ódio resultando em inúmeros conflitos, guerras e mortes entre diversas culturas e civilizações humanas ao longo dos séculos. Desta forma, os impactos

⁹ Jean Delumeau, em sua obra “A história do medo no Ocidente” considera que “coletivo, o medo pode conduzir a comportamentos aberrantes e suicidas” (DELUMEAU, 2009, p. 25).

¹⁰ In: “As chamadas do discurso do ódio”. Por Antonio Guterres, 1 de julho de 2019. (UNAIDS, 2019).

¹¹ In: UNRIC. **Rumo a uma abordagem abrangente para combater o discurso do ódio**. Artigo de Birgit Van Hout, Representante Regional para a Europa. Gabinete do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos. 18 jun. 2022. (HOUT, 2022).

e os retrocessos contrários aos ideais de desenvolvimento, bem-estar e paz precisam ser analisados e transformados à luz de um discurso de paz, pautado no respeito e na ética. Neste sentido, este estudo considera ainda que as reflexões sobre os acontecimentos aqui destacados devem ser analisadas sob o ponto jurídico e respeitando os mandamentos da Constituição Federal de 1988. Entende igualmente que uma legislação específica para a tipificação dos crimes de ódio poderá auxiliar na redução e resolução dos conflitos em torno das infrações motivadas por raiva, preconceito, aversão, discriminação ou quaisquer comportamentos que resultem em violência física e emocional às vítimas das manifestações do discurso de ódio.

A utilização de instrumentos tecnológicos, bem como o crescimento de ambientes virtuais têm sido utilizados como locais onde a velocidade e o fluxo de informações facilitam incessantes ataques de ódio contra terceiros. Estes ataques, conforme dito anteriormente, causam danos à integridade física e emocional de suas vítimas, deixando feridas que podem durar uma vida inteira. Outrossim, o ódio pode ser mortal. Miodownik (2018, p. 41-42) esclarece:

O ódio mortal gera entre grupos diversos (de famílias a países) uma espiral de violência física e psicológica, acompanhada por sentimentos de vingança e por necessidade de retaliação de parte a parte que parecem não ter fim, geralmente passam de geração a geração e tornam o ódio imortal.

Indubitavelmente, a internet alargou o campo de possibilidades nas sociedades hodiernas, sendo, portanto, responsável por “um novo domínio social do indivíduo: o poder informático” (PAESANI, 2003, p. 36-37). Porém,

[...] a rede é dotada de características absolutamente próprias e conflitantes: ao mesmo tempo que se tornou um espaço livre; sem controle, sem limites geográficos e políticos, e, portanto, insubordinado a qualquer poder, revela-se como um emaranhado perverso, no qual se torna possível o risco de ser aprisionado por uma descontrolada elaboração eletrônica. (PAESANI, 2003, p. 37).

Apesar dos esforços e dos avanços realizados por empresas e países para conter os delitos praticados na internet, muito ainda deve ser feito para que as ameaças à dignidade humana cessem e os riscos oriundos de determinadas práticas deixem de causar danos e feridas às vítimas de manifestações violentas. Em vista disto, as mídias sociais podem ser utilizadas como um caminho inverso à propagação do ódio, curando feridas e estabelecendo a paz por meio do discurso pacificador que une, conecta e cura.

3 Discurso de ódio, mídias sociais e democracia

As novas tecnologias inovaram a forma de se viver em sociedade por meio de seus processos, ferramentas e métodos. Neste sentido, a internet foi a grande responsável pelo surgimento e o crescimento das mídias sociais. Desafortunadamente, tais mecanismos têm sido indevidamente utilizados e com intenções contrárias ao processo de desenvolvimento, crescimento e pacificação social. Sendo assim, as mídias e redes sociais possuem um papel essencial para a manutenção da democracia.

Segundo Rocha Neto et al (2015, p. 14),

As mídias sociais têm como principal característica a participação ativa das pessoas na virtualidade que geram fluxos de informações e trocas sociais que impactam essas estruturas [...]

[...]

As mídias sociais permitem a criação de valores, sejam eles individuais ou coletivos, na sociedade, abrindo um leque de opções para a comunicação estratégica, seja nas comunicações organizacionais, na divulgação de uma empresa, de uma marca ou de um produto ou na comunicação social conhecida como tradicional.

No que se refere às redes sociais, é importante dizer que “uma rede social é entendida como um conjunto de dois sujeitos (atores sociais), que podem ser pessoas, instituições ou grupos, e suas conexões, que são interações ou laços sociais” (ROCHA NETO et al 2015, p. 13). Com a fluidez dos processos de comunicação, a realidade e o virtual se fundem e seus protagonistas, os usuários das redes, por meio das novas ferramentas tecnológicas, apropriam-se destes instrumentos com os mais diversos motivos e intenções. Tais motivações interferem no sistema social, político, econômico e, por conseguinte, na democracia. Rodotá (2008, p. 142) explica:

As tecnologias da informação e da comunicação têm um caráter invasivo, apoderam-se das relações sociais e pessoais, das transações comerciais, das atividades políticas. Vida privada, mercado, democracia, transformam-se quotidianamente. Não se trata de situações independentes entre si. O modo como a privacidade é tutelada redefine os direitos relativos à cidadania e pode influenciar a participação política; a lógica comercial provoca contínuas invasões na vida privada dos cidadãos; as técnicas de mercado são transferidas para a atividade política, tanto que se fala em marketing político.

A democracia, apesar de não ser um regime político perfeito, é essencial para a criação de políticas públicas voltadas para a proteção de grupos que historicamente sofrem com ações violentas e prejudiciais à coletividade. Ademais, é através de um sistema democrático que o cidadão pode se manifestar e exigir de seus governantes respostas para as suas demandas, recusando o que lhe é imposto ou o que interfere negativamente em sua vida com o uso do autoritarismo e da insensibilidade política. Torres (2013, p. 61) elucida:

No que respeita a democracia, a liberdade de expressão é direito fundamental diretamente correlato à garantia de voz aos cidadãos na manifestação de suas várias correntes políticas e ideológicas. É certo que a proteção da liberdade de expressão não é suficiente para assegurar a participação popular no debate político, pois os direitos

fundamentais efetivam-se de modo interdependente: a eficácia de um direito fundamental depende da eficácia dos demais. Porém, não restam dúvidas de que tal liberdade é imprescindível que aqueles que desejem manifestar-se na esfera pública tenham como fazê-lo e não sejam reprimidos por isso.

Com a utilização maciça e indevida das redes e das mídias sociais, os locutores de discursos de ódio e do encorajamento à violência, assim como os disseminadores de *fake news*, colocam em risco o sistema democrático e conseqüentemente as liberdades historicamente conquistadas por meio deste sistema. Sobre este aspecto, é importante destacar que discurso de ódio não é liberdade de expressão¹². De volta a Torres (2013, p. 66):

O exercício da liberdade de expressão encontra sua extensão normativa na Constituição Federal. Como se sabe, nossa Carta foi concebida com o anseio de efetivação de um Estado Democrático de Direito. O momento histórico de sua promulgação é marcado pelo repúdio ao regime ditatorial, violador de direitos básicos do ser humano e da segurança jurídica. Naquele cenário, era essencial limitar legalmente a atuação estatal, e de forma reflexa; garantir direitos fundamentais.

Sabe-se que o sistema democrático deve ser aperfeiçoado em consonância com a vontade do povo. As falhas deste sistema devem ser vistas como alertas, pois favorecem o surgimento de regimes autoritários e o risco às liberdades. Sob este aspecto, as novas tecnologias muito podem contribuir para tornar eficaz o discurso democrático e pacífico através das redes e das mídias sociais. Sendo, portanto, um grande desafio que deverá contar com a participação de toda a sociedade, pois “[...] a democracia é um empreendimento compartilhado. Seu destino depende de todos nós” (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 253). Assim, as sociedades democráticas poderão sobreviver às ameaças produzidas pelo discurso de ódio na Sociedade da Informação.

4 A pacificação social na Sociedade da Informação

Na Sociedade da Informação¹³, os constantes episódios que atentam contra a dignidade humana têm desafiado diversos países ao redor do mundo a criar estratégias e soluções rápidas para combater os comportamentos e as manifestações violentas produzidas a partir do mundo virtual.

Nas lições de Malheiro (2016, p. 218),

¹² Nas lições de Torres (2013, p. 64) “[...] a liberdade de expressão é um princípio, apesar de sua proteção ser imprescindível para a emancipação individual e social, sua garantia não se sobrepõe de forma absoluta aos demais direitos, que são também essenciais”.

¹³ Para Werthein (2000, p. 71), “a expressão ‘Sociedade da Informação’ passou a ser utilizada, nos últimos anos desse século, como substituto para o conceito pós-industrial e como forma de transmitir o conteúdo específico do novo paradigma técnico-econômico”.

A Sociedade da Informação é uma nova representação de composição da coletividade social, que se estabelece em uma forma de evolução em que a informação, como elemento primordial para conceber conhecimento, representa uma atribuição essencial na geração de afluência material e na contribuição para a satisfação e qualidade de vida das pessoas.

Os instrumentos que facilitam as comunicações a qualquer momento e instantaneamente são capazes de conectar culturas, sociedade, países e regiões ao redor do globo. Tal característica colabora para o desenvolvimento e a ampliação de conexões de diversos tipos de sistemas, dentre eles os sistemas social, econômico e político fortalecendo a globalização e seus efeitos. Destarte, o ciberespaço também é um ambiente fértil para o cometimento de ofensas contra a democracia e conseqüentemente a dignidade humana.

Esta pesquisa considera a necessidade de pacificação social e a proteção da dignidade na Sociedade da Informação e para além dela. Afinal, a paz é um assunto que toca toda a coletividade. O mesmo ocorre em relação à dignidade humana. Portanto, conciliar e encontrar soluções para os conflitos através do diálogo são essenciais para a manutenção da democracia e da segurança na sociedade.

A utilização de métodos que conciliem as partes em prol de uma sociedade mais harmônica e menos conflituosa é imprescindível para evitar episódios de desequilíbrio social com potencial para criar ambientes tóxicos e violentos, a exemplo daqueles inicialmente destacados neste trabalho.

Segundo o portal do Conselho Nacional de Justiça (CNJ),

A conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e a sua apropriada disciplina nos programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças. (BRASIL, 2022a).

Ademais, a justiça, em consonância com as políticas públicas, pode ajudar na efetividade da democracia e da paz. Sendo assim, o uso das tecnologias e do Direito para auxiliar no processo de pacificação social e no fortalecimento do Estado Democrático de Direito na Sociedade da Informação é, certamente, um caminho adequado nos dias atuais, considerando-se a agilidade dos processos na comunicação e o poder da informação para se alcançar a coletividade com rapidez. Em razão disto, pode-se dizer que “por meio da pacificação de conflitos, o Estado garante a pacificação social” (GOMES, 2017).

Sabe-se que em diversas parte do mundo os conflitos relacionados ao discurso de ódio¹⁴ aumentaram com o uso desmedido das ferramentas tecnológicas. Inúmeros cidadãos têm

¹⁴ No Brasil, o Decreto nº 10.932, de 10 de janeiro de 2022, promulgou a Convenção Interamericana contra o Racismo, a discriminação Racial e Formal Correlatas de Intolerância, firmado na Guatemala em 5 de junho de 2013. Neste documento é expresso em seu artigo 2 que “Todo ser humano é igual perante a lei e tem direito à

sido vítimas de ações agressivas praticadas por pessoas e grupos que utilizam as redes sociais para propagar manifestações violentas e antidemocráticas.

Nas palavras de Castells (2018, p. 405),

[...] o que o poder da tecnologia faz é ampliar extraordinariamente as tendências inerentes às estruturas sociais e instituições: as sociedades opressoras podem ser tanto mais com as novas ferramentas de vigilância, enquanto sociedades democráticas e participativas, ao fazer uso do poder da tecnologia, podem aumentar sua abertura e sua representatividade ao distribuir mais o poder político.

Resta, evidente, o poder das novas tecnologias na sociedade hodierna, cabendo a seguinte indagação: poderão as novas tecnologias da informação auxiliar na “cura” das feridas deixadas pelo discurso de ódio na Sociedade da Informação?

Um esforço conjunto deve ser realizado por parte do Estado, das Instituições, das empresas e da sociedade em geral, com foco na redução e supressão do discurso de ódio, que tendo o seu início nos ambientes virtuais, chega ao mundo físico e material. Logo, a pacificação social somente ocorrerá na medida em que aconteça a união e a vontade por parte de todos os envolvidos, com um objetivo comum: a paz.

Outrossim, a educação midiática e informacional é uma possibilidade que merece ser adotada como uma solução capaz de combater o discurso de ódio.

Consoante documento sobre alfabetização midiática e informacional publicado pela Unesco (2013, p. 16),

As mídias e outros provedores de informação, como bibliotecas, arquivos e internet, são amplamente reconhecidos como ferramentas essenciais para ajudar os cidadãos a tomarem decisões bem informadas. São também os meios pelos quais as sociedades aprendem sobre elas mesmas, mantêm discursos públicos e constroem um sentido de comunidade.

Por fim, as feridas do discurso de ódio podem ser cicatrizadas e até deixarem de existir com uma legislação específica que criminalize manifestações de ódio que atentem contra a dignidade da pessoa humana. Outrossim, a renovação do sistema educacional baseado no novo cenário tecnológico deve conter orientações claras sobre as manifestações que lesem os preceitos constitucionais e que também são garantidores da liberdade de expressão. Assim, a preservação da democracia e o respeito aos direitos historicamente conquistados e assegurados pela Constituição Federal de 1988 e documentos internacionais não podem ser negligenciados ou desrespeitados independentemente do contexto social ou da época vivida.

Considerações finais

igual proteção contra o racismo, a discriminação racial e formas correlatas de intolerância, em qualquer esfera da vida pública ou privada” (BRASIL, 2022c).

As notáveis contribuições trazidas pelos novos instrumentos tecnológicos da atual sociedade muito têm cooperado para o desenvolvimento das sociedades humanas.

Com a chegada da internet houve uma verdadeira revolução nas comunicações. Tudo (ou quase tudo) foi afetado pelo poder da comunicação e seus fluxos de informações incessantes e instantâneos.

Em um cenário único na História das civilizações, as tecnologias conectam o mundo virtual ao real, permitindo o desenvolvimento e o crescimento de novas conexões ao redor do mundo, na Sociedade da Informação.

Por meio do trânsito contínuo de informações, toda sorte de discurso é manifestada na rede mundial de computadores, dentre eles o discurso de ódio que ameaça, constrange, ofende e despreza pessoas e grupos sociais considerados, por seus interlocutores, inferiores e desqualificados.

Tais manifestações, diferentemente do que se possa pensar, não podem ser compreendidas como liberdade de expressão, tendo em vista a agressão ao preceito constitucional e, portanto, a violação aos preceitos fundamentais presentes na Magna Carta Brasileira, na Declaração Universal dos Direitos Humanos e outros documentos que protegem a dignidade humana.

Notou-se durante este trabalho que as tecnologias são essenciais para os processos de comunicação e o desenvolvimento do mundo moderno. Contudo, destacou-se que a pacificação social se efetiva por meio da atuação do Estado, de políticas públicas e de legislações que protejam o cidadão com o uso de instrumentos legais e que combatam ações criminosas, a exemplo do discurso de ódio. Ainda sobre este aspecto, a pesquisa considera que a educação digital e informacional é capaz de auxiliar no enfrentamento às manifestações de ódio na Sociedade da Informação.

Em suma, esta pesquisa procurou apresentar uma reflexão importante sobre as manifestações de discurso de ódio na sociedade atual e a influência dos instrumentos tecnológicos que podem ser utilizados para fortalecê-lo ou reduzi-lo até a sua total extinção. Para que isto ocorra, uma legislação específica é fundamental para o fortalecimento da democracia e o combate às manifestações que atacam a sociedade e colocam em risco toda a coletividade.

Diante do exposto, considera-se que muito ainda há que ser feito para se combater o discurso de ódio na sociedade contemporânea. Contudo, o diálogo e a educação alicerçados por

políticas públicas pautadas na ética e no respeito às leis, são seguramente caminhos que ainda podem garantir às presentes e às futuras gerações uma convivência firmada na cultura de paz, no respeito e na dignidade humana na Sociedade da Informação e para além dela.

Referências

BBC. **Entenda o genocídio de Ruanda de 1994**: 800 mil mortes em cem dias. 7 abr. 2014. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/04/140407_ruanda_genocidio_ms>. Acesso em: 27 out. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. CNJ. **Movimento pela conciliação**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao/movimento-pela-conciliacao/>>. Acesso em: 7 nov. 2022a.

_____. Planalto. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 7 nov. 2022b.

_____. _____. **Decreto Nº 10.932 de 10 de janeiro de 2022**. Promulga Convenção Interamericana contra o Racismo, a discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/D10932.htm#:~:text=Os%20Estados%20Partes%20comprometem%2Dse,civil%20e%20criminal%2C%20conforme%20pertinente>. Acesso em: 10 nov. 2022c.

_____. _____. **Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 10 nov. 2022d.

_____. **TRF3 AÇÃO PENAL - PROCEDIMENTO ORDINÁRIO. Crimes Resultante de Preconceito de Raça e de Cor (3613) XXXXX 96.2015.04.03.6002**. Órgão Julgador 2a. Vara Federal de Dourados do Tribunal Regional Federal da 3a. Região - Inteiro Teor. 2. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-3/1352025860/inteiro-teor-1352025862>>. Acesso em: 11 nov. 2022e.

BUTLER, Judith. **Discurso de ódio**: uma política do performativo. Tradução Roberta Fabbri Viscardi. São Paulo: Unesp, 2021.

CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**: a era da informação. v. 2. Tradução Klauss Brandini Gerhart, 9. ed. rev. e ampl. São Paulo/Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2018.

DELUMEAU, Jean. **História do medo no Ocidente**. Tradução Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

FERREIRA, Aurelio Buarque de Holanda. **Minidicionário da língua portuguesa**. 8.ed. rev. e atual. Curitiba: Cia Bras. de Educação e Sistemas de Ensino, 2020.

GLOBAL VOICES. **Violência no noroeste de Mianmar provoca onda de discursos de ódio contra rohingyas e fotos falsas na internet**. Tradução Flávia Vilela. 25 set. 2017. Disponível em: <<https://pt.globalvoices.org/2017/09/25/violencia-no-noroeste-de-myanmar-provoca-onda-de-discursos-de-odio-contra-rohingyas-e-fotos-falsas-na-internet/>>. Acesso em 28 out. 2022.

GODOY, João Pedro. Cineasta é condenado por divulgação de filme com discurso de ódio contra indígenas em MS. **G1**, 18 maio 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/ms/mato-grosso-do-sul/noticia/2020/05/18/cineasta-e-condenado-por-divulgacao-de-filme-com-discurso-de-odio-contra-indios-em-ms.ghtml>>. Acesso em: 10 nov. 2022.

GOMES, Renata Nascimento. Pacificação Social e Princípio do Contraditório: uma análise a partir da atuação qualitativa da jurisdição. **Revista Libertas/Ouro Preto**, MG, n. 2, v. 2, p. 37, jul./dez. 2017. Disponível em: <<https://periodicos.ufop.br/libertas/article/view/417/383>>. Acesso em: 7 nov. 2022.

HISTÓRIA DO MUNDO. **Holocausto**. Disponível em: <<https://www.historiadomundo.com.br/idade-contemporanea/holocausto.htm>>. Acesso em: 28 out. 2022.

HOUT, Birgit Van. **Rumo a uma abordagem abrangente para combater o discurso do ódio**. UNRIC, 18 jun. 2022. Disponível em: <<https://unric.org/pt/rumo-a-uma-abordagem-abrangente-para-combater-o-discurso-do-odio-van-hout/>>. Acesso em: 10 nov. 2022.

LEVISTSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. Disponível em: <<https://dagobah.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Como-as-Democracias-Morrem-Sтивен-Levitsky.pdf>>. Acesso em: 8 nov. 2022.

MALHEIRO, Emerson Penha. Direitos humanos na Sociedade da Informação. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto-SP, XXI, v. 25, n. 1, p. 218-230, jan./jun. 2016. Disponível em: <<https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/218-230/715>>. Acesso em: 1 nov. 2022.

MIODOWNIK, Bernard. Ódio mortal, ódio imortal. **Revista Brasileira de Psicanálise**, v. 52, n. 1, p. 33-44, 2018. Disponível em: <<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rbp/v52n1/v52n1a04.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2022.

MOREIRA, Adilson. **Racismo recreativo**. Coord. Djamila Ribeiro. São Paulo: Jandaíra, 2020.

ONU NEWS. **Temos que lembrar que crimes de ódio são precedidos por discurso de ódio**. 29 jun. 2019. Direitos Humanos. Disponível em: <<https://news.un.org/pt/story/2019/06/1678221>>. Acesso em: 28 out. 2022.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ROCHA NETO, Manoel; BARRETO, Lais Karla da Silva; SOUZA, Linda Amaral de. As mídias sociais digitais como ferramentas de comunicação e marketing na contemporaneidade. **Quipus Revista Científica das escolas de comunicação e artes e educação**, ano 4, n. 2, jun./nov.2015. Disponível em: <<https://repositorio.unp.br/index.php/quipus/article/view/1273/892>>. Acesso em: 1 nov. 2022.

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

SILVA, Rosana da; MICHEL, Andressa; MARTINS, Anna Clara Lechmann; BORCHARDT, Carlise Kobe. Discurso de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. Direito e Desigualdades no século XXI. **Rev. Direito GV7**, n. 2, dez. 2011. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rdgv/a/QTnjBBhqY3r9m3Q4SqRnRwM/?lang=pt>>. Acesso em: 28 out. 2022.

SPINOZA, Baruch de. **Pensamentos metafísicos**: Tratado de correção do intelecto. Tratado político; Correspondência. Os pensadores. 3. ed. Seleção de textos de Marilena de Souza Chauí; Traduções de Marilene de Souza Chau et al. São Paulo: Abril Cultural, 1983. Disponível em: <<https://filosoficabiblioteca.files.wordpress.com/2020/04/espinoza-bento-colec3a7c3a3o-os-pensadores-livro-completo-1.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2022.

TORRES, Fernanda Carolina. O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão. **Revista de informação legislativa**, v. 50, n. 200, p. 61-80, out./2013. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502937/000991769.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 8 nov. 2022.

UNAIDS. **As chamadas do discurso do ódio**. Por Antonio Guterres, 1 jul. 2019. Disponível em: <<https://unaids.org.br/2019/07/as-chamas-do-discurso-do-odio-por-antonio-guterres/>>. Acesso em: 28 out. 2022.

UNESCO. **Alfabetização midiática e informacional**: currículo para formação de professores. Disponível em: <<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000220418/PDF/220418por.pdf.multi>>. Acesso em: 7 nov. 2022.

UNICRIO. Centro de Informações das Nações Unidas no Brasil. **Genocídio em Ruanda nos lembra sobre a importância de rejeitar o ódio e xenofobia**. 6 abr. 2020. Disponível em: <<https://unicrio.org.br/genocidio-em-ruanda-nos-lembra-sobre-importancia-de-rejeitar-o-odio-e-a-xenofobia-diz-onu/>>. Acesso em: 27 out. 2022.

WERTHEIN, Jorge. A Sociedade da Informação e seus desafios. **Ci. Inf., Brasília**, v. 29, n. 2, p. 71-77, maio/ago. 2000. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/ci/a/rmmLFLlBYsjPrkNrbkrK7VF/?lang=pt&format=pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2022.

3. Discriminação algorítmica: estudo sobre hipóteses causadoras e soluções regulatórias

Algorithmic discrimination: study on causing hypotheses and regulatory solutions

Dandara Ramos Silvestre Da Silva

Bacharela em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU); Especialista em Privacidade e Proteção de Dados pelo Data Privacy Brasil. Foi Estagiária em Privacidade e Proteção de Dados: Baptista Luz Advogados.

Daniel César

Mestre em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Graduado em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Graduado em Ciências da Computação pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Pós Graduado em Gestão Empresarial pela Fundação Escola de Comércio Álvares Penteado (FECAP). MBA em Gestão de Projetos com ênfase no PMI pela Faculdade de Informática e Administração Paulista (FIAP). Gerente de Desenvolvimento de Software no SERPRO, Advogado.

Resumo: O presente trabalho analisará o debate teórico sobre a discriminação algorítmica, com a finalidade de esclarecer como os processos decisórios influenciados por algoritmos podem ocasionar resultados discriminatórios. Para tanto, discutir-se-á, primeiramente, o conceito de algoritmos e seu funcionamento, buscando esclarecer a sua relevância em uma economia movida a dados. Em seguida, o texto apresenta o conceito de discriminação e de discriminação algorítmica, explorando as formas como algoritmos podem tornar-se enviesados. Por fim, expor-se-á soluções para lidar com a discriminação algorítmica, partindo da análise de principais princípios discutidos na literatura de governança algorítmica, bem como analisando às disposições já existentes na legislação brasileira.

Palavras-chave: Algoritmos; discriminação algorítmica; viés discriminatório.

Abstract: The present work aims to analyze the theoretical debate on algorithmic discrimination, to clarify how decision-making processes influenced by algorithms can lead to discriminatory results. Therefore, we will first discuss the concept of algorithms and their operation, seeking to clarify their relevance in a data-driven economy. Next, the text introduces the concept of discrimination and algorithmic discrimination, going on to explore the ways in which algorithms can become biased. Finally, the last session exposes solutions to deal with algorithmic discrimination, starting from the analysis of main principles discussed in the algorithmic governance literature, as well as analyzing the provisions already existing in Brazilian legislation.

Keywords: Algorithms; algorithmic discrimination; bias

INTRODUÇÃO

A utilização de dados pessoais para o processo de tomada de decisão é cada vez mais presente no cotidiano da Sociedade da Informação, a qual é marcada pelo crescimento exponencial na capacidade de processamento de informação. O processamento de dados por meio de algoritmos assume crescente relevância em diversos modelos e o avanço da tecnologia, além de permitir o crescimento exponencial na capacidade de processar informações, também possibilitou a realização de previsões baseadas em dados pessoais, que determinam diversos aspectos de nossas vidas, os quais podem ocasionar novas discriminações ou perpetuar discriminações antigas.

Os algoritmos vieram para moldar nossas vidas e realidades diárias. Isto é ilustrado pelos autores da seguinte forma, entre outras: os algoritmos modificam a percepção do mundo, atuam sobre nosso comportamento ao influenciarem decisões e são uma fonte importante da ordem social (...). Algoritmos são utilizados para observar nosso comportamento e nossos interesses, bem como para prever nossas necessidades futuras e nossas ações futuras. Eles guiam nossas ações, determinando, assim, o sucesso econômico de produtos e serviços, entre outros. Eles constituem a base técnico-funcional de novos modelos de serviços e negócios, sobrepõem-se aos modelos tradicionais de negócios ou os reprimem.” (HOFFMANN-RIEM, 2019, p. 126).

A automatização de processos decisórios, entretanto, podem levar a tomada de decisões baseadas em tendências enviesadas e eventuais resultados discriminatórios, que podem levar a segregação de populações socialmente vulneráveis “porque, em primeiro lugar, nexos de causalidade e correlações são, muitas vezes, predefinidos pelos controladores dos dados, que, no que lhe concerne, transmitem aos algoritmos os mesmos vieses presentes nos processos tradicionais de tomada de decisões.” (SCHERTEL, MATTIUZZO, 2019, p. 2). Dessa forma, os processos de decisões realizadas por algoritmos podem estar imbuídos de padrões discriminatórios já presentes na sociedade, utilizando-se de tais padrões para a determinação de situações que impactam significativamente no exercício das liberdades individuais e direitos fundamentais.

Neste artigo, pretende-se analisar o debate teórico sobre discriminação algorítmica, com a finalidade de identificar como o ordenamento jurídico brasileiro aborda tal assunto. Para auxiliar nessa tarefa, busca-se em primeiro momento definir a importância da utilização de algoritmos na sociedade orientada por dados, discutindo-se o conceito de algoritmos e percorrendo sobre noções básicas de seu funcionamento. No segundo momento apresenta o conceito de discriminação e de discriminação algorítmica, explorando as formas como algoritmos podem tornar-se enviesados, discutindo, em especial, a discriminação algorítmica ocasionada pelas escolhas dos resultados que devem ser encontrados pelo modelo, bem como pela utilização de dados de treinamentos não representativos ou enviesados. Por fim, aborda-se

como a discriminação algorítmica são retratados nos principais diplomas jurídicos relacionados, ou seja — o Código de Defesa do Consumidor, a Lei do Cadastro Positivo e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

1 ALGORITMOS NA SOCIEDADE ORIENTADA POR DADOS PESSOAIS

Berlinski (2002), explicita que o algoritmo é a ideia que rege o mundo, palavras que sintetizam a relevância que o processamento de dados por algoritmos assume em nosso cotidiano, estando presente em diversos modelos de negócios — desde o mercado de concessão de seguros e crédito até a utilização pelo setor de saúde — sendo responsáveis pela determinação de diversos aspectos de nossas vidas, exercendo impactos significativos na liberdade individual e no livre desenvolvimento da personalidade.

Em primeiro lugar, é necessário a definição do que são algoritmos, para a partir daí entender sua relevância em nosso cotidiano. Segundo Boratti (2007, p. 20), podemos definir um algoritmo “como sendo uma sequência finita e lógica de instruções executáveis, especificadas em uma determinada linguagem, que mostram como resolver determinado problema”. Assim, o algoritmo representa uma sequência de regras em processo de tomada de decisões, que possibilitam a resolução de um problema pré-estabelecido, em etapas individualmente definidas, transformando um determinado conjunto de dados (*input*), em um resultado (*output*).

Em suma, os algoritmos apresentam um método de resolver problemas e auxiliar na tomada de decisões. Dessa forma, sempre que uma sequência de ações que resolva algum problema pré-delimitado, podemos enxergá-la como um algoritmo. Nesse sentido, exemplifica-se:

A Amazon analisa infundáveis fluxos de dados de transações de clientes tentando descobrir padrões de compra ocultos, assim como associações entre produtos, clientes e compras (...). A análise preditiva permite que a Amazon recomende produtos que são exatamente aqueles que você sempre quis, até mesmo os que não sabia querer. Esse é o poder da análise e da modelagem preditivas de enxergar padrões em quantidades gigantescas de dados. Para criar seu sistema de recomendação, a Amazon usa a filtragem colaborativa — um algoritmo que observa a informação de seus usuários e de seus produtos. Ao analisar os itens atualmente no carrinho de compras de um usuário, assim como os itens que compraram, avaliaram e curtiram — ligando-os aos que os outros clientes compraram —, a Amazon faz venda cruzada (cross-sell) de clientes com as recomendações ‘online’ que todos conhecemos, tais como: (i) “Frequentemente Comprados Juntos”; (ii) Clientes que “Compraram Este Item Também Compraram”. (BARI; CHAOUCHI, 2019, p.11)

Para além do envio de publicidade direcionada e sugestão de produtos, a utilização de algoritmos para realização de técnicas de predição e *profiling*, são utilizadas em diversos outros

setores que impactam significativamente nosso dia a dia. Como exemplo, temos a utilização de algoritmos no processo de recrutamento de novos colaboradores, em que os sistemas algoritmos observam a base histórica e as respectivas decisões tomadas em processos seletivos anteriores (*input*), e através da análise de padrões, fazem correlações para atribuição de nota aos candidatos (*output*), influenciando diretamente no processo de contratação.

Tal exemplo destaca uma das importantes funcionalidades do processamento de dados por meio de algoritmos - a formação de perfis, com intuito de prever riscos - os quais são utilizados como subsídios para a tomada de decisões, nesse sentido:

[u]ma das atribuições mais importantes do processamento de dados através de algoritmos é a de oferecer embasamento para tomadas de decisões dos mais variados tipos, o que, contribui para a mitigação de riscos. A análise e a mitigação dos riscos tornam-se mais relevantes quando aplicadas a setores econômicos nos quais a assimetria de informação é abundante. Essa é o processamento de dados exerce um importante papel em negócios como a concessão de crédito e o mercado de seguros, nos quais o risco é uma característica inerente. Entretanto, sua relevância também aumenta em outros setores, pois o processamento de informações e dados no setor privado mostra-se para simplificar decisões e de aumentar a eficiência em qualquer ambiente caracterizado por déficits de informação. (SCHERTEL; MATTIUZZO, 2019, p.40).

Entretanto, os sistemas algoritmos são “reflexos da visão de mundo do homem, o algoritmo não conhece o argumento da moral” (NOOMIS, 2020, online), sendo assim, as decisões realizadas por essas tecnologias estão sujeitas a falhas da mesma forma que decisões humanas, pois muitas vezes seus criadores “transmitem aos algoritmos os mesmos vieses presentes nos processos tradicionais de tomada de decisões.” (SCHERTEL; MATTIUZZO, 2019).

Por exemplo, na utilização de algoritmos no processo de recrutamento e seleção, citado, quando realizado pela Amazon, em 2014, observou-se que as notas atribuídas pelos algoritmos refletiam decisões enviesadas de preconceito de gênero. Tendo como base de dados os processos seletivos anteriormente realizados pela empresa, o algoritmo observou que as mulheres eram historicamente menos aprovadas na Amazon. Baseando-se nas práticas discriminatórias realizadas por recrutadores em processos anteriores, o algoritmo atribui notas mais baixas aos currículos de mulheres, privilegiando os currículos masculinos (RIBEIRO, 2021, p. 35).

Portanto, nota-se que os algoritmos podem impactar significativamente o cotidiano de diversas pessoas, tendo o condão de limitar acesso a serviços, impactar a adoção de políticas públicas e até mesmo restringir direitos, não sendo tais tecnologias imunes aos processos

discriminatórios aos quais seus criadores estão submetidos, podendo ocasionar a chamada discriminação algorítmica.

2 DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA

Após uma análise do que é um algorítmico, passaremos agora a discriminação que esse algoritmo pode realizar.

2.1 Conceituação

A discriminação consiste no ato de separação entre corpos, palavra que “derivada do verbo descriminalizar, que vem do Latim DES-, indicando oposição, mais CRIMEN, ofensa, acusação, crime, está vindo de CERNERE, escolher, decidir, separar; discriminação é um substantivo feminino que significa distinção ou diferenciação.” (DIAS, 2022, p. 26).

Considera-se como negativa quando impossibilita o pleno seguimento do princípio da igualdade, amplamente protegido no ordenamento jurídico brasileiro, em especial na Constituição Federal, a qual dispõe:

em seu art. 3.º, inciso IV, a promoção do bem de todos, “sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” como um objetivo fundamental da República. O art. 5.º, caput, estabelece a igualdade de todos perante a lei, sem nenhuma distinção, com e entre homens e mulheres em seu inciso I. O inciso XLI do mesmo artigo estabelece a punição das discriminações atentatórias dos direitos e liberdades fundamentais, e a Constituição também garante a proteção dos portadores de deficiência (art. 7º, XXXI; art. 227, §1º, II) e das crianças e dos adolescentes (art. 227, caput) contra a discriminação. (SCHIPPERS, 2018, p. 14)

Nesse sentido, explica Moreira (2017, p. 35)

A discriminação negativa designa um tratamento que viola o princípio segundo o qual todos os membros de uma comunidade política devem ser igualmente respeitados. Ela acontece quando um agente público ou privado trata uma pessoa de forma arbitrária, sendo frequentemente motivado por estigmas culturais. Vemos então que a discriminação negativa está baseada em uma motivação ilegítima: ela mantém certas classes de pessoas em uma situação de subordinação, propósito incompatível visando se construir uma sociedade democrática. (grifo no original)

Sobre outra perspectiva, a Economia define discriminação como o “tratamento menos favorável de um determinado grupo, definido por alguma(s) característica(s) arbitrária(s), e, raça ou gênero, que de outra forma são indistinguíveis em termos de algum conjunto de características economicamente relevantes” (GOODMAN, 2016, p. 2). Nesse sentido, a discriminação ocorreria quando for aplicada a uma mulher uma taxa maior de juros durante o

processo de financiamento do que é aplicado aos homens, nas hipóteses de ambos terem históricos financeiros semelhantes.

Nesta linha de pensamento, a discriminação algorítmica pode ser definida como o processo de tomada de decisões baseados em algoritmos, que perpetuam injustiças na sociedade (GANGADHARAN; EUBANKS; BAROCAS, 2014, p. 4), resultando no tratamento injusto de pessoas singulares ou grupos. Ou seja, a discriminação algorítmica ocorre quando as tomadas de decisões por algoritmos proporcionam resultados que impedem o tratamento igualitário.

Sendo que a discriminação algorítmica pode originar-se da participação humana no processo de construção dos algoritmos, “seria irresponsável — até perigoso — confundir *orientado por dados* com *não discriminatório, imparcial* ou *objetivo*” (KLEBER; LUDWIG; MULLAINATHAN; SUNSTEIN, 2018, p.22, tradução livre), já que estas tecnologias podem.

[...] reproduzir os padrões existentes de discriminação, herdar os preconceitos de tomadores de decisão anteriores, ou simplesmente refletir os preconceitos generalizados que persistem na sociedade”. Portanto, mesmo que os computadores não tenham nenhum viés, as informações inseridas ou selecionadas pelos seres humanos podem ter vieses, e os resultados gerados pelo computador os refletirão. De fato, o aprendizado de máquina pode reificar os padrões existentes de discriminação – se eles forem encontrados no conjunto de dados de treinamento, então por design e classificadores precisos, serão reproduzidos. Dessa forma, as decisões enviesadas são apresentadas como o resultado de um algoritmo “objetivo”. (REINSCH.; GOLTZ, 2016, p.40, tradução livre)

Considerando a participação humana no processo de construção de algoritmos anteriormente descrita, a seguir passa-se a discutir sobre como a intervenção humana pode interferir no processo de tomada de decisões automatizadas e proporcionar resultados discriminatórios. A discriminação pode ser incorporada nos algoritmos em diferentes estágios de seu desenvolvimento, nesta sessão serão abordadas as seguintes hipóteses geradoras de enviesamento de algoritmos: **(i)** escolha de resultados; **(ii)** escolhas dos dados.

2.1.1 Escolha dos resultados

Primeiramente, trataremos da discriminação algorítmica que resulta da escolha dos resultados. Para a análise dessa hipótese faz-se necessário aprofundar a funcionalidade dos algoritmos de realizar análises preditivas, anteriormente tratadas, ou seja, a capacidade de utilização dos algoritmos para realizar análises estatísticas em um conjunto de dados, e prever eventuais resultados a partir dos *inputs*.

Os algoritmos são utilizados para determinar a relação entre duas características através de uma análise estatísticas, determinando correlações entre essas características. Nesse

sentido uma “uma correlação é a probabilidade de um evento ocorrer caso outro evento também se realize” (SCHERTEL; MATTIUZZO, 2019, p. 6). Dessa forma, os algoritmos são utilizados para estabelecer uma relação estatística entre acontecimentos:

se A geralmente ocorre juntamente com B, é preciso ficar atento a B para podermos estimar que A ocorrerá. Utilizar B como proxy ajuda a compreender o que provavelmente está ocorrendo com A, ainda que não seja possível mensurar ou observar A de maneira direta. (MAYER-SCHONBERGER; CUKIER, 2014, p. 21, tradução livre)

Assim, os algoritmos são utilizados na descoberta de padrões úteis, para tomada de decisões. Sendo que, o conjunto desses padrões “podem ser empregados para automatizar o processo de classificação de entidades ou atividades de interesse, estimar o valor de variáveis não observadas ou prever resultados futuros” (BAROCAS; SELBST, 2016, p.7, tradução livre). Podendo ser utilizados em diversos resultados, como, prever se um determinado e-mail recebido é um *spam*, ou até mesmo, estabelecer a produtividade futura de candidatos a uma vaga de emprego.

Os resultados que se buscam atingir através com a tomada de decisões automatizadas, são chamados “variáveis de destino” (BAROCAS; SELBST, 2016, p. 8, tradução livre). É neste processo de definição da variável de destino que poderá ocasionar uma discriminação algorítmica, já que esse consiste na transformação de um problema, muitas vezes subjetivos, em uma variável inteligível para o processamento por um computador (SCHIPPERS, 2018, p. 25).

Nesse sentido, explica-se que computadores codificam informações através de uma linguagem binária, ou seja, o computador unicamente entende zeros e uns. Devendo, qualquer resultado visado pelo desenvolver do algoritmo, ser traduzido para essa linguagem de maneira objetiva e precisa o bastante para que o computador possa compreender. Nessa linha, exemplificam Shippers e Mattiuzzo (2019, p. 4):

Computadores, diferentemente de seres humanos, não compreendem o significado de termos como “suficiente”, “quase”, “ruim” ou qualquer outra palavra que implique em uma avaliação subjetiva do mundo ao seu redor. É por essa razão que um algoritmo que determine que um celular reduza a luz de sua tela sempre que “quase não haja mais bateria” é inútil. Um computador consegue interpretar porcentagens, mas não de determinar o que “quase sem bateria” significa, exceto se alguém explicita como fazê-lo.

Portanto, a utilização de sistemas algorítmicos performa bem ao analisar critérios objetivos, como, reduzir a luz da tela do celular sempre que a bateria atingir determinada porcentagem de bateria. Entretanto, para chegar em resultados como “bom funcionário” ou “bom pagador”, os desenvolvedores de algoritmos necessitam traduzir conceitos subjetivos,

para a linguagem objetiva dos computadores. Para exemplificar tal situação, Barrocas e Selbst (2016, p. 9) utilizam-se do conceito de “bom funcionário”, caso um empregador deseje utilizar um algoritmo para prever se um determinado candidato será um “bom funcionário”, deverá traduzir o conceito de “bom” para uma linguagem inteligível para o computador.

Os autores exemplificam que o empregador poderia utilizar como dados de treinamento um conjunto de dados cujas características observáveis estabeleceriam que o candidato atingiria ou excederia algum limite mensal de vendas, realizariam alguma tarefa em menos de um determinado período ou permaneceriam em seus cargos por mais do que um determinado número de semanas ou meses. Nesse sentido, esclarecem Danieli, Hillis e Luca (2016, *online*).

Para analisar a estreita relação existente entre algoritmos e contratação, considere o simples fato de que a contratação é, essencialmente, um problema de predição. Quando um supervisor analisa currículos de candidatos, ele está implicitamente tentando prever quais candidatos terão um bom desempenho e quais não. Organizações tentam prever quais indivíduos fecharão negócios com sucesso. Escolas tentam prever quais professores conseguirão dar vida a uma sala de aula. Departamentos de polícia buscam prever quais policiais conseguirão manter um bairro seguro. (tradução livre)

Apesar de razoáveis, tais características apenas partem de uma série de definições para “bom” (BAROCAS; SELBST, 2016, p.8), sendo que a determinação das características que traduzem o conceito de “bom funcionário” pode involuntariamente resultar em uma análise estatística que resulte em um processo discriminatório.

O ‘Neil (2020), exemplifica como a tradução de conceitos subjetivos podem ocasionar processos discriminatórios. Narra a autora que em 2009 a prefeitura de Washigton, desenvolveu um sistema de algoritmos que utilizava informações sobre as notas dos alunos, para medir a eficácia de professores ao ensinar matemática e habilidades linguísticas, com o objetivo de avaliar os professores da rede de ensino da cidade. Tendo como base essas informações, a ferramenta atribuiria notas aos professores, sendo que todos os professores cujas pontuações os colocassem entre os 2% inferiores seriam demitidos.

Dessa forma, os desenvolvedores traduziram o conceito subjetivo de “mau” professor para uma linguagem facilmente inteligível pelos algoritmos, ou seja, todos os professores que não atingissem determinados padrões de notas, estariam classificados como “maus” professores. Entretanto, explica a autora que muitas variáveis, desde o histórico socioeconômico aos efeitos dos transtornos de aprendizagem, poderiam afetar os resultados dos alunos, sendo necessários que, o algoritmo considerasse todas essas possíveis variáveis para

produzir um resultado minimamente justo. Sendo assim, a dificuldade imposta ao IMPACT era estabelecer objetivamente quanto do desempenho do aluno se deve ao professor.

O’Neil (2020) descreve relatos de professores que recebiam excelentes avaliações de seus diretores e dos pais de alunos, considerados “bons” por toda a comunidade acadêmica, porém, foram demitidos por não performarem seguindo os padrões impostos pelo IMPACT. O sistema foi amplamente criticado, pois os critérios utilizados pelos desenvolvedores para medir o desempenho dos professores, resultava em demissões arbitrárias e pouco transparentes.

O IMPACT estabelecia a sua própria realidade do que era um “bom” professor e usava-a para justificar os seus resultados, sendo praticamente impossível questionar os resultados, devido à falta de transparência da ferramenta. Sobre os critérios os resultados objetivados pelos algoritmos, explicam Shippers e Mattiuzzo (2019, p. 4).

(...) ao buscar o “melhor” voo de São Paulo para Berlim, o algoritmo precisará saber se por “melhor” queremos dizer “mais curto” ou “mais barato”. Se o algoritmo é programado para encontrar a rota mais curta, em termos de quilômetros viajados, poderá considerar que o tempo gasto em um aeroporto aguardando um voo de conexão é irrelevante, e poderia, assim, oferecer uma resposta que, apesar de incorreta com relação às nossas preferências (...), é correta do ponto de vista do programa. O problema, nesse caso, não é com o algoritmo, mas sim com as especificações a ele fornecidas.

Portanto, a definição dos resultados pretendidos bem como os dados utilizados para defini-los, determinarão o que o algoritmo encontra. Nesse estágio entram “preocupações válidas com a discriminação [...] porque as diferentes escolhas podem ter um impacto adverso maior ou menor em classes vulneráveis.” (BAROCAS; SELBST, 2016, p. 10, tradução livre).

2.1.2 Escolha dos dados

Os dados são a base de funcionamento dos algoritmos, assim a sua natureza e qualidade das informações utilizadas como *inputs* influenciam diretamente no processo de tomada de decisão de um algoritmo. Antes de tudo os algoritmos aprendem com exemplos, os chamados dados de treinamento, “a partir dos quais o algoritmo aprende e identifica padrões e as regras estatísticas que [...] aplica” (HOUSE OF COMMONS SCIENCE AND TECHNOLOGY COMMITTEE, pg. 21, *tradução livre*)

Portanto, a seleção da base de dados de treinamento pode influenciar no processo de tomada de decisões, sendo possível que eventuais vieses presentes na estrutura da sociedade sejam incorporados no conjunto de dados de treinamento. Dessa forma, “o caráter dos dados de treinamento pode ter consequências significativas para as lições que os algoritmos aprendem [...], dados tendenciosos levam a modelos discriminatórios” (BAROCAS; SELBST, 2016, p.

10, *tradução livre*). Tal processo pode ocorrer de duas principais formas: (i) através da utilização de dados não representativos; e (ii) através da utilização de base de dados tendenciosos.

A discriminação algorítmica causada pela utilização de dados não representativos, ocorre quando os dados selecionados “não são suficientes para representar um determinado grupo como todos os detalhes e complexidades necessárias, ou seja, os critérios utilizados podem ser generalizantes demais” (SCHIPPERS, 2018, p.26). Em outras palavras:

[...] a qualidade e a representatividade dos registros podem variar de maneiras que se correlacionam com os membros da classe (por exemplo, as instituições podem manter registros sistematicamente menos precisos, oportunos e completos para certas classes de pessoas). Mesmo um conjunto de dados com registros individuais de alta qualidade pode sofrer vieses estatísticos que não representam grupos diferentes em proporções precisas. (BAROCAS; SELBST, 2016, p. 14, tradução livre).

Sobre a falta de representação de certos grupos nas análises realizadas por algoritmos, em matéria escrita para o *Foreign Policy* (2013, *online*), Kate Crawford, utiliza como exemplo uma análise estatística realizada pelos algoritmos do Twitter que chegou à conclusão de que as pessoas são “mais felizes longe de casa” e mais “tristes nas noites de quinta-feira”. Entretanto, a pesquisadora questiona a representatividade de tais informações, tendo em vista que apenas 16% dos adultos nos Estados Unidos utilizam o Twitter, além de considerar que a grande quantidade de contas falsas na rede social. Portanto, mesmo que todas as contas do Twitter fossem verdadeiras, as análises realizadas pela rede social refletiram apenas a realidade de uma pequena parcela da sociedade americana que utiliza a ferramenta, não podendo ser afirmações categóricas.

Essa falta de representação agrava-se quando consideramos a realidade brasileira, caracterizada pelas condições desiguais de acesso à internet. De acordo, com pesquisas recentes cerca de 33,9 milhões de brasileiros não têm nenhum acesso à internet, e outros 41,8 milhões possuem acesso precário à internet (PWC, 2020). Dentro de tal estatística, encontram-se grupos historicamente vulneráveis, sendo esses dois grupos compostos em sua maioria por pessoas das classes “D” e “E”, pessoas menos escolarizadas e pessoas negras (PWC, 2020). Conseqüentemente, existem uma quantidade significativa de brasileiros que não são incluídos em análises realizadas por algoritmos, já que essa população não é representada de forma igualitária nos dispositivos online.

Sendo que qualquer decisão tomada com base em tais informações pode ocasionar “a omissão não aleatória e sistêmica de pessoas que vivem à margem do *big data*, seja por pobreza,

geografia ou estilo de vida, e cujas vidas são menos ‘datificadas’ do que a da população em geral” (LERMAN, 2013, p. 5, tradução livre). Portanto:

Erros desse tipo podem ocorrer a grupos historicamente desfavorecidos em taxas mais altas, porque eles estão menos envolvidos na economia formal e nas atividades de geração de dados, tendo acesso desigual e relativamente menos fluência na tecnologia necessária para se envolver online, ou são clientes menos rentáveis [...] portanto, menos interessantes como alvos de observação. Não apenas a qualidade dos registros individuais dos membros desses grupos será pior como consequência, mas esses grupos como um todo também serão menos bem representados nos conjuntos de dados, o que poderá ocasionar distorções nas conclusões que podem ser tiradas de uma análise dos dados. (BAROCAS; SELBST, 2016, p. 15, tradução livre).

Tais distorções podem ter seus resultados discriminatórios ampliados na mesma proporção em que se aumenta a participação de algoritmos nos processos de tomada de decisões, sendo um possível catalisador de processos discriminatórios já existentes. Preocupações especialmente relevantes, quando as análises realizadas por algoritmos são utilizadas como subsídios de decisões governamentais sobre políticas públicas.

Para exemplificar os impactos que tal discriminação pode ocasionar, Crawford (FOREIGN POLICY, 2013) utiliza o *Street Bump* — um aplicativo que por sensores presentes em *smartphones*, coleta dados de motoristas que passam por estradas esburacadas. Os dados coletados pelo aplicativo eram enviados para prefeitura da cidade de Boston, formando um mapeamento das ruas esburacadas da cidade, uma vez incluído nos sistemas da prefeitura, os reparos eram incluídos nos orçamentos públicos para reparos. Entretanto, conforme adverte Crawford, as informações recebidas pela prefeitura de Boston seriam influenciadas pela distribuição desigual de *smartphone* entre a população:

[...] se as cidades começarem a depender de dados que vêm apenas de cidadãos com *smartphones*, é uma amostra auto seletiva — necessariamente terá menos dados daqueles bairros com menos proprietários de *smartphones*, que normalmente incluem populações mais velhas e menos abastadas [...] essas possíveis lacunas de dados, funcionários públicos menos conscientes podem perdê-las e acabar alocando recursos de maneira equivocada, reforçando ainda mais as desigualdades sociais existentes. (FOREIGN POLICY, 2013, online, tradução livre)

Fica evidente que, além de uma boa análise matemática, os resultados do algoritmo também dependerão da qualidade dos dados utilizados (*THE CONVERSATION*, 2017, online). Assim, utilização de dados de treinamento tendenciosos ou conterem indícios de discriminações já institucionalizadas também podem ocasionar situações de discriminação algorítmica, já que tais dados são os fundamentos das previsões realizadas pelos sistemas algoritmos.

Como exemplo da discriminação algorítmica ocasionada pela utilização de uma base de dados enviesada, encontram-se diversos casos de utilização de algoritmos para policiamento preditivo — a aplicação de sistemas algoritmos “para identificar alvos para a intervenção policial e prevenir o crime ou resolver crimes passados, fazendo previsões estatísticas” (LUM;

ISAAC, 2016, p. 6). Sendo o *PredPol*, uma das mais famosas ferramentas de policiamento preditivo.

Tendo como *input* dados sobre o tipo e local de cada crime e quando ocorreram, o *PredPol* encontra padrões e realiza previsões das áreas nas quais crimes futuros tem maior probabilidade de ocorrer, “sendo que as áreas com as maiores taxas de criminalidade previstas são sinalizadas como *hotspots* e recebem atenção policial adicional no dia seguinte” (LUM; ISAAC, 2016, p. 5). Sendo assim, o sistema algorítmico “é projetado para aprender e reproduzir padrões nos dados, mas se dados tendenciosos forem usados para treinar esses modelos preditivos, os modelos reproduzirão e, em alguns casos, amplificarão esses mesmos vieses” (LUM; ISAAC, 2016, p. 2).

No caso do algoritmo utilizado pelo *PredPol*, a base de dados de treinamento utilizada para prever a ocorrência de crime futuros era um produto das atividades policiais, sendo que qualquer padrão encontrado pelo algoritmo, refletiria eventuais práticas discriminatórias já praticadas nas operações policiais. Em parte, isso ocorre porque os dados da polícia “refletem preconceitos institucionais de longa data ao longo relacionados com renda, raça e gênero.” (*THE CONVERSATION*, 2017, tradução livre):

Décadas de pesquisa criminológica, que datam pelo menos do século XIX, mostraram que os bancos de dados policiais não são um censo completo de todos os crimes, nem constituem uma amostra aleatória representativa. Evidências empíricas sugerem que os policiais — implícita ou explicitamente — consideram raça e etnia em sua escolha de quais pessoas deter e revistar e quais bairros patrulhar. (LUM; ISAAC, 2016, tradução livre, p. 8)

Visando analisar o enviesamento das bases de dados utilizada pelo *PredPol* — e consequente, das previsões realizadas pela ferramenta — Lum e Isaac (2016), do *Human Rights Data Analysis Group*, realizaram um estudo estatístico sobre a distribuição dos crimes de drogas que realmente acontecem e dos crimes de drogas que constam na base de dados da polícia de Oakland.

A partir dos cruzamentos de pesquisas de saúde, os pesquisadores chegaram à conclusão de que o uso de drogas ilícitas em Oakland é relativamente uniforme em toda a cidade. Entretanto, ao analisar o número de prisões por drogas em 2010, com base em dados obtidos do Departamento de Polícia de Oakland, descobriram que os crimes de drogas conhecidos pela polícia não são uma amostra representativa de todos os crimes de drogas, já que:

[...] as detenções por drogas no banco de dados da polícia parecem concentradas em bairros ao redor de *West Oakland* [...] e *International Boulevard* [...], duas áreas com populações majoritariamente não brancas e de baixa renda. Esses bairros sofrem cerca de 200 vezes mais prisões relacionadas a drogas do que áreas fora desses aglomerados.

Em contraste, nossas estimativas [...] sugerem que os crimes de drogas são muito mais uniformemente distribuídos pela cidade. As variações em nosso número estimado de usuários de drogas são causadas principalmente por diferenças na densidade populacional, já que a taxa estimada de uso de drogas é relativamente uniforme em toda a cidade. Isso sugere que, embora os crimes de drogas existam em todos os lugares, as prisões por drogas tendem a ocorrer apenas em locais muito específicos — os dados da polícia parecem representar desproporcionalmente crimes cometidos em áreas com populações mais altas de residentes não brancos e de baixa renda. (LUM; ISAAC, 2016, tradução livre).

Portanto, se a atenção da polícia estiver voltada para determinados bairros ou grupos étnicos, como consequência, nos registros de atividades policiais, tais grupos e áreas estarão super-representados. Dessa forma, os crimes relacionados com tais categorias têm a maior probabilidade de aparecer nos bancos de dados de entidades policiais, justamente porque é onde a polícia está patrulhando (LUM; ISAAC, 2016, p. 6).

Ao investigar os efeitos discriminatórios que tal desproporcionalidade ocasionava no sistema preditivo da *PredPol*, os pesquisadores descobriram que os locais sinalizados pela *PredPol* como ‘hotspot’, eram justamente os super-presentados nos dados históricos da polícia de Oakland. Concluindo, Lum e Isaac (2016), que devido às previsões realizadas pelo algoritmo, pessoas negras seriam alvo de policiamento preditivo em cerca de o dobro da taxa de pessoas brancas. Também encontrando uma desproporcionalidade semelhante entre faixas de renda diferentes, pois, o algoritmo alocava recursos policiais em uma maior quantidade em bairros com população de baixa renda, quando comparado com populações de renda alta. Desproporcionalidade que contrastava com a realidade, já que o uso de drogas é aproximadamente equivalente em todas as classes e grupos étnicos.

Dessa forma, os dados de treinamento enviesados utilizados nas análises realizadas pelo *PredPol*, produzem previsões enviesadas, as quais são utilizadas como subsídios para a tomada de decisão de táticas de segurança pública, gerando novas previsões cada vez mais tendenciosas. Ocasionalmente um ciclo de feedback (LUM; ISAAC, 2016, p. 8):

Como essas previsões provavelmente super-representam áreas que já eram conhecidas pela polícia, os policiais se tornam cada vez mais propensos a patrulhar essas mesmas áreas e observar novos atos criminosos que confirmam suas crenças anteriores sobre a distribuição da atividade criminosa.

Isso cria um ciclo de feedback em que o modelo se torna cada vez mais confiante de que os locais com maior probabilidade de experimentar mais atividades criminosas são exatamente os locais que eles acreditavam anteriormente serem altos em crimes: o viés de seleção encontra o viés de confirmação. (tradução livre)

Portanto, observa-se que as decisões tomadas por algoritmos, quando treinados com uma base de dado enviesada ou não representativa, também são passíveis de reproduzir os mesmos vieses. Sendo concretizado a velha máxima da ciência dos dados “entra lixo, sai lixo”. Sendo que, tais decisões podem aprofundar processos discriminatórios já existentes na sociedade.

3 MEDIDAS MITIGATÓRIAS E PERSPECTIVAS REGULAMENTARES

Através dos exemplos anteriormente elencado, nota-se o impacto que as decisões realizadas por algoritmos podem ocasionar em nosso cotidiano, podendo ser um dos fatores determinantes para o aprofundamento de processos discriminatórios já existente na sociedade. Sendo, portanto, devido a tais impactos, faz-se necessário a devida atenção do Direito à tais institutos, buscando-se medidas regulatórias que visem à mitigação e responsabilização por tais impactos.

Esta sessão procura, oferecer uma visão geral dos princípios que podem ser aplicados aos sistemas de algoritmos, visando diminuir os impactos discriminatórios de tais ferramentas. Sendo elencados os princípios mais comumente discutidos na literatura a respeito de governança algorítmica. Buscando-se estabelecer uma relação com as disposições legais já presentes no ordenamento jurídico brasileiro, em especial, na Lei Geral de Proteção de Dados. (Lei nº 13.709, LGPD), na Lei do Cadastro Positivo (Lei 12.414/2011, LCP) e no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, CDC), principais legislações aplicáveis à utilização de dados pessoais.

Sendo que tais soluções relacionadas com: **(i)** a qualidade e representatividade dos dados utilizados; **(ii)** transparência e explicabilidade das decisões tomada; e **(iii)** prestação de contas.

Primeiramente, discute-se a importância da **qualidade** dos dados utilizados como *inputs* nos sistemas algoritmos. Conforme, demonstrado ao longo do trabalho, os dados utilizados nos algoritmos estão diretamente relacionados com os resultados produzidos pelo sistema. Já que:

[...] quando as entradas de um processo de tomada de decisão são incorretas (lixo na entrada), é impossível se confiar em qualquer decisão tomada (lixo na saída). Garantir a qualidade das informações na entrada, portanto, é fundamental para podermos assegurar que as decisões que estamos tomando com base nessas informações são boas (BIG DATA CORP, 2021, online).

Dessa forma, para serem eficazes, os algoritmos devem contar com dados precisos e de boa qualidade, sendo que os resultados previstos podem ocasionar consequências discriminatórias ou não serem significativos, se os dados de entrada não forem precisos, confiáveis ou representativos. Nas palavras de Doneda (2016, *online*)

Se os conjuntos de dados forem usados como partes centrais das tarefas a serem realizadas por algoritmos, é importante enfatizar a necessidade de verificar se estão sendo usados na lei e da ética. Em suma, cabe assegurar que os dados sejam legítimos e corretos, que estejam atualizados e não apresentem nenhum viés. Por exemplo, a

mineração de dados e outros métodos usados para refinar os conjuntos de dados podem acabar resultando em discriminação. Além disso, a seleção, a classificação, a correlação e outras técnicas costumam repetir vieses ambientais, pois conseguem imitar as condições sociais e pessoais.

Nesse sentido, estabelece a Lei Geral de Proteção de Dados - em seu artigo 6º, inciso V - o princípio da qualidade dos dados que é definido como qualidade dos dados “(...) garantia, aos titulares, de **exatidão, clareza, relevância e atualização** dos dados, de acordo com a **necessidade e para o cumprimento da finalidade** de seu tratamento. Portanto, estabelecendo que todos os sistemas de algoritmos que utilizem dados pessoais como subsídios para o treinamento de seus resultados devem garantir a qualidade de tais *input*.

Outra importante questão diz respeito a necessidade de **transparência e explicabilidade** nas decisões tomadas por algoritmos. Por muitas vezes, os sistemas algoritmos chegam a resultados de difícil compreensão para as pessoas afetadas por suas decisões, já que o caminho percorrido e os insumos utilizados pela ferramenta são complexos ou, até mesmo, desconhecidos. Explica Ferrari (2018, p. 12) sobre essa opacidade:

(...) é consequência da alta dimensionalidade de dados, da complexidade de código e da variabilidade da lógica de tomada de decisões. Por empregarem centenas ou milhares de regras, por suas previsões estarem combinadas probabilisticamente de formas complexas, pela velocidade no processamento das informações, e pela operacionais, multiplicidade de variáveis parece estar além das capacidades humanas apreender boa parte — senão todas — as estruturas decisórias que empreguem a técnica

Persistindo tal dificuldade de compreensão caso fosse fornecido o acesso ao fornecimento de algoritmos completos ou do código de software subjacente ao público, visto que “algoritmos apenas podem ser considerados compreensíveis quando o ser humano consegue articular a lógica de uma decisão específica, explicando, por exemplo, a influência de determinados inputs ou propriedades para a decisão” (FERRARI; BECKER; WOLKART, 2018, p. 8). Buscando solucionar tal opacidade, traz-se dois aspectos fundamentais: transparência sobre o tratamento e explicabilidade das decisões.

O aspecto relacionado a transparência sobre o tratamento, relaciona-se ao fornecimento de informações significativas que permitam aos usuários entenderem quando estão tratando com sistemas de algoritmos e não com seres humanos. Dessa forma, professores que têm o seu desempenho avaliado, réus que possuem sentenças decretadas e cidadãos que têm sua vida influenciadas por decisões tomadas por sistemas algoritmos, devem ser informados sobre a utilização de seus dados para tais fins. Já que “não se tendo conhecimento de como foi tomada a decisão, não há como afirmar se a mesma foi lícita ou ilicitamente discriminatória” (RIBEIRO, 2021, p. 44).

Nesse sentido, a Lei Geral de Proteção de Dados (art. 6º, inciso VI) estabelece como um dos seus princípios fundamentais a transparência que garante aos indivíduos que têm seus dados pessoais utilizados “informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial”. Garantindo, ainda, uma série de direitos relacionados com a observância da transparência nos processos que tratem dados pessoais, entre eles:

direito a ser informado sobre a existência do tratamento, positivado no artigo 19: “A confirmação de existência ou o acesso a dados pessoais serão providenciados, mediante requisição do titular”. Também no direito de acesso entendido assim o inciso II do mesmo artigo, “(...) por declaração clara e completa, que indique a origem dos dados, a inexistência de registro, os critérios utilizados e a finalidade do tratamento, observados os segredos comercial e industrial (RIBEIRO, 2021, p. 44).

Já no âmbito das relações consumeristas, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, CDC), em artigo 43, trata do acesso a informações cadastrais e bancos de dados, dispondo que o consumidor “(...) terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes”.

Sobre o direito à informação nas relações de consumo, explica Monteiro (2018, p. 7) quando, houver uma decisão algorítmica automatizada, como a concessão de um financiamento, o consumidor poderá requerer a entidade financeira os dados utilizados para basear tal decisão e:

caso seja criada uma obrigação jurídica, é seu direito, também, ter conhecimento de suas finalidades e propósitos, seu alcance e como foi formada, incluindo critérios e valoração dos atributos utilizados para tomar a decisão. Em outras palavras, entender como se deu a formação da obrigação jurídica é essencial para a sua aceitação e exercício dos direitos previstos no CDC. E isso inclui entender como um algoritmo deu origem a tal obrigação.

Já a explicabilidade destina-se a mitigar a dificuldade de conferir o processo de tomada de decisão ou recomendação realizado pelos algoritmos. Quando aplicada às decisões realizadas por algoritmos diz respeito, não a explicação passa-a-passo dos processos efetuados, mas sim, a uma descrição das razões ou justificativas que levaram o sistema a tal decisão, generalizada (DOSHI-VELEZ; KORTZ, 2017, p. 2). Portanto, a explicabilidade, para fins desse artigo, será o processo de descrição, em formato inteligível para humanos, do processo pelo qual os sistemas algoritmos tomam decisões (DOSHI-VELEZ; KORTZ, 2017, p. 3). Sendo importante já que:

a rápida disseminação da decisão automatizada — entrando em áreas sensíveis da vida, como seguro de saúde, pontuação de crédito ou recrutamento, exige que efetuem melhor ao permitir que as pessoas entendam como suas vidas estão sendo moldadas por algoritmos interpretarem sua entrada” bem como “por que eles

recomendaram uma saída específica” (House of Commons Science and Technology Committee, 2018, p. 32, tradução livre)

Dessa forma, os sistemas algoritmos devem conseguir possibilitar o fornecimento de informações claras e compreensíveis para não especialistas sobre a lógica utilizada pelo modelo durante a tomada de decisões do algoritmo. Tal explicabilidade pode ser fornecida, por exemplo, através do fornecimento através de informações chaves, “como quais variáveis estão em uso, para quais objetivos os algoritmos estão sendo otimizados, os dados de treinamento e os valores médios e desvios padrão dos resultados produzidos, ou a quantidade e a categoria de dados que estão sendo processados pelo algoritmo”. (House of Commons Science and Technology Committee, 2018, p. 42)

O direito à explicação sobre os critérios utilizados em decisões automatizados já é positivado no ordenamento jurídico brasileiro. Sendo estabelecido na LGPD, no parágrafo 1º do artigo 20, que o “(...) controlador deverá fornecer, sempre que solicitadas, informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada, observados os segredos comercial e industrial.”. Dessa forma, estabelece a legislação que o indivíduo que tiver seus dados pessoais utilizados como subsídios para tomada de decisões algorítmicas que os afetem, poderão solicitar as entidades responsáveis informações sobre o processo decisórios realizado pelo algoritmo. Nesse sentido, explica Monteiro (2018, p. 11):

a LGPD garante aos indivíduos o direito de ter acesso a informações sobre as categorias de dados pessoais seus são utilizados para alimentar algoritmos responsáveis por decisões automatizadas. (...) Esse direito inclui ainda a possibilidade de conhecer os critérios utilizados para tomar a decisão automatizada e de solicitar a revisão da decisão por um ser humano quando esta afeta os interesses dos titulares.

A LGPD põe a salvo os segredos comerciais e industriais dos desenvolvedores de algoritmos. Caso a disponibilização de informações sobre os procedimentos utilizados na decisão automatizada seja negada com base em tal argumento, a Lei prevê que a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) poderá ser acionada para realizar uma auditoria nos sistemas da entidade, como o objetivo de verificar eventuais aspectos discriminatórios presentes nos sistemas de tratamento automatizados.

Também disciplina o caput do artigo 20, da LGPD, o direito do indivíduo submetido a decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado solicitar a revisão de tais decisões. Desde que seus interesses sejam afetados, esses interesses abrangem, mas não se limitam, àquelas utilizadas para definir perfis comportamentais de cunho pessoal, profissional, de consumo e de crédito.

Destaca-se a abrangência da norma, a qual refere-se à possibilidade de a decisão afetar algum “interesse” do titular, ou seja, não é necessária “a verificação de uma violação de um direito específico para que o art. 20 possa ser invocado. O simples fato de uma decisão totalmente automatizada afetar interesses do titular (...) já é o suficiente para sua aplicação”, possível a efetuação de uma tutela preventiva, antes mesmo da concretização de algum dano.

Em sentido semelhante, a Lei do Cadastro Positivo — que diz respeito aos requisitos para o tratamento de dados no âmbito da formação do histórico de crédito, tendo como principais objetivos “reduzir a assimetria de informações e possibilitar a coleta de dados de adimplência após o consentimento prévio do consumidor” (MONTEIRO, 2018) — estabelece um *direito de revisão de decisões totalmente automatizadas*. Estabelecendo o art. 5º da lei que os cadastrados têm o direito de “(...) VI — solicitar ao consulente a revisão de decisão realizada exclusivamente por meios automatizados”. Sobre o direito a revisão da Lei do Cadastro Positivo, explica Zanatta (2019, p. 20) que:

Direito de revisão de decisão automatizada é instrumental para a identificação de potenciais violações de direitos, como, por exemplo, a atribuição de uma graduação elevada de pontuação em uma metodologia de análise de risco que considere o CEP da pessoa, como é o caso padrão em sistemas utilizados por Serasa Experian e SPC Boa Vista. É por meio do direito básico do art. 5º, VI, que, teoricamente, um cidadão cadastrado pode identificar se, mesmo com um hábito regular de pagamentos de contas e higiene financeira, ele está sendo discriminado “em grupo” por morar em bairro periférico de São Paulo (o que levaria o sistema de clusterização usado pelo birô de crédito a inferir que aquela pessoa possui um risco mais elevado de crédito pelo simples fato de residir em uma localização onde, de acordo com análise estatística, há um grande número de “maus pagadores”)

Sobre o processo de decisões algorítmicas para a avaliação de riscos para o fornecimento de crédito, o STJ julgou a legalidade da prática, desde que garantido ao consumidor o direito à explicação, decisão que culminou na Súmula, que disciplina:

Súmula 550. A utilização de score de crédito, método estatístico de avaliação de risco que não constitui banco de dados, dispensa o consentimento do consumidor, que terá o **direito de solicitar esclarecimentos sobre as informações pessoais valoradas e as fontes dos dados considerados no respectivo cálculo.**¹⁵ [grifou-se]

Percebe-se, portanto, que tanto os direitos que estabelecem a transparência, quanto os direitos que estabelecem a revisão de tais decisões, são importantes para possibilitar uma maior autonomia dos titulares frente às eventuais decisões discriminatórias que podem ser ocasionadas por algoritmos. Sendo que, “as variáveis consideradas, o objetivo da categorização realizada e a legitimidade de determinado processo decisório são expostos, abrindo a

¹⁵ RESP nº 1.419.697 RS. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/152068666/recurso-especial-resp-1419697-rs-20130386285-0/relatorio-e-voto-152068681>.

possibilidade de questionar os parâmetros adotados e, em um sentido mais amplo, a possibilidade de crítica” (MARTINS; HOSNI, 2020, *online*).

Além da possibilidade de revisar eventuais decisões discriminatórias, é necessário estabelecer mecanismo que possibilitem que os indivíduos solicitem a responsabilização pelos danos que tais tecnologias podem ocasionar. O princípio da responsabilidade que nas palavras de Shippers e Mattiuzzo (2019, p. 18) está relacionado a necessidade de oferecer alternativas para a reparação de tais danos, ao nível individual e coletivo. Nesse sentido, a LGPD fornece uma série de garantias aos indivíduos que têm seus direitos violados pelo tratamento de decisões automatizadas. Primeiramente, destaca-se a possibilidade de inversão do ônus da prova estabelecida no art. 42, §2º da Lei, o qual estabelece que:

Art. 42. § 2º O juiz, no processo civil, poderá inverter o ônus da prova a favor do titular dos dados quando, a seu juízo, for verossímil a alegação, houver hipossuficiência para fins de produção de prova ou quando a produção de prova pelo titular resultar-lhe excessivamente onerosa.

Em lógica semelhante à aplicada às relações de consumo, a LGPD estabelece que havendo situação de hipossuficiência ou encargo excessivo para o indivíduo em produzir provas, o juiz poderá solicitar que os responsáveis pelo tratamento dos dados comprovem que o tratamento automatizado não gerou efeitos discriminatórios. Sendo essa uma importante garantia aos direitos fundamentais, já que devido à complexidade e opacidade nos algoritmos, existe uma assimetria técnica e informacional entre os controladores de tais tecnologias e os indivíduos que possam ser afetados pelos seus resultados. No mesmo artigo, a LGPD também admite danos patrimoniais e morais, em caráter individual ou coletivo, bem como a ações coletivas para reparação de danos coletivos:

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.

(...)

§ 3º As ações de reparação por danos coletivos que tenham por objeto a responsabilização nos termos do caput deste artigo podem ser exercidas coletivamente em juízo, observado o disposto na legislação pertinente

Com base no exposto acima, é possível afirmar que a Legislação Geral de Proteção de Dados, o Código de defesa do Consumidor e a Lei do Cadastro positivo estabelecem princípios e disposições que estabelecem a necessidade de utilizar-se dados de qualidade, bem como determinam medidas de transparência, de revisão e responsabilização das decisões tomadas por algoritmos. Sendo que, o mecanismo jurídico existente atualmente mesmo sendo de aplicação *ex post*, podem ser aplicadas na detecção e responsabilização de processos discriminatórios.

Conclusão

A evolução tecnológica vivenciada pela humanidade nos últimos anos culminou em uma sociedade regida por dados, onde as decisões automatizadas realizadas através de algoritmos influenciam em diversos aspectos de nosso cotidiano. Impactando significativamente em diversos modelos de negócios — desde o mercado de concessão de seguros e crédito até a utilização pelo setor de saúde.

Entretanto, apesar dos argumentos de “neutralidade tecnológica” muitas vezes estabelecidos sobre os algoritmos, essas tecnologias são constituídas por humanos, sendo, portanto, submetidas às falhas de seus criadores, sendo que tais algoritmos podem se tornar enviesados. Dessa forma, a utilização de algoritmos nos processos de tomadas de decisões pode ocasionar processos de discriminatórios, resultando em tratamentos que perpetuam injustiças na sociedade (GANGADHARAN; EUBANKS; BAROCAS, 2014, p. 4).

A discriminação pode ser incorporada nos algoritmos em diferentes estágios do desenvolvimento de um algoritmo, destacado as hipóteses geradoras de enviesamento de algoritmos ocasionadas devido à **(i)** escolha de resultados e a **(ii)** escolhas dos dados. A discriminação algorítmica ocorre quando no momento da definição da variável de destino, que esse consiste na transformação de um problema, muitas vezes subjetivos, em uma variável inteligível para o processamento por um computador, tradução essas que pode involuntariamente resultar em uma análise estatística que resulte em um processo discriminatório.

Já a discriminação resultando da escolha dos dados, pode ser ocasionada devido à escolha de dados não representativos, que ocorre quando os dados selecionados “não são suficientes para representar um determinado grupo como todos os detalhes e complexidades necessárias, ou seja, os critérios utilizados podem ser generalizantes demais” (SCHIPPERS, 2018, p.26). Sendo que essas generalizações, impactam de formas discriminatórias as categorias sub-representadas na base de dados utilizada para o treinamento de algoritmos. Podendo também a discriminação ocasionada pela escolha dos dados ser resultado da utilização de dados de treinamento enviesados, resultando na perpetuação dos padrões discriminatórios contidos no treinamento para as decisões ocasionadas pelos algoritmos.

Tendo em vista a capacidade de impactar diversas áreas da vida humana dos algoritmos, tem-se necessidade de discutir as medidas regulatórias aplicáveis a tais tecnologias. Com esse objetivo, foi analisado as disposições aplicáveis ao tratamento de dados utilizados

por algoritmos nos principais mecanismos legais aplicáveis: a Lei Geral de Proteção de Dados, a Lei do Cadastro Positivo e o Código de Defesa do Consumidor. Sendo encontrado, disposições que estabelecem medidas relacionadas com a **(i)** qualidade dos dados utilizados; **(ii)** transparência e explicabilidade do processo decisório e **(iii)** responsabilização pelos danos ocasionados.

Em relação à qualidade dos dados pessoais que devem ser utilizados como base de treinamento encontram-se disposições que estabelecem a necessidade de utilizar dados exatos, claros, relevantes e atualizados, de acordo com a **necessidade e para o cumprimento da finalidade**. No quesito transparência, foram discutidas tantas obrigações legais que dizem respeito ao fornecimento de informações significativas que permitam aos usuários entenderem quando estão tratando com sistemas de algoritmos e não com seres humanos, além da possibilidade de solicitar informações sobre os critérios utilizados em determinadas decisões tomadas por algoritmos. Sendo também discutidas garantias legais que estabelecem o direito de revisão das decisões automatizadas.

Por fim, discute-se quais mecanismos legais podem ser utilizados pelos indivíduos na busca de reparação pelos danos que algoritmos podem ocasionar. Sendo encontradas disposições que garantem a inversão do ônus da prova, em casos de hipossuficiência ou dificuldade em se produzir provas de vieses discriminatórios contidos em resultados algorítmicos. Além da possibilidade de busca de reparação civil, tanto na esfera individual quanto coletiva.

BIBLIOGRAFIA

BARI, Anasse; CHAOUCHI, Mohamed; JUNG, Tommy. **Análise Preditiva Para Leigos**.

BAROCAS, Solon; SELBST, Andrew D. **Big Data's Disparate Impact**. *California Law Review*, [s.l.], v. 104, p. 671-732, 2016. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2477899 >. Acesso em: 12 mai. 2022.

BERLINSKI, David. **O advento do algoritmo: a ideia que governa o mundo** / David Berlinski ; tradução Leila Ferreira de Souza Mendes – São Paulo. Editora Globo. 2002

BIG DATA CORP. **A importância dos dados para a evolução da Inteligência Artificial**. Disponível em: <https://bigdatacorp.com.br/a-evolucao-da-inteligencia-artificial-aimportancia-dos-dados/>. Acesso em: 15 mai. 2022.

BIONI, Bruno R. **Proteção de Dados Pessoais - A Função e os Limites do Consentimento**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. 9788530994105. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994105/>. Acesso em: 29 abr. 2022.

BIONI, Bruno. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. 9788530992200. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992200/>. Acesso em: 28 abr. 2022.

BORATTI, Isaias Camilo. **Introdução à Programação: Algoritmos**. Florianópolis: Visual Books, 2007.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 16 mai. 2022.

BRASIL. **Lei do Cadastro Positivo**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20112014/2011/lei/l12414.htm. Acesso em: 16 mai. 2022.

BRASIL. **Lei Geral de Proteção de Dados**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2018/lei/L13709compilado.htm. Acesso em: 15 mai. 2022.

CARVALHO, A. P. de. **Viés algorítmico e discriminação: possíveis soluções regulatórias para o Brasil**. [s. l.], 2020. Disponível em:

CLARKE, Roger. Profiling: **A hidden challenge to the regulation of data surveillance**. *Journal of Law & Information Science*, v. 4, p. 403, 1993

COLOMBO, C.; FACCHINI NETO, E. **Mineração De Dados E Análise Preditiva: Conceito, Fundamento Legal e Tipologia**. *Direito Público*, [S. l.], v. 16, n. 90, 2019.

CRAWFORD, Kate. Think Again: Big Data. **FOREIGN POLICY**. 2013. Disponível em: <https://foreignpolicy.com/2013/05/10/think-again-big-data/> >. Acesso em: 8 maio. 2022.

DA SILVA, Leandro Augusto; PERES, Sarajane M.; BOSCARIOLI, Clodis. **Introdução à Mineração de Dados - Com Aplicações em R**. São Paulo: Grupo GEN, 2016. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595155473/>. Acesso em: 08 mai. 2022.

DANIELI, Oren; HILLIS, Andrew; LUCA, Michael. **How to Hire with Algorithms**. 2016. *Harvard Business Review*. Disponível em: <https://hbr.org/2016/10/how-to-hire-withalgorithms>. Acesso em: 8 maio. 2022.

Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3766>. Acesso em: 02 maio. 2022.

DIXON, Andi; ISSAC, William. **Why big-data analysis of police activity is inherently biased**. *THE CONVERSATION*. 2017. Disponível em:

DONEDA, Danilo. **O que é a governança de algoritmos?** . *Politics*. 2016. Disponível em: <https://politics.org.br/edicoes/o-que-%C3%A9-governan%C3%A7a-de-algoritmos>. Acesso em: 18 mai. 2022.

DOSHI-VELEZ, Finale; KORTZ, Mason. **Accountability of AI Under the Law: The Role of Explanation**. 2017. Berkman Klein Center Working Group on Explanation and the Law, Berkman Klein Center for Internet & Society working paper. Disponível em:

https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/34372584/2017-11_aiexplainability-1.pdf. Acesso em: 15 maio. 2022.

FERRARI, Isabela. **Accountability de Algoritmos: a falácia do acesso ao código e caminhos para Isabela uma explicabilidade efetiva**. 2018. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2019/03/Isabela-Ferrari.pdf>. Acesso em: 15 maio. 2022.

FERRARI; Isabela, BECKER, Daniel; WOLKART, Erik. **Arbitrium ex Machina:**

GANGADHARAN, S. P. (Ed.); EUBANKS, V. (Ed.); BAROCAS, S. (Ed.). **Data and Discrimination: Collected Essays**. Open Technology Institute e New America, 2014. Disponível em: <<https://rws511.pbworks.com/w/file/attach/88176947/OTI-Data-and-Discrimination-FINAL-small.pdf>>. Acesso em: 09 mai 2022.

GOODMAN, Bryce. **Economic Models of (Algorithmic) Discrimination**. 2016. Disponível em: <http://s3.amazonaws.com/arenaattachments/1471919/2783badab87016d29f7ba5d990a53a56.pdf?1512076758>. Acesso em: 09 mai. 2022.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Controle do comportamento por meio de algoritmos: um desafio para o Direito**. Direito Público, v. 16, 2019. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/275933219.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2022.

HOUSE OF COMMONS SCIENCE AND TECHNOLOGY COMMITTEE, **Algorithms in decision-making**. 2018. Disponível em:

How We Live, Work, and Think. New York: First Mariner Books, 2014.

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788550809298/>. Acesso em: 28 abr. 2022.

<https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmsctech/351/351.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2022.

<https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.969CCB26&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 8 maio. 2022.

<https://theconversation.com/why-big-data-analysis-of-police-activity-is-inherently-biased72640>. Acesso em: 14 maio. 2022.

https://www.researchgate.net/publication/331287708_Perfilizacao_Discriminacao_e_Direitos_do_Codigo_de_Defesa_do_Consumidor_a_Lei_Geral_de_Protecao_de_Dados_Pessoais.

KLEINBERG, Jon; LUDWIG, Jens; MULLAINATHAN, Sendhil; SUNSTEIN, Cass R., (2018). **Discrimination in the Age of Algorithms**. Journal of Legal Analysis, 10, 113-174. Disponível em: <https://academic.oup.com/jla/article/doi/10.1093/jla/laz001/5476086?login=false>. Acesso em: 09 mai. 2022.

LEMAN, Jonas. **Big Data and Its Exclusions**. 2013. Stanford Law Review Online, 66 Stanford Law Review Online 55 (2013). Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2293765>>. Acesso em: 09 mai. 2022.

MARTINS; Pedro Bastos Lobo; HOSNI, David Salim Santos. **Tomada de Decisão Automatizada e a Regulamentação da Proteção de Dados: Alternativas Coletivas Oferecidas pela Lei Geral de Proteção de Dados**. 2020. Internet Lab. Disponível em: <https://revista.internetlab.org.br/736-2/>. Acesso em: 09 mai. 2022.

MAYER-SCHÖNBERGER, V.; CUKIER, K. **Big Data: A Revolution That Will Transform**

MONTEIRO, Renato Leite. **Existe um direito à explicação na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais?** Instituto Igarapé, Artigo Estratégico nº 39, Dezembro de 2018. Disponível em: <https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2018/12/Existe-um-direito-a-explicacao-naLei-Geral-de-Protacao-de-Dados-no-Brasil.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2022.

MOREIRA, A. J. **O que é discriminação?** 2ª edição reimpressa editada. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

MUELLER, John; MASSARON, Luca. **Algoritmos Para Leigos**. Rio de Janeiro: Editora Alta Books, 2018. 9788550809298. Disponível em:

NOOMIS. **Treine bem seus algoritmos para evitar decisões tendenciosas**. 2020. Disponível em: <https://noomis.febraban.org.br/temas/inteligencia-artificial/treine-bem-seusalgoritmos-para-evitar-decisoes-tendenciosas>. Acesso em: 28 abr. 2022.

O'NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa: Como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia**. 1º ed. Santo André: Editora Rua do Sabão, 2020.

panorama, riscos e a necessidade de regulação de decisões informadas por algoritmos. Revista dos Tribunais, vol. 995, Set / 2018. Disponível em: <http://governance40.com/wpcontent/uploads/2018/11/ARBITRIUM-EX-MACHINA-PANORAMA-RISCOS-E-ANECESSIDADE.pdf>. Acesso em: 15 maio. 2022.

PWC. PricewaterhouseCoopers. **O abismo digital no Brasil**. Disponível em: <https://www.pwc.com.br/pt/estudos/preocupacoes-ceos/mais-temas/2022/o-abismo-digital-nobrasil.html>. Acesso em: 28 abr. 2022.

Reflexões Sobre Possíveis Violações Ao Direito De Privacidade Na Sociedade Da Informação E Critérios Para Sua Adequada Implementação À Luz Do Ordenamento Brasileiro. Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias, [s. l.], v. 3, n. 2, p. 59–80, 2017. DOI 10.26668/indexlawjournals/2526-0049/2017.v3i2.2345. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=asn&AN=129376304&lang=ptbr&site=eds-live>. Acesso em: 8 maio. 2022.

REINSCH, R.; GOLTZ, S. **Big Data: Can the attempt to be more discriminating be more discriminatory instead?** Saint Louis University Law Journal, [s.l.], v. 61, p.35-82, 2016 Disponível em: https://www.slu.edu/law/law-journal/pdfs/issues-archive/v61no1/roger_reinsch-and-sonia_goltz_article.pdf. Acesso em: 28 abr. 2022.

REIS, Paulo Victor A. **Algoritmos e o Direito**. São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584935673/>. Acesso em: 28 abr. 2022.

RIBEIRO, Ana Lúcia Lira. **Discriminação em algoritmos de inteligência artificial: uma análise acerca da LGPD como instrumento normativo mitigador de vieses discriminatórios**. 2021. 61 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2021.

Rio de Janeiro: Editora Alta Books, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788550813028/>. Acesso em: 28 abr. 2022.

SCHERTEL MENDES, Laura; MATTIUZZO, Marcela. **Discriminação Algorítmica:**

SHIPPERS, Laurianne-Marie. **Algoritmos que discriminam: uma análise jurídica da discriminação no âmbito das decisões automatizadas e seus mitigadores**. Monografia Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 57 p. 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/29878/Algoritmos%20que%20discriminam%20-%20Laurianne-Marie%20Schippers.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 08 mai. 2022

ZANATTA, Rafael. **Perfilização, Discriminação e Direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. 2019. Disponível em: Acesso em: 16 de mai. 2022.

4. Discursos manipulativos e o princípio constitucional da transparência na Sociedade da Informação

Manipulative speeches and the constitutional principle of transparency in the information society

Luís Delcídes Rodrigues da Silva

MBA em Planejamento Tributário pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU) – em andamento. Graduado em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Jornalista. ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-3215-6029>. Curriculum Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5456750358720852>.

Devanildo de Amorim Souza

Mestrando em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU/SP. Graduado em Direito – FMU/SP. Bolsista CAPES. Advogado. Curriculum Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3461110540185889>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2489-1373>.
São Paulo/SP, Brasil.

Resumo: O presente estudo trata sobre a transparência pública e os discursos manipulativos e o princípio constitucionais da transparência e publicidade. O objetivo deste estudo é compreender os desejos de transparência dos cidadãos e dos chefes de governo e suas diversas formas de manipulação ao menosprezar quaisquer formas de mediação, representação e distorções da verdade durante os discursos. A metodologia adotada é o dedutivo, por meio do levantamento qualitativo-bibliográfico de artigos, livros, matérias jornalísticas concernentes a temática proposta, além da consulta ao arcabouço jurídico-doutrinário e a legislação vigente. Até que ponto os desejos e discursos manipulativos interferem na transparência pública? A conclusão deste trabalho é a obediência ao princípio da transparência elencado na Constituição Federal (CF/1988) e na Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação).

Palavras-chave: Transparência. Informação. Cidadão. Publicidade.

Abstract: The present study deals with public transparency and manipulative discourses and the constitutional principle of transparency and publicity. The objective of this study is to understand the desires of city dwellers and heads of government for transparency and their various forms of manipulation by disregarding any forms of mediation, representation and distortions of the truth during the speeches. The methodology adopted is deductive, by means of a qualitative-bibliographical survey of articles, books, and journalistic articles concerning the proposed theme, besides consulting the legal-doctrinaire framework and the legislation in force. To what extent do the wishes and manipulative speeches interfere with public transparency? The conclusion of this work is the obedience to the principle of transparency listed in the Federal Constitution (CF/1988) and in Law No. 12,527 of November 18, 2011 (Access to Information Law).

Keywords: Transparency. Information. Citizen. Publicity.

INTRODUÇÃO

Tratar sobre transparência em um momento de intensos discursos veementes e a predileção pelo combate a corrupção e fazer o certo. Na ânsia pelo desempenho e mostrar serviço, os Chefes de governo, inauguram obras com ares e pompas de “antecipação de dever cumprido” e, além da arrogância, há uma rispidez ao tratar os profissionais da imprensa, especialmente durante as entrevistas coletivas.

Há um alvorecer em meio ao caos, especialmente após as manifestações de 2013. Ao amadurecer, a população, especialmente ao tratar sobre consciência política e crítica, inicia-se a passos lentos um longo caminho a percorrer. Portanto, no entendimento de Deleuze (1974), “Alice Cresce”, ela se torna maior do que era. Mas – também – torna-se menor do que agora”.

Portanto é nesse vai e vem do puro devir que a transparência toma seu curso. Com princípio Constitucional fundamentado no artigo 5º e seus incisos X e XXXIII e artigo 37, § 4º e artigo 216, § 2º e com a criação da Lei nº 12.527 de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação) reforçam mais sobre o princípio da transparência e o acesso fundamental a informação.

Logo, além de ser um puro devir, transitando entre o devir louco, que nunca se detém e transita em ambos os sentidos ao fazer coincidir o futuro e passado ao mesmo tempo. O discurso ancorado em uma transparência perdida, sem mediação e qualquer forma de representação, formam uma população rasa e está passível a aceitar a mentira como verdade.

Neste trabalho, apresentaremos sobre a importância da transparência, ao fundamentá-la nos princípios constitucionais e com o reforço da Lei de Acesso à Informação a importância de o direito do cidadão saber o que se passa na administração pública e o seu direito de controle – especialmente na verificação da legalidade e a oportunidade das decisões ao monitorar o uso do dinheiro público através dos dados disponíveis nos documentos eletrônicos.

Ademais, com base na Declaração Dos Direitos Do Homem, de 1789, todo ato político deve estar sujeito a controle dos cidadãos. Por esse motivo o cidadão adquirirá o direito de ser ator e não ser apenas um passivo da vida administrativa e a sua participação começa a tornar-se uma voz ativa, tanto para protestar quanto se manifestar, seja através da imprensa, do Ministério Público e das ouvidorias instaladas nos órgãos públicos.

No presente trabalho apresentaremos os artifícios e as possíveis dissonâncias cognitivas do discurso da transparência. Vamos fazer um caminho pela semiótica discursiva ao apresentar os elementos argumentativos geradores de sentido que reforçam a ideia do mito do

acesso direto e da transparência. Além da “pura verdade” algo omitido dentro das condições de enunciação.

Os simulacros da transparência, especialmente a aposta na falta de memória do povo, sem qualificação educacional e desconhecedor da história. Por diversas vezes o “recorte” histórico restringe-se aos 16 anos de um determinado grupo político, mas as mazelas passam da maioria e o elemento humano não percebe.

Para finalizar, apresentaremos o Princípio da Transparência e a sua fundamentação na Constituição Federal e na Lei de Acesso a Informação embasando-se nos teóricos Robert Alexy e Hely Lopes Meireles.

1 TRANSPARÊNCIA

Conforme o significado localizado no Dicionário Michaelis (2015), a transparência é a propriedade do que é transparente ou a característica de quem age de modo franco e sem subterfúgios.

Logo, de acordo com Silva Filho (2011, p. 215), 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, p. 8), 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 em sua desconstrução e constitui-se a favor da positividade. Uma sociedade que se torna positiva quando elimina qualquer inconveniência, sem resistência ao curso raso do capital, da comunicação e da informação (SILVA FILHO, 2019, p. 216).

O tempo torna-se transparente quando é nivelado de um presente disponível e o futuro é positivado em uma vigência otimizada. Assim, Byung-Chul Han 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, 2016, p. 56)

A descrição de Han (2016) harmoniza-se com os escritos de Deleuze (1974, p. 07), 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.

Ao observar esta intensa busca da transparência pelos atuais atores, sejam governamentais ou cidadãos, estes, conforme conceituam os pesquisadores do direito Administrativo, o cidadão tem o direito de ser um ator e não apenas um espectador da vida administrativa. Ou seja, um participante ativo dos mecanismos administrativos.

Portanto a busca pela transparência é um “puxar” em ambos os sentidos e, por conseguinte, um paradoxo que um e outro – governantes e cidadãos – cometem ao fazer afirmações em sentidos antagônicos.

A transparência garante o acesso as informações de forma global, não somente aquelas que se deseja apresentar. Por não ser um fim em si mesmo, a transparência é um instrumento auxiliar da população para o acompanhamento da gestão pública ao permitir o cotejamento da gestão e, ao ser avaliada cotidianamente, possui um caráter preventivo, inibindo situações de desvio e malversação de recursos (RICARDO, 2015, web).

1.1 Para quem interessa a transparência?

Ao cidadão, por ter direito, a saber, conforme conceitua Alexy (2008, p. 118) sobre a máxima da necessidade em acompanhar e interagir com o que se passa na administração pública e, também, ao verificar a legalidade e a oportunidade das decisões que norteiam a utilização do dinheiro público.

O cidadão não é mais um mero espectador, é um usuário, pois ele deve participar ativamente dos mecanismos administrativos apontado, por conseguinte, pontos que podem interessar as instituições, sejam governamentais ou privadas, pois os colaboradores e servidores estão comprometidos com a lisura e a transparência na condução de suas atividades em obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A construção de um ambiente de integridade está fundamentada nas políticas e atividades focadas na prevenção de corrupção e fraudes. As instituições governamentais e privadas possuem a denominada Política Anticorrupção. Essa, por sua vez, estimula o comportamento ético, responsável, comprometedor, cooperativo, preventivo, disciplinador e efetivo.

É importante destacar as ações de combate a fraudes, cujo objetivo dessa é prevenir, detectar e sanar desvios, irregularidades e atos ilícitos praticados contra as instituições, sejam estas governamentais ou privadas.

A adoção da transparência e do *accountability* aproxima a sociedade do poder público, fortalecendo a democracia e a participação social. Sua aplicabilidade traz grandes benefícios a coletividade (FIGUEIREDO; SANTOS, 2013, p. 3).

Os administradores públicos têm o dever de prestar contas aos seus administrados e isso não exige apenas a publicização dos seus atos, mas pressupõe transparência.

1.2 Benefícios da Transparência

Permitir a participação do cidadão na gestão e no controle da administração pública e essa precisa ter a capacidade de conhecer e compreender as ações divulgadas. Somente a compreensão das informações expostas é fundamental para qualificar se a publicização é transparente.

Os órgãos públicos precisam apresentar essas informações aos cidadãos com clareza para, dessa forma, assimilarem e minimizarem as possíveis dúvidas a respeito da comunicação transmitida.

Nesse sentido, é necessário priorizar para informações que atendam as expectativas dos cidadãos. Portanto, sabendo que a sociedade é composta por um corpo social plural, tais informações também devem ser divulgadas de modo a contemplar os mais variados grupos sociais e dessa maneira venha a atender as reais necessidades do público (FIGUEIREDO; SANTOS, 2013, p. 4).

Nessa linha, conforme estabelece a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXIII, a respeito de o cidadão obter informações dos órgãos públicos:

XXXIII – todos tem direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Tal linha de pensamento também se encontra guardada nos artigos 37, § 3º, II e art. 216, §2º do texto Constitucional Pátrio e por muitos anos o direito de informação existiu sem possuir um instrumento legislativo que o disciplinasse.

Art. 37, § 3º - A Lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:
II – O acesso dos usuários a registros administrativos e informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII.

Art. 216, § 2º- Cabem a administração pública na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta quantos dela necessitarem.

A edição da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, a Lei de Acesso a Informação – LAI, em vigor desde 16 de maio de 2012, surge com o intuito de garantir o acesso a informação previsto na Constituição Federal e regulamentar os procedimentos adotados pelos entes da federação.

2 A OBSTINAÇÃO PELA TRANSPARÊNCIA

O desejo da transparência é aspirar à possibilidade de enunciado sem as condições de produção. Pretender a palavra sem os sujeitos e as diversas modalizações. Pois a ação e a linguagem sempre surgem contorcidas, infieis e mutantes. Os enredos e os compromissos serão sempre avaliados como manifestações de corrupção. A partir dessa premissa, cria-se o mito do acesso direto e da transparência.

Para Aldama (2019, p. 152), somente as aparências podem nos dizer a verdade. Logo, os dados pessoais concernentes a um agente público nem sempre traduzem ou participam do ato administrativo. A regra da publicidade dos atos administrativos prevalece. A dificuldade está ao delimitar o campo da privacidade quando está em jogo as informações pessoais e registradas em arquivos públicos.

A transparência pode ter um traço racionalista e a pessoa física fica proibida de ter atitudes não-razoáveis. Conforme o conceito de Silva Filho (2011, p. 219, apud, MORAN, 2001) a noção de expressão (*avowal*)¹⁶ são intercambiáveis com frases ordinárias e não problemáticas.

Os representantes se apresentam como espelho dos seus representados. A intenção de acordo com a semiótica discursiva de Greimas (1981, p. 46) é remover o sujeito da enunciação. Há um efeito de referencialidade, as coisas parecem falar por si mesmas. Pois há uma “pura verdade”, ao ignorar e esconder as suas condições de enunciação.

2.1 Enunciação

Conforme Greimas (1975, p. 62) a estrutura econômica da enunciação, na medida em que pode ser identificada com a comunicação de um objeto enunciado, entre destinador e

¹⁶ Para Moran (2001, pp. 83-94) o conceito de *avowal* significa “manifestação” ou “expressão”.

destinatário, se acha logicamente anterior e hierarquicamente superior a estrutura de um enunciado simples. Pois esses, formados pela estrutura “eu-tu”, dão a impressão de proximidade do sujeito da enunciação não-linguística e produzem uma ilusão de realidade mais intensa.

A enunciação na definição de Fiorin (2017, p. 80) é vista como instância de mediação, que assegura a discursivação da língua que permite a passagem da competência para a performance. Se o objeto da semiótica são os textos, a enunciação só pode ser a instância de mediação entre as estruturas virtuais (fundamental e narrativa) e a estrutura realizada (narrativa). Logo, a enunciação é a instância de mediação entre os elementos mais abstratos e universais e aqueles mais concretos e singulares, que são próprios de cada um dos discursos.

Greimas, durante a ministração do curso “Teoria Semiolingüística do discurso”, na Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras Barão de Mauá, na cidade de Ribeirão Preto em 1973, fez uma definição sintética sobre enunciado como qualquer encadeamento sintagmático que transcende a frase e compõe o discurso. Portanto, se existe um enunciado enquanto objeto do pensamento, existe um sujeito responsável por esse enunciado, que seria o sujeito da enunciação – conceituado pelo ministrante como um enunciado no qual apenas o actante-objeto é manifestado (PRADO, 2018, p. 20).

A partir do enunciado há a possibilidade de identificação de uma estrutura actancial da enunciação, seja implícita ou explícita, responsável pela produção de obras em sua totalidade e destaca-se para o processo de escrita. Para Greimas (1981, p. 5), o discurso comporta níveis isotópicos de enunciação apresentados em forma implícita (nível do enunciado), ou sob a forma de enunciação explicitada (nível de enunciação enunciada), ao constituir-se em um domínio de pesquisa. Além de um terceiro nível, o da enunciação.

Para Fiorin (2017, p. 80), a enunciação é a instância de mediação entre as estruturas semionarrativas e do discurso. É o lugar do discurso, é a instância de instauração do sujeito da enunciação que opera num tempo-espaço. O lugar do *eu-aquí- agora* é a esfera onde se projetam pessoas, espaços e tempos que povoam o enunciado e ao mesmo tempo organizam as figuras do mundo e as configurações discursivas que criam simulacros linguísticos do mundo natural ou explicam-no.

Portanto, a enunciação é o conceito-chave para que o percurso gerativo de sentido seja um modelo harmônico e coeso. Ela permite a passagem da estrutura ao acontecimento, os dois elementos organizadores do discurso.

2.2 Embreagens

Conforme conceito cunhado por Greimas e Coutés (2008, p. 140) os embreantes manifestam a presença do sujeito da fala e a mensagem emitida pelo destinador deve ser entendida pelo destinador deve ser entendida pelo receptor, ou seja, a mensagem é codificada pelo emissor para ser decodificada pelo destinatário.

É um retorno a instância de enunciação. A embreagem ao utilizar uma pessoa no lugar de outra, um tempo com valor de outro, um marcador de espaço com sentido de outro é nítido que os elementos pessoa, espaço e tempo são construções da linguagem.

Para Fiorin (2017, p. 81) as embreagens produzem efeitos de aproximação e distanciamento da instância da enunciação que se concretizam como *subjetividade* e *objetividade* categoria de pessoa; como *presentificação* e *absenteização* na categoria de espaço; como *conjunção*, *deslocação*, *realidade e virtualidade*, *inacabamento e não início* na categoria de tempo.

Conforme o conceito de Greimas e Coutés (2008, p. 141), a embreagem tem orientação conjuntiva. O seu retorno a posição original é um retorno ao indizível do corpo próprio ao simples pressentimento da presença, renuncia a extensão por voltar ao ponto mais próximo do centro de referência e concentra novamente a instância de discurso.

2.3 Ancoragem

De acordo com a definição do Dicionário de Semiótica de Greimas (2008, p. 20) há duas definições. A ancoragem histórica trata-se da criação da realidade do discurso, por meio de nomes próprios que designam espaços (topônimos) e por meio de nomes designantes como períodos de tempo (cronônimos) como primavera, jornada e outros. Já a ancoragem é a atividade cognitiva que estabelece ao mesmo tempo os traços comuns que podem pertencer as semióticas diferentes.

A ancoragem produz o efeito de transformar uma das grandezas em referência contextual. Portanto ela depende da significação de outra grandeza e esta permite a sua desambiguação.

Num conceito mais explícito, Cirillo (1989), apresenta a Ancoragem as Aversas conforme o texto a seguir:

ela é o rompimento com todos os processos que relacionam grandezas semióticas, quer sejam pertencentes a duas semióticas diferentes, quer a dois discursos distintos; (...) é o rompimento com todos os processos que tentam criar a ilusão de um referente externo e produzir o efeito de sentido “realidade”. A ancoragem as avessas pode ser considerada negativa enquanto a ancoragem, propriamente dita, seria positiva. (CIRILLO, 1989, p. 137).

Portanto a ancoragem liga o discurso a pessoas, espaços e datas conhecidas pelo receptor como reais. E a língua, permite a derrapagem dos pronomes e a ancoragem seja efetuada em pontos de referência deslocados em relação às coordenadas enunciadas efetivas.

3 TRANSPARÊNCIA E MANIPULAÇÃO

A expectativa é gerada no momento da inauguração de uma estação de metrô e, ao mesmo tempo, quando um chefe de governo, no ato de seu discurso, promete entregar completamente a linha no ano subsequente, gerando, por sua vez, uma expectativa na imprensa e, conseqüentemente, para o público em si.

Para Baudrillard (1991, p. 09) há uma irreferência¹⁷ divina das imagens, principalmente quando há uma espera criada pelo chefe de governo e recepcionada pelo cidadão. Trata-se de uma criação de um simulacro no ato do seu discurso, especialmente quando o sujeito pega as suas economias e resolve construir ou adaptar a sua moradia para a exploração comercial do entorno.

É a era da simulação que se inicia com a liquidação de todos os referenciais, na medida que são oferecidos todos os sistemas de equivalência e oposições binárias (BAUDRILLARD, 1991, p. 9). Desse modo, apenas reforça a ausência de transparência quanto as intervenções viárias e estruturais para a instalação das vigas e colunas e a aquisição das composições ferroviárias do monotrilho paulista.

Assim, há uma desconfiança filosófica em relação às aparências. Um antigo desconforto em relação a linguagem, considerada a responsável por todas as armadilhas, enganos e deformações. A linguagem é apenas um véu, um filtro impeditivo de tratar a realidade das coisas para desvelar o ser das coisas, que não faz nada além de confundir e enganar o cidadão.

¹⁷ Compreende-se por irreferência divina das imagens (Baudrillard, 1991, p. 14), a Compreende-se como irreferência divina das imagens a produção desenfraada do real e de referencial, paralela e superior da produção material: assim surge a simulação na fase que nos interessa – uma estratégia de real, de neo-real e de hiperreal, que faz por todo lado a dobragem de uma estratégia de dissuasão.

Todo o ato de linguagem pode ter uma intencionalidade psicossociodiscursiva com a intenção pragmática do *eu* diante do *tu*, a posição de legitimidade do *eu* e a posição que ao mesmo tempo se instaura para o *tu*. Nesse sentido, é necessário mencionar sobre um discurso propagandista, com uma *incitação de fazer*, onde o *eu* encontra-se em uma condição de não autoridade e atribui ao *tu* uma posição de dever crer (CHARAUDEAU, 2010, pp. 61-62).

Dessa forma, o sujeito, ao ouvir a promessa por parte de um representante do poder executivo, cria inúmeras expectativas, especialmente ao investir economias, contratar mão de obra e esses investimentos resultam em prejuízo, especialmente pela demora da execução desses trabalhos.

No entanto, as execuções de obras, especialmente o início dessas passam por inúmeros tramites burocráticos proteladores. Nesse sentido, o agente com poder de mando, em sua verve discursiva ao lançar uma pedra fundamental da obra ou, após a sua entrega, apresenta seu esquema argumentativo:

Num sentido particular, poderíamos considerar que a esta incitação – que procura fazer com que se forme uma opinião ou fazer com que ela se altere – acrescentam-se duas características. Uma é que o manipulador não revela seu projeto de realização e o maquia sob um outro projeto que é apresentado como favorável ao manipulado (quer o benefício seja de ordem individual ou coletiva). A outra é que o manipulador, para melhor impressionar o manipulado, tira partido de certa posição de legitimidade que lhe é dada pela situação e joga com uma credibilidade que ele teria adquirido em outra parte (CHAUREADEAU, 2010, p. 68).

Assim, o sujeito, ao ouvir o discurso do representante do governo, ele ignora o verdadeiro teor dos detalhes da obra, permanece no universo da expectativa do término da obra para uma data inexistente e, ao deixar se persuadir pela falsa sensação de aparência, entra no jogo do manipulador sem se dar conta.

Para Silva Filho (2011, p. 224), nem sempre os indivíduos têm as atitudes que julgam ter e podem colocar em dúvida a exigência da transparência como requisito fundamental do autoconhecimento. Embora ela seja uma operação de simulação e dissimulação, tanto pela falta de fidelidade na comunicação ao ignorar e esconder as condições de enunciação, é uma premissa básica ocupante de toda a cadeia semiótica.

Para Aldama (2019, p. 153), a transparência exibicionista, a normose¹⁸, termo cunhado por Leloup e Crema, ao tratar sobre a ostentação do “não há nada a esconder”, são elementos que fazem a suspeita em relação ao que é mostrado, com ausência de clareza e dúvidas acerca da bondade e sinceridade do sujeito que se apresenta de tal modo.

¹⁸ Normose, conforme a definição de Weil (2000, p. 62), é o conjunto de crenças, opiniões e atitudes e comportamentos considerados normais, logo em torno dos quais existe um consenso de normalidade, mas que apresentam consequências patológicas e ou letais.

O paradoxo das aparências normais e da política da exibição e da transparência consiste no fato de que podem ser acolhidas como suspeitas, como indícios de uma manipulação voluntária. Ou melhor, a total ausência de evidências pode ser interpretada como a evidência mais ostentadora: é o caso, por exemplo, da falsa modéstia, que não faz nada além de evidenciar o orgulho desmedido daquele que se apresenta com humildade. (ALDAMA, 2019, p. 154).

A normalidade e a transparência convertem-se em uma espécie de teatralização e revelam a falsidade de uma postura. Se ambas não são nada mais do que um simples indício, elas serão interpretadas como um resultado de uma operação de simulação e dissimulação.

3.1 O direito a informação e a participação cidadã

Para Matias-Pereira (2013, p. 77) o nível de confiança no governo e nas instituições públicas é um fator chave determinante para a qualidade do compromisso cívico e, esta relação direta com a transparência produz confiança. A opacidade é o princípio fundamental da boa governança e seu significado é compartilhar informação e atuar de maneira aberta.

A transparência permite aos autores reunir informações críticas, especialmente ao revelar abusos na defesa de seus interesses. Os sistemas, com sua clareza, têm procedimentos seguros para as tomadas de decisões públicas, canais de comunicação abertos entre atores e funcionários com a possibilidade de encontrar uma extensa gama de informações (MATIAS-PEREIRA, 2013, p. 78).

Martins (2011, p. 237) ao mencionar sobre o Princípio da Máxima Divulgação, onde toda a informação mantida por organismos públicos deve estar sujeita a divulgação e essa premissa fundamenta o próprio conceito de liberdade de informação na forma ideal a fim de esclarecer que se trata de direito fundamental ao acesso à informação.

Para Matias-Pereira, ao tratar sobre a participação cidadã no acesso aos conteúdos públicos e de forma irrestrita, assim descreve:

1) A tecnologia disponível permite uma fluida comunicação e uma interação de mão dupla entre governo e cidadania 2) O governo deve abrir os canais de diálogo com os cidadãos para aproveitar a sua potencial contribuição no processo decisório sobre as opiniões políticas, na co-produção de bens e serviços públicos, por seu monitoramento, controle e evolução de sua gestão 3) A cidadania deve aproveitar a abertura de novos canais participativos, involucrando-se rapidamente em seu desempenho desses diferentes papéis (como decisor político, produtor e controlador). (MATIAS-PEREIRA, 2013, p.80)

Portanto, é preciso garantir o acesso à informação pública aos canais que permitam aos cidadãos a se relacionarem com o governo. Também estabelecem a obrigação das agências

estatais a brindar a informação requerida, dentro de prazos peremptórios e com escassas restrições apenas justificadas por razões estritamente contempladas pela normativa (MATIAS-PEREIRA, 2013, p. 80).

4 PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA

Conforme a definição de Alexy (2011, p. 87), os princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto. E eles ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. São mandamentos de otimização, pois incluem as permissões e proibições.

Ao tratar acerca da difusão de informações, preleciona Hely Lopes Meireles (2016, p. 100): “Publicidade é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos”. Daí por que as leis, atos e contratos administrativos que produzem consequências jurídicas fora dos órgãos que os emitem exigem publicidade para adquirirem validade universal, isto é, perante as partes e terceiros.

De acordo com o princípio da transparência, todos os cidadãos têm o direito de participar de processos decisórios até certos domínios.

Conforme o disposto no artigo 216 da Constituição República Federativa do Brasil de 1988, “cabem a administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providencias para franquear sua consulta ao Patrimônio Cultural Brasileiro”.

Logo, há um novo patamar pela nova configuração disposto pela Constituição Federal: a gestão alicerçada em uma relação verticalizada cede espaço para a legitimação pelo acesso amplo à informação e a participação na gestão pública, fundando uma nova administração pública, horizontal de respeito aos direitos fundamentais e transparência na gestão do interesse público instituindo a procedimentalização como garantia de gestão transparente.

A gestão transparente, de acordo com o a Constituição República Federativa do Brasil de 1988, é um imperativo para identificação de ações estatais legítimas. É pressuposto inarredável para legitimação dos atos da administração pública e reforçam o seu fundamento posto no artigo 4º da Lei nº 12.527/2011 – Lei de Acesso à Informação – LAI¹⁹.

¹⁹ Art. 4º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I - informação: dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato;

II - documento: unidade de registro de informações, qualquer que seja o suporte ou formato;

Os administradores públicos têm o dever de prestar contas aos seus administrados, e isso não exige apenas publicidade, mas pressupõe transparência. Conforme o artigo 5º da Lei de Acesso à Informação, a incumbência de o Estado garantir o direito de acesso à informação é explícita²⁰.

Portanto são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. São “mandamentos de otimização”, como preleciona Alexy (2011, p. 90), ao incluir proibições e permissões.

O legislador constituinte optou pela ampla garantia de acesso à informação pelo cidadão. O art. 3º da Lei n.º 12.527/2011, reafirma o direito à informação como direito fundamental e estabelece a necessidade de observância dos princípios da administração pública, e fixa a publicidade como preceito geral e o sigilo como exceção, impondo a divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações, através, inclusive, dos variados meios de comunicação tecnológicos e o fomento da cultura da transparência na administração pública.

4.1 Formas de Transparência

Conforme o artigo 6º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 – Lei de Acesso à Informação, há duas formas de transparência: a ativa²¹ e a passiva²². A primeira consiste nos conteúdos mínimos a serem divulgados pelos órgãos públicos, como estrutura organizacional,

III - informação sigilosa: aquela submetida temporariamente à restrição de acesso público em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado;

IV - informação pessoal: aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável;

V - tratamento da informação: conjunto de ações referentes à produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transporte, transmissão, distribuição, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação, destinação ou controle da informação;

VI - disponibilidade: qualidade da informação que pode ser conhecida e utilizada por indivíduos, equipamentos ou sistemas autorizados;

VII - autenticidade: qualidade da informação que tenha sido produzida, expedida, recebida ou modificada por determinado indivíduo, equipamento ou sistema;

VIII - integridade: qualidade da informação não modificada, inclusive quanto à origem, trânsito e destino;

IX - primariedade: qualidade da informação coletada na fonte, com o máximo de detalhamento possível, sem modificações.

²⁰ Art. 5º. É dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, que será franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão.

²¹ Art. 6º Cabe aos órgãos e entidades do poder público, observadas as normas e procedimentos específicos aplicáveis, assegurar a:

I - gestão transparente da informação, propiciando amplo acesso a ela e sua divulgação;

II - proteção da informação, garantindo-se sua disponibilidade, autenticidade e integridade;

²² Art. 8º É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.

endereços, horários e locais de atendimento ao público, despesas, repasses e transferências de recursos financeiros, dados, ações, projetos, obras e perguntas mais frequentes da sociedade.

Já, a passiva, consiste no dever de fornecimento das informações solicitadas. O serviço de busca e fornecimento de informações deve ser gratuito, exceto na requisição de cópias de documentos.

Nesse sentido, para Michener, Contreras e Nisker (2018, p. 611) a transparência passiva obriga aos funcionários públicos a responder a demandas não antecipadas de informação de cidadãos em um determinado prazo. Trata-se de um “teste mais exigente” dos compromissos com o acesso à informação pública.

Portanto, as informações de competência do ente público devem estar disponíveis em local de fácil acesso, ao buscar o atendimento pelo princípio da publicidade e de modo que este não seja dificultado.

Ao alicerçar-se no art. 8ª da Lei de Acesso à informação, especialmente nos incisos do § 1º, estabelece as informações mínimas que devem ser divulgadas, como registro de competências, despesas, licitações, dados gerais sobre acompanhamento de programas, ações, projetos e obras.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao compreender os desejos de transparência dos cidadãos e dos chefes de governo e suas diversas formas de manipulação ao menosprezar quaisquer formas de mediação, representação e distorções da verdade durante os discursos, o presente estudo conclui que os desejos e discursos manipulativos interferem na transparência pública.

Todavia, o discurso do representante com poder de mando se converte em uma teatralização, ao ostentar a fala e apresentar elementos que fazem suspeita em relação ao que é mostrado, sem clareza e reforça a ideia de uma operacionalidade dissimuladora através do seu discurso.

Todavia, o sujeito não é mais um mero espectador das ações e da vida na cidade, pois ele atua como um ator social, um ser participante da máquina semiótica da administração do lugar, ao fazer agenciamentos no acionamento dos órgãos competentes para cobrar, verificar a gerência dos recursos administrados pelos representantes escolhidos pelo voto.

Com isso, o cidadão precisa ter a capacidade de conhecer e compreender as ações divulgadas. A sua qualificação educacional e interesse pela coisa pública está diretamente

ligada ao exercício da cidadania e os administradores têm o dever de prestar contas aos seus administrados.

No entanto, o princípio da transparência é explicitado e fundamentado na Constituição Federal e, com o reforço da Lei de Acesso à Informação, fixa a publicidade como preceito geral e o sigilo como exceção, principalmente ao impor a divulgação de informações de interesse público.

REFERÊNCIAS

- ALDAMA, Juan Afonso. As Transparências Enganam. **Estudos Semióticos**. 2019. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/esse>. Acesso em 06 dez. 2022.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Ed. 2. São Paulo; Malheiros Editores, 2015.
- BAUDRILLARD, Jean. **Simulacros e Simulação**. Lisboa: Relógio D'água Editores, 1991.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 dez. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm. Acesso em: 06 dez. 2022.
- CHARAUDEAU, Patrick. O discurso propagandista: uma tipologia. **Análises do discurso hoje**, 2010.
- CIRILLO, Rita. Fábula de Cássia, uma ancoragem às avessas. O Lúdico. **Cadernos de Linguística e Teoria da Literatura**, 1989. Disponível em: <http://www.periodicos.letras.ufmg.br/index.php/ctll/article/view/10171>. Acesso em 06 dez. 2022.
- COURTÉS, Joseph; GREIMAS, Algirdas Julien. **Dicionário de semiótica**. São Paulo: Contexto, 2008.
- DELEUZE, Gilles. **Lógica do Sentido**. Tradução de Luiz Roberto Salinas Fortes. São Paulo: Perspectiva, 1974.
- DICIONÁRIO MICHAELIS. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. Acesso em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/transpar%C3%Aancia/>. Acesso em: 06 dez. 2022.
- FIGUEIREDO, Vanuza Da Silva; SANTOS, Waldir Jorge Ladeira dos. Transparência e controle social na administração pública. **Temas de Administração Pública**. 2013.
- FIORIN, José Luiz. Enunciação e Semiótica. **Programa de Pós-graduação em Letras - PPGL/UFSM**, 2007. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/letras/article/viewFile/11924/7345>. Acesso em 21 out. 2021.
- GREIMAS, Algirdas Julien. **Sobre o sentido: Ensaios semióticos**. Petropolis: Vozes, 1975.
- GREIMAS, Algirdas Julien. **Semiótica e Ciências Sociais**. São Paulo: Cultrix, 1981.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade da Transparência**. Ed. 1. Vozes, São Paulo, 2016.

MARTINS, Paula Lígia. Acesso à Informação: Um direito fundamental e instrumental. **Acervo. Revista do Arquivo Nacional**, [S. l.], v. 24, n. 1, p. 233–244, 2012. Disponível em: <http://revista.an.gov.br/index.php/revistaacervo/article/view/381>. Acesso em: 7 dez. 2022.

MATIAS-PEREIRA, José. **Manual de Administración Pública: Enfoque em Governanza, Transparencia y Etica Em La Gestão Pública**. São Paulo: Atlas, 2013.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Ed. 42. São Paulo: Malheiros, 2016.

MICHENER, Gregory; CONTRERAS, Evelyn; NISKIER, Irene. Da opacidade à transparência? Avaliando a Lei de Acesso à Informação no Brasil cinco anos depois. **Revista de Administração Pública**, v. 52, p. 610-629, 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rap/a/xJVxcSMSQpQ5qvjBsV7z7ph/?format=pdf&lang=pt> Acesso em: 07 dez. 2022.

MORAN, Richard. **Authority and estrangement: An essay on self-knowledge**. Princeton University Press, 2012.

PRADO, Maria Goreti Silva. **A Enunciação na Semiótica Discursiva: um estudo historográfico**. Tese (Doutorado em Linguística e Língua Portuguesa) – Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Faculdade de Ciências e Letras (Campus Araraquara). Orientador: Jean Cristtus Portela. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/handle/11449/157371>. Acesso em 18 out. 2021.

RICARDO, André. **A importância do princípio da transparência para reduzir a corrupção na Administração Pública**. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/44014/a-importancia-do-principio-da-transparencia-para-reduzir-a-corrupcao-na-administracao-publica>. Acesso em 06 dez. 2022.

SILVA FILHO, Valdomiro. Transparência, Reflexão e Vicissitude. **Revista Kriterion**. 2011.

WEIL, Pierre. A normose informacional. **Ciência da informação**, 2000. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0100-19652000000200008>. Acesso em 06 dez. 2022.

5. Hate speech no ordenamento jurídico brasileiro: da liberdade de expressão ao discurso do ódio

Hate speech in the brazilian legal system: from freedom of expression to hate speech

Rita de Cássia da Silva Soares

Bacharela em direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Integrante do Grupo de Pesquisa Observatório do Discurso de Ódio nas Redes Sociais, bem como ao Grupo de Pesquisa em Crimes, Dignidade da Pessoa Humana e Sociedade da Informação, ambos vinculados ao Programa de Mestrado das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Aluna de extensão do Innocence Project Brasil (IPBr 2022, FGV). Integrante do Laboratório de Ciências Criminais do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM, 2021).

Resumo: O presente artigo desenvolve uma reflexão acerca da liberdade de expressão em discursos proferidos na verdadeira prática do discurso de ódio (*hate speech*). Deste modo, pretende-se analisar o direito fundamental de livre manifestação, tendo-se em vista as limitações impostas pelo próprio ordenamento jurídico em consonância com o Estado Democrático de Direito. Por fim, infere-se que o direito penal é o instrumento mais assertivo ao prever a responsabilização pelos delitos de *hate speech*.

Palavras-chave: Discurso de ódio; Direitos Humanos; liberdade de expressão; garantias fundamentais; responsabilização penal

Abstract: This article develops a reflection on freedom of expression in speeches delivered in the true practice of hate speech. In this way, it is intended to analyze the fundamental right of free expression, because of the limitations imposed by the legal system itself in line with the Democratic State of Law. Finally, it is inferred that criminal law is the most assertive instrument in the accountability of hate speech.

Keywords: Hate speech; Human Rights; freedom of speech; fundamental guarantees; criminal liability.

Introdução

O relatório do Mapa do Ódio no Brasil (BUARQUE; CRETTON, 2021, p. 08), reúne registros oficiais de crimes e denúncias de ofensas motivadas por ódio, que em 2019 foram registrados pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, o alarmante número de 9.195 denúncias de ofensas relacionadas ao discurso de ódio. Dessas, 84,07% envolvem discriminação de gênero, tendo como alvo mulheres; 9,07% envolvem discriminação com relação à orientação sexual, tendo como alvo a comunidade LGBTI+; 4,43% motivadas por discriminação religiosa; e 2,43% quanto a discriminação racial. O cenário torna-se ainda mais

preocupante quando esses dados mostram um aumento de aproximadamente 80% em relação ao ano anterior e, como observamos, a partir dos dados apresentados pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2021, p. 77), o número absoluto de registros de injúria racial no Brasil no ano de 2019 alcançou a cifra de 12.357 casos, número sumariamente maior do que os aproximados 223 casos relatados pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos.

Portanto, há uma discrepância enorme entre os dados oficiais, o que evidencia a urgência do debate acerca do problema relacionado à subnotificação e o entendimento dos crimes correlacionados aos discursos de ódio e liberdade de expressão. Nesta seara, estudar-se-á o exercício da liberdade de expressão à prática do discurso de ódio, de modo a compreender se há ocorrência de uma hierarquização (ou não) dos direitos e garantias fundamentais. O estudo adota a revisão bibliográfica na busca do enfrentamento da questão: seria ordenamento jurídico-penal a ferramenta correta para a responsabilização dos discursos de ódio? Frente a presente questão o estudo divide-se em quatro tópicos.

No primeiro tópico, abordar-se-á o direito à liberdade de expressão na Constituição Federal, de modo a depreender-se de suas conceituações observando a liberdade de expressão como direito fundamental individual e social, bem como instrumento capaz de garantir a ordem democrática. Tem-se nesse contexto, a preocupação renitente da contemporaneidade que discursos de ódio proferidos sob o véu de pretensão de exercício de direito, também no ambiente digital, devem ser objetos de análise sob a ótica do ordenamento jurídico.

No segundo tópico, tratar-se-á de a impossibilidade da liberdade de expressão ser compreendida como um direito absoluto, analisando-se a partir da dignidade da pessoa humana e da tolerância quanto aos limites da liberdade de expressão. Apresenta-se que a permissibilidade a todo e qualquer tipo de discurso, em nome da liberdade de expressão irrestrita pode ser, em última análise, elemento potencializador de desestabilização democrática.

No terceiro tópico, trabalhar-se-á o discurso de ódio na era digital, buscando compreender sua sistematização atinente ao ambiente virtual. Para mais, se observará segundo o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), quais discursos merecem ser objetos de intervenção estatal a partir de uma categorização proposta de acordo com a gravidade da expressão e seus impactos, levando-se em conta a responsabilização de discursos potencialmente danosos, como também o possível impedimento de sua disseminação.

No sistema penal, analisar-se-á a natureza jurídica do discurso de ódio, observando-se os delitos de ódio e suas especificidades no âmbito penal. Cumpre-se também, responder se o direito penal é a ferramenta capaz de responsabilizar e/ou minimizar a prática do *hate speech*.

1 Direito à liberdade de expressão na Constituição Federal

A liberdade de expressão é um dos direitos fundamentais dos cidadãos e a garantia de sua existência, um indicador do nível de evolução de uma sociedade democrática e de direito. De acordo com Brink (*apud* MEDRADO 2018, p. 39), é uma pedra angular no regime democrático, responsável por: i) promover a autorrealização individual; ii) viabilizar a democracia; iii) fomentar a tolerância em sociedades pluralistas; iv) orientar os indivíduos na busca progressiva de informações; e, v) manter equilíbrio entre estabilidade e mudança social.

Percebe-se que, por seu caleidoscópio conceitual, a liberdade de expressão pode ser compreendida mais como um princípio do que como uma conceituação hermética. Desta forma, convém uma rápida separação e breve conceituação de alguns de seus elementos constitutivos, que são explanados em suas especificidades na forma da lei, podendo ser apreendido pela leitura da Constituição Federal (CF) em seu art. 5º, inciso IV – liberdade de manifestação do pensamento; inciso IX – liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação; inciso XII – na inviolabilidade de correspondências, comunicações e dados; e inciso XIV – direito à informação e garantia do sigilo da fonte jornalística. Somado ao art. 220, *caput* – garantia da manifestação do pensamento, da criação, da expressão e informação, sob qualquer forma e veículo, bem como ao art. 220, §§ 1º e 2º da CF.

Cabe ressaltar que o art. 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos²³ (DUDH) define a liberdade de expressão como a capacidade de emitir opiniões, transmitir informações e ideias de forma livre, bem como a possibilidade de ter acesso às mesmas por quaisquer meios de comunicação. Essa definição, é encontrada em diversos documentos com maior ou menor grau de detalhamento, como na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (art.

²³ Artigo 19. Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras. (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948).

IV)²⁴, na Carta das Nações Unidas (art. 1, item 3)²⁵ e no Pacto de San José da Costa Rica (art. 13)²⁶.

No Brasil, sua definição é apresentada de forma ampla no art. 5º da Constituição Federal de 1988, conferindo a livre manifestação do pensamento, podendo estabelecer restrições e limites, sendo vedado, o anonimato (inciso IV), como também ao assegurar o dever de indenizar os danos morais e contemplar o direito de resposta (inciso V).

Evidencia-se, o claro compromisso com a construção da igualdade e o combate ao preconceito sendo depreendido da leitura do art. 3º da CF, onde tem-se como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I); a erradicação da pobreza e marginalização e a redução das desigualdades sociais (inciso III); e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV).

De acordo com Medrado (2018, p. 42), a interpretação sistemática da CF impõe concluir que a liberdade de expressão não foge à regra geral que preconiza o caráter não absoluto dos direitos fundamentais. No mesmo sentido, Mendes e Cavalcante Filho (2021, p. 102) apontam o *hate speech* como um dos temas mais polêmicos e atuais quando pensamos acerca dos limites dos direitos fundamentais e mais especificamente ao direito à liberdade de expressão. Isso, porque “[...] a compreensão mais realista da autonomia individual projeta-se no campo da liberdade de expressão e ampara a pretensão estatal de coibir as manifestações que silenciem as vozes das suas vítimas, como as envolvidas no *hate speech*.” (SARMENTO, 2006, p. 48).

²⁴ Artigo IV. Toda pessoa tem o direito à liberdade de investigação, de opinião e de expressão e difusão do pensamento, por qualquer meio. (DECLARAÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS DO HOMEM, 1948).

²⁵ Artigo 1. Os propósitos das Nações Unidas são: [...] 3. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião. (CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945).

²⁶ Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão: 1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha; 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeita à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar; 3. o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; 4. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. 5. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões. 6. A lei pode submeter os espetáculos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2. (PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA, 1969).

Deste modo, resta clara a necessária análise e compreensão do discurso de ódio frente à liberdade de expressão com propósito de promover o entendimento de seus limites e restrições. De tal forma, a linearidade do tema propõe que a liberdade de expressão presente no Estado Democrático de Direito evoca-se a importância de sua existência para a manutenção de um direito fundamental bem como um instrumento democrático, afinal “o livre discurso de ódio, além de destruir a dignidade das vítimas, também comprometeria a existência da própria sociedade democrática e livre.” (ZILIO, 2017, p. 194).

1.1 Liberdade de expressão como direito fundamental

Afirmam Mendes e Branco (2021, p. 121), que a liberdade de expressão se mostra um dos mais relevantes e preciosos direitos fundamentais, visto que a liberdade de se comunicar é condição importante para higidez psicossocial do indivíduo e, é através da livre comunicação que se conecta as características da sociabilidade, fato essencial para a definição do ser humano, sendo ainda “enaltecida como instrumento para o funcionamento e preservação do sistema democrático”. (MENDES; BRANCO, 2021, p. 121).

Tem-se uma espécie de painel argumentativo de liberdade de expressão como um direito fundamental, de modo a estabelecer de forma categorizada a compreensão desses conjuntos de direitos correlacionados, abarcados nos dispositivos constitucionais em quatro perspectivas: i) liberdade individual²⁷; ii) liberdade de imprensa; iii) liberdade de cátedra e, iv) liberdade religiosa.

O segundo elemento extraído funda-se no conceito da liberdade de imprensa, que além de estar garantido pelo art. 5º em seus incisos XIII e XIV, e no art. 220, §§1º e 2º da CF, conta com a regulamentação de Lei Ordinária n. 2.083/1953, conhecida como a Lei da Liberdade de Imprensa. A liberdade de imprensa tem a sua prerrogativa de discurso mais ampla, porque segundo Rytter (2014, p. 75), o jornalismo profissional funciona como um “cão de guarda” do interesse público, visto que tem responsabilidade de autorregulação e regulação externa, a fim de evitar abusos, distorções e garantir a manutenção da ordem democrática, afinal,

Ninguém, exceto a imprensa profissional, pode realmente fazer o trabalho; blogueiros privados não terão a mesma responsabilidade e ética treinada como um jornalista profissional e, acima de tudo, não terão a mesma expertise e os recursos de coleta de informação e investigação a que dispõem os meios de comunicação de massa organizados. (RYTTER, 2014, p. 110).

²⁷ Dentro dessa concepção encontra-se a liberdade intelectual, artística, científica e de comunicação, conforme o art. 5º, inciso IX da CF.

Em seguida, separa-se a liberdade de cátedra. O artigo 206 da CF, em seus incisos II e III garantem a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar saberes através do pluralismo de ideias e concepções tanto no âmbito das instituições públicas quanto privadas. Somado a isso, a Lei nº 9.394/96, denominada Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), traz em seu artigo 3º, inciso II – a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber; e, inciso III – o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas.

Ademais, a Ministra Carmem Lúcia sinalizou que liberdade de pensamento não é uma concessão do Estado, mas direito fundamental do indivíduo, que pode até mesmo contrapor-se ao Estado (vide ADPF 548). Deste modo, o pluralismo de ideias está na base da autonomia universitária como extensão ao princípio fundante da democracia brasileira exposto no inciso V, do artigo 1º da CF. A Carta Magna garante liberdade pedagógica aos professores quando inseridos na verdadeira prática pedagógica, em ambiente acadêmico e assegura a liberdade de discurso, desde que presentes no âmbito de pesquisa, ensino e aprendizagem.

Outra distinção é a liberdade religiosa responsável por assegurar o livre exercício de cultos religiosos garantido pelo art. 5º, inciso VI da CF e pelo art. 208 do Código Penal (CP) que tipifica a conduta de intolerância religiosa.

No Brasil, a liberdade de discurso tem suas definições, limites e espaços de atuação estabelecidos na Constituição Federal e demais normas infralegais. Porém, conforme aponta Laurentiis e Thomazini (2020, p. 2264), baseados nas ideias defendidas por Mill e Milton, a associação da liberdade de expressão como verdade é decorrente do preceito da necessidade de um livre mercado de ideias e da ausência da censura prévia que, em última análise, desvirtuaria o funcionamento social como um todo.

Em decorrência de tais pensamentos, alguns grupos fundamentam suas interpretações acerca da liberdade de expressão como um valor acima dos valores, tornando-a irrestrita/absoluta e validando, assim, seus discursos ideológicos,²⁸ ainda que explicitamente identificados como discursos de ódio. Neste ponto, cabe apontar para a existência de discursos de ódio em ambientes e situações protegidas pelo exercício da liberdade de expressão, como os ambientes religiosos, acadêmicos e jornalísticos sob o véu de pretensa legalidade de direito.

Barroso explica:

²⁸ Para Zaffaroni e Pierangeli (2021, p. 81), “[...] ideologia é toda crença adotada para o controle dos comportamentos coletivos, entendendo por crença uma noção que vincula a conduta e que pode ou não ter validade objetiva.”, além disso, “o poder instrumentaliza as ideologias na parte em que estas lhe são úteis e as descarta quanto ao resto. Deste modo, recolhe do sistema de ideias de qualquer autor a parte que lhe convêm, com o qual frequentemente tergiversa.” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2021, p. 80).

As democracias também se veem ameaçadas por uma onda de campanhas de desinformação, ódio e teorias conspiratórias que inundam as redes sociais. A internet trouxe a democratização do acesso à informação e ao espaço público, mas suprimiu, em ampla medida, a intermediação do jornalismo profissional, que fora a marca do último século. Com ela vieram, também, a invasão de privacidade, a difusão da mentira deliberada e de notícias falsas, condutas utilizadas como estratégia de chegada ao poder e de desmoralização das instituições democráticas. Todos esses são problemas do nosso tempo, para os quais o constitucionalismo e os constitucionalistas precisam estar atentos. Em todo o mundo se veem preocupações acerca da melhor forma de se regulamentar a atuação das empresas de tecnologia e de dados, bem como de libertar as mídias sociais de comportamentos criminosos ou gravemente antissociais, sem comprometer a liberdade de expressão. (BARROSO, 2022, p. 10)

Assegurar que o vasto campo informacional proporcionado pela internet, bem como as redes sociais, sejam um ambiente democrático sem comprometer o direito à liberdade de expressão, tem sido uma preocupação renitente na contemporaneidade. Não apenas no prisma de privação da comunicação do indivíduo, como também na censura como ferramenta à disposição do Estado. Destarte, as “manifestações de ódio não devem ser confundidas com o exercício de liberdade de expressão, afinal em um ambiente democrático a liberdade de expressão não comporta violências e ameaças”. (AZEVEDO, 2021).

1.2 Liberdade de expressão como instrumento democrático

De acordo com Chequer (2010, p. 17-18), a liberdade de expressão pode ser entendida como um instrumento capaz de fomentar, de forma inequívoca, a confiança de um povo garantindo a efetiva concretização do Estado Democrático de Direito. Essa confiança ocorre no âmbito das múltiplas funções sociais, garantindo a legitimação dos governantes, de modo que os meios de comunicação são vistos como representantes dos interesses do povo e a liberdade de expressão vai além de um direito e assume a responsabilidade de informar o público sobre assuntos de seus interesses.

Chequer (2010, p. 27) ainda aponta, que nesta conceituação a liberdade de expressão torna-se um instrumento importante para a descoberta da verdade, possibilitando a capacidade plena de participação do cidadão no exercício da democracia. Por fim, “o argumento da liberdade de expressão como instrumento da democracia é inteiramente incompatível com sistemas de autocracia, oligarquia e teocracia.” (CHEQUER, 2010, p. 38).

Derivada dessa concepção, outra forma de compreensão da liberdade de expressão é como mecanismo de proteção contra a censura governamental e garantidora do acesso amplo à informação. Neste ponto, a liberdade de expressão permite os questionamentos e formulações de pensamentos que garantirão o acesso ao conhecimento de fatos, elementos e ações que o

establishment procura proteger por diversas razões válidas.²⁹ Assim, informações consideradas sensíveis, mas não sigilosas, devem circular livremente independentemente da vontade ou não do poder público, desde que não coloquem em risco a nação, indivíduos ou grupos sociais.

No Brasil, tem-se diversos mecanismos que garantem a livre expressão e disseminação de ideias e discursos estatais, tais como: i) a existência dos canais de comunicação a exemplo da TV Câmara, TV Senado e TV Justiça; ii) a Lei n. 12.527/11, conhecida como Lei de Acesso à Informação (LAI); e, iii) o princípio constitucional da publicidade. A LAI, por sua vez, ao passo que regulamenta a divulgação das informações traz em seu texto os mecanismos para a confidencialidade das informações e sua duração.

A coexistência desses instrumentos, nas formas e conteúdos descritos podem criar um impasse interpretativo capaz de gerar uma sensação de censura e restrição ao acesso à informação estatal. Propicia-se um ambiente para a difusão e surgimento de teorias conspiratórias³⁰, constituídas e disseminadas por grupos autoritários a partir da desordem informacional³¹, devido à subjetividade dos critérios utilizados para a diferenciação de uma informação sigilosa à uma de livre acesso. Desenvolve-se dessa forma, a falácia da liberdade de expressão irrestrita como um mecanismo de combate a um Estado censurador, justificando a necessidade do sigilo estatal como meio de manutenção da ordem democrática e diminuição do alcance das teorias conspiratórias. Por outro lado, dentro dessa conceituação encontram-se mecanismos e recursos para a elucidação e publicidade de desmandos governamentais, diminuindo a possibilidade de uma autocracia ou ações ditatoriais mesmo em regimes democráticos.

²⁹ De acordo com Logarezzi (2016, p.13) em um Estado Democrático de Direito, sigilo as informações devem ser explicitamente como forma de exceção. Desta forma, o art. 23 da LAI prevê as hipóteses legais em que a informação pode possuir caráter sigiloso.

³⁰ Goertzel (*apud* D'ANCONA, 2018, p. 42) revela que pessoas inclinadas a desconfiar de outras também são as mais propensas a acreditarem em teorias da conspiração, onde uma comunidade sem confiança acaba se tornando nada além de um amontoado de indivíduos sem qualquer elemento unificador, tornando-a facilmente fragmentária. Da mesma forma, Schwarcz (2020, p. 213) aponta que no ambiente virtual ocorre um “vale-tudo” que impede a confirmação dos fatos, documentos e fontes devido a velocidade da divulgação da informação, forma em que não há tempo para buscar a autoria intelectual do discurso, e assim, a análise acaba sendo propícia a uma visão passional feita “no calor da hora”. Desta forma, palavras de ordem que disseminam medo, ódio, insegurança, e que introduzem teorias conspiratórias são facilmente absorvidas.

³¹ WARDLE e DERAKSHAN (*apud* SOARES, 2022) classificam a desordem informacional em três categorias: i) informação incorreta; ii) desinformação; e, iii) má informação. Na primeira tem-se que a informação falsa não foi elaborada com a finalidade de causar danos ou prejuízos, não havendo elementos suficientes para caracterizar dolo em seus resultados. Já na segunda categoria, a elaboração de conteúdo falso ocorre deliberadamente com a finalidade de causar prejuízo às pessoas, grupos sociais, indivíduos, etc., onde o dolo fica evidentemente caracterizado. Por fim, na terceira categoria a má informação é caracterizada pela divulgação ilícita de informações sigilosas, com a finalidade de perseguições, intimidações e/ou discursos de ódio, objetivando prejuízo à indivíduo(s), grupo(s) social(is), país(es), evidenciando conscientemente sua conduta dolosa.

Nesse sentido, o mundo hiperconectado da Sociedade da Informação proporcionou que vazamento de documentos governamentais, como no caso do projeto capitaneado por Julian Assange (*WikiLeaks*³²); caso Edward Snowden³³ (ex-técnico da CIA) ao vazamento de informações sensíveis e, ao hacktivismo do grupo *Anonymous*³⁴, capazes de exemplificar a questão. Isso porque, valendo-se da liberdade de expressão irrestrita como instrumento garantidor da democracia, justificaram a divulgação de informações extremamente sigilosas, porém, de grande interesse público-civil. O vazamento e divulgação massiva de ampla repercussão na mídia e em redes sociais de uma gama de documentos confidenciais que demonstraram uma série de violações a direitos humanos fundamentais, expondo atentados contra a vida e à dignidade humana perpetuados sob os auspícios do Estado, em última análise, corrigem e garantem a diminuição dos desvios, permitindo a manutenção de uma democracia saudável, justificando assim a não existência do sigilo estatal.

Nessa seara, evidencia-se um impasse interpretativo ao passo que se justifica a dificuldade na definição da conceituação de liberdade de expressão e desponta-se a possibilidade da liberdade de expressão como garantidora da ordem democrática, uma vez que na sua atuação, encontram-se argumentos válidos em ambos os vieses.

1.3 A liberdade de expressão e a (im)possibilidade de um direito absoluto

A liberdade de expressão é um conceito multifacetado, e como tal, existem diversas linhas de entendimentos e conceituações. Neste momento cabe utilizá-la como garantidora da existência de um regime democrático. Mais do que o exercício de um direito, a liberdade de expressão garante o livre acesso informacional através do contato com pensamentos e opiniões pluralistas, possibilitando o exercício crítico por meio da validação, refutação ou transformação desses elementos ampliando no indivíduo, além de seu escopo cultural, a garantia de sua participação ativa na sociedade. Da mesma forma,

A liberdade de expressão tem papel evidente na concepção majoritária. Essa concepção de democracia exige que se dê oportunidade aos cidadãos de se informar

³² Ver PELLEGRINI, Rafael Trindade. Uma análise histórica sobre a organização *WikiLeaks* em 2010.

Temporalidades, Belo Horizonte: Departamento de História, UFMG, ed. 23, v. 9, p. 367-388, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/temporalidades/article/download/5785/pdf/18930>. Acesso em: 15 abr. 2022.

³³ Ver PILATI, José Isaac; OLIVO, Mikhail Vieira Cancelier. Um novo olhar sobre o direito à privacidade: caso Snowden e pós-modernidade jurídica. **Sequência**, Florianópolis: UFCS n. 69, p. 281-300, dez. 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/BKdjxJFTbXNPwJnnP4hk8kF/?lang=pt>. Acesso em: 15 abr. 2022.

³⁴ Ver MACHADO, Murilo Bansi. Entre o controle e o ativismo hacker: a ação política dos Anonymous Brasil. **História, Ciências, Saúde**, Manguinhos, v. 22, p. 1531-1549, dez. 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/hcsm/a/yb6hSZJBg5H78zJDrZxSTDb/?lang=pt>. Acesso em: 14 abr. 2022.

de maneira mais completa possível e deliberar, individual e coletivamente, acerca de escolhas, e é um critério estratégico vigoroso que a melhor maneira de proporcionar essa oportunidade seja permitir que qualquer pessoa deseje se dirigir ao público o faça, de maneira e na duração que pretender, por mais impopular ou indigna que o governo ou os outros cidadãos julguem essa mensagem. (DWORKIN, 2005, p. 503-504)

Ao permitir todo e qualquer discurso pelo exercício da liberdade de expressão, como direito absoluto, abre-se precedente para possível validação e aceitação de discursos antidemocráticos e de ódio, em última análise, capazes de corromper a democracia. Nessa perspectiva, embora a liberdade de expressão se apresente como um direito fundamental, a presumibilidade de sê-lo um direito absoluto, evidencia pontos de distensão que, inevitavelmente “podem gerar uma desestabilização na ordem democrática e, com base nisso, é importante atentar-se sobre os limites da liberdade de expressão” (RODRIGUES JÚNIOR, 2021, p. 76). Para mais,

A perspectiva que argumenta a possibilidade da liberdade de expressão ser absoluta, não pode ser concebível em um estado democrático de direito, pois uma pessoa que vive em uma sociedade, não é livre para executar todas as ações que deseja, pois na realidade, nenhuma pessoa está isolada, tendo em vista que ela faz parte da sociedade a qual pertence. (RODRIGUES JÚNIOR, 2021, p. 77).

Este conflito, no ambiente virtual ganha especial relevância. Nas lições de Bittar (2014, p. 304), segundo o art. 1º da DUDH, a dignidade da pessoa humana deve ser respeitada incondicionalmente dentro e fora do ambiente virtual. Dessa forma, ela deve ser alçada ao patamar de ‘valor dos valores’, estabelecendo a proteção da pessoa humana como um fundamento e a sua derivação deve ser difundida e explicitada com um respeito aos direitos humanos no espaço virtual. Estabelece-se a correlação indissociável entre liberdade, dignidade e responsabilidade digital, gerando a impossibilidade da impunidade no ambiente digital, uma vez que na virtualidade ocorre a reconstrução da pessoa, correspondendo a uma identidade virtual, passando o indivíduo a existir para a rede. Cabe-se lembrar que essa identidade está intimamente ligada ao indivíduo real, fazendo com que as regulamentações não sejam arbitrárias, visto que a liberdade possui limites e desta forma, a liberdade virtual também. Ademais, “se a ‘integridade virtual da pessoa humana’ é um desafio para a cultura da dignidade humana, é exatamente por isso que sua atualidade, e sua dificuldade, convidam à reflexão”. (BITTAR, 2014, p. 305).

Com propósito, Barroso (2022, p. 32) ao explicar sobre as balizas da liberdade de expressão, afirma que tal direito fundamental pode colidir com a manutenção de padrões mínimos da ordem pública e, na solução desse tipo de colisão o intérprete deverá observar, sobretudo, dois parâmetros, que segundo o autor, são a dignidade humana e a razão pública. Contudo, a dignidade humana e a tolerância atinentes no presente artigo, mostram-se

preponderantes para a técnica de ponderação através da razoabilidade e proporcionalidade no campo jurídico.

Do mesmo modo, a reflexão sobre o tema, tanto no ambiente virtual quanto no ambiente real, demonstra que os conflitos entre os direitos fundamentais são objetos de análise interpretativa. Nesse cenário, Ana Paula Barcellos (2005, p. 06) ilustra para a existência da técnica de ponderação para casos em que se vislumbre colisões normativas, onde os elementos ponderados são dispositivos normativos vigentes que, a rigor, em um Estado de direito, devem ser aplicados uma vez que se verifique sua hipótese de incidência, mas que, no caso, parecem estar em colisão a ponto de se excluírem reciprocamente. A ponderação, neste caso, permite o afastamento da aplicação de dispositivos válidos em benefício da aplicação de outros, permitindo inclusive a restrição do exercício de direitos fundamentais relativizando regras constitucionais em busca da “solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais”. (BARCELLOS, 2005, p. 38).

Desta forma, como resultado da técnica de ponderação entre enunciados normativos válidos, um dos enunciados identificados inicialmente é aplicado e os demais são afastados ou a incoerência de um é restringida em proveito do outro, como forma de sopesamento dos elementos em conflito, atingindo a solução mais adequada, e neste sentido, o princípio da proporcionalidade cumpriria função como princípio valorativo, ponderativo e como princípio de justiça (BARCELLOS, 2005, p. 52) e (BARROSO, 2014, p. 64).

Frente aos casos concretos, deve-se atender a técnica de ponderação em proveito da interpretação constitucional analisando-se o princípio da dignidade humana e da tolerância quanto aos limites da liberdade de expressão.

1.4 Da dignidade humana

Para estabelecer e conceituar a dignidade humana, ainda que tal concepção seja difícil, Malheiro (2016, p. 28) compreende que “a dignidade é inerente à pessoa humana, de modo que todo ser humano tem dignidade pelo simples fato de ser pessoa.” (MALHEIRO, 2016, p. 28). Tal dificuldade de conceituação apontada pelo autor, revela-se em razão da cultura presente em cada sociedade, em seus costumes, como também no sentimento de injustiça diante de casos concretos, entre outras questões. Nesse sentido,

A dignidade humana consiste na qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o protege contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa, bem como

assegura condições materiais mínimas de sobrevivência. Consiste em atributo que todo indivíduo possui, inerente à sua condição humana, não importando qualquer outra condição referente à nacionalidade, opção política, orientação sexual, credo, etc. (RAMOS *apud* MALHEIRO, 2016, p. 28)

Coltro e Cavalcanti (2021, p. 62), ao discorrerem sobre discursos de ódio apontam que justamente os atributos inerentes à condição humana de cada indivíduo, sua etnia, nacionalidade, gênero, religião etc., tornam-se objeto de intolerância e segregação na sociedade, práticas que extrapolam os limites ao bem jurídico tutelado pela norma garantidora da liberdade de expressão, bem como agridem diretamente aos direitos de personalidade dos indivíduos sob a ótica do princípio da dignidade humana.

Portanto, a dignidade humana é o cerne de proteção contra todo e qualquer discurso de ódio, afinal, tal discurso não afeta apenas a dignidade, a própria ideia de cidadania é violada posto que o discurso do ódio é entendido como uma afronta ao bem comum ao não reconhecer os demais indivíduos como membros da sociedade, ou ainda, ao conceder-lhes o status de *não-pessoa*.³⁵ De tal forma,

O antissemitismo (não apenas o ódio aos judeus), o imperialismo (não apenas a conquista) e o totalitarismo (não apenas a ditadura) - um após o outro, um mais brutalmente que o outro - demonstraram que a dignidade humana precisa de nova garantia, somente encontrável em novos princípios políticos e em uma nova lei na terra, cuja vigência desta vez alcance toda a humanidade, mas cujo poder deve permanecer estritamente limitado, estabelecido e controlado por entidades territoriais novamente definidas. (ARENDR, 2013, p. 07).

Para Schwarcz (2019, p. 214), no momento em que se achava que a democracia havia se consolidado como o melhor sistema político e como um valor fundamental ao objetivar expressamente a garantia da liberdade, da igualdade e de um estado regular de direitos, tem-se assistido o crescimento da intolerância social por meio de discursos ou práticas autoritárias, onde o que se tem é a exploração do preconceito e não a luta contra ele, “racismos, sexismos, misoginia, antissemitismo, homofobia, pragmatismo religioso ou político, horror aos estrangeiros, são formas conhecidas de intolerância social” (SCHWARCZ, 2019, p. 214).

1.4 Da tolerância

Assim como a dignidade humana, “a tolerância é utilizada como fundamento para a vedação ao discurso do ódio, vista como um dever constitucional funcionalizado à proteção do multiculturalismo” (MEDRADO, 2018, p. 145). Isso, porque na Declaração de Princípios Sobre

³⁵ O conceito de *não-pessoa* (ou inimigo) é estabelecida também por Zaffaroni (2014, p. 18) quando ao atribuir ao inimigo uma condição de não-pessoa, privam-na de certos direitos individuais, razão pela qual deixam de ser considerados pessoas, sendo essa a primeira incompatibilidade ao princípio do Estado de direito.

a Tolerância, aprovada pela Conferência Geral da UNESCO (1995), proclama-se o ideal fraterno no qual há o encontro harmônico entre liberdade de expressão e o respeito à dignidade humana:

Artigo 1º - Significado da tolerância:

1.1 A tolerância é o respeito, a aceitação e o apreço da riqueza e da diversidade das culturas de nosso mundo, de nossos modos de expressão e de nossas maneiras de exprimir nossa qualidade de seres humanos. É fomentada pelo conhecimento, a abertura de espírito, a comunicação e a liberdade de pensamento, de consciência e de crença. A tolerância é a harmonia na diferença. Não só é um dever de ordem ética; é igualmente uma necessidade política e jurídica. A tolerância é uma virtude que torna a paz possível e contribui para substituir uma cultura de guerra por cultura de paz. [...] (UNESCO, 1995).

Neste sentido, a liberdade de expressão encontra limites claramente estabelecidos aos discursos de ódio, ainda que se demonstre uma linha tênue. Há uma corrente de pensamento que se utiliza da formulação de John Stuart Mill (2006, p. 28), acerca do princípio do dano, prevendo-o como a única justificativa para a interferência estatal no direito à liberdade do indivíduo. Tal princípio visa determinar quando a liberdade poderá ser restringida, e para Mill (2006, p. 44) a livre expressão se demonstra um valor inegociável e ao restringir o direito pleno à liberdade de expressão, o ser humano é privado de seu direito fundamental.

Brink (2001, p. 144) discorre que, para John Stuart Mill o princípio do dano, ao tratar-se de ofensas, não pode ser vislumbrado um dano efetivo, visto que o resultado subjetivo da ofensa não se caracteriza, de forma momentânea ou permanente, em discursos como ocorrem em agressões físicas. Ressalta ainda que para Mill, a ofensa pode até ser sobre pontos sensíveis, que podem afetar e magoar o alvo, é apenas uma mera ofensa e como tal, seus efeitos se diluirão com o passar do tempo; somente discursos comprovadamente danosos deveriam ser restringidos.

Porém, Brink (2001, p. 145) aponta que os discursos categorizados como discursos de ódio não são meras ofensas e seus efeitos podem protrair-se no tempo, além de causar danos físicos e mentais nas vítimas. Diante da necessidade de estudo no tema, Brink (2001, p. 145) realizou uma pesquisa junto à *American Psychological Association Task Force on the Victims of Crime and Violence*, instituição essa, responsável pelo cuidado às vítimas de discursos de ódio. Todos os pacientes possuíam em algum grau, distúrbios de ansiedade, condição de desamparo, insônia, depressão, perda da autoestima e/ou, deterioração da qualidade das relações interpessoais, sendo que seus efeitos e duração dependem da qualidade do atendimento que esses indivíduos tiverem acesso. (BRINK, 2001, p. 144-147). (*tradução da autora*)

Desta forma, o indivíduo que “profere palavras ou as materializa em símbolos linguísticos compreensíveis, dependendo das circunstâncias concretas em que as faz, mesmo

que não cause naturalisticamente nada, realiza uma ação relevante para o direito penal.” (ZILIO, 2017, p. 187). Para o autor, essa relevância se apresenta em ações de injúrias, difamações, calúnias, ameaças, incitação à discriminação ou preconceito, entre outros delitos contra a honra.

2 Discursos de ódio na Era Digital

De acordo com Barreto Junior (2020, p. 120), o discurso de ódio tem um grande poder de atração e fixação sobre os usuários da internet. Assim, para Brugger (*apud* Barreto Junior, 2020, p. 121), o discurso de ódio pode ser definido como “[...] manifestação de ideias que incitem à discriminação étnico-racial, social ou religiosa em relação a determinados grupos, na maioria das vezes as minorias.”

Da mesma forma, Souza e Marques (2018, p 17) discorrem que “no Brasil, o discurso de ódio envolve a manifestação de ideias incompatível com a dignidade da pessoa humana baseada na narrativa que incite a discriminação e violência”. Ademais, as autoras apontam a internet como meio de comunicação mais utilizada, sendo as redes sociais ferramentas de formulação e disseminação de tais discursos, “o que demonstra que a sociedade atual emana intolerância e desrespeito a determinados grupos vulneráveis, tais como em razão de gênero, raça, religião, orientação sexual etc.”. (SOUZA; MARQUES, 2018, p. 18).

Anderson Schreiber (2020, p. 06) aponta que a tecnologia digital “não resultou apenas na abertura de espaços inteiramente novos para o intercâmbio de informações e ideias, mas também em uma alteração na própria forma de se comunicar.” (SCHREIBER, 2020, p. 06). Tal alteração exprime a participação ativa e o controle nas próprias construções e difusão das informações que os indivíduos recebem, criam e retransmitem, apontando-se uma significativa mudança no papel do público quanto à comunicação e interação.

Porém, o que poderia ser visto como algo positivo a partir do livre fluxo de ideias e do aumento do nível de informação que conseqüentemente poderia contribuir para a redução da intolerância e do preconceito, tem provocado a intensificação do *hate speech*,

[...] pela disseminação de práticas lesivas, como o *shaming*³⁶ e o *cyberbulling*³⁷, além de outros que exprimem uma espécie de ‘*dark side*’ das redes sociais e sugerem que

³⁶ De acordo com o dicionário Merriam-Webster, *Shaming* é definido ato ou atividade de expor alguém à vergonha, desgraça, humilhação ou disrupção do convívio social, especialmente através da exposição pública ou crítica excessiva, utilizando fatos e/ou ações verdadeiras ou falsas do indivíduo-alvo, objetivando sua anulação e/ou eliminação. (tradução da autora)

³⁷ MENESINI *et al.* (2012, p. 455-456) definem o *cyberbulling* como ato ou discurso realizado de forma deliberada, buscando um grave prejuízo físico ou mental a um alvo, que ocorre de forma reiterada e persistente, comportamento este, baseado em cinco elementos-chaves para a caracterização da prática do *cyberbulling*, sendo eles: i) a intencionalidade; ii) a repetição excessiva/ agressiva; iii) desbalanceamento da relação de poder; iv) a

novos ambientes comunicativos podem, em certas situações, estar servindo mais à frustração da liberdade de expressão que à sua consagração – e, pior, frequentemente em prejuízo das minorias. (SCHREIBER, 2020, p. 06).

Ademais, o autor aponta que a própria estrutura dos ambientes digitais, “[...] ao mesmo tempo em que pode reforçar laços de identidade, tem se revelado, não raro, como elemento que intensifica o sectarismo e a exclusão de outras visões de mundo.” (SCHREIBER, p. 06).

Badaró (2018, p. 535) discorre que o discurso de ódio pode ser definido a partir de três critérios, a saber: i) o conteúdo da mensagem contra determinados grupos motivada por preconceitos ligados à sua identidade; ii) uso típico do discurso fundado na intolerância e discriminação; e iii) as consequências aos alvos do ataque, capazes de provocar sentimento de estresse, ansiedade, medo, humilhação, dor, vergonha e perda de dignidade em suas vítimas.

Para *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2022), o *hate speech* é um conceito complexo, pois o termo descreve mais uma conceituação e categorização do que a especificação de um grupo de expressões. Desta forma, faz-se prioritária a análise do discurso observando seus termos e direcionamentos para que se evite um julgamento errôneo e uma classificação que possa ser categorizada como censura. Assim, para definição de um discurso de ódio tem que se observar quatro aspectos fundamentais: i) o dano; ii) o conteúdo; iii) suas propriedades intrínsecas, ou seja, os tipos de palavras utilizadas; e por fim, iv) o princípio da dignidade humana. Esses quatro aspectos devem ser analisados dentro do contexto do discurso, onde ele foi proferido e seu alvo.

No dano deve-se levar em conta o agrupamento em que o indivíduo faz parte ou a sua condição individual, percebendo se o discurso proferido busca atacar características raciais, gênero, etnia, condição religiosa, orientação sexual, bem como, deve-se observar se ocorre a tentativa de hostilizar ou intimidar a pessoa ou grupo em face da sociedade.

Com relação ao conteúdo, deve-se observar se são utilizadas expressões ou encorajamentos a agitações ou incitações de ódio e/ou agressões contra indivíduos e grupos, particularmente se tais ataques forem movidos a questões de raça, etnia, gênero, religião, nacionalidade e orientação sexual. Deve-se verificar se as palavras utilizadas durante o discurso estão associados ou dão ênfase à discriminação, vilanização e/ou se eles já são reconhecidos como termos depreciativos, visando estigmatizar e a marginalização do indivíduo ou grupo na sociedade em que estão inseridos.

possibilidade do anonimato do agressor; e, por fim, v) a larga disseminação pública e exposição do alvo, buscando sua ridicularização e cancelamento social. (tradução da autora)

A dignidade humana deve ser o principal foco da análise de um discurso de ódio. Isso porque quando um discurso busca, independentemente das outras categorias de agressões, atacar a dignidade humana ou difamar parte de uma população, se caracteriza o discurso de ódio. Dessa forma, a transformação de um discurso de livre manifestação em um discurso de ódio, ou em uma simples agressão verbal/discurso raivoso, passa obrigatoriamente pela existência dos quatro agrupamentos supracitados e a existência do dolo.

2.1 Delitos de ódio objetos de restrição segundo o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos

Cabe-se analisar as tipificações penais dentro do conceito de discurso de ódio frente ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) recepcionado no ordenamento jurídico através do Decreto n. 592, de 06 de julho de 1992.

De modo a compreender como tais discursos, geralmente encaminham para a necessidade de resposta estatal visando a criminalização e o impedimento de disseminação, cabe-se a elaboração de uma tipologia proposta por *Article 19* (2020), categorizando os discursos de acordo com a gravidade da expressão e seus impactos objetivando “[...] orientar respostas adequadas que considerem o caráter mutuamente reforçador do direito à liberdade de expressão e à igualdade” (ARTICLE 19, 2020).

Esta tipologia encontra-se disposta em quatro categorias organizadas do menor para o maior grau de restrição. Os discursos enquadrados no primeiro grupo em consonância com o art. 19 do PIDCP, possuem certa proteção sob a perspectiva da liberdade de expressão. Portanto, de acordo com a interpretação e com o contexto, podem ser categorizados como exercício de liberdade ao invés de delitos de ódio, uma vez que ausentes as elementares do tipo penal dos crimes contra honra.

No segundo grupo, tem-se os discursos que podem sofrer restrições, desde que expressamente previstas em lei (art. 19(3), PIDCP), visto que almejam o desrespeito de indivíduo(s) colocando em risco a segurança e/ou a ordem pública nacional, ou mesmo atentam contra moralidades e/ou a saúde pública. Neste grupo encontram-se também os delitos de injúria, calúnia e difamação em suas formas simples.

No terceiro agrupamento encontram-se discursos que propagam deliberadamente e incitam o ódio, a hostilidade, a discriminação e/ou a violência contra indivíduo(s), grupo(s) e/ou nação(es). Esses, devem ser obrigatoriamente proibidos (art. 20.2 e art. 26 do PIDCP).

Nessa categoria, encontram-se os delitos de racismo, injúria racial³⁸, homofobia, xenofobia e misoginia.³⁹

No quarto grupo encontram-se os discursos que deliberadamente pregam o genocídio entre outras violações humanitárias. Esses devem ser obrigatoriamente proibidos e combatidos segundo as aplicações das Leis e Tratados Internacionais, a Convenção para Prevenção do Crime de Genocídio e o Estatuto de Roma.

Nota-se, que a recomendação advinda da categorização proposta pelo *Article 19* (2020), em consonância com disposto no PIDCP, confere uma melhor compreensão acerca dos discursos de ódio. E ainda que a resposta estatal à tais práticas seguem amplo arcabouço jurídico internacional, sopesando de forma inequívoca, a responsabilização e o combate ao discurso de ódio.

3 Natureza jurídica dos crimes contra honra e os delitos de ódio no sistema penal

Nas lições de Juarez Tavares (2012, p. 90), nas ofensas contra honra o que se está em jogo é a forma como configura-se o conflito entre a proteção da dignidade humana e a liberdade de expressão. Neste ponto, cabe caracterizá-lo nas figuras estratificadas no âmbito penal de injúria, difamação e calúnia. Outra perspectiva resultante deste conflito “afigura-se relevante determinar, com exatidão, os limites e a extensão das normas permissivas de conduta, que têm o condão de assegurar a todos os cidadãos o exercício de sua liberdade em um Estado democrático de direito” (TAVARES, 2021, p. 90). Do ponto de vista do bem jurídico tutelado,

[...] a honra deve ajustar-se a dois componentes essenciais. Por um, à dignidade pessoal, tomada no sentido de condição de existência do indivíduo e, portanto, da própria ordem jurídica; por outro, à função social destinada à pessoa. Desse binômio dignidade/função social é que será possível alcançar o conceito de honra, desvinculando-o tanto de seus aspectos empíricos-objetivos de constatação, quanto de sentimentos pessoais e emocionais. (TAVARES, 2012, p. 97).

Fuller (2020, p. 388), aponta que face à tutela punitiva sob a ótica da Sociedade da Informação, também deve-se observar o princípio da dignidade da pessoa humana e o exercício dos direitos sociais e individuais à segurança, ao bem-estar, ao desenvolvimento e à igualdade. Ademais, a autora discorre que, por se tratar de bens jurídicos dignos de proteção, “os direitos

³⁸ Cumpre salientar que em 28 de outubro de 2021, o Supremo Tribunal Federal finalizou histórico julgamento no HC 154.248/DF, no qual, por 8x1, afirmou que o crime tradicionalmente reconhecido como injúria racial, previsto no art. 140, §3º do CP, deve ser interpretado como crime de racismo quanto a imprescritibilidade (STF. HC 154.248/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 28 out. 2021).

³⁹ Em 03 de abril de 2018, a Lei n. 13.642 alterou a Lei n. 10.446/2002, acrescentando atribuição à Polícia Federal no que concerne à investigação de crimes praticados por meio da rede mundial de computadores que difundam conteúdo misógino, definidos como aqueles que propagam o ódio ou a aversão às mulheres.

à dignidade, isonomia, liberdade, proibição de toda e qualquer forma de discriminação, ordem econômica e democrática, [...] por condutas praticadas por meio de tecnologias de comunicação e informação [...] devem ser objeto de tutela penal [...].” (FULLER, 2020, p. 382).

A “criminalização de manifestações de ódio, o fundamento está na crença de necessidade de reforço da validade da norma protetiva da dignidade humana e a própria sociedade democrática e livre.” (ZILIO, 2017, p. 184). Ademais, cabe ressaltar que “o discurso de ódio corresponderia, assim, a um limite externo à liberdade de expressão” (MEDRADO, 2018, p. 73) importando em abuso do direito.

Os crimes contra honra têm por objetivo a preservação de um conjunto de atributos físicos, morais e intelectuais de um ser humano que fazem o indivíduo ser merecedor de respeito no meio social, promovendo sua autoestima e isso é inerente a todo indivíduo, podendo em sua ofensa causar dor psíquica ou abalo moral. A tipificação dos crimes contra a honra visa a preservação do posicionamento social de um indivíduo, uma vez que este valor está intimamente ligado à sua aceitação ou reprovação no meio social e, desta forma, integram um patrimônio moral digno de tutela penal. (MASSON, 2017).

Tais condutas contra honra podem ser praticadas por quaisquer meios e, “com o avanço da tecnologia, novos instrumentos são utilizados para a prática de delitos tipificadas no ordenamento jurídico-penal [...] podendo nomeá-los como crimes cibernéticos.” (PANAZZOLO, 2018, p. 119). Da mesma forma,

[...] os crimes cibernéticos são as condutas praticadas por meio de dispositivos conectados à rede mundial de computadores, seja com a finalidade de consumir atos que atinjam bens jurídicos ligados à informática propriamente dita ou a outras categorias protegidas pelo Direito. (PANAZZOLO, 2018, p. 120).

De modo geral, o Código Penal (CP) tipifica as condutas de calúnia (art. 138, CP), difamação (art. 139, CP) e injúria (art. 140, CP). Importante ressaltar, que em 2019 houve alteração para adequada tipificação aos crimes cometidos ou divulgados por meio da internet em quaisquer modalidades das redes sociais, aplicando-se o triplo as penas (art. 141, § 2º, CP).

Da mesma forma, a legislação especial cumpre a tipificação de outros delitos que também podem ser depreendidos dos discursos de ódio em quaisquer meios de comunicação. Tem-se na Lei Federal n. 7.716/89, que em seu art. 20, *caput*, define os crimes resultantes de intolerância racial, étnica, religiosa ou de nacionalidade, conhecida como lei do racismo⁴⁰.

⁴⁰ Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa. [...] § 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza: Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa. (BRASIL, 1989).

Gonçalves e Baltazar Júnior (2022, p. 512) apontam que a lei brasileira não tipifica a discriminação por orientação sexual. No entanto, ao haver grave violação a dignidade humana como ao direito à intimidade, o STF estendeu as prerrogativas da lei, nos termos:

Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei n. 7.716, de 08/01/1989 (ADO 26, Celso de Mello, Pl., m., 13/06/2019). (MELLO *apud* GONÇALVES; BALTAZAR JÚNIOR, 2022, p. 512).

O discurso de conteúdo misógino, por sua vez, compreendido por conteúdos que propaguem ódio ou aversão às mulheres por menosprezo e discriminação de gênero, abordado da Lei n. 13.642/18, a qual atribui à Polícia Federal a responsabilidade pela investigação dos crimes cibernéticos de misoginia.

Da mesma forma, Medrado (2018, p. 55-63) a fim de compreender os discursos de ódio no sistema penal propõe sua sistematização em: i) preconceito-ofensa (compreendendo violações a honra subjetiva e objetiva de pessoas e/ou grupo(s); delitos de injúria, calúnia e difamação); ii) preconceito-extermínio (ações de eliminação física de pessoas ou grupos, como nos crimes de genocídio, terrorismo, lesão corporal, homicídio); e, iii) preconceito-discriminação (ações de supressão de pessoas e/ou grupo(s)). Nesse sentido, o discurso de ódio estaria situado na forma de preconceito-discriminação. (MEDRADO, 2018, p. 56).

O induzimento ou incitação tanto à discriminação ou ao preconceito são entendidos na doutrina brasileira como condutas que também devem ser responsabilizadas, estando compreendidas da mesma forma no art. 20, da Lei Federal n. 7.716/89. Caso a incitação ou induzimento se relacionem ao estímulo à lesão corporal ou homicídio, sem correspondência às tipicidades do genocídio (Lei n. 2.889/56) ou terrorismo (Lei n. 13.260/16), o agente deve responder pelo delito de incitação ao crime (art. 286 do CP).

Quando o discurso de ódio se externaliza em atos de violência e de intimidação, fala-se em *hate crimes* (crimes de ódio),

A noção de discurso de ódio se inclui em uma categoria mais ampla que é a dos crimes de ódio, que faz referência a todas as condutas criminosas, violentas ou não, motivadas por racismo, xenofobia, machismo, homofobia, transfobia, etc. Os *hate crimes* se caracterizam pela eleição da vítima, local ou objetivo da infração em razão de sua, real ou aparente, conexão, simpatia, filiação, apoio ou pertencimento a um grupo identitário. (ALCALÁ *apud* BADARÓ, 2018, p. 539).

Ainda que haja correntes contrárias à utilização do direito penal no tratamento do discurso do ódio, há de se observar que “o mais elementar critério justificador de uma proibição

penal deve sempre ser a necessidade de obstaculizar ataques concretos a bens fundamentais. Sendo que para ser válida a criminalização de uma conduta esta deve seguir o traçado no Texto Constitucional.” A autora ainda aponta que o caráter histórico, social, cultural e familiar perverso das violências aos grupos vulneráveis, frente à um direito penal mínimo⁴¹ “não retira do Estado e da sociedade a obrigação de empenharem-se na busca de soluções relativas a situações de violência e de violações de direitos, ou de resolver conflitos e problemas sociais que necessitam de respostas justas e adequadas.” (BARATTA *apud* ROSA MENDES, 2017, p. 221).

Considerações Finais

Frente as concepções em que se desdobram a liberdade de expressão, o presente artigo enfoca seu delineamento na compreensão de um valor fundamental individual e social garantidor da ordem democrática. Além de intimamente ligada com a dignidade humana, esse direito, torna-se um instrumento necessário para o adequado funcionamento e garantia de uma sociedade plural e igualitária. Nesse sentido, sua previsão na Constituição Federal e em importantes documentos internacionais a quais o Brasil é signatário impõem um grandioso desafio. Ainda que a liberdade de expressão seja concebida como um direito fundamental, a presumibilidade de sê-lo um valor absoluto evidencia pontos de distensão, que em última análise, reflete-se na livre expressão de discursos odiosos, manifestamente preconceituosos, discriminatórios e intolerantes contra pessoas e/ou grupos vulneráveis.

Tais discursos, fundados na supressão de pessoas e/ou de grupos transcende as barreiras da simples manifestação de pensamento e justifica condutas dignas de responsabilização jurídico-penal, visto que o bem jurídico compreende os direitos da personalidade sob a ótica da dignidade humana e tem como claro objetivo a preservação de um conjunto de atributos físicos, morais e intelectuais pertencente de cada indivíduo. Portanto, do ponto de vista do ordenamento jurídico, pode-se concluir que a adequada tipificação do discurso de ódio é de suma importância para salvaguardar as instituições democráticas e o pluralismo de pensamento, tendo em vista que crimes não devem ser abarcados sob o véu de pretenso exercício de direito.

⁴¹ Direito penal mínimo, para Zaffaroni e Pierangeli (2021, p. 20), é parte da constituição de um novo paradigma penal, onde se vislumbra a forma de controle social através do direito penal exclusivamente quando se faz necessária a preservação de bens jurídicos vitais, fundamentais para a livre e plena realização da personalidade de cada indivíduo e, tão somente, quando o pleno desenvolvimento da comunidade humana social estiver em risco garantindo assim a defesa dos direitos humanos que é, em última análise, sua missão.

Ademais, a liberdade de expressão não comporta violências ou ameaças, mesmo em ambiente digital. Os delitos de ódio na Era Digital são potencializados pela própria estrutura das redes, e observando isso, o sistema jurídico-penal vem incorporando previsões aos crimes de ódio cometidos através dos meios digitais. Evidencia-se, portanto, que discursos odiosos merecem ser objetos de intervenção estatal, por meio de respostas justas e adequadas. Nesse sentido, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos demonstra que todo discurso capaz de atentar contra a honra subjetiva ou objetiva do indivíduo, bem como discursos que se transformam em *hate crimes* devem ser objetos de respaldo do posto de vista social e estatal.

Evidencia-se que os mecanismos de proteção à dignidade humana devem encontrar no Direito Penal, ainda que defendido como a *ultima ratio*, sua ancoragem. Isso porque, ainda que muitos penalistas invoquem outras ferramentas para a responsabilização e/ou combate ao discurso do ódio, tais vítimas (grupos, indivíduos e/ou nações) necessitam desse instrumento contra violações de seus direitos, cumprindo normas e recomendações internacionais de direitos humanos. Afinal, quando não se utilizam os instrumentos adequados para atacar discursos discriminatórios, antigualitários e antidemocráticos, corre-se o risco de reviver tragédias humanitárias.

Por fim, entende-se que o Estado Democrático de Direito tem o condão de garantir a liberdade de expressão, impondo para tanto a adequada e justa responsabilização aos discursos de ódio. Tem-se argumentado que tal direito fundamental se encontra limitado na ponderação entre exercício de direito e dignidade humana e tolerância, afinal, é preciso que atos de racismo, misoginia, LGBTfobia, xenofobia, além de discursos que fomentem em genocídio e terrorismo sejam efetivamente combatidos e seus atores responsabilizados, dentro e fora do ambiente virtual.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. São Paulo: Companhia de Bolso, 2013.

ARTICLE 19. ‘Hate speech’ explained: A summary. **Article 19**, London, 07 dez. 2020. Disponível em: https://www-article19-org.translate.google.com/resources/hate-speech-explained-a-summary/?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=pt&_x_tr_hl=pt-BR&_x_tr_pto=sc. Acesso em: 12 mai. 2022.

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Nações Unidas, 217 (III)A, Paris, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 15 mar. 2022.

AZEVEDO, Reinaldo. Na democracia é preciso que ideias tenham consequência. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 02 set. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/reinaldoazevedo/2021/09/na-democracia-e-preciso-que-ideias-tenham-consequencias.shtml>. Acesso em: 08 mai. 2022.

BADARÓ, Tatiana. Criminalização do discurso de ódio e liberdade de expressão: uma análise do art. 20 da lei 7.716/89 sob a perspectiva da teoria do bem jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 26, n. 145, p. 531-569, jul. 2018. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=145243. Acesso em: 05 mai. 2022.

BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Fake News e Discurso do Ódio: estratégia de guerra permanente em grupos de WhatsApp *In*: RAIS, Diogo (coord.). **FAKE NEWS: a conexão entre desinformação e o Direito**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596700/>. Acesso em: 15 abr. 2022.

BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na pós-modernidade**. 3. ed. Modificada e atualizada. São Paulo: Atlas, 2014.

BRASIL. Decreto Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 18 abr. 2022.

BRASIL. Decreto n. 30.822, de 6 de maio de 1952. **Convenção para Prevenção do Crime de Genocídio**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1952/D30822.html. Acesso em: 17 mar. 2022.

BRASIL. Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm. Acesso em: 17 mar. 2022.

BRASIL. Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. **Lei de Acesso à Informação**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm. Acesso em: 27 abr. 2022.

BRASIL. Lei n. 13.260, de 16 de março de 2016. **Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm. Acesso em: 07 mai. 2022.

BRASIL. Lei n. 13.642, de 03 de abril de 2018. **Altera a Lei nº 10.446, de 8 de maio de 2002, para acrescentar atribuição à Polícia Federal no que concerne à investigação de crimes praticados por meio da rede mundial de computadores que difundam conteúdo misógino, definidos como aqueles que propagam o ódio ou a aversão às mulheres**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13642.htm. Acesso em: 11 mai. 2022.

BRASIL. Lei n. 2.083, de 12 de novembro de 1953. **Regula a Liberdade de Imprensa**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l2083.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%202.083%2C%20DE%2012%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201953.&text=Regula%20a%20Liberdade%20de%20Imprensa.&text=Art%201%C2%BA%20%C3%89%20livre%20a,de%20jornais%20e%20outros%20peri%C3%B3dicos. Acesso em: 28 abr. 2022.

BRASIL. Lei n. 2.889, de 01 de outubro de 1956. **Define e pune o crime de genocídio**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L2889.htm. Acesso em: 07 mai. 2022.

BRASIL. Lei n. 7.716, de 05 de janeiro de 1989. **Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 05 mai. 2022.

BRASIL. Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. **Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em: 27 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 548/DF**. Relatoria Ministra Cármen Lúcia. 15 mai. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343350100&ext=.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 154.248/DF**. Relator Ministro Edson Fachin, Brasília, 28 out. 2021. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1391052830/habeas-corpus-hc-154248-df-0067385-462018100000/inteiro-teor-1391052932>. Acesso em: 10 mai. 2022.

BRINK, David O. Millian principles, freedom of expression, and hate speech. **Legal Theory**, v. 7, issue 02, jun. 2001, p. 119-157. Disponível em: http://journals.cambridge.org/abstract_S1352325201072019. Acesso em: 05 abr. 2022.

BUARQUE, Beatriz; CRETTON, Marcio. Mapa do ódio no Brasil: percepções e recomendações para políticas públicas. **Words Heal the World**, London, 2021. Disponível em: <https://www.wordshealtheworld.com/publications/>. Acesso em: 18 mai. 2022.

CHEQUER, Cláudio Márcio de Carvalho. **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie: análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro**. 2010. 340 f. Tese de doutorado em Direito Civil Constitucional. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro. Disponível em: Acesso em: 25 abr. 2022.

COLTRO, Rafael Khalil; CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. O discurso de ódio na Sociedade da Informação: uma análise sob a lupa da dignidade e da fraternidade. In: DUTRA, Gabrielle Scola; SOARES, Etyane Goulart; GIMENEZ, Charlise Paula Colet (orgs.). **Conflito, fraternidade e direito vivo: a concretização dos Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Porto Alegre: Editora Fi, 2021. p. 50-72.

D'ANCONA, Matthew. **Pós-verdade: a nova guerra contra os fatos em tempos de fake news**. São Paulo: Faro Editorial, 2018.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2021**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, ano 15, 2021. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/10/anuario-15-completo-v7-251021.pdf>. Acesso em: 17 mai. 2022.

FULLER, Greice Patrícia. Crimes no meio ambiente digital e a Sociedade da Informação. In: LISBOA, Roberto Senise (coord.). **O Direito na Sociedade da Informação IV: movimentos sociais, tecnologia e a atuação do Estado**. São Paulo: Almedina, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788584936229/pageid/4>. Acesso em: 12 mai. 2022.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Legislação penal especial**. 8. ed. Coleção esquematizado. São Paulo: SaraivaJur, 2022. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9786553623286>. Acesso em: 14 mai. 2022.

HATE SPEECH. In: **Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Stanford: The Metaphysics Research Lab, Center for the Study of Language and Information, Stanford University, 2022. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/search/searcher.py?query=hate+speech>. Acesso em: 12 mai. 2022.

LAURENTIIS, Lucas Catib de; THOMAZINI, Fernanda Alonso. Liberdade de expressão: teorias, fundamentos e análise de casos. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, UERJ, v. 11, n. 04, p. 2260-2301, 16 nov. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/44121>. Acesso em: 09 mai. 2022.

LOGAREZZI, Lia. **Guia prático de acesso à informação**. São Paulo: Artigo 19 Brasil, 2016. Disponível em: <https://artigo19.org/wp-content/blogs.dir/24/files/2016/10/Guia-Pr%C3%A1tico-da-Lei-de-Acesso-%C3%A0-Infoma%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2022.

MALHEIRO, Emerson Penha. **Curso de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597006537/>. Acesso em: 15 abr. 2022.

MASSON, Cleber Rogerio. Crimes contra a honra. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Tomo: Direito Penal. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/429/edicao-1/crimes-contra-a-honra>. Acesso em: 17 abr. 2022.

MEDRADO, Flávio Augusto Barreto. **Princípio da ofensa como parâmetro hermenêutico para um microsistema penal do discurso do ódio**. Salvador: JusPodvim, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593952/>. Acesso em: 20 abr. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira; CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Manual didático de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555591088/>. Acesso em: 20 abr. 2022.

MENESINI, Ersilia *et al.* Cyberbullying definition among adolescents: a comparison across six european countries. **Cyberpsychology, behavior and social networking**, Florença, v. 15, 2020, p. 455-463. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3443335/pdf/cyber.2012.0040.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2022.

MILL, John Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. São Paulo: Escala, 2006.

PANAZZOLO, Pedro de Vilhena. Racismo cibernético e os direitos da terceira dimensão. *In*: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, **Crimes cibernéticos**. Brasília: MPF, 2018. v. 3. Disponível em: <https://memorial.mpf.mp.br/nacional/vitrine-virtual/publicacoes/crimes-ciberneticos-coletanea-de-artigos>. Acesso em: 18 abr. 2022.

RODRIGUES JÚNIOR, Sérgio Assunção. **O direito à liberdade de expressão e o reconhecimento da sua tripla dimensão no âmbito internacional de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Processo, 2021. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br/Leitor/Publicacao/194466/pdf/0>. Acesso em: 20 abr. 2022.

ROSA MENDES, Soraia da. **Criminologia feminista: novos paradigmas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Série IDP. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788547221706/pageid/216>. Acesso em: 21 mai. 2022.

RYTTER, Jens Elo. Which freedom of the press? The press conceived as an open forum or a privileged watchdog. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGDir.)**:

UFRGS, s. l., v. 9, n. 2, 2014. p. 61-113. Disponível em:
<https://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/52654>. Acesso em: 17 abr. 2022.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do *hate speech*. 2006. Disponível em:
<http://professor.pucgoias.edu.br/sitedocente/admin/arquivosUpload/4888/material/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2022.

SCHREIBER, Anderson. Liberdade de expressão e tecnologia. In: SCHREIBER, Anderson; MORAES, Bruno Terra; TEFFÉ, Chiara Spafaccini (coords). **Direito e mídia: tecnologia e liberdade de expressão**. São Paulo: Editora Foco, 2020. Disponível em:
<https://plataforma.bvirtual.com.br/Leitor/Publicacao/188619/epub/0>. Acesso em: 15 abr. 2022.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SHAMING. In: **Merriam-Webster Dictionary**. Springfield: Merriam-Webster Inc., 2022. Disponível em: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/shaming>. Acesso em: 22 abr. 2022.

SOARES, Rita de Cássia da Silva. Autoritarismo à brasileira: a desordem informacional como estratégia de corrosão democrática na era da pós-verdade. In: TOALDO, Adriane Medianeira; GABATZ, Celso; SANTOS, Ivone Laurentino (coords.). **Temas contemporâneos**. Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2022. No prelo.

SOUZA, Regina Cirino Alves Ferreira de; MARQUES, Thainá Simionato. Liberdade de expressão e intolerância na era digital. In: SOUZA, de Regina Cirino Alves Ferreira de (org.). **Intolerância e direito penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 09-25. Disponível em:
http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=155259. Acesso em: 16 mai. 2022.

TAVARES, Juarez. Anotações aos crimes contra a honra. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, n. 94, p. 89-132, jan./fev. 2012. Disponível em:
http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=91367. Acesso em: 13 mai. 2022.

UNESCO. **Declaração de princípios sobre a tolerância**. 1999. Disponível em:
<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000131427>. Acesso em: 12 abr. 2022.

UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em:
<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 12 abr. 2022.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 14. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. [livro eletrônico]

ZILIO, Jacson. Direito penal e discurso de ódio. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 9, n. 16, p. 181-204, jan./jun. 2017. Disponível em:
<https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/102>. Acesso em: 10 mai. 2022.

6. O combate às manifestações neonazistas no Brasil: a preservação da liberdade de expressão

Combating neo-nazi manifestations in Brazil: the preservation of freedom of expression

Mariana Peccicacco

Bacharela em Comunicação Social com habilitação em Jornalismo pela Universidade Anhembi Morumbi. Pós-Graduada Lato Sensu em Administração de Empresas pela FMU. Graduada em Direito pela FMU. Pesquisadora junto ao Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (UniFMU), São Paulo/SP.

Osmar Fernando Gonçalves Barreto

Doutorando em Direito Constitucional pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo - FADISP (2020 - até o momento). Mestre em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (UniFMU). Pesquisador junto ao Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (UniFMU). São Paulo/SP.

Ronny Max Machado

Mestre em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (UniFMU). Pesquisador junto ao Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (UniFMU), São Paulo/SP.

RESUMO: Em tempos cada vez mais acirrados, a desinformação tornou-se uma “arma” de propagação de discórdia e discursos eivados de uma carga negativa de sentimentos. A desinformação no campo da discriminação ilegal e inconstitucional encontra nos movimentos antissemitas um alicerce perigoso, tendo em vista que as violações aos direitos humanos são constantes, chegando ao ponto de causar danos irreparáveis. O discurso do ódio é uma realidade latente, que precisa ser enfrentada com muita disposição pelos pensadores das mais variadas áreas das ciências sociais. As instituições de Estado devem agir de modo a confrontar quem cria, propaga, reproduz desinformação. Sendo assim, por meio da metodologia da revisão bibliográfica e empírica, lastreada em estudo de caso (suástica nazista em uma piscina de Santa Catarina), o presente artigo abordará o enfrentamento às manifestações neonazistas no Brasil, visando apresentar um estudo sobre a importância da preservação ao direito fundamental à liberdade de expressão.

Palavras-chave: Liberdade de expressão; Desinformação; Discurso de ódio; Direitos constitucionais; Combate ao neonazismo.

ABSTRACT: In increasingly heated times, misinformation has become a "weapon" for spreading discord and speeches filled with negative feelings. Misinformation in the field of illegal and unconstitutional discrimination finds in anti-Semitic movements a dangerous

foundation, considering that human rights violations are constant, to the point of causing irreparable damage. Hate speech is a latent reality, which needs to be faced with great determination by thinkers from the most varied areas of social sciences. State institutions must act in order to confront those who create, propagate, and reproduce misinformation. Thus, through the methodology of bibliographic and empirical review, based on a case study (Nazi swastika in a swimming pool in Santa Catarina), this article will address the confrontation of neo-Nazi manifestations in Brazil, aiming to present a study on the importance of preserving the fundamental right to freedom of expression.

Keywords: Freedom of expression; Misinformation; Hate speech; Constitutional rights. Combating neo-nazism.

INTRODUÇÃO

Como é sabido, o nazismo de Hitler, das décadas de 1930/40 pregava a exterminação de todos os povos que podiam, supostamente, contaminar a raça ariana. Já o neonazismo se reveste das mesmas ideias nocivas, porém atua nos dias de hoje. Ainda que a apologia ao nazismo seja proibida por lei, as manifestações existem e atualmente, aparentemente, costumam ser sutis, mas quando são percebidas, acabam por ser repreendidas.

Ademais, cabe destacar, que a internet, por sua vez, serviu de ferramenta suficientemente capaz para expandir o alcance das mais variadas formas de manifestação, incluindo as mencionadas acima. Como bem pode-se mencionar os dizeres de Irineu Barreto Júnior: “Nessa interação entre a máquina e humano, constatou-se que o ódio exerce maior poder de engajamento do que sentimentos positivos e amenidades” (BARRETO JÚNIOR, 2020, p. 121).

A nossa Constituição Federal de 1988 assegura, em seu art. 5º, IV, que é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato. Neste mesmo sentido, o inciso X garante a inviolabilidade da intimidade, honra e imagem das pessoas, enquanto o inciso IX garante a liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação, sendo vedada a censura.

Também neste mesmo artigo, no inciso VI, garante-se a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, bem como a proteção ao local desses cultos e de suas liturgias.

Assim, serão abordados no presente artigo: o discurso neonazista brasileiro; a força normativa da constituição federal de 1988 em face do ódio através do discurso; os limites da liberdade e a preservação das diversidades; e o estudo de caso: suástica nazista em piscina de Santa Catarina.

A relevância social do tema em voga é patente, uma vez que é público e notório o desencadeamento da Segunda Guerra Mundial, em razão do discurso antissemita dos nazistas, o que não pode ser repetido. Ademais, a relevância acadêmica do assunto se dá na medida em que os autores são pesquisadores do Observatório do Discurso do Ódio na Internet, ligado ao Programa de Mestrado do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (UniFMU), e tal discussão é abordada no aludido grupo de pesquisa. A pertinência jurídica se descortina em razão de haver um debate acirrado, sobre quais os meios judiciais de enfrentamento dos discursos de ódio no Brasil.

Dentro deste cenário, através do método de revisão bibliográfica e da metodologia empírica, por meio do estudo do caso da suástica nazista em uma piscina de Santa Catarina, o problema que se apresenta é como combater o discurso neonazista dentro dos limites da Constituição Federal de 1988.

1 O DISCURSO NEONAZISTA BRASILEIRO

Segundo pesquisas, no Brasil existem cerca de 530 células extremistas (BEIGUELMAN, 2022), de sentimento ultraconservador, que fazem apologia ao nazismo e atuam contra as minorias sociais, como negros, homossexuais e pobres, e se reveste também com traços de xenofobia, contra seus próprios compatriotas, como no caso dos nordestinos.

A maioria destas células está alocada no sul do país, o que não significa que não existam manifestações neonazistas espalhadas por todas as regiões. Pelo contrário. Segundo um estudo apresentado pelo Fantástico, de janeiro de 2019 a maio de 2021 houve um crescimento de 270,6% destes núcleos, o que pode chegar a cerca de 10 mil pessoas (G1, 2022).

Sua atuação é basicamente feita pela internet, em fóruns e grupos que compartilham das mesmas ideias, mas ultimamente também pôde ser vista em discursos políticos e em manifestações em locais públicos, como estádio de futebol, por exemplo (PORTO, 2022). Durante o governo do Presidente Jair Messias Bolsonaro, foram registrados ao menos cinco momentos em que pessoas ligadas a ele se utilizaram de símbolos nazistas. Dois deles merecem destaque.

Roberto Alvim, ex-secretário especial de Cultura, se utilizou, de forma “adaptada” durante um discurso em que divulgava o Prêmio Nacional das Artes, de uma citação de Joseph Goebbels, ministro de propaganda da Alemanha nazista. O assessor internacional da Presidência da República Filipe Martins foi visto, pela TV Senado, fazendo um gesto de

“ok” com as mãos, porém com três dedos retos, o que forma um “W” e serve como identificação entre supremacistas brancos.

Este foi o caso de um torcedor que foi expulso por outros torcedores do estádio Bento Freitas, do Brasil de Pelotas, quando foram reconhecidas suas tatuagens de cunho nazistas (cruz de ferro e os dizeres Mein Kampf – minha luta, em português). A atitude foi reforçada pelo clube, que, em nota, manifestou seu repúdio à prática nazista.

Neste mesmo sentido, as falas do deputado federal Kim Kataguirí em um podcast foram rechaçadas por parte da sociedade. Ele afirmou que a Alemanha errou ao criminalizar o nazismo e defendeu a formalização de um partido nazista no Brasil, ainda que a Lei diga o oposto. O Ministério Público chegou a ser oficiado e entidades como a Confederação Israelita do Brasil manifestaram seu repúdio. Kataguirí, então, se viu obrigado a ir às redes sociais para se explicar e negar a defesa do nazismo (VENTURINI, 2022).

2 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 EM FACE DO ÓDIO ATRAVÉS DO DISCURSO

A forma como a sociedade se comunica vem mudando muito ao longo dos anos, especialmente com um maior acesso à internet pela população, seja através de computadores ou smartphones. E ainda que muitas pessoas pensem que na internet vale tudo (como alguns dizem “é terra de ninguém”), o nosso ordenamento jurídico diz o contrário.

Diz a nossa Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, IV que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. Neste mesmo sentido vai o art. 220, caput, que diz que “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. Além destes, muitos outros artigos da nossa Carta Magna asseguram o direito à liberdade de expressão, porém, como é possível perceber, ele não é absoluto.⁴²

E isso é importante e relevante especialmente no tocante ao discurso de ódio na internet, que não deve e não pode ser disseminado livremente, sem qualquer punição. Esses artigos mostram como a própria Constituição brasileira preceitua a liberdade

⁴² Neste mesmo sentido o Supremo Tribunal Federal já se posicionou: O direito à livre manifestação do pensamento, embora reconhecido e assegurado em sede constitucional, não se reveste de caráter absoluto nem ilimitado, expondo-se, por isso mesmo, às restrições que emergem do próprio texto da Constituição, destacando-se, entre essas, aquela que consagra a intangibilidade do patrimônio moral de terceiros, que compreende a preservação do direito à honra e o respeito à integridade da reputação pessoal. A Constituição da República não protege nem ampara opiniões, escritos ou palavras cuja exteriorização ou divulgação configure hipótese de ilicitude penal, tal como sucede nas situações que caracterizem crimes contra a honra (calúnia, difamação e /ou injúria), pois a liberdade de expressão não traduz franquia constitucional que autorize o exercício abusivo desse direito fundamental (BRASIL, 2015).

plena, mas que o bem coletivo limita o direito, de forma justa e igualitária. O que está por trás disso é que a Constituição Federal de 1988 veda o anonimato da comunicação social em relação a grupos, pessoas e instituições e prevê a indenização por danos morais e materiais. Dessa forma, os vetores de qualquer discurso de ódio não podem buscar salvaguardas no texto constitucional, uma vez que este define a harmonia e a dignidade humana como necessárias para se exigir o direito à liberdade de expressão. Isto quer dizer que a harmonia social não se baseia na sobreposição do direito de liberdade de expressão que pode ser gerador do discurso de ódio (SANTANA; BORGES, 2021).

Com o número de pessoas que acessa a internet crescendo a cada ano, inevitavelmente cresce também o discurso de ódio nas redes. Segundo o portal SaferNet, no primeiro semestre de 2022 as denúncias sobre crimes de ódio cresceram 67,5% se comparadas ao mesmo período de 2021, muito provavelmente por conta das eleições. E em 2020, denúncias sobre neonazismo aumentaram 740,7% com relação ao ano anterior (SAFERNET, 2022).

Diante destes números⁴³, não restam dúvidas de que as leis devem ser cada vez mais severas para punir quem dissemina este tipo de informação. Se a Constituição Federal prevê a proteção à liberdade de expressão, com alguns limites, as leis esparsas protegem ainda mais o cidadão, como é o caso, por exemplo, do Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) e da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018).

Vale ressaltar que não há no ordenamento jurídico brasileiro uma definição sobre o que seja o discurso de ódio e, por isso, nossos tribunais acabam, por vezes, indo buscar esta definição no direito extraterritorial.

Dito isso, é possível perceber que a proibição ao discurso de ódio é algo muito difícil de se fazer, porém o combate a este tipo de manifestação deve ser permanente, emanado tanto pela sociedade, quanto pelo Legislativo e pelo Judiciário, seja na criação de novos dispositivos legais, seja na aplicação severa dos dispositivos já existentes.

3 OS LIMITES DA LIBERDADE E A PRESERVAÇÃO DAS DIVERSIDADES

Com estes poucos exemplos citados acima, não restam dúvidas de que em solo brasileiro é assegurada a livre manifestação: do pensamento, religiosa, científica e artística.

⁴³ Cabe destacar, também os números obtidos pelo MAPA do ódio no Brasil: Em 2019, foram registrados 12.334 crimes de ódio no Brasil — um aumento de aproximadamente 1,95% em relação ao número verificado em 2018 (12.098). Entre eles, 1.343 (10,89%) foram homicídios (sendo 1.314 feminicídios e 29 mortes cuja vítima pertencia à comunidade LGBTI+). Analisando o número total de crimes de ódio registrados pela polícia brasileira em 2019, temos: • 8.979 (72,80%) crimes de ódio motivados por preconceito racial; • 1.732 (14,04%) crimes de ódio motivados por preconceito com relação à orientação sexual (tendo como alvo a comunidade LGBTI+); • 1.314 (10,65%) crimes de ódio motivados por preconceito de gênero (tem como alvo as mulheres: feminicídios); • 226 (1,83%) crimes de ódio motivados por preconceito religioso; • 83 (0,67%) crimes de ódio à origem (BUARQUE;CRETTON, 2021).

Ocorre, porém, que não existe liberdade plena. Pelo contrário, ela deve ser coibida quando tratar de discurso de ódio, discurso este que se aproxima muito mais a um ataque do que a um debate.

Não é só porque as ideias associadas ao *hate speech* são moralmente erradas que o Estado deve coibir esta forma discurso. O fato de uma ideia ser considerada errada não é base suficiente para a sua supressão da arena de discussão. Este é o pilar fundamental da liberdade de expressão, que não deve ser ameaçado. Mais relevante do que o erro é a constatação de que as expressões de ódio, intolerância e preconceito manifestadas na esfera pública não só não contribuem para um debate racional, como comprometem a própria continuidade da discussão. Portanto, a busca da verdade e do conhecimento não justifica a proteção ao *hate speech*, mas, pelo contrário, recomenda a sua proibição (SARMENTO, 2006).

Ao proteger a liberdade⁴⁴, restringindo o discurso de ódio, o legislador, de certa forma, resolve um conflito de princípios e assegura a integridade de toda uma sociedade. O próprio art. 220 da Constituição Federal de 1988 é claro em sua redação ao dizer que é livre a manifestação do pensamento, porém deve ser sempre observado o que está disposto na própria Carta Magna.

Como já falado, o neonazismo busca atacar minorias, como negros, pobres e homossexuais, e ele deve ser barrado pelo Estado justamente pois existe aí um dano a algum – ou a vários – grupo social. De acordo com Santana e Borges: “A escolha, a opinião, a crença, a roupa, o que o outro faz ou não com a liberdade dele não deveriam ser postos em discussão, salvo quando essa liberdade agride a dignidade de outrem” (SANTANA; BORGES, 2021).

Esta dicotomia deve ser sempre sopesada de forma que sejam preservadas as diversidades sociais, ou seja, que seja possível se manifestar de forma livre, mas sem oprimir o próximo, para que ele também possa se expressar de forma livre. Neste conflito de direitos ou de princípios, deve sempre vencer a paz e o respeito, sendo certo que a dignidade da pessoa humana deve vir em primeiro lugar, garantindo, assim, que todos os grupos sociais possam conviver em harmonia, independentemente de haver discordância entre opiniões.

4 ESTUDO DE CASO: SUÁSTICA NAZISTA EM PISCINA DE SANTA CATARINA

⁴⁴ Ainda, é preciso superar a percepção de que a liberdade de expressão é apenas uma liberdade negativa, ou seja, que existe liberdade apenas quando não há uma interferência externa, identificada, sobretudo, com atuação do Estado, que impeça o sujeito de fazer o que quiser. Há que compreender que o Estado, ao contrário de ser inimigo da liberdade de expressão, pode exercer um papel positivo¹³ para aqueles grupos que, sem a garantia do Estado, não conseguem se expressar no espaço público porque há um “efeito silenciador” promovido pelo discurso dos grupos dominantes. Se o consenso é praticamente impossível de ser atingido em sociedades multiculturais, a coexistência pacífica é um valor que deve nortear a vida cotidiana. Se o direito de expressão é restringível diante de discursos discriminatórios, importa muito traçar parâmetros que norteiem o aplicador do Direito (STROPPA; ROTHENBURG, 2015, p. 9)

Para o presente artigo entendeu-se por bem realizar um estudo de caso, trazendo o viés empírico da pesquisa, uma vez que ao se abordar a questão política em cotejo com o direito, não se pode olvidar, que uma ponte entre os dois é a sociologia, que tem como base, na maioria das vezes, a metodologia empírica.

Assim, o objeto de pesquisa do estudo de caso em comento, é o caso da suástica na piscina em Santa Catarina. A Polícia Civil local encontrou, em 2014, uma suástica nazista formada por azulejos no fundo de uma piscina na cidade de Pomerode, Vale do Itajaí, ao realizar um voo de helicóptero para esclarecer outra situação (NTSC TOTAL, 2014).

O dono da residência é o professor de história em Blumenau/SC Wandercy Antônio Pugliese, o qual cultiva cogumelos, além de ter um vasto acervo com itens nazistas no imóvel (NSC TOTAL, 2014). Todavia, a própria Polícia Civil apontou em sua investigação que “manter uma suástica em propriedade particular não configurava apologia ao nazismo e, portanto, não seria crime” (UOL, 2022). Desta forma, em razão de o símbolo não ter sido exposto de maneira pública o inquérito policial foi arquivado.

Contudo, foi apresentada representação pela Confederação Israelita do Brasil em 2020 (UOL, 2022) contra Pugliesi, uma vez que a utilização de qualquer símbolo nazista é ilegal, conforme determina o artigo 20, da Lei 7.716/89, o qual aponta que é crime "fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo". Caso a norma seja descumprida, a pena é de 2 a 5 anos de reclusão e multa.

Salienta-se que nesses casos **não é necessário haver atos de violência ou incitação direta à violência para que o delito ocorra**. Assim, foi movido um procedimento preparatório pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina (MPSC), a fim de apurar se o professor cometeu crime de ódio.

No decorrer da investigação Wandercy ainda se candidatou ao cargo de vereador da cidade de Pomerode como Professor Wander, em 2020, mas acabou desistindo de concorrer ao pleito após “o Partido Liberal (PL) pressioná-lo para que retirasse a candidatura. O professor pediu desligamento do partido” (MAYER, 2022).

Desta forma, a relação do caso em tela, com o mote da pesquisa fica mais evidente, em razão da vida política que possui Pugliese. Contudo o processo movido pelo MPSC foi arquivado pela 2ª Promotoria de Justiça de Pomerode/SC em 2021, uma vez que: “Na época, o investigado informou ter alterado voluntariamente o desenho da estrutura” (MAYER, 2022). Só que neste ano, 2022, o processo foi reaberto, pois:

A nova decisão considera, no entanto, que a retirada do símbolo nazista não é suficiente para afastar a responsabilidade do professor.

A suástica foi transformada em quatro quadrados, ou no número 88, que integra a simbologia neonazista. O fato foi destacado em estudo do Centro de Apoio Operacional dos Direitos Humanos e Terceiro Setor do MPSC.

Tal estudo aponta que “[...] dentre os grupos neonazistas, há a utilização do número 88, forma codificada, por ser a letra H a oitava do alfabeto, de referir-se à HH, uma abreviação do cumprimento nazista “Heil Hitler” (UOL, 2022). O MPSC veiculou nota apontando que:

Assim, importante se verificar, no caso, se a modificação do símbolo inicialmente presente de fato atendeu a finalidade proposta e não foi apenas substituída por simbologia diversa, com a mesma finalidade de cultivo e propagação de ideais nazistas (HISTORY CHANNEL, 2022).

Diante desse fato, o Conselheiro Relator, procurador de Justiça Fábio de Souza Trajano, concluiu no voto que, houve abuso de direito e que o fato de o símbolo nazista estar em propriedade privada não é suficiente para afastar o teor da conduta: “Não podemos afastar as consequências ilícitas do ato, porque o culto a tais símbolos viola a dignidade da pessoa humana” (MAYER, 2022).

Prosseguiu o Procurador apontando que “tal conduta ultrapassa os limites relacionados aos bons costumes, à boa-fé, e ao fim econômico ou social” (UOL, 2022). O procedimento do MPSC em face do professor continua em andamento, pela decisão tomada pela Segunda Turma Revisora do Conselho Superior do MPSC, mas agora presidido por outro membro do *Parquet*, pois:

O Conselho Superior do MPSC, por meio de suas turmas revisoras, é o órgão interno da Instituição que analisa os procedimentos finalizados pelos promotores de Justiça. Caso entenda pela homologação, o procedimento é arquivado, caso contrário, é designado outro membro do Ministério Público para dar continuidade, como neste caso (MAYER, 2022).

O MPSC espera que as penalizações contra o docente sejam tomadas na esfera cível, como indenização por danos morais coletivos, e penal, pelo possível crime de racismo (UOL, 2022).

Wandercy foi procurado por inúmeros veículos de comunicação, mas não se manifestou sobre a questão.

CONCLUSÃO

Em tempos cada vez mais acirrados, a desinformação tornou-se uma " arma" de propagação de discórdia e discursos eivados de uma carga negativa de sentimentos direcionados a quem pensa de maneira diferente daquilo que se pretende defender.

A desinformação no campo da discriminação ilegal e inconstitucional encontra nos movimentos antissemitas e racistas um alicerce perigoso, tendo em vista que as violações aos direitos humanos são constantes, chegando ao ponto de causar danos irreparáveis.

O discurso do ódio é uma realidade latente, que precisa ser enfrentada com muita disposição pelos pensadores das mais variadas áreas das ciências sociais. As instituições de Estado devem agir de modo a confrontar quem cria, propaga, reproduz desinformação.

Em específico sobre o discurso de ódio neonazista no Brasil, o presente estudo aponta que, em que pese o nazismo parecer um movimento distante temporal e territorialmente, ele se faz presente pela renovação de fanáticos, que se identificam com o antissemitismo propagado por tal ideologia, atualmente e em solo brasileiro.

Como pôde-se constatar, até mesmo um professor, que tem intenções políticas, é adepto deste tenebroso movimento, que toma cada vez mais força, conforme pesquisas colacionadas, e que começa a se imiscuir em várias facetas de nossa sociedade, utilizando principalmente as Tecnologias da Informação e da Comunicação (TICs), e, preponderantemente, a internet, por meio das redes sociais, para propagar a sua infame retórica.

Chega-se à conclusão de que as previsões legais existentes sobre o enfrentamento do discurso de ódio, e conseqüentemente, as desinformações geradas por ele, são suficientes para, se não obstar, ao menos minorar a ocorrência de crimes cometidos pelos neonazistas, sem afetar a liberdade de expressão dos cidadãos de bem. Contudo, falta a definição do que é um discurso de ódio em nosso ordenamento, bem como uma maior fiscalização sobre essas práticas, além da aplicação das normas atinentes com maior contundência, visando dissuadir os indivíduos que se filiam a essa corrente do mal, e assim desarticular as manifestações neonazistas no Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Desinformação como Estratégia Política: Fake News sobre urnas eletrônicas e o ataque permanente às instituições democráticas. **Cadernos Adenauer XXII (2021), nº1 Impactos das eleições 2020 e da pandemia no Brasil** Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, abril 2021.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. **Fake News: anatomia da desinformação, discurso de ódio e erosão da democracia**. São Paulo: Saraiva Expressa Jur., 2022.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Fake News e Discurso do Ódio: estratégia de guerra permanente em grupos de WhatsApp *In*: RAIS, Diogo (coord.). **FAKE NEWS: a conexão entre desinformação e o Direito**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco; VENTURI JUNIOR, Gustavo. *Fake News* em Imagens: um esforço de compreensão da estratégia comunicacional exitosa na eleição presidencial brasileira de 2018. **REVISTA DEBATES**, Porto Alegre, v. 14, n.1, p.04-35, jan.-abril. 2020.

BEIGUELMAN, Giselle. **Crescimento de neonazistas no País é um dos desafios das eleições 2022**. Jornal da USP. Publicado em: 14/02/2022. Disponível em: <https://jornal.usp.br/radio-usp/crescimento-de-neonazistas-no-pais-e-um-dos-desafios-das-eleicoes-2022/>. Acesso em: 01/11/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Emb. Decl. no Recurso Extraordinário com Agravo nº 891.647/SP**. Rel. Min. Celso de Mello, j. 15.09.2015.

BUARQUE, Beatriz, CRETTON, Marcio e demais estudantes. **Mapa do Ódio no Brasil Percepções e Recomendações para Políticas Públicas**. Publicado em 2021, por Words Heal the World. p. 8. Disponível em: <https://www.wordshealtheworld.com/wp-content/uploads/2021/01/HATEMAP-IN-PORTUGUESE-2019-final.pdf>. Acesso em: 01/11/2022

HISTORY CHANNEL. **Caso de piscina decorada com suástica na casa de professor volta a ser investigado em SC**. UOL. History Channel Brasil. Publicado em: 18 de julho de 2022. Disponível em: <https://history.uol.com.br/historia-geral/caso-de-piscina-decorada-com-suastica-na-casa-de-professor-volta-ser-investigado-em>. Acesso em: 01/11/2022.

G1. **Neonazismo no Brasil: o que está por trás da explosão da intolerância no país?** Fantástico. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/fantastico/podcast/isso-e-fantastico/noticia/2022/01/16/isso-e-fantastico-neonazismo-no-brasil-o-que-esta-por-tras-da-explosao-da-intolerancia-no-pais.ghtml>. Acesso em: 01/11/2022.

MAYER, Sofia. **Símbolo nazista em piscina de professor volta a ser investigado pelo MPSC**. G1. Publicado em: 17/07/2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2022/07/17/piscina-com-simbolo-nazista-de-professor-volta-a-ser-investigada-pelo-mpsc.ghtml>. Acesso em: 01/11/2022.

NSC TOTAL. **Nazista em Santa Catarina? Saiba quem é o dono da piscina com a suástica em Pomerode**. NSC Total. Publicado em 11 de dez. de 2014. Disponível em:

www.nsctotal.com.br/noticias/saiba-quem-e-o-dono-da-piscina-com-a-suastica-no-fundo-em-pomerode. Acesso em: 01/11/2022.

PORTO, Douglas. **Homem com tatuagens nazistas é expulso de estádio no Rio Grande do Sul**. CNN Brasil. Publicado em: 14/02/2022 às 23:39 | Atualizado 15/02/2022 às 09:17. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/esporte/homem-com-tatuagens-nazistas-e-expulso-de-estadio-no-rio-grande-do-sul/>. Acesso em: 10/11/2022.

SANTANA, Vanessa Bittencourt; BORGES, Pedro Pereira. O discurso de ódio e a liberdade de expressão: seu feito sobre a dignidade humana e apotencialização da violência. **Multitemas**, Campo Grande, MS, v. 26, n. 63, p. 77-97, maio/ago. 2021 Disponível em: <https://www.multitemas.ucdb.br/multitemas/article/view/3147>. Acesso em: 10/11/2022.

SAFERNET. Crimes de ódio têm crescimento de até 650% no primeiro semestre de 2022. **Safernet**. Disponível em: <https://new.safernet.org.br/content/crimes-de-odio-tem-crescimento-de-ate-650-no-primeiro-semester-de-2022>. Acesso em: 10/11/2022.

SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do "Hate Speech"**. 2006. Disponível em: <https://professor.pucgoias.edu.br/sitedocente/admin/arquivosupload/4888/material/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>. Acesso em: 10/11/2022.

STROPPIA, Tatiana; ROTHENBURG, Walter Claudius. Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: o conflito discursivo nas redes sociais, p. 450-498. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 10, n. 2, 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/19463/pdf>. Acesso em: 11/11/2022.

UOL. **MP reabre investigação contra professor com suástica em piscina**. UOL. Publicado em 18/07/2022. Disponível em <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2022/07/18/mpsc-professor-suastica-piscina.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 11/11/2022.

VENTURINI, Lilian. **Aliado de Moro, Kim diz que Alemanha errou ao criminalizar nazismo**. Valor Econômico. Publicado em 8 de fev. de 2022 Disponível em: <https://valor.globo.com/politica/noticia/2022/02/08/aliado-de-moro-kim-diz-que-alemanha-errou-ao-criminalizar-nazismo.ghtml>. Acesso em: 10/11/2022.

7. O racismo estrutural no sistema penal brasileiro

Structural racism in the brazilian criminal justice system

Edilaine B. S. Kosiur

Bacharela em Direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas FMU. São Paulo – SP, Brasil.

Resumo

Este artigo visa analisar a conexão entre o racismo estrutural e o sistema de justiça criminal brasileiro, a partir da metodologia de revisão bibliográfica e pesquisa empírica. Têm por objetivo principal analisar a seletividade no sistema penal brasileiro, baseada no recorte racial e de gênero, que atinge especialmente a população jovem e negra do país. Segregando através do encarceramento em massa e genocídio, determinados grupos sociais. A pesquisa aborda ainda, medidas de enfrentamento a estas desigualdades, ampliando a discussão sobre o tema.

Palavras-Chave: Racismo Estrutural; Seletividade Penal; Genocídio; Encarceramento; Necropolítica.

Abstract

This article aims to analyze the connection between structural racism and the Brazilian criminal justice system, based on the methodology of bibliographic reference review and empirical research. The main objective is to analyze the selectivity in the Brazilian criminal justice system, based on racial and gender aspects, which especially affects the young and black population of the country. Segregating through mass incarceration and genocide, specific social groups. The research also addresses measures to combat these inequalities, expanding the discussion on the subject.

Keywords: Structural Racism; Criminal Selectivity; Genocide; Incarceration; Necropolitics.

Introdução

O presente artigo tem como foco principal analisar o racismo estrutural existente no sistema penal jurídico brasileiro, que ocasiona na seletividade racial e segregação institucional de determinados grupos sociais, especialmente a população negra do país.

De modo geral, compreende-se que o racismo estrutural tem profunda conexão com a esfera punitiva, onde através da construção identitária da população negra historicamente presente na sociedade brasileira, resultou no processo de exclusão e marginalização deste grupo social. A pesquisa visa ampliar e aprofundar a discussão sobre a temática racial no sistema criminal do país, e seu impacto na exclusão e marginalização da população negra.

O objetivo do presente estudo é analisar através do contexto histórico o que antecede o racismo estrutural, sua influência até os dias de hoje em nosso sistema penal, medidas de enfrentamento e conscientização da reprodução do discurso racista, pautada na necessidade de

minimizar o encarceramento em massa e genocídio desta população, corrigindo esta injustiça social na busca por uma sociedade mais justa e igualitária para todos.

Em termos metodológicos, a pesquisa adotou o estudo bibliográfico e a pesquisa empírica, para analisar o contexto histórico e atual relevantes ao tema.

Desse modo, o primeiro capítulo é dedicado ao estudo histórico do que antecede o racismo estrutural, no segundo capítulo é abordado o racismo estrutural e sua conexão com a esfera punitiva do sistema jurídico brasileiro, percorrendo o contexto histórico e atual. Por fim, no último capítulo, propõe-se medidas de enfrentamento, conscientização e educação quanto ao racismo estrutural na população e esferas de poder, observando os direitos já previstos na Constituição Federal de 1988, as normas processuais penais e a legislação específica.

1. ANTECEDENTES DO RACISMO ESTRUTURAL: CONSTRUÇÃO IDENTITÁRIA DA POPULAÇÃO NEGRA NO BRASIL DURANTE A ESCRAVIDÃO

A escravidão foi um dos maiores pilares da economia colonial brasileira, o país chegou a deter 35,3% de todos os escravos do comércio atlântico, cerca de 4 milhões, qual se perpetuou por 388 anos. Durante o colonialismo, se desenvolveu de forma útil a “seleção de raças”, em nome de uma raça superior, e de levar a civilização aos povos conhecidos por serem primitivos e violentos, o comércio de escravos se desenvolveu livremente. Inicialmente com a escravização dos povos indígenas, e posteriormente dos negros capturados em diversas regiões da África.

Sobre os indígenas, o escritor etnólogo holandês Cornelius de Pauw, os define como “Infelizes, degenerados, animais irracionais. Cujo temperamento é tão úmido quanto o ar e a terra em que vegetam”. Juízo parecido feito pelo filósofo Hegel, acerca dos africanos: “Sem história, bestiais e envoltos em ferocidade e superstição” (ALMEIDA, 2020, p. 28).

Ao serem escravizados, passavam por um processo de desumanização, semelhantes a animais, coisas. Tinham negados a sua cultura, tradições, línguas e religiões, vendidos e tratados como mercadoria.

O negro não era persona. Não era um cidadão nascido livre, como pessoa jurídica; na condição de escravo, não era pessoa; seu estatuto era o de objeto, não o de sujeito. Assim, o negro foi alijado do corpo social, única via possível para se tornar indivíduo. (NOGUEIRA, 1998, p.35).

Dessa forma, construída ainda à época do período escravagista, a construção identitária da população negra se sobrepôs a supremacia branca. Destinados a servidão,

desumanizados, comparados a animais, violentos com pouco ou nenhuma inteligência. Desestabilizados de forma cultural, moral e psíquica, para melhor controle de seus colonizadores.

2. O PAPEL JURÍDICO DOS ESCRAVOS NO BRASIL

A sociedade agrária escravocrata brasileira, através da exploração econômica primeiramente dos índios, e posteriormente dos negros vindos da África, que chegavam ao Brasil através do tráfico negreiro, permitiu o amplo desenvolvimento econômico do país, utilizando-se de unicamente, mão de obra escrava.

À medida que a colonização se desenvolvia, tornava-se mais essencial o uso da mão de obra trazida pelos navios negreiros, através dela, desenvolveu-se engenhos para cultivo e produção de cana de açúcar, ascensão do café, e de toda a atividade produtiva comercial brasileira. Desse modo, mesmo que a Constituição Imperial de 1824, não previsse expressamente nenhum dispositivo sobre a escravidão, a mesma seguia amparada pela legislação vigente, que inclusive a constitucionalizava, através do ordenamento jurídico brasileiro à época.

3. O IMPACTO DA ABOLIÇÃO DA ESCRAVATURA NA POPULAÇÃO NEGRA

A abolição inconclusa da escravatura, promulgada através da Lei Áurea em 13 de maio de 1888, causou inúmeros e irreversíveis impactos na população negra, que seguem até os dias de hoje.

“Libertos” em 14 de maio, sem moradia, terras, alimento, trabalho ou estudos, viram-se nas ruas a procura de emprego, disputados com os imigrantes brancos, mais qualificados, e que não carregavam o peso da escravidão. Além de beneficiados com a distribuição de lotes de terras para que iniciassem o trabalho familiar, em um sistema de parceria, onde na maioria das vezes trabalhavam de forma autônoma, contribuindo para manutenção das fazendas, e quitando a dívida com seus empregadores, que custeavam a chegada de suas famílias para o trabalho no Brasil.

O período pós abolição, não funcionou como previam e lutaram os abolicionistas, o movimento que atuava na legalidade assim como também de forma ilegal, debatia políticas públicas em favor dos escravos e recém libertos, buscavam que os antigos escravos pudessem ter direitos a salários, estudos, igualdade e cidadania plena, organizando comícios, conferência e atuando no meio jurídico. Formado em grande parte pela elite branca que desejava reformar

a monarquia, incluindo políticos, intelectuais e até escravos cativos, que resistiam a escravidão. Vale destacar os que mais lutaram para que os escravizados e recém libertos pudessem adquirir direitos pós abolição, entre eles Joaquim Nabuco, André Rebouças, Castro Alves e Luiz Gama.

No entanto mesmo após a abolição, a população negra continuava sem acesso a Direitos Fundamentais, muito continuaram trabalhando em fazendas submetidos a uma vida muito parecida qual a que tinham antes da abolição, em troca de comida e moradia. Outros se rebelaram contra o sistema, não aceitando a submissão e ausência de salários de seus antigos senhores, e buscavam abrigo, sustento e trabalho nos quilombos da época, grande movimento de resistência escravocrata.

Na mesma época, com a urbanização das cidades, e proibição de negros recém libertos que perambulavam pela cidade em busca de alimento e trabalho, fez com buscassem abrigos nos morros, e em lugares a margem da sociedade, fugindo da centralização do Estado. Iniciando o que conhecemos hoje como racismo estrutural no sistema penal.

Portanto, essa situação de ambiguidade em relação à escravidão demonstra o Direito e a justiça Criminal sendo constitutivos do escravismo e, portanto, espaços de reprodução do racismo, da criminalização e do extermínio da população negra, e não um mero aparato perpassado pela ideologia racista. (BORGES, 2020, p.75).

Ademais, o período pós abolição foi marcado pela idealização do embranquecimento da população, com a chegada dos imigrantes europeus para suprir a demanda econômica pós escravatura, os intelectuais da época acreditavam que a imigração continua, faria com que gradualmente a população brasileira passasse pelo processo de “branqueamento”, na expectativa de diminuir a presença de negros e mulatos na formação do povo brasileiro.

4. TEORIAS RACIAIS: EUGENIA E EMBRANQUECIMENTO DA POPULAÇÃO

A eugenia foi um conceito criado na Inglaterra em 1883 que se difundiu em diversos países no começo do século XX, propagando através de conhecimentos e práticas “científicas”, a exclusão e criminalização de certos grupos da população, indesejáveis e com características genéticas consideradas “ruins”. Através do embranquecimento da população, conhecida etimologicamente como “raça boa”. Formado por políticos, médicos, juristas, sanitaristas e intelectuais, pregavam a superioridade da raça branca, e o extermínio da raça negra.

Conhecido como um dos primeiros criadores do pensamento Positivista, que legitimava através de estudos acadêmicos e investigações “científicas”, a teoria da eugenia e

Antropologia Criminal, Cesare Lombroso, descreveu em seu livro “O Homem Delinquente”, escrito em 1876, passagem abaixo:

Os homicidas, os arrombadores, têm cabelos crespos, são deformados no crânio, têm possantes maxilares, zigomas enormes e frequentes tatuagens; são cobertos de cicatrizes na cabeça e no tronco.

Os homicidas habituais têm o olhar vidrado, frio, imóvel, algumas vezes sanguíneo e injetado; o nariz frequentemente aquilino ou adunco como as aves de rapina, sempre volumosos; os maxilares são robustos; as orelhas, longas; os zigomas largos; os cabelos crespos são abundantes e escuros.

(...)

O costume, assaz frequente entre os bandidos, de usar tranças e, dentre esses, os bravos, de portar ciuffo, como insígnia de seu feroz métier, dá-se, provavelmente, em razão de sua esplêndida cabeleira crespa e rebelde a qualquer penteado.

(LOMBROSO, 1876, p.248)

O texto citado acima, descreve partes do pensamento da Antropologia Criminal, qual pretendia aprisionar o suposto criminoso, antes do cometimento do crime.

No Brasil, também existiram adeptos de tais pesquisas, como o médico João Baptista Lacerda, que palestrava em congressos internacionais sobre raças, defendendo uma de suas teses “Sobre os mestiços no Brasil”, qual pretendia difundir o ideal de que em um século, haveria uma supremacia branca no país, através do cruzamento de raças, com o intuito de embranquecê-las cada vez mais.

Além de Lacerda, o escritor brasileiro Monteiro Lobato, foi um ativo defensor desta tese, qual defendia abertamente a inferioridade da raça negra, e a necessidade de adoção de medidas de eugenia.

5. RACISMO ESTRUTURAL E SUA CONEXÃO COM A ESFERA PUNITIVA DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

A história da polícia no Brasil começa com a chegada da família real portuguesa no país, em 1808, intitulada “Intendência Geral de Polícia da Corte e do Estado do Brasil” e, em 1809, a Guarda Real. O objetivo dessa polícia era proteger o território brasileiro de espiões, agitadores, além de combater o crime comum.

Com o aumento das ações abolicionistas nos últimos anos da escravidão, a polícia ganha novas atribuições, como vigilância e controle da ordem pública. Os senhores já não conseguiam manter os cativos em suas propriedades, então passaram a solicitar o apoio da polícia na captura de fugitivos, no controle de revoltas e na censura de ações planejadas para a libertação de escravos.

Desde de 1876, os negros foram encarcerados pela mínima provocação, e receberam sentenças longas ou multas pelas quais eles eram compelidos a trabalhar como se fossem novamente escravos ou criados. A consequente escravidão econômica de criminosos se estendeu para todos os estados do sul e levou a situações revoltantes. (DAVIS, 2009).

6. O CÓDIGO PENAL DE 1830 E 1890, E SEU IMPACTO NA POPULAÇÃO NEGRA

O primeiro código penal de 1830, já inseria em seu texto a seletividade penal, ao fazer distinção entre os negros escravizados e cidadãos livres, na aplicação de punições, ainda que os crimes cometidos fossem os mesmos. Não havia isonomia, igualdade de todos perante a lei.

Aos cidadãos livres eram permitidas inúmeras punições, a depender do crime cometido: morte na forca, galés (trabalhos públicos forçados, com os indivíduos acorrentados uns aos outros), prisão com ou sem trabalho, banimento (expulsão definitiva do Brasil), degredo (mudança para cidade determinada na sentença), desterro (expulsão da cidade onde se deu o crime), suspensão ou demissão de emprego público e pagamento de multa. Já a prisão, poderia ser perpétua ou temporária.

Já aos escravizados negros, ainda que houvessem cometido o mesmo crime, só lhes cabiam dois tipos de punições, morte e galés. Contudo, caso recebessem do tribunal uma sentença mais condescendente, como prisão ou multa, o Código Criminal de 1830 ordenava a sua conversão automática em açoites (pena proibida para cidadãos livres).

Embora o código penal de 1890, promulgado pós abolição, abolisse a pena de morte, de galés e açoites, bem como a prisão perpétua, com o crescimento das cidades, foram tomadas diversas ações para vigilância e punição dos corpos negros, recém libertos. Sendo a partir de então criminalizadas a capoeiragem, o samba, batuques, religiões e reuniões musicais. Sendo instaurados ainda uma série de decretos com o intuito de criminalização do corpo negro, como em 1893, qual decretava a detenção de “vagabundos, vadios e capoeiras”, e em 1899, outro decreto negava fiança aos “vagabundos ou sem domicílio”.

Neste primeiro momento já se inicia o recorte de gêneros a homens e mulheres negras. As mulheres inseridas minimamente na sociedade, como lavadeiras e empregadas domésticas, sob o contexto da superexploração, e aos homens, restava o enquadramento nas leis criminalizadoras.

As ações deste período são um marco a racionalização da criminologia brasileira, mantendo os negros sobre intensa vigilância e forte repressão, utilizando a polícia para tais meios.

Segundo nos aponta Ana Flauzina “A criminologia positiva foi utilizada como suporte teórico ao treinamento policial, com enfoque na discriminação explícita, manutenção de controle, vigilância e repressão, resguardadas pelo sistema penal policial”.

Se no campo havia a reorganização e a reprodução de práticas de superexploração dos recém libertos, nas cidades exercia-se uma intensa ofensiva aos chamados “vadios”. Aí se intensificou o delineamento da figura do que seria crime e de quem seria, em qualquer contexto e situação, o criminoso brasileiro: o negro. (BORGES, 2020, p.82)

Em 1894, o médico eugenista brasileiro Raimundo Nina Rodrigues, lançou o livro “*As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*”. Em seu livro, dedicado a Cesare Lombroso, o médico critica o código penal de 1890, e defende tratamento diferenciado nas penalizações, a raças quais considera “inferiores”: negros e indígenas. Considerando que estas raças possuíam um pequeno grau de elevação, em sua teoria, incapazes, primitivos, sem consciência ou civilidade.

7. A CRIMINOLOGIA POSITIVISTA E SUA INFLUÊNCIA NA SEGURANÇA PÚBLICA DA POPULAÇÃO NEGRA NO SÉCULO XX, E AINDA NO SÉCULO XXI

A criminologia Positivista, defendida por Cesare Lombroso, Nina Rodrigues, Monteiro Lobato, entre outros, influenciou diretamente na segurança pública da população negra no século XX, e ainda no século XXI.

Com a visão biológica do crime, o negro era considerado um potencial criminoso, com expressão de personalidade antissocial, anormal e perigosa, com o intuito de penaliza-lo antes mesmo do cometimento do crime.

O racismo estabelecerá, portanto, a linha divisória entre superiores e inferiores, entre bons e maus, entre os grupos que merecem viver e os que merecem morrer, entre os que terão vida prolongada, e os que serão deixados para a morte, entre os que devem permanecer vivos, e os que serão mortos. E que se entenda aqui que a morte não é apenas a retirada da vida, mas também é entendida como a exposição ao risco da morte, a expulsão e a rejeição.

(...)

A outra função do racismo é permitir que se estabeleça uma relação positiva com a morte do outro. Não se trata de uma tradicional relação militar e guerreira em que a vida de alguém depende da morte de um inimigo. Trata-se de uma relação inteiramente nova, compatível com o exercício do biopoder, em que será estabelecida uma relação de tipo biológico, em que a morte do outro – visto não como meu adversário, mas como um degenerado, um anormal, pertencente a uma “raça ruim” – não é apenas uma garantia de segurança do indivíduo ou das pessoas próximas a ele, mas do livre, sadio, vigoroso e desimpedido desenvolvimento da espécie, do fortalecimento do grupo ao qual se pertence. (ALMEIDA, 2020, p.115)

Perseguidos e criminalizados, a população negra sempre esteve sobre suspeita, permitindo com o aparato do Estado, que sua segurança pública se torna-se frágil ou inexistente. As mulheres inicialmente em hospitais psiquiátricos, instituições mentais, conventos ou espaços religiosos, já os homens, encarcerados em prisões.

8. BREVE RELATO DA SEGURANÇA PÚBLICA DA POPULAÇÃO NEGRA NOS ANOS 1970, 1980 E 1990

Surgindo a partir da década de 1970, a criminologia crítica brasileira concentrou-se a investigar a seletividade do sistema de justiça criminal, com denúncia do caráter punitivista do sistema de justiça. Organizou-se com base no “criticismo”, a crítica radicalmente estabelecida na denúncia da seletividade e deslegitimidade do sistema penal, com a proposta de denúncia materialista da injustiça social como resultado do sistema capitalista, do sistema penal e do encarceramento como consequência da estrutura econômica. Denunciando as violações de direitos humanos, as condições desumanas de encarceramento, e o extermínio em larga escala da população negra e pobre pelas forças policiais

Neste período surge no Brasil os grupos de extermínio, formado por policiais que não se importavam em apurar as ocorrências, abusavam de seu poder com o extermínio de suspeitos, “bandidos”, e pessoas que já houvessem cometido algum tipo de delito. Inicialmente conhecidos como “A Rota 66”, e posteriormente devido a crueldade em que cometiam seus crimes, como “Esquadrão da morte”.

Com o apoio inicialmente da população, qual sentia-se ameaçada, eram tolerados o extermínio, em nome da “limpeza” e controle social.

Os grupos de extermínio, no entanto não agiram sozinhos. Em 1975, com a guerrilha de esquerda já desmontada, a Polícia Militar passou a atuar no patrulhamento ostensivo das periferias cariocas e paulistanas, possuindo como controle social a morte, de pessoa indesejadas pela sociedade.

Nos anos de 1980, surgiram também os justiceiros privados, agindo em nome de comerciantes e população, exterminavam pessoas em bairros da periferia, com o respaldo da própria polícia, qual compunha também vários grupos de extermínio. Mesmo com a rivalidade existente à época entre polícia civil e militar, muitos destes grupos de extermínio eram formados por ambas as polícias, inclusive atuando em conjunto no extermínio de suspeitos, “bandidos”, pessoas que houvessem cometido algum delito, e a população residente nas periferias do Brasil, especificamente em São Paulo e no Rio de Janeiro.

Vítimas constantes do racismo institucional das forças de segurança. Abordagens policiais “justificadas” pela “atitude suspeita”, ou por ser uma pessoa “diferenciada” do perfil que costuma transitar naquele bairro. Perseguições em lojas e outros estabelecimentos comerciais, ou ainda, quando em casa, alvos de mandados coletivos de busca e apreensão ilegais que atravessam territórios à margem – ações que resultam muitas vezes em mortes. Chegamos ao genocídio da população negra. (SOUZA, 2021, p.90).

Atuando inclusive, segundo denúncia do Procurador à época Hélio Bicudo, na proteção de criminosos e traficantes de drogas, além do terror que despertavam na população em situação de rua, negra e periférica do país.

Segundo o livro “Rota 66 – A História da polícia que mata”, do jornalista Caco Barcellos, estima-se que 12 mil pessoas tenham sido vítimas da PM entre 1970 e 1992. Desse total, 65% eram pessoas inocentes, que nunca haviam praticado um crime.

9. O MASSACRE DO CARANDIRU NOS ANOS 90

A Casa de Detenção de São Paulo, popularmente conhecida como Carandiru, inaugurada em 1920, era dividida em pavilhões e cada um possuía suas peculiaridades.

O pavilhão 8, mais temido, abrigava presos reincidentes de crimes e que conheciam todas as regras da casa. Já o pavilhão 2 era o local em que se acomodavam os recém chegados.

O Pavilhão 9, por sua vez, era onde ficavam os réus primários, justamente onde ocorreu o massacre, que ficou conhecido mundialmente como “O massacre do Carandiru”.

Com a finalidade de controlar uma rebelião, iniciada durante uma partida de futebol entre detentos, cerca de 300 policiais adentraram o local sob o comando do Coronel Ubiratan Guimarães. Como resultado da invasão, 111 presos foram mortos, segundo dados oficiais do Governo do Estado de São Paulo.

A versão oficial dada pela polícia relata que a situação estava fora do controle no pavilhão, e o diretor da Casa de Detenção à época, José Ismael Pedrosa, acionou a Polícia Militar, qual adentrou inicialmente o presídio com 86 policiais, no entanto, a medida que a situação perdeu o controle, pois, segundo versão da polícia, os policiais haviam sido recebidos com objetos cortantes e tiros. Sendo então necessário a que o total de efetivo adentrasse a Casa de Detenção. Alegou-se que eles agiram em legítima defesa.

Contudo, a história contada pelos presos sobreviventes e por grupos de Direitos Humanos contesta as informações oficiais. Onde, segundo eles, o número de mortos seria mais de 200 pessoas. Alegando que após conversa com o diretor do presídio, os detentos colocaram

fim à rebelião, entregando suas armas e permanecendo dentro de suas celas. Onde teriam sido exterminados pelo efetivo policial.

Organizações de Direitos Humanos afirmam que, após análise, a perícia afirmou que as ações foram típicas de extermínio, mostrando que os policiais não estavam atirando para se defender, mas sim com o objetivo de assassinar os detentos.

O massacre foi noticiado no mundo inteiro. Centenas de emissoras de tv exibiram imagens da rebelião. Jornais impressos utilizavam palavras como “sangrento”, “atrocidade” e “massacre”. O Brasil foi denunciado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização de Estados Americanos (OEA), o maior organismo de monitoramento do respeito aos direitos humanos no continente.

Passados trinta anos, nenhuma autoridade atribuiu responsáveis pelo Massacre do Carandiru. Os processos de responsabilização disciplinar, criminal, civil e internacional iniciados após o massacre foram interrompidos ou permanecem sem conclusão.

Assim, não é incomum que se justifique a morte sem a necessidade de investigação, somada a narrativa da suposta ligação do que fora morto com atividades ilícitas, sendo, por muitas vezes, suficientes para elucidar o caso em um sistema de justiça que carece de articulação, de recursos humanos e técnicos, que padece da má comunicação entre seus autores, sejam eles policiais, delegados, investigadores, peritos, membros do Ministério Público e Magistrados. (SOUZA, 2021, p.96)

10. A GUERRA AS DROGAS E O DESENVOLVIMENTO DO ENCARCERAMENTO EM MASSA

O tráfico é a tipificação com maior porcentagem e aumento do encarceramento. Traçando um recorte de gênero, 62% das mulheres encarceradas respondem a crimes relacionados às drogas, dentre os homens este percentual é de 26%. A lei de Drogas – Lei nº11.343 – aprovada no Brasil em agosto de 2006, teve impacto direto no hiperencarceramento do país.

A lei faz distinção no tratamento entre usuários e traficantes, sendo que usuários não podem ser presos em flagrante, e respondem com penas alternativas, além da assinatura de um termo circunstanciado, já o traficante, possui pena de 05 a 15 anos, não podendo se beneficiar com extinções de penas.

No entanto, conforme determina o artigo 28 desta lei, o juiz terá a decisão determinada se a droga estava sendo utilizada para consumo, ou tráfico, a partir da quantidade de substância, do local, das condições em que a apreensão foi desenvolvida, das circunstâncias sociais e pessoais, da conduta e dos antecedentes da pessoa. Considerando que este boletim de dados é

apresentado pela polícia responsável pela apreensão, qual baseia-se pelo racismo estrutural e seletividade no sistema penal, advindos historicamente pelo sistema criminal Positivista e teorias eugenistas lombrosianas, o negro permanece definido como traficante, enquanto pessoas definidas como brancas, mesmo que com quantidade maiores de drogas, são classificadas como usuários. A postura de neutralidade do judiciário, somada à política de guerra às drogas, abriu as portas para o encarceramento em massa e o extermínio da população negra, fenômeno que pode ser considerado uma renovação da segregação racial. (ALMEIDA, 2020, p.142).

Desde a aprovação da lei de drogas o número de prisões vem aumentando no país. Segundo dados do Infopen, em 2016, o Brasil se tornou o 3º país que mais encarcerava no mundo, ultrapassando a marca de 700 mil pessoas presas, das quais 64% declaravam-se negras. Desse total de presos, 40% não receberam sentença.

Segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), em 2020, o total de presos no país era de 811 mil pessoas.

Aplicando o recorte de gênero, desta porcentagem, 4,5% é de mulheres, cerca de 36,5 mil. Das quais, 68% declaravam-se negras

11. FUNDAÇÃO DO MNU – MOVIMENTO NEGRO UNIFICADO

Lançado em 7 de julho de 1978, na escadaria do Teatro Municipal de São Paulo, o Movimento Negro Unificado (MNU), nasceu com o nome Movimento Unificado Contra a Discriminação Racial para denunciar e lutar contra o racismo velado da sociedade nacional, denunciando atitudes discriminatórias contra o negro em seu cotidiano. Representando também, um marco na resistência contra a ditadura militar.

De acordo com seus fundadores, o MNU colocou a termo “NEGRO” no vocabulário do dia a dia da população. Em sua história, teve o papel de transformar a maneira como o negro enfrentava a discriminação racial e o racismo. Com ações semiclandestinas, ocorridas em terreiros de candomblé e centros culturais periféricos, passando posteriormente, a priorizar ações públicas, como escolas de samba, universidades, sindicatos e partidos políticos, abrindo o diálogo para a discussão da questão racial.

Vejamos abaixo a carta convocatória do MNU, para o ato público contra o racismo, em 1978:

“Nós, Entidades Negras, reunidas no Centro de Cultura e Arte Negra no dia 18 de Junho, resolvemos criar um Movimento no sentido de defender a Comunidade Afro-Brasileira contra a secular exploração racial e desrespeito humano a que a Comunidade é submetida. Não podemos mais calar. A discriminação racial é um fato

marcante na sociedade brasileira, que barra o desenvolvimento da Comunidade Afro-Brasileira, destrói a alma do homem negro e sua capacidade de realização como ser humano. O Movimento Unificado Contra a Discriminação Racial foi criado para que os direitos dos homens negros sejam respeitados. Como primeira atividade, este Movimento realizará um Ato Público contra o Racismo, no dia 07 de Julho às 18:30 horas, no Viaduto do Chá. Seu objetivo será protestar contra os últimos acontecimentos discriminatórios contra negros, amplamente divulgados pela Imprensa. No dia 28 de Abril, numa delegacia de Guaianazes, mais um negro foi morto por causa das torturas policiais. Este negro era Robson Silveira da Luz, trabalhador, casado e pai de filhos. No Clube de Regatas Tietê, quatro garotos foram barrados do time infantil de voleibol pelo fato de serem negros. O diretor do Clube deu entrevistas nas quais afirma as suas atitudes racistas, tal a confiança de que não será punido por seu ato. Nós também sabemos que os processos desses casos não darão em nada. Como todos os outros casos de discriminação racial, serão apenas mais dois processos abafados e arquivados pelas autoridades deste país, embora um dos casos tenha a agravante da tortura e consequente morte de um cidadão. Mas o Ato Público Contra o Racismo marcará fundo nosso repúdio e convidamos a todos os setores democráticos que lutam contra o desrespeito e as injustiças aos direitos humanos, a engrossarem fileiras com a Comunidade Afro-Brasileira nesse ato contra o racismo. Fazemos um convite especial a todas as entidades negras do país, a ampliarem nosso movimento. As entidades negras devem desempenhar o seu papel histórico em defesa da Comunidade Afro-Brasileira; e, lembramos, quem silencia consente. Não podemos mais aceitar as condições em que vive o homem negro, sendo discriminado da vida social do país, vivendo no desemprego, subemprego e nas favelas. Não podemos mais consentir que o negro sofra as perseguições constantes da polícia, sem dar uma resposta.

TODOS AO ATO PÚBLICO CONTRA O RACISMO

CONTRA A DISCRIMINAÇÃO RACIAL

CONTRA A OPRESSÃO POLICIAL

PELO FORTALECIMENTO E UNIÃO DAS ENTIDADES AFRO-BRASILEIRAS

12. MEDIDAS DE ENFRENTAMENTO AO RACISMO ESTRUTURAL: Constituição de 1988, Leis de Racismo, Cotas e Ações Afirmativas

No Brasil, a legislação vem tratando há anos da questão racial. Em 1951, a Lei Afonso Arinos tornou contravenção a prática da discriminação.

No entanto, com a participação fundamental dos negros em sua formulação, a nova Constituição de 1988, trouxe importantes conquistas na temática racial.

Decididos a utilizar a comemoração do centenário da abolição, enfatizando que não havia se porque comemorar, a população política negra (ainda minoria), iniciou debates importantes, onde destacava que a desigualdade racial permanecia vigente no país.

“A verdade é que a consciência negra brasileira foi importante para que nós tivéssemos tido realmente uma Constituição que não dependia pura e simplesmente da vontade do poder executivo, e sim transformar isso em programas e políticas sociais”

(...)

“Nós éramos poucos, mas tínhamos muita harmonia entre nós. Chegamos em uma casa onde éramos minoritários. Ninguém queria saber dessa discussão de negro, falavam que a gente queria dividir o país... ” (SILVA, 2019, jornal Brasil de Fato).

A Constituição de 1988, trouxe em seu texto relevantes disposições sobre a temática racial no âmbito penal, ao tornar o crime de racismo inafiançável e imprescritível, qual orientou a Lei de 7716/89, dos crimes de racismo, conhecida como lei Caó, em homenagem ao proponente do projeto. Destacando especialmente os artigos 1º, 3º e 5º, para a implementação de políticas de promoção à igualdade racial e ações afirmativas, nos setores públicos e privados, qual encontram fundamentação em nosso ordenamento jurídico.

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 (...)

A Constituição garante ainda, o respeito à diversidade religiosa (incisos VI, VII e VIII, artigo 5º), a proteção das diversas manifestações culturais (artigo 215), além do dever de resguardar as terras indígenas e quilombolas (artigo 231 da Constituição e artigo 68 da ADCT).

A Lei 9.459/1997, acrescentou o §3º ao artigo 140 do Código Penal, constando o tipo da injúria racial ou qualificada.

Ainda a Lei 10.639/2003, que determina o ensino de história da África e cultura afrobrasileira em todas as escolas nacionais, e a Lei 12.288/2010, o Estatuto da Igualdade Racial, dispendo em seu artigo 1º: “*Esta Lei institui o Estatuto da **Igualdade Racial**, destinado a garantir à população negra a efetivação da **igualdade** de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica.*”

As políticas de ação afirmativa encontram ampla fundamentação em nosso ordenamento jurídico, como também em preceitos éticos-políticos que foram incorporados pelo constitucionalismo contemporâneo, como ideias de justiça corretiva e justiça distributiva, parâmetros para interpretação das normas que estabelecem a erradicação da marginalização social como um objetivo constitucional” (ALMEIDA, 2020, p.146)

A Suprema Corte Brasileira possui vários precedentes sobre a constitucionalidade das ações afirmativas, destacando-se: MC-ADI 1.276-SP, Rel. Min. Octávio Galloti; a ADI 1.276-SP, Rel. Min. Ellen Gracie; o RMS 26.071, Rel. Min. Ayres Britto e a ADI 1.946/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, MC-ADI 1.946/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, além do que versou sobre as cotas raciais nas universidades, a ADPF 186, relatada pelo ministro Ricardo Lewandowski.

Ao permitir que membros de grupos sociais historicamente discriminados participem de espaços em que decisões importantes são tomadas ou que pertençam a instituições que gozam de prestígio, espera-se como efeito político:

- a. O fortalecimento dos laços sociais, impedindo o isolamento de grupos e retirando a força de práticas discriminatórias;
- b. O exercício da pluralidade de visões de mundo e a dedução de interesses aparentemente específicos do grupo, que agora, com voz ativa, poderá participar da produção de um “consenso”, dando legitimidade democrática às normas de organização social;
- c. A redistribuição econômica, uma vez que a maior dificuldade de acesso ao mercado de trabalho é característica marcante em membros de grupos historicamente discriminados. (ALMEIDA, 2020, p.147).

Ao longo da história republicana brasileira, desenvolveram-se diversas políticas de exclusão e segregação da população negra, inicialmente refletidas através da escravidão e desumanização desta população, seguida de teorias de eugenia e embranquecimento, visto abordar através de “pesquisas científicas”, a maior propensão do negro a criminalidade, por fim, o mito da democracia racial existente no país. Táticas de controle, exclusão e segregação deste grupo social.

O racismo no Brasil é estrutural e institucional, as ações afirmativas de políticas públicas, leis de cotas raciais e criminalização da prática de racismo, além da educação da população, polícia e membros do judiciário, incluindo e abordando como princípio a temática antirracista, poderão ao longo dos anos, permitir a inclusão da população negra em todas as esferas da sociedade, diminuindo assim, a elevada taxa desta população em situação de cárcere.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa pretendeu entender o Racismo Estrutural no Sistema Penal Brasileiro, para poder ampliar a discussão sobre a temática racial no sistema criminal brasileiro, definido ainda por questões raciais, a partir da metodologia de revisão bibliográfica e pesquisa empírica.

De modo, que se possa atingir uma compreensão acerca da seletividade no sistema penal brasileiro, baseada no recorte racial e de gênero. Inicialmente, através de dados históricos de como surgiu o racismo estrutural no Brasil, posteriormente a conexão que este tipo de racismo possui com a esfera punitiva do sistema jurídico brasileiro, trazendo um breve relato da segurança pública da população negra do país, nas últimas décadas, e por fim, medidas de enfrentamento a este tipo de injustiça social, utilizando como norte a Constituição Federal de 1988, legislação, cotas e ações afirmativas.

Com o levantamento histórico e atual, refutou-se a real presença deste tipo de racismo e seletividade, ao longo da história do direito penal brasileiro.

Sendo assim, verificou-se a urgência da ampla discussão, nas esferas público e privada, desta temática, impedindo que se perpetue ainda pelos anos a seguir, este tipo de problemática, que tanto afeta o amplo desenvolvimento, e a segurança da população negra do país.

Em pesquisa futuras, pode-se implementar também, a educação da população, da polícia, e de membros do judiciário, através da imersão educativa do antirracismo, como premissa para diminuir desigualdades sociais, em prol de toda a nação.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo estrutural**. 6. ed. São Paulo: Editora Jandaíra, 2020, 255 páginas.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Método, 2020, 1510 páginas.

BARCELLOS, Caco. **Rota 66**. 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2011, 352 páginas.

BARROSO, Roberto Luís. **Sem Data Venia**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora História Real, 2020, 272 páginas.

BATISTA, Malaguti Vera. Criminologia e Política Criminal. **Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**, Rio de Janeiro, v 1, n 2, p. 20-39, dez/2009.

BORGES, Juliana. **Encarceramento em massa**. 1. ed. São Paulo: Editora Jandaíra, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm.

BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União, 13 out. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm.

BRASIL. Lei 12.288/10, de 20 de julho de 2010. **Estatuto da Igualdade Racial**. Brasília – DF. Presidente da República. Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112288.htm.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 186/DF. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>.

DHNET. Relatório elaborado pela Comissão Organizadora de Acompanhamento para os Julgamentos do Caso do Carandiru. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/relatorios/a_pdf/r_massacre_carandiru.pdf. Acesso em: 08 de dezembro de 2022.

FERREIRA, Gianmarco Lourdes. O Supremo Tribunal Federal e as ações afirmativas: cotas raciais para a educação superior. RJLB, Ano 2 (2016), nº 3. Disponível em: https://bradonegro.com/content/arquivo/11122018_210730.pdf

GONZALES, Lélia. **Retratos do Brasil Negro**. 1. ed. São Paulo: Editora Selo Negro Edições, 2020, 176 páginas.

LACERDA, João Baptista de. O Congresso Universal das Raças reunido em Londres (1911): apreciação e comentários. Museu Nacional da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 1911. Disponível em: <https://bdor.sibi.ufrj.br/handle/doc/16>. Acesso em: 06 de dezembro de 2022.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional** 34. ed. São Paulo: Editora Gen, 2018.

MOVIMENTO NEGRO UNIFICADO. Carta Convocatória. 1978. Disponível em: <https://nova-escola-producao.s3.amazonaws.com/YjM7mdRrmDBWd8FKwX6atK9RcYEZCzupU7dc6mrWAW4YzRErTQu9Rh3yeY3h/his9-21und02-carta-convocatoria-do-mnu.pdf>.

PRADO, Regis Luiz. **Curso de Direito Penal Brasileiro** 18. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

SOUZA, Juliana. **Torrente Ancestral, vidas negras importam?** 1. ed. São Paulo: Editora Matrioska, 2021, 110 páginas.

Memoria Globo, jornal **O Globo**, *Massacre do Carandiru*. 28.10.2021 23h52

ANEXO 1 – O SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL EM CORES

- ✓ 84,5% dos juízes, desembargadores e ministros do Judiciário são brancos, 15,4% negros, e 0,1% indígenas;
- ✓ 64% dos magistrados são homens, 36% das magistradas são mulheres;
- ✓ 82% das vagas nos tribunais superiores são ocupadas por homens;
- ✓ 30,2% de mulheres já sofreram reação negativa por serem do sexo feminino;
- ✓ 69,1% dos servidores do judiciário são brancos, 28,8% são negros, 1,9% amarelos.
- ✓ 67% da população prisional é negra (tanto entre homens quanto mulheres);
- ✓ 56% da população prisional masculina é jovem, 50% da população prisional feminina é jovem.

Dados: Censo Conselho Nacional de Justiça (2014); InfoPen (2014).

ANEXO 2 - DEISE BENEDITO

CENTRO UNIVERSITÁRIO DAS FACULDADES METROPOLITANAS UNIDAS FMU - CURSO DE DIREITO

Pesquisa empírica do trabalho de conclusão de curso, artigo científico, de Edilaine B. S. Kosiur

TEMA: O RACISMO ESTRUTURAL NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Entrevistado: DEISE BENEDITO: Mestre em Direito e Criminologia. Especialista em relações étnicos raciais, direitos humanos e sistema prisional. Foi perita do mecanismo nacional de prevenção e combate a tortura

Questionário

- 1. Você acredita que existe racismo estrutural no sistema penal brasileiro?**
A existência de um sistema penal no Brasil, aponta para a existência da manutenção colonial da vigilância intensa sobre os corpos negros considerados inadequados.
- 2. Em relação a provas materiais, reconhecimento facial, e devido processo legal, você acha que há uma seletividade e segregação em se tratando de pessoas negras?**
*A lei penal deve ser aplicada segundo as normas processuais penais. No que se refere a apuração da materialidade e da autoria, segundo o devido processo legal, merece especial atenção na produção das provas pois é fundamental a apuração da verdade. Deve-se ter o cuidado necessário no que se refere ao acatamento de provas defeituosas, buscando a qualquer custo garantir a integridade e a dignidade. A construção da identidade criminosa negra no Brasil, se efetivou ao longo do processo da colonização.
A seletividade se deu no Brasil no momento da escolha de quem seriam os escravizados, a escravidão indígena e a africana marcam seleção dos que são considerados inferiores, destituídos de humanidade, passíveis de punições. Seu comportamento segundo as teorias lombrosianas presentes e permanentemente aplicadas principalmente na esfera do reconhecimento facial encontram-se presentes. As falhas do reconhecimento pessoal e a impropriedade do reconhecimento fotográfico implicam em grave ofensa à dignidade humana e prejudicam o bem comum. Faz-se necessário o aprimoramento deste tipo de prova para que se realize a Justiça Criminal sem danos aos indivíduos e à sociedade.*
- 3. Como e quando você acha que o racismo estrutural começou a influenciar diretamente no sistema punitivo brasileiro?**
*A partir da chegada dos Europeus, os povos indígenas e os africanos escravizados a partir de 1603 até 1830 fizeram parte do regimento jurídico tendo como objeto sujeito da relação jurídica, ou seja, o crime que cometia lhe era imputável, tanto no reino como nos domínios coloniais, e sua condição cativa agravava a pena.
As Ordenações Filipinas, que tinham a finalidade de manter a ordem social, a escravidão e a hegemonia da fé católica. Em 1830 foi promulgado o primeiro Código Criminal do Brasil pós-independência. Existe atualmente no Brasil um clamor por uma execução punitivista mais rigorosa.*

4. Por que você acha que isso acontece? Com que finalidade?

Com a chegada dos portugueses impôs-se uma legislação medieval, influenciada pela Igreja e altamente cruel, sendo superada, depois de muito tempo pelas codificações penais até chegar-se ao modelo atual de punição.

No período Imperial surgiu uma legislação verdadeiramente brasileira, o Código Criminal do Império, sendo substituído mais tarde pelo Código de 1890, após a Proclamação da República. Tal Código era impreciso, prolixo e foi duramente criticado e alterado, permanecendo vigente até a entrada em vigor do atual Código Penal Brasileiro, que no ano de 1984 sofreu- A ideia de evolução das punições gira em torno do que se conhece através da história sobre o caráter supliciante e torturador das penas, em que o corpo do infrator era o alvo direto das punições, tendo sido substituídas pouco a pouco pelo modelo de punições vigentes e atuais corpos que deveriam ser disciplinados, principalmente os corpos escravizados.

5. Com medidas de enfrentamento, ações afirmativas, conscientização e educação, tanto da polícia, quanto de membros do judiciário e população, você acredita que conseguimos com o tempo, minimizar essa injustiça social, que é o racismo estrutural no sistema jurídico brasileiro?

Nas últimas duas décadas, a partir da intervenção do movimento negro brasileiro, através de pressão junto autoridades nas esferas municipais, estaduais e federais, até mesmo intervenções internacionais tornaram publica a necessidade de superação do racismo das desigualdades sociais, a necessidade de im capazes de impulsionar as bases da igualdade., bem como no acesso a serviços e direitos entretanto ainda não é possível vislumbrar a superação do abismo racial. A necessidade de formação contínuas de membros do Sistema de Justiça no que se refere a seletividade racial e os impactos na vida dos atingidos.

6. Quer deixar alguma observação ou fato relevante a esta pesquisa?

Esta é fundamental para o aprofundamento das relações raciais no Brasil, e a busca por uma sociedade mais justa e igualitária, onde a cor da pele não seja um limitador de direitos.

ANEXO 3 - JULIANA SOUZA

CENTRO UNIVERSITÁRIO DAS FACULDADES METROPOLITANAS UNIDAS FMU - CURSO DE DIREITO

Pesquisa empírica do trabalho de conclusão de curso, artigo científico, de Edilaine B. S. Kosiur

TEMA: O RACISMO ESTRUTURAL NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Entrevistado: JULIANA SOUZA: Advogada, escritora. Presidente fundadora do Instituto Desvelando Oris. Especialista em advocacy e ativista dos direitos humanos.

Questionário

1. Você acredita que existe racismo estrutural no sistema penal brasileiro?

Eu acredito que existe um sistema que se chama seletividade penal, qual diversas autoras denunciam este sistema, no sentido de que alguns crimes, são escolhidos pelo nosso sistema de justiça criminal, para compor a nossa massa carcerária, não por acaso, essa massa tem cor, sobrenome e cep, entendidas como figuras descartáveis na nossa conformação social. Em apertada síntese, sim, eu acredito que existe um sistema de racismo estrutural em todas as esferas da nossa sociedade, não sendo diferente no sistema carcerário.

2. Em relação a provas materiais, reconhecimento facial, e devido processo legal, você acha que há uma seletividade e segregação em se tratando de pessoas negras?

Essa é outra temática importante quando a gente vai entender o acesso a justiça no Brasil como um todo. Todas essas questões que você comenta na sua pergunta, nos levam a entender e a pensar o nosso acesso a justiça como um todo, na sua composição, na quantidade de pessoas que têm acesso ao contraditório, a ampla defesa, previstos na nossa legislação que garantam a paridade, em que todos terão esgotadas as possibilidades de demonstrar a sua versão dos fatos, muitas vezes a sua inocência. O que a gente observa é que boa parte da população brasileira não têm acesso a justiça, seja por falta de informação de seus direitos básicos, direitos fundamentais, não ter condições de custear o serviço profissional de um advogado, uma advogada, não tenha condições de fazer as melhores provas, a melhor perícia, de uma ata notarial, e também, ainda que a gente tenha a Defensoria que é uma instituição importante, porém precarizada em orçamentos, mesmo com um trabalho relevante, com pouquíssimos defensores para atender a demanda das pessoas que precisam. Temos muito a avançar no sistema social de justiça. Quando olhamos a composição deste sistema, é composta em sua maioria por homens brancos, que estão muito distantes daquelas pessoas a qual irão proferir o seu julgamento.

3. Como e quando você acha que o racismo estrutural começou a influenciar diretamente no sistema punitivo brasileiro?

Isto acontece desde os primórdios de nosso país, em que os movimentos negros e aliados reiteram que não houve no Brasil um processo efetivo de abolição da escravatura. Em 1888 quando temos em 13 de maio a assinatura da Lei áurea, o que a gente observa é que na verdade para além da assinatura, o Estado brasileiro não possibilitou que até então essas pessoas escravizadas, negras sequestradas da África e trazidas para cá a força, não fossem incluídas como pessoas de Direito, sujeitos e cidadãos.

Tiveram o acesso a propriedade negada, tiveram através da lei de terras que acontece em 1850, a impossibilidade de exercer determinadas profissões, de estudar, e tivemos neste período a lei da vadiagem, que ainda está muito presente no dia a dia do nosso sistema atual. Além das leis eugenistas, que surgem ao final do século XIX, início do século XX, onde se defende que pessoas nascem propensas aos crimes, com as características não por acaso associadas a pessoas negras, como Lombroso descreve em seu livro. Uma consolidação deste processo que infelizmente ainda segue muito recorrente, muito atual na nossa sociedade.

4. Por que você acha que isso acontece? Com que finalidade?

As finalidades são muitas, o que chamamos de necropolítica, a morte física e simbólica de uma determinada parcela da população, e no Brasil estamos falando de pessoas negras. Quando pensamos em acesso, patrimônio, as pessoas negras são as primeiras da nossa geração a acessar algum tipo de patrimônio, porque tiveram acesso a universidade por meio de políticas públicas criadas nos últimos períodos. Mas ainda muito aquém do que a gente precisa, do que a gente realmente tem direito, quando pensamos em reparação. Me parece um processo de genocídio quanto a pessoas negras no Brasil, um processo organizado e constante. Por isso é muito importante que estejamos atentos ao que assistimos e ao que temos acesso em nível de informação.

5. Com medidas de enfrentamento, ações afirmativas, conscientização e educação, tanto da polícia, quanto de membros do judiciário e população, você acredita que consigamos com o tempo, minimizar essa injustiça social, que é o racismo estrutural no sistema jurídico brasileiro?

Eu acredito em avanços, para que a gente possa sempre se mobilizar. Mas acredito que temos ainda um longo caminho pela frente, através de políticas públicas de afirmações. Mas acho também que como sociedade precisamos entender que temos problemas, assumir estes problemas, e pensar de maneira coletiva, conjunta, especialmente com as pessoas não implicadas diretamente nestes processos. As soluções e um plano de ação para que consigamos superar este capítulo tão presente ainda na história da nossa nação, que é o racismo, qual estrutura e modula as nossas relações. Mas acredito sim em mudanças, porém, infelizmente temos um longo caminho pela frente, e cabe a nós buscarmos cotidianamente estas estratégias para superação e avanço, que é tão importante e necessário na vida de pessoas negras no Brasil.

6. Quer deixar alguma observação ou fato relevante a esta pesquisa?

Quero parabenizar essa pesquisadora incrível, essa profissional incrível, que é a Edilaine. Quero dizer que agradeço ao trabalho importante que ela está fazendo. É fundamental que tenhamos cada vez mais pesquisas com este olhar racionalizado e complexo da nossa realidade, porque é por meio da educação, da pesquisa, do compartilhamento destes conhecimentos, que vamos encontrar alternativas a esta barbárie que nos assola há pelo menos mais de 500 anos.

8. A dimensão ignorada da proteção de dados pessoais: tutela coletiva sob a análise crítica do acórdão da apelação cível n. 0012675-64.2016.8.07.0001 do tribunal de justiça do distrito federal e dos territórios

The ignored dimension of data protection: collective redress under the critical analysis of the judgment of civil appeal n. 0012675-64.2016.8.07.0001 of the court of justice of the federal district and territories

Joel Ricardo Ribeiro de Chaves

Mestrando em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU/SP. Advogado e Encarregado de Proteção de Dados. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5949275058454555>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4267-3313>.

Fernanda Ferraz Braga de Lima De Freitas

Bacharel em Matemática e Economia pela Universidade de São Paulo. Discente do Bacharelado de Direito da FMU. Dados: <https://lattes.cnpq.br/9068890371322026>.

Resumo: A presente pesquisa qualitativa adota o método hipotético-dedutivo, com amparo na pesquisa bibliográfica e documental, para investigar a dimensão de tutela coletiva do direito à proteção de dados pessoais que poderia ter sido aventada e analisada no processo de n. 0012675-64.2016.8.07.0001, originado de ação civil pública ajuizada perante a 25ª Vara Cível de Brasília pelo Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios em face do Banco Pan S.A., que culminou no acórdão da Quarta Turma Cível analisado. Observou-se que essa dimensão de direito foi ignorada no julgamento e poderia ter influenciado no seu resultado, pois o voto vencedor no sentido da insuficiência do número de casos em suas respectivas categorias de condutas lesivas para a configuração de prática comercial abusiva poderia ter sido afastado pelo reconhecimento do contexto e ponto em comum de inobservância dos princípios e regras que compõem o escopo do direito à proteção de dados pessoais.

Palavras-chave: proteção de dados pessoais; tutela coletiva; privacidade de grupo; direito do consumidor; ação civil pública.

Abstract: This qualitative research adopts the hypothetical-deductive method, supported by bibliographical and documentary research, to investigate the dimension of collective protection of the right to data protection that could have been analyzed in the process n. 0012675-64.2016.8.07.0001, originating from a public civil action filed before the 25th Civil Court of Brasília by the Public Ministry of the Federal District and Territories against Banco Pan S.A., which culminated in the judgment of the Fourth Civil Panel analyzed. It was observed that this dimension of the right was ignored in the judgment and could have influenced its result, since the winning vote regarding the insufficient number of cases in their respective categories of harmful conduct for the configuration of abusive commercial practice could have been overruled by the recognition of the context and common point of non-compliance with the principles and rules that make up the scope of the right to data protection.

Keywords: data protection; collective redress; group privacy; consumers law; public civil action.

INTRODUÇÃO

O tema da proteção de dados pessoais está pujante no cenário jurídico brasileiro. Além da promulgação da lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais⁴⁵, de notável influência do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, chamado de Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados europeu (VAINZOF, 2019, p. 22), o direito à proteção de dados pessoais foi alçado formalmente, por força da Emenda Constitucional nº 115, de 2022, à categoria de direito fundamental, insculpido no art. 5º, inciso LXXIX, da Constituição Federal⁴⁶, sendo reconhecida internacionalmente sua natureza de direito humano relacionada ao direito à privacidade⁴⁷⁻⁴⁸.

Embora se apresente com significativa relevância, toda a extensão do conteúdo deste direito ainda é pouco explorada, uma vez que se percebe um foco exacerbado no tocante à proteção de dados pessoais como direito individual, mas pouco se verifica a análise mais profunda e detalhada de uma dimensão coletiva desse direito, especialmente no que tange à sua repercussão e aplicação nos tribunais brasileiros, repercutindo, assim, na desconsideração de todo o potencial protetivo que tal dimensão lançaria sobre a coletividade.

Nesse sentido, com o fito de contribuir para o desenvolvimento de uma consciência ampla sobre essa perspectiva, buscou-se desenvolver uma pesquisa orientada a investigar a dimensão de tutela coletiva do direito à proteção de dados pessoais que poderia ter sido aventada e analisada no processo de n. 0012675-64.2016.8.07.0001, podendo tais razões interferirem no resultado do julgamento.

⁴⁵ Doravante referenciada tão somente como LGPD.

⁴⁶ *In verbis*: “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: [...] LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.” (BRASIL, 1988).

⁴⁷ Entendimento externado pela Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia e pelo Conselho da Europa, em conjunto com a Secretaria do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: “No sistema da CEDH [Convenção Europeia dos Direitos do Homem], a proteção de dados é garantida pelo artigo 8.º (direito ao respeito pela vida privada e familiar) e, tal como no sistema da Carta, este direito tem de ser exercido respeitando o âmbito de outros direitos concorrentes”. (CONSELHO DA EUROPA, 2014, p. 22).

⁴⁸ Ao longo do presente trabalho, o direito à privacidade e o direito à proteção de dados pessoais será tratado como sinônimo, haja vista o tratamento similar dado por parte da doutrina de referência ao referenciar a proteção relativa ao tratamento de informações relacionadas a indivíduos.

A presente pesquisa qualitativa adota o método hipotético-dedutivo, com amparo na pesquisa bibliográfica e documental, na medida em que, com fulcro em um caso concreto, qual seja, a ação civil pública ajuizada perante a 25ª Vara Cível de Brasília sob o n. 0012675-64.2016.8.07.0001 pelo Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios em face do Banco Pan S.A., na qual a acusação protestava, dentre outros pontos, pela condenação da instituição financeira por danos morais coletivos pela adoção de práticas comerciais abusivas, bem como ao pagamento em dobro de quantias cobradas indevidamente, a qual culminou o acórdão da 4ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal sobre a Apelação Cível n. 0012675-64.2016.8.07.0001, interposta pelo Banco Pan contra o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios, orienta-se a análise da possibilidade da proteção de dados pessoais em sua dimensão coletiva viabilizar argumentos que potencialmente influenciassem no deslinde do julgamento.

Assim, desenvolve-se, em um primeiro momento, o delineamento do contexto e das razões de julgamento do processo mencionado, restringindo-se às informações dispostas no próprio acórdão, no que tange ao pertinente para o desenvolvimento da presente pesquisa, para, em um segundo tópico, tratar-se da proteção de dados pessoais sob a perspectiva de um direito de grupo ou coletivo e, ao final, confrontar-se essa dimensão da proteção de dados pessoais com as perspectivas apostas no acórdão supracitado.

1 CONTEXTO E RAZÕES DE JULGAMENTO DO PROCESSO N. 0012675-64.2016.8.07.0001

O caso analisado envolve ação civil pública ajuizada perante a 25ª Vara Cível de Brasília sob o n. 0012675-64.2016.8.07.0001 pelo Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios em face do Banco Pan S.A., na qual a acusação protestava pela condenação da instituição financeira por danos morais coletivos pela adoção de práticas comerciais abusivas, bem como ao pagamento em dobro de quantias cobradas indevidamente (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS, 2021).

Dentre as condutas enquadradas como fraudulentas ou abusivas pelo Ministério Público foram citadas o envio de cartão de crédito sem prévia solicitação, fraude na contratação e portabilidade de empréstimo consignado, dificuldades para quitação antecipada de dívidas contratadas, cobrança de valores apesar da quitação integral da dívida, alteração contratual

unilateral para readequação de margens, retenção abusiva de valores em conta dos clientes, repasse de custos de cobrança aos clientes, dentre outros.

O Parquet também pediu a suspensão de publicidade da instituição que buscando atrair clientes de outras instituições, alegava oferecer juros mais baixos do que os praticados no mercado, facultando ao consumidor receber em dinheiro essa diferença. Ocorre que a instituição não demonstrou ter enviado os contratos originais, tampouco eventuais aditivos, impossibilitando aos clientes verificar se os valores pagos a título de redução dos juros na portabilidade eram corretos. De forma, que em respeito ao princípio da transparência que deve reger as relações consumeristas, foi determinado que a instituição enviasse todos os documentos pertinentes aos produtos e serviços contratados.

Ademais, também se exigiu que determinadas cláusulas do contrato de empréstimo consignado, bem como dos contratos de emissão de cartão de crédito e empréstimo pessoal fossem consideradas nulas e abusivas, como, por exemplo, a que previa aumento dos juros cobrados durante período de inadimplência.

Por derradeiro, foi pedida a condenação da instituição financeira por danos morais coletivos no montante de setecentos mil reais, quantia que seria destinada ao Fundo de Defesa dos Direitos do Consumidor, criado pela Lei Complementar Distrital n. 50/1997.

Em sentença, fora o Banco réu condenado, no que aqui é pertinente, a se abster de realizar empréstimos e outorgar crédito aos consumidores sem prévia anuência destes, de cobrar dos consumidores débitos já adimplidos, de enviar cartões de crédito aos consumidores sem prévia solicitação, e de oferecer, por qualquer meio ou publicidade, seja por intermediação de terceiros autorizados ou por conta própria, a promessa de juros inferiores aos praticados pelo mercado e/ou 'troco' em dinheiro na oferta de publicidade de dívidas aos consumidores, exceto se provada tal condição por documento idôneo, assim como fora condenado a fornecer as cópias de contratos aos consumidores, tanto no ato de contratação do serviço ou em qualquer fase dos negócios celebrados. Outros elementos da sentença condenatória, como cláusulas abusivas de juros, liquidação antecipada etc., por fugirem ao estreito escopo pretendido, não foram aqui citadas.

Diante da condenação em primeira instância, o Banco Pan S. A. interpôs recurso de apelação questionando, no que aqui concerne, a legitimidade do Parquet para ajuizamento da ação, pois entendia que se tratava de direitos individuais heterogêneos, pediu que os efeitos da decisão não fossem estendidos a todo território nacional, e alegou que os casos identificados

equivaliam a uma parcela insignificante da base de clientes, o que não justificaria o enquadramento da conduta como prática comercial.

Em seu voto, o relator Desembargador Arnaldo Camanho de Assis acolheu a maior parte dos pedidos efetuados pelo Parquet, reiterando sua legitimidade para o ajuizamento da ação, bem como de que se tratava de direitos individuais homogêneos, sendo também certo haver responsabilidade objetiva da instituição em relação aos danos causados, pela presunção de veracidade dos fatos pela ausência de impugnação específica na contestação e pela aplicação da Súmula n. 479 do Superior Tribunal de Justiça.

Após pedido de vistas, os demais desembargadores da 4ª Turma do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios se manifestaram pela ilegitimidade do Parquet por entender não haver um liame fático entre as várias reclamações, salvo terem sido causadas pela mesma instituição. Sob este prisma, os danos decorrentes teriam natureza individual para um conjunto determinável de clientes, não justificando o interesse coletivo e, por conseguinte, o envolvimento do Ministério Público.

Diante da divergência, o relator ressaltou que o Parquet também pleiteava a nulidade de cláusulas consideradas abusivas nos contratos de empréstimo, fator que, pela sua natureza de contratos de adesão, ratificaria a sua legitimidade no polo ativo da ação, bem como argumentou que a ação já se encontrava em fase recursal, de forma que a garantia da segurança jurídica e o respeito aos princípios processuais da instrumentalidade e da primazia da sentença de mérito fundamentariam uma decisão de mérito, ou seja, definitiva.

Por não ter havido unanimidade no julgamento, procedeu-se à técnica processual de continuidade do julgamento com ampliação da turma julgadora, no qual prevaleceu entendimento de que não houve materialidade e impacto social que justificasse o reconhecimento de prática comercial abusiva e, conseqüentemente, de dano moral coletivo. Por derradeiro, prevaleceu entendimento de que as cobranças indevidas não decorreram de dolo, mas de erro justificável diante do grande número de clientes da instituição.

Observa-se, desse modo, que o desenvolvimento argumentativo ao longo do processo não versa especificamente sobre o direito à proteção de dados pessoais, quiçá pela atenção ao princípio do *tempus regit actum* em razão de sua origem, em 2016, ser anterior à LGPD, de 14 de agosto de 2018, não obstante o acórdão datar de abril de 2021. Contudo, caso pudesse ser aplicada, poderia esta novel legislação, em sua perspectiva coletiva, refletir no caso analisado? É o que se pretende indagar adiante, após se desenhar, no próximo tópico, as premissas que

baseiam o entendimento da aplicabilidade de um direito à proteção de dados pessoais sob uma perspectiva coletiva.

2 A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO DIREITO COLETIVO

Os direitos à privacidade e à proteção de dados pessoais permeiam de formas diferentes as diversas sociedades, podendo-se identificar fatores tecnológicos, organizacionais, culturais, religiosos, filosóficos, entre outros, como influenciadores dos diferentes níveis de permeabilidade desses direitos (BYGRAVE, 2010, p. 175).

Logo, é natural que se identifique diferentes nuances para esses direitos, mas estas tendem, ainda, a se desenvolver fortemente sob a perspectiva de direitos individuais, não como direitos relativos à coletividade. Por outro lado, é possível se identificar autores internacionais e nacionais buscando desenvolver uma cultura de reconhecimento de uma dimensão coletiva de proteção de dados pessoais e privacidade.

Tome-se, por exemplo, Luciano Floridi, para quem

A privacidade como um direito de grupo é um direito mantido por um grupo como um grupo e não por seus membros individualmente. É o grupo, e não os seus membros, que é corretamente identificado como titular do direito. Um exemplo típico é o direito à autodeterminação, que é detido por uma nação como um todo. (FLORIDI, 2014, p. 1).⁴⁹

Floridi sustenta tal posição sob o argumento de que as tecnologias de informação e comunicação miram predominantemente indivíduos a partir de suas características para com grupos, almejando obter um condensado de informações e conclusões sobre valores, interesses e potencialidades destes, e não necessariamente dos indivíduos individualmente considerados, ao passo em que o *Open Data* se desenvolve predominantemente pelo tratamento de tipos (de clientes, usuários, cidadãos etc.) (FLORIDI, 2014, p. 1-2).

Nessa esteira, o autor propõe se tratar de falácia o pensamento de que a proteção de dados dos indivíduos em si considerados seria suficiente para proteger os dados dos grupos, valendo-se de metáfora para ilustrar que os indivíduos seriam sardinhas acreditando que são o

⁴⁹ Tradução livre. No original: “Privacy as a group right is a right held by a group as a group rather than by its members severally. It is the group, not its members, that is correctly identified as the right-holder. A typical example is the right of self-determination, which is held by a nation as a whole.”.

alvo de pescadores, quando, em verdade, salvo raras exceções que seriam os *Moby-Dicks*⁵⁰, o alvo é o cardume em si, de modo que a ética da proteção de dados demandaria a proteção dos grupos para que se possa proteger os indivíduos que o compõem (FLORIDI, 2014, p. 2-3).

A seu turno, Mantelero observa diferentes abordagens a respeito da privacidade de grupo. Uma primeira, na qual não haveria autonomia ao direito à privacidade relacionado a grupos, pois seria a privacidade individual em um contexto de grupo quem seria protegida. A segunda, como concernente a um interesse do grupo como tal, que diz respeito à proteção de fatos, atos ou decisões que digam respeito aos seus assuntos internos e à sua autonomia organizacional. A terceira, alinha a privacidade de grupo à proteção da informação que se refere a entidades coletivas (formalmente constituídas ou não), agindo como uma extensão da proteção de dados individual a essas entidades. E, ainda, uma outra abordagem por ele proposta em atenção à era do *Big Data*, que escapa às previamente mencionadas, alicerçadas na consciência dos membros de serem partes de determinados grupos ou da dimensão social de seu grupo, para se alinhar a uma análise da privacidade de grupos que não se reconhecem como grupos, ou seja, de indivíduos que não possuem consciência de suas relações, interligações, semelhanças e diferenças que os permitem ser classificados e categorizados dentro de grupos específicos (MANTELERO, 2017, p. 142 e ss.).

Alinhado a essa perspectiva, Mittelstadt sustenta que a análise de dados permite que seja construído um conhecimento persistente sobre os comportamentos e as características das pessoas ao longo do tempo, formando indivíduos em grupos ou classes significativas, unindo-se características da identidade do “mundo real” com características da identidade do “mundo virtual”, permitindo que previsões e decisões sejam tomadas em razão de um grupo em vez de nível individual, de modo que os indivíduos agrupados por algoritmos teriam um interesse coletivo em como as informações que descrevem o grupo são geradas e usadas, não obstante a atual inexistência de direitos e deveres de privacidade equivalentes para esses grupos *ad hoc* criados por análises de dados (MITTELSTADT, 2017, p. 476).

Também Finn, Wright e Friedewald identificam a privacidade de grupo como um dos tipos de privacidade. Em verdade, incluem-na numa categoria mais ampla, de privacidade de associação, relacionada ao direito de se associar a quem quiser sem ser monitorado, a qual seria de extrema relevância e necessidade em uma sociedade democrática, com o fito de salvaguardar a liberdade de expressão, liberdade religiosa e outras formas de associação, e, ainda, serviria

⁵⁰ A famosa baleia ilustrada na obra de Herman Melville, “*Moby-Dick; or, The Whale*”, que, neste caso, representaria um indivíduo que se destaca pela relevância que seus dados pessoais individualmente considerados possam ter (a título de exemplo, como seria o caso de dados pessoais relativos ao Presidente da República).

também para garantir voz a grupos marginalizados (FINN; WRIGHT; FRIEDEWALD, 2017, p. 9).

No Brasil, por sua vez, Zanatta e Souza defendem a possibilidade da tutela coletiva da proteção de dados pessoais, observando o risco de grupos populacionais serem discriminados por vieses e valores embutidos na programação de algoritmos, os quais podem ser, por vezes, opacos, arbitrários e discriminatórios (ZANATTA; SOUZA, 2019, p. 11; 13).

Ainda, sustentam a superação do elemento inicial de identificação de um grupo específico no cenário da dimensão coletiva da proteção de dados pessoais, remetendo, também, à característica de proteção de interesses coletivos e de interesses difusos desenvolvida pela legislação brasileira ao longo do tempo, a qual permitiria a tutela coletiva da proteção de dados pessoais com fulcro nos dispositivos da LGPD e das demais legislações desse microsistema de tutela coletiva, a exemplo da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, tanto para responsabilização civil, quanto para a aplicação de tutela inibitória coletiva (ZANATTA; SOUZA, 2019, *passim*).

Nesse sentido, ao se analisar diretamente a LGPD, especialmente em seu art. 22⁵¹ e art. 42, *caput* e § 3º⁵², é possível verificar que esta apresenta expressamente a possibilidade da tutela coletiva do direito à proteção de dados pessoais. Apesar de não haver a explicitação das formas e procedimentos pelos quais se dariam essa tutela coletiva, a própria LGPD faz remissão à “legislação pertinente”, de modo que se pode inferir a aplicabilidade das demais legislações do microsistema de tutela coletiva, a exemplo da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor.

E, finalmente, há que se observar que Doneda, muito antes da adoção da LGPD, sustentava a existência de um direito à proteção de dados sob a ótica de riscos a garantias constitucionais, no qual estaria incluso o direito à privacidade (sob a forma de vida privada), na qualidade de direito autônomo e fundamental que, apesar de não derivar de uma dicção explícita e literal, seria inferido da consideração dos riscos que o tratamento automatizado traz à proteção da personalidade à luz das garantias constitucionais de igualdade substancial, liberdade e

⁵¹ *In verbis*: “Art. 22. A defesa dos interesses e dos direitos dos titulares de dados poderá ser exercida em juízo, individual ou coletivamente, na forma do disposto na legislação pertinente, acerca dos instrumentos de tutela individual e coletiva” (BRASIL, 2018).

⁵² *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. [...] § 3º As ações de reparação por danos coletivos que tenham por objeto a responsabilização nos termos do caput deste artigo podem ser exercidas coletivamente em juízo, observado o disposto na legislação pertinente.” (BRASIL, 2018).

dignidade da pessoa humana, juntamente com a proteção da intimidade e da vida privada (DONEDA, 2011, p. 103).

Logo, antes mesmo da LGPD – e mais substancial e explicitamente após ela –, já se poderia constatar e se deveria salvaguardar a dimensão coletiva da proteção de dados pessoais, a qual, no ordenamento jurídico brasileiro, já encontrava alicerces no microsistema de tutela coletiva de direitos, não apenas sob uma perspectiva de direitos individuais homogêneos, como também sob as perspectivas de direito coletivo e de direito difuso.

3 A DIMENSÃO IGNORADA DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO ACÓRDÃO N. 0012675-64.2016.8.07.0001

Salvo breve passagem no decorrer do voto vencido do Desembargador Arnaldo Camanho de Assis, em que mencionada a segurança de dados⁵³, percebe-se que o acórdão não trata explicitamente da proteção de dados pessoais.

Em apertada síntese, o que se depreende da análise do acórdão é que os danos coletivos foram afastados não pela ausência de materialidade em condutas lesivas da instituição financeira, mas pelo fato da maioria dos desembargadores terem votado pela insuficiência do número de casos em suas respectivas categorias (fraudes na outorga de créditos, fraude em portabilidade de dívidas, dificuldades para quitação antecipada das dívidas e cobrança indevida) para a configuração de prática comercial abusiva, sentido verificado no voto vencedor do Desembargador Sérgio Rocha, o qual sustenta que

[...] As falhas apontadas, de origens diversas, geraram apenas danos individuais, pontuais a um conjunto previamente determinável de clientes do Banco Pan, não produzindo nenhum efeito em relação à universalidade de clientes daquela instituição financeira e não tendo, portanto, potencial para atingir um número indeterminável de pessoas, o que afasta a relevância social da questão. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS, 2021).

Colige-se, portanto, que o voto vencedor categoriza e agrupa as diferentes condutas lesivas atribuídas ao Banco demandado e as considera por si mesmas face à universalidade de relações jurídicas semelhantes entre os consumidores e a referida instituição financeira. Contudo, uma questão que fora olvidada e que aqui se propõe a análise é a existência de elementos que contextualizem e unam essas referidas condutas.

⁵³ “[...] Mesmo sem restar comprovada a participação de funcionários do banco nas fraudes, deve-se reconhecer que a instituição financeira, ao menos, agiu de forma negligente, uma vez que não tomou as cautelas necessárias a garantir a segurança dos dados de seus clientes. [...]” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS, 2021).

Veja-se, nesse sentido, que fraudes na outorga de créditos, fraude em portabilidade de dívidas, dificuldades para quitação antecipada das dívidas, cobrança indevida, ou ainda, mais detalhadamente, a realização empréstimos e outorga de crédito aos consumidores sem prévia anuência, a cobrança por débitos já adimplidos, o envio de cartões de crédito sem prévia solicitação, o oferecimento, por qualquer meio ou publicidade, de promessa de juros inferiores aos praticados pelo mercado e/ou ‘troco’ em dinheiro na oferta de publicidade de dívidas aos consumidores, a ausência de fornecimento de cópias de contratos aos consumidores possuem, em verdade, um ponto em comum: a inobservância dos princípios e regras que compõem o escopo do direito à proteção de dados pessoais.

Ora, se o dado pessoal é toda informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável e o tratamento de dado pessoal é toda operação realizada com dados pessoais (BRASIL, 2018), observa-se que todas as condutas lesivas imputadas ao Banco correspondem, em certo grau, a condutas que se utilizam dos dados pessoais dos consumidores para realizar uma prática abusiva. A título de exemplo, se realizado empréstimos e outorga de crédito aos consumidores sem prévia anuência, ou foram utilizados dados pessoais obtidos indevidamente – através da aquisição irregular de carteiras de clientes, de fraudes que deveriam ter sido reconhecidas pelos mecanismos de segurança etc. –, ou utilizados dados pessoais coletados de forma escoreita – para abertura e manutenção de conta corrente ou outros serviços –, mas posteriormente utilizados para essa finalidade diversa, sem observar-se os requisitos legais para tanto.

Assim, partindo-se da interpretação dos consumidores (em sentido estrito ou por equiparação) como um grupo incidentalmente relacionado pela sua exposição às práticas abusivas e lesivas, ao invés de somente se considerar individualmente as diferentes categorias de condutas lesivas, estas deveriam ser consideradas conjuntamente com o contexto lesivo correspondente à ausência de práticas adequadas de governança e proteção de dados pessoais, contexto o qual, por si só, representa violação a direito fundamental do consumidor – conforme formal e expressamente reconhecido em 2022 pela adição do inciso LXXIX ao art. 5º da Constituição Federal, mas que poderia ser inferido mesmo antes, por força do § 2º⁵⁴ do referido dispositivo e em consonância com a posição de Danilo Doneda (DONEDA, 2011, p. 103), já citada anteriormente.

⁵⁴ *In verbis*: “§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” (BRASIL, 1988).

Não bastasse, também se poderia perquirir acerca da responsabilidade do Banco demandado no desenvolvimento de suas campanhas publicitárias, dado que a captação de clientes que possuíam empréstimo consignado junto a outras instituições pode viabilizar a inferência do tratamento de dados pessoais com base em perfis específicos criados pela campanha, devendo ser observado que a análise de dados baseada no *Big Data* possui uma geometria variável, que permite mudança constante dos seus membros, o que combinado com a falta de entendimento acerca dos mecanismos de processamento de dados dificulta as ações coletivas.

CONCLUSÃO

O presente artigo buscou investigar a dimensão de tutela coletiva do direito à proteção de dados pessoais que poderia ter sido aventada e analisada no processo de n. 0012675-64.2016.8.07.0001, podendo tais razões interferirem no resultado do julgamento.

Nesse sentido, observou-se que os danos coletivos foram afastados não pela ausência de materialidade em condutas lesivas da instituição financeira, mas pelo fato da maioria dos desembargadores terem votado pela insuficiência do número de casos em suas respectivas categorias para a configuração de prática comercial abusiva e que a proteção de dados pessoais não fora aventada no acórdão do julgamento, salvo breve passagem no decorrer do voto vencido do Desembargador Arnaldo Camanho de Assis, em que mencionada a segurança de dados.

Ademais, constatou-se a existência de diferentes vertentes de defesa da proteção de dados pessoais sob uma dimensão coletiva, referenciada na doutrina e ao longo do artigo também como privacidade de grupo, as quais se sustentam tanto em perspectivas de ampliação aos grupos da proteção aplicada aos indivíduos que o compõem, como na proteção da informação que se refere a entidades coletivas e na proteção de grupos que não se reconhecem como grupos, por assim terem sido categorizados ou perfilados os indivíduos por terceiros sem seu conhecimento, com base em um ou mais elementos que possam em comum.

Outrossim, observou-se que o ordenamento jurídico brasileiro, antes mesmo do advento da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e da adição do inciso LXXIX ao art. 5º da Constituição Federal, já viabilizava a proteção de dados pessoais na qualidade de direito fundamental, aplicando-se à dimensão coletiva desse direito os princípios e regras do microsistema de tutela coletiva já preexistente, como os da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor. E, após essas inserções no ordenamento jurídico, a

possibilidade da tutela coletiva do direito à proteção de dados pessoais foi ainda mais evidenciada.

Assim, conclui-se que o acórdão apreciado ignorou a consideração do contexto e ponto em comum que conectam as condutas lesivas narradas na ação civil pública, correspondentes à inobservância dos princípios e regras que compõem o escopo do direito à proteção de dados pessoais.

Nesse sentido, poder-se-ia sustentar uma interpretação dos consumidores como um grupo incidentalmente relacionado pela sua exposição às práticas abusivas e lesivas, ao invés de somente se considerar individualmente as diferentes categorias de condutas lesivas, razão pela qual seria possível se inquirir e, quiçá, se concluir pela responsabilização do Banco demandado pela ausência de práticas adequadas de governança e proteção de dados pessoais e, ainda, pela viabilização da inferência do tratamento ilícito de dados pessoais com base em perfis específicos criados pela campanha, representando direitos relacionados à uma dimensão coletiva da proteção de dados pessoais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 nov. 2022.

BRASIL. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 12 nov. 2022.

BYGRAVE, Lee Andrew. **Privacy and Data Protection in an International Perspective**. Stockholm Institute for Scandinavian Law & Lee A Bygrave, 2010, p. 165-200. Disponível em: <https://www.scandinavianlaw.se/pdf/56-8.pdf>. Acesso em: 20 out. 2021.

CONSELHO DA EUROPA. Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. **Manual da Legislação Europeia sobre Proteção de Dados**. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2014, p. 22. Disponível em https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_data_protection_Por.pdf. Acesso em: 20 out. 2021.

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico Journal of Law**, [S. l.], v. 12, n. 2, p. 91–108, 2011. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315>. Acesso em: 9 out. 2021.

FINN, Rachel L.; WRIGHT, David; FRIEDEWALD, Michael. **Seven Types of Privacy**. In: GUTWIRTH, Serge; LEENES, Ronald; HERT, Paul de; TAYLOR, Linnet; FLORIDI, Luciano; SLOOT, Bart van der (eds.). *Group Privacy: New Challenges of Data Technologies*. [S. l.]: Springer, 2017, p. 3-32.

FLORIDI, Luciano. Open Data, Data Protection, and Group Privacy. **Philosophy & Technology**, v. 27, 2014, p. 1-3.

MANTELERO, Alessandro. **From Group Privacy to Collective Privacy: Towards a New Dimension of Privacy and Data Protection in the Big Data Era**. In: TAYLOR, Linnet; FLORIDI, Luciano; SLOOT, Bart van der (eds.). *Group Privacy: New Challenges of Data Technologies*. [S. l.]: Springer, 2017, p. 139-158.

MITTELSTADT, Brent. From Individual to Group Privacy in Big Data Analytics. **Philosophy & Technology**, v. 30, 2017, p. 475-494.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. **Processo n. 0012675-64.2016.8.07.0001**. Acórdão n. 1334184. Quarta Turma Cível. Relator: Desembargador Arnaldo Camanho. Relator Designado: Desembargador Sérgio Rocha. Apelante: Banco Pan S. A. Apelado: Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios. Julgado em 28 abr. 2021. Publicado em 13 maio 2021. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/>. Acesso em: 30 set. 2022.

VAINZOF, Rony. **Art. 1º**. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice (coords.). *LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Comentada*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ZANATTA, Rafael Augusto Ferreira; SOUZA, Michel Roberto de. **A tutela coletiva na proteção de dados pessoais: tendências e desafios**. In: DE LUCCA, Newton; ROSA, Cíntia. *Direito & Internet IV: Proteção de Dados Pessoais*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

9. O direito coletivo à proteção de dados pessoais à luz da apelação cível ac n° 70056228737 Rio Grande do Sul

The collective right to protect personal data in the light of the civil appeal ac n°. 70056228737 Rio Grande do Sul

Felipe Faé Lavareda de Souza

Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Delegado de Polícia Federal. Professor de Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Administrativo. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5891179208225078>.

Resumo: O presente artigo faz uma análise da natureza jurídica dos dados pessoais de consumidores frente a tutela de direitos difusos e coletivos à luz da Apelação Cível AC n° 70056228737, julgada pelo Tribunal do Rio Grande do Sul, bem como das consequências dessa classificação dada aos dados pessoais quando de seu mau uso e em caso de danos causados a seus titulares.

Palavras-chave: Direitos difusos; direitos coletivos; dados pessoais; consumidores; ação coletiva; danos morais e materiais.

Abstract: This article analyzes the legal nature of consumers' personal data against the protection of diffuse and collective rights in the light of Civil Appeal AC n° 70056228737, judged by the Court of Rio Grande do Sul, as well as the consequences of this classification given to the personal data when misused and in case of damages caused to their owners.

Keywords: Diffuse rights; collective rights; personal data; consumers; collective action; moral and material damages.

Introdução

O presente artigo visa analisar sobre o tratamento dados à proteção dos dados pessoais dos consumidores, no sentido de considerá-la (ou não) um interesse difuso, à luz da Apelação Cível AC n° 70056228737, do Rio Grande do Sul.

Antes de mais nada, cabe darmos uma breve conceituação dos tipos de direitos coletivos.

Segundo a doutrina, direitos ou interesses coletivos podem ser divididos em três espécies: difusos, que são aqueles “*transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por uma situação de fato*”; coletivos (*stricto sensu*), que são aqueles “*transindividuais, de natureza indivisível, pertencentes a um grupo determinável de pessoas, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica*

base”; e individuais homogêneos, que são aqueles que decorrem de um origem comum, são direitos subjetivos individuais (determináveis) com homogeneidade em sua origem.⁵⁵

A análise do tema terá por base o julgamento da Apelação Cível AC n° 70056228737, do Rio Grande do Sul, oriunda de ação coletiva proposta pelo Ministério Público em face da Câmara de Dirigentes Lojistas de Porto Alegre, envolvendo o princípio da transparência e o dever de informar oriundos do direito do consumidor.

O objetivo da ação foi a suspensão do serviço de análise de crédito com a exclusão do banco de dados e abstenção de prestar qualquer informação dos consumidores para o mercado local, até que seja prestada prévia informação aqueles e o sistema seja adequado à legislação, bem como a fixação de indenizações a título de dano moral e material, além da cominação de penas pecuniárias até o cumprimento de todas as obrigações de fazer pleiteadas.

No caso, a demandada teria criado banco de dados (sistema Crediscore) que funcionava como cadastro de consumidores e cujos critérios usados para a concessão ou não de crédito não eram claros.

A demandada então, repassava a avaliação de crédito a empresas conveniadas. As conveniadas, por sua vez, negavam ou limitavam o crédito com base nas informações dos consumidores que a demandada lhes repassou.

Em outras palavras, tal sistema subsidiava a concessão ou extensão de crédito e a realização de venda a prazo ou outras transações comerciais ou empresariais que implicavam em risco. Ocorre que as informações do Crediscore não teriam respeitado a Lei 12.414/2011, artigo 3º, §2º, incisos II e IV⁵⁶.

Os consumidores, por sua vez, não tinham acesso às suas informações que eram repassadas as conveniadas, e nem a oportunidade de contrapô-las ou corrigi-las.

O pedido inicial pretendia a suspensão do sistema até sua adequação à lei, a exclusão dos registros de consumidores que não optaram pela inclusão no sistema, o não repasse das informações dos consumidores aos conveniados até regularização do sistema, condenação em danos morais e materiais e multa a serem revertidos ao Fundo de Reconstituição dos Bens Lesados, e a publicação em jornal da sentença de procedência.

⁵⁵ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. **Interesses difusos e coletivos esquematizado**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2012, p. 20-31.

⁵⁶ Art. 3º Os bancos de dados poderão conter informações de adimplemento do cadastrado, para a formação do histórico de crédito, nas condições estabelecidas nesta Lei. (...) § 2º Para os fins do disposto no § 1º, consideram-se informações: (...) II - claras: aquelas que possibilitem o imediato entendimento do cadastrado independentemente de remissão a anexos, fórmulas, siglas, símbolos, termos técnicos ou nomenclatura específica; (...) IV - de fácil compreensão: aquelas em sentido comum que assegurem ao cadastrado o pleno conhecimento do conteúdo, do sentido e do alcance dos dados sobre ele anotados.

A contestação trouxe as alegações de litispendência com outra ação coletiva, falta de interesse de agir, além de informar que o consumidor teria livre acesso aos seus dados utilizados pelo sistema e que o sistema evitaria o superendividamento.

A sentença entendeu que o sistema era um modelo estatístico de pontuação de crédito e não um cadastro positivo, portanto, não se aplicaria ao caso a Lei 12.414/11.

Em sede de apelação, o Ministério Público alegou que o sistema impugnado continha critérios obscuros e secretos, além de estar sendo utilizado em desfavor dos consumidores, devendo ser ele suspenso até ser corrigido e se adequar ao CDC e à CF. Por fim, o *parquet* contesta a estrita legalidade do sistema de banco de dados Crediscor, e não a discricionariedade da concessão de crédito.

Em resposta, a demandada alegou (contrarrazões) que o sistema analisa o crédito, o risco da operação, por meio de critérios objetivos. Trata-se, portanto de um serviço não sujeito ao art. 43, do CDC⁵⁷, mas que as informações teriam sido comunicadas aos consumidores.

O parecer do MP em 2º grau foi no sentido de que o Crediscor é de fato um cadastro positivo, cujos critérios seriam obscuros, além do mais, as conveniadas da ré não poderiam informar sobre a celebração desse convenio. Por fim, opinou pelo provimento integral do apelo. Ressaltou que a partir da presente Ação Civil Pública, em que há pedido de condenação genérica em defesa dos interesses individuais homogêneos lesados, poder-se-ia pensar na suspensão das demandas individuais até o julgamento definitivo desta e, após, em caso de procedência, na conversão delas em ação de cumprimento de sentença, evitando-se a multiplicação de processos.

Como se vê, e segundo o entendimento do tribunal, a demanda envolveu direitos difusos. Direitos difusos são metaindividuais e indivisíveis, em outras palavras, são direitos comuns a um grupo de pessoas não determináveis e que apenas se encontram unidas em razão de uma situação de fato. Portanto, trata-se de direitos materialmente coletivos, ou seja, apesar de a lei não lhes conceder uma característica plural, eles são necessariamente usufruídos por um número indeterminado de pessoas.⁵⁸

⁵⁷ Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. (...)

⁵⁸ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Código de Defesa do Consumidor. Lei nº 8.078, de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <https://direitodiario.jusbrasil.com.br/noticias/426794577/diferenca-entre-direitos-difusos-coletivos-e-individuais-homogeneos-no-codigo-de-defesa-do-consumidor>. Acessado em 25 de outubro de 2022.

1 Bancos de dados de consumidores

Durante sua exposição, o relator do acórdão ressaltou que para o Código de Defesa do Consumidor, os bancos de dados geram ao fornecedor o dever de informar ao consumidor os critérios utilizados pela ferramenta. Tal obrigação decorre do princípio da transparência, segundo o qual, e de acordo com o próprio acórdão, “*o fornecedor é obrigado a esclarecer e divulgar todos os parâmetros que regem a análise de risco feita*”. E o sistema da demandada é, de fato, de acordo com o tribunal, um banco de dados conforme disposto no CDC, e, portanto, ter-se-ia que respeitar o dever de informação ao consumidor dos critérios e inclusão no sistema.

Essa proteção ao consumidor se justifica porque, em relação comerciais como são as relações de consumo, os bancos de dados visam minimizar os riscos de inadimplência em prejuízo do fornecedor e, conseqüentemente, majorar seus ganhos. Dessa forma, a inscrição de consumidor em um banco de dados deveria dar a ele a possibilidade de conhecer os critérios e contraditar a avaliação que lhe foi dada, trazendo assim, mais equidade à relação comercial/consumerista.

Em outras palavras, a formação de um banco de dados deve se dar de forma transparente e com critérios preestabelecidos, protegendo assim a parte hipossuficiente em termos jurídico-econômicos.

A obscuridade e segredo em desfavor do consumidor, portanto, configuraria dano moral por ofensa a sua intimidade.

Do art. 43, do CDC⁵⁹, se depreende que o uso de banco de dados é legal, porém é condicionado à proteção da privacidade dos consumidores, devendo eles terem a possibilidade de acesso às informações, que devem ser claras, objetivas, verdadeiras e de fácil compreensão, além de serem comunicados de que estão nesse cadastro, podendo argumentar para corrigi-lo, se for o caso. E, por fim, os dados só podem permanecer no sistema por tempo certo.

⁵⁹ Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. § 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos. § 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele. § 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas. § 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público. § 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores. § 6º Todas as informações de que trata o **caput** deste artigo devem ser disponibilizadas em formatos acessíveis, inclusive para a pessoa com deficiência, mediante solicitação do consumidor.

Esses requisitos atendem ao princípio da qualidade dos dados pessoais, bem como o direito de acesso, retificação e cancelamento deles, e, delimitam a finalidade pelas qual os dados podem ser coletados e utilizados.

No caso em tela, os dados servem para concessão ou limite de crédito, e não para fins de *marketing* ou outra atividade não mencionada.

Nesse sentido, eventuais danos materiais e morais causados pela atividade mencionada são passíveis de responsabilização objetiva e solidária.

O acórdão destaca, portanto, ofensa ao princípio da não descontextualização no uso dos dados, ou seja, eles não podem ser utilizados para fins diversos, sob pena de ofensa à personalidade do titular do dado (consumidor).

Assim, não se proíbe o uso de dados pessoais, mas se exige que eles sejam utilizados de forma legítima.

Dessa forma, o direito à proteção de dados pessoais constitui um meio de propiciar segurança jurídica para o fluxo de dados numa Sociedade da Informação, ao mesmo tempo em que protege a personalidade e a dignidade da pessoa.

A proteção de dados inclui também o direito de acesso, cancelamento e retificação desses dados.

Tal matéria é tão importante que o próprio acórdão destaca o papel da sociedade civil na fiscalização do uso de tais dados. Somente assim, poderá a sociedade brasileira obter os benefícios econômicos e sociais advindos da revolução tecnológica, bem como concretizar uma democracia da informação que proteja, tanto a liberdade de controle das informações pessoais pelo cidadão, como também a tutela contra a utilização discriminatória dos dados pessoais.

Houve, portanto, quebra do dever de informar os critérios econômicos e jurídicos para a pontuação de cada consumidor, o que ficou claro nos contratos entre a demandada e seus conveniados, que proibiam a estes a divulgação do uso do sistema ao consumidor ou terceiros. Ou seja, a consumidor sequer sabe da existência do cadastro, e, por óbvio, não poderia contestá-lo.

Novamente, ter banco de dados não é proibido, pelo contrário, é inclusive regulado pelo CDC, que exige transparência, lealdade e boa-fé em todas as suas práticas. Em outras palavras, se há banco de dados relativo aos consumidores, é dever informar a estes quais os critérios utilizados para a divulgação dos dados registrados naquele, bem como os parâmetros estabelecidos para a classificação e pontuação atribuída a cada consumidor para o fim de cálculo de probabilidade de risco, sob pena de atentar ao direito de retificação. O objeto dos cadastros

positivos (sinônimos de bancos de dados) é obviamente diminuir riscos e aumentar ganhos aos fornecedores, por isso o consumidor deve ter conhecimento e capacidade de contraditá-lo.

Portanto, o descumprimento desses deveres gera dano moral ao consumidor (parte hipossuficiente), seja a não informação sobre o cadastro, seja a não informação sobre a existência do cadastro em si, seja a impossibilidade de editá-lo ou corrigi-lo.

Esse, inclusive, é o entendimento do STJ, conforme julgados expostos no acórdão em análise⁶⁰. Que também deixa clara a legitimidade ativa do MP e passiva do órgão que mantém o cadastro, como no caso em tela.

O acórdão ainda destaca uma doutrina alemã, no seguinte sentido:

O dever de informar foi sendo desenvolvido na teoria contratual através da doutrina alemã *Nebenpflicht*, isto é, da existência de deveres acessórios, deveres secundários ao da prestação contratual principal, deveres instrumentais ao bom desempenho da obrigação, deveres oriundos do princípio da boa-fé na relação contratual, deveres chamados anexos. O dever de informar passa a representar, no sistema do CDC, um verdadeiro dever essencial, dever básico (art. 6º, inciso III) para a harmonia e transparência nas relações de consumo, na atividade de toda a cadeia de fornecedores, é verdadeiro ônus atribuído aos fornecedores, parceiros contratuais ou não do consumidor.

Ou seja, não importa que a demandada não firmou contrato com o consumidor, porque o contrato com seus conveniados afetou aqueles diretamente, isso porque os dados e informações recolhidas serviam mais para restringir direitos dos consumidores (perda de oportunidade de realizar transações comerciais de seu interesse) do que para auxiliá-los, houve, portanto, abuso de direito.

A demandada é um grupo econômico, uma associação de empresas que se utilizam do banco de dados em questão. Nesse sentido, o próprio acórdão expõe:

Note-se que a atuação conjunta de todas as empresas precitadas, no sentido de se utilizar da tecnologia da informação para avaliação em questão, legítima as mesmas a serem atingidas pelos efeitos da presente demanda coletiva, pois aquelas subsidiam a CDL – Câmara de Dirigentes Lojistas, na medida em que a atividade desta consiste no armazenamento de informações fornecidas pelas referidas empresas, a fim de informar a avaliação obtida por cada consumidor, banco de dados este com participação comum de todos os envolvidos.

⁶⁰ Ministra Nancy Andrighi. Segunda Seção. Recurso Especial nº 1.061.134 - RS (2008/0113837-6). Data do julgamento: 10/12/2008. Data da publicação: DJe 01/04/2009. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271061134%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271061134%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271061134%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271061134%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acessado em 10 de novembro de 2022.

Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Recurso Especial nº 901.584 - RJ (2006/0249444-0). Data do julgamento: 17/09/2009. Data da publicação: DJe 02/10/2009. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%27901584%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%27901584%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%27901584%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%27901584%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acessado em 10 de novembro de 2022.

A revisora complementou o voto do relator acrescentando que não via o serviço como ilícito, mas é inquestionável a necessidade de informação o consumidor da existência de tal sistema.

O CDC publicizou os arquivos de consumo, não no tocante à sua dominialidade ou gerenciamento dos registros, mas no que tange à acessibilidade ampliada e democratizada das informações que mantém.

Aos bancos de dados, tal qual regulados pelo CDC, ajuntam-se pelo menos quatro características primordiais: a) aleatoriedade da coleta, fenômeno motivado pelo interesse indiscriminado ou indefinido que os orienta, posto que quanto maior a base de dados, mais confiável e respeitado é o organismo; b) organização permanente de informações, que ali ficam, de modo latente à espera de utilização futura, independentemente do número de operações que o consumidor realize no mercado; c) transmissibilidade extrínseca ou externa, isto é, direcionada a terceiros, outros que não o próprio arquivista, não mantendo este relação de consumo contratual com o consumidor; e d) inexistência de autorização ou conhecimento do consumidor quanto ao registro, que dificilmente é produto de solicitação sua, mas providência acolhida à sua revelia.

Assim, muito embora a ênfase e a discussão em torno das regras instituídas no art. 43 recaiam nos chamados cadastros de inadimplentes dos serviços de proteção ao crédito, a norma incide em sistemas de informação mais amplos. Todo e qualquer banco de dados de arquivo de informações a respeito de consumidores – pessoas físicas ou jurídicas – está submetido às normas do CDC.

Não se está a objetar a possibilidade de o comerciante negar o crédito em razão do perfil da parte interessada. Contudo, se, de um lado, há a liberalidade na concessão do crédito, de outro, impõe-se respeitar o direito do consumidor em conhecer o conteúdo de todo e qualquer dado ou informação que seja produzido a seu respeito, tanto de forma positiva como negativa.

Aplicável, portanto, a Súmula n. 359 do STJ, que dispõe: *cabe ao órgão mantenedor do cadastro de proteção ao crédito a notificação do devedor antes de proceder à inscrição.*

A revolução digital pela qual estamos passando aumentou a conectividade entre as pessoas e, como consequência disso, dados pessoais de consumidores tornaram-se a matéria prima do mercado.⁶¹

⁶¹ CANTO, Ana Paula; CAIO, Gabriela; VASCONCELOS, Manoela; BEATRIZ, Maria; MELO, Raquel; HOLANDA, Yanne. **O tratamento de dados pessoais na LGPD: transparência e dever de informação.** Comissão de direito da tecnologia e da informação/OAB-PE. 2019, p. 31-42. Disponível em: https://www.udop.com.br/download/noticias/2020/03_03_20_arquivo_oab_pe.pdf#page=31. Acessado em 07 de novembro de 2022.

Assim, esse avanço tecnológico e o crescente número de informações em trânsito transformaram a sociedade, o que gerou a necessidade de se analisar as consequências jurídicas desse fenômeno, sobretudo no que concerne aos deveres de transparência e de informação adequada aos titulares originais dessas informações.⁶²

O dever de informação tem três pilares dimensionais, o de informar, o de se informar e o de ser informado. Não por outra razão, a própria política nacional das relações de consumo buscou viabilizar a transparência e proteção dos consumidores com base no dever de informação e na proibição da publicidade enganosa⁶³, conforme art. 6º, incisos III e IV, além, é claro, do art. 43, todos do Código Consumerista⁶⁴.

A conceituação de dados pessoais, por sua vez, veio com a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/18).

Fato é que o uso cada vez mais comum de dados pessoais tornaram esses mesmos dados essenciais ao cidadão, mormente no âmbito da Sociedade da Informação.⁶⁵

Dentre desse tema, os bancos de dados possibilitaram a sistematização de grandes volumes de informação, aumentos o risco da ferramenta. Essa quantidade de informação

⁶² CANTO, Ana Paula; CAIO, Gabriela; VASCONCELOS, Manoela; BEATRIZ, Maria; MELO, Raquel; HOLANDA, Yanne. **O tratamento de dados pessoais na LGPD: transparência e dever de informação**. Comissão de direito da tecnologia e da informação/OAB-PE. 2019, p. 31-42. Disponível em: https://www.udop.com.br/download/noticias/2020/03_03_20_arquivo_oab_pe.pdf#page=31. Acessado em 07 de novembro de 2022.

⁶³ CANTO, Ana Paula; CAIO, Gabriela; VASCONCELOS, Manoela; BEATRIZ, Maria; MELO, Raquel; HOLANDA, Yanne. **O tratamento de dados pessoais na LGPD: transparência e dever de informação**. Comissão de direito da tecnologia e da informação/OAB-PE. 2019, p. 31-42. Disponível em: https://www.udop.com.br/download/noticias/2020/03_03_20_arquivo_oab_pe.pdf#page=31. Acessado em 07 de novembro de 2022.

⁶⁴ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; (...)

Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. § 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos. § 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele. § 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas. § 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público. § 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores. § 6º Todas as informações de que trata o **caput** deste artigo devem ser disponibilizadas em formatos acessíveis, inclusive para a pessoa com deficiência, mediante solicitação do consumidor.

⁶⁵ DONEDA, Danilo. **A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental**. Espaço Jurídico. Disponível em: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315>. Acessado em 07 de novembro de 2022.

permite uma extração cada vez maior de vantagens a seus usuários, muitas vezes em detrimento dos próprios donos originais dessas informações.⁶⁶

Tal risco é ainda mais perverso quando falamos de dados pessoais, ou seja, aquela informação cujo objeto é a própria pessoa⁶⁷.

Inclusive, segundo o Conselho Europeu informação pessoal é: “qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou susceptível de identificação”⁶⁸.

A informação pessoal, portanto, é ligado à privacidade⁶⁹, que, como sabemos é um direito fundamental de proteção constitucional.

E é nesse sentido que vem caminhando a jurisprudência nacional, em especial no julgado aqui analisado. O uso de dados privados sem conhecimento ou consentimento de seu titular gera dano moral por ofensa à privacidade do titular.

Destaca-se que desde 1973, a Secretaria de Saúde, Educação e Bem-Estar dos Estados Unidos reuniu uma comissão de especialistas que divulgou um estudo sobre o vínculo entre a privacidade e os tratamentos de dados pessoais, no sentido de que a privacidade pessoal era diretamente afetada pela divulgação e uso dado a informações pessoais, de forma que qualquer decisão a ser tomada com base naquela informação deveria ser formada com a participação do indivíduo dono de tal informação, sob pena de prática desleal, no mínimo.⁷⁰

A partir desse estudo a própria OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico) passou a ter, dentre seus princípios norteadores, o princípio da publicidade ou transparência, pelo qual qualquer banco de dados pessoais deva ser de conhecimento público, princípio da exatidão dos dados, o princípio da finalidade, pelo qual o uso a ser dados aos dados pessoais deva ser previamente comunicado ao seu titular, o princípio do livre acesso a esse banco de dados e, por fim o princípio da segurança que deva existir para que os dados pessoais não sejam extraviados, alterados, modificados ou acessados de modo

⁶⁶ DONEDA, Danilo. **A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental**. Espaço Jurídico. Disponível em: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315>. Acessado em 07 de novembro de 2022.

⁶⁷ DONEDA, Danilo. **A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental**. Espaço Jurídico. Disponível em: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315>. Acessado em 07 de novembro de 2022.

⁶⁸ Convenção nº 108 – Convenção para a proteção das pessoas em relação ao tratamento automatizado de dados pessoais, art. 2º.

⁶⁹ DONEDA, Danilo. **A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental**. Espaço Jurídico. Disponível em: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315>. Acessado em 07 de novembro de 2022.

⁷⁰ DONEDA, Danilo. **A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental**. Espaço Jurídico. Disponível em: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315>. Acessado em 07 de novembro de 2022.

desautorizado⁷¹. Esses princípios, inclusive, serviram de base para o desenvolvimento de legislações protetoras de dados pessoais⁷², como é o caso da LGPD brasileira, além de servirem como fontes de direito para julgamentos envolvendo o uso indevido de dados pessoais, como é o caso da Apelação Cível AC n° 70056228737, do Rio Grande do Sul.

Podemos dizer, portanto, que ao menos no acórdão em análise, os dados pessoais receberam tratamento digno de direitos coletivos e difusos, tanto que indenizações de tais natureza foram determinadas pelo tribunal.

Tal tratamento revela a importância dada ao tema. De fato, existe um microsistema que disciplina as ações coletivas, formado pelo Código de Defesa do Consumidor, Ação Civil Pública, a própria Constituição, bem como outras leis mais específicas.⁷³

Com a Sociedade da Informação e cada maior interação virtual das pessoas, principalmente por meio de redes sociais, ocorreu uma coletivização da proteção de dados pessoais, e com isso, o arcabouço jurídico individual tem se mostrado insuficiente para a proteção dos dados pessoais.⁷⁴

Nesse diapasão, o difuso é algo que, portanto, não é privado para o Direito, é algo a mais, está entre o privado e o público, de forma que a lesão a um consumidor, por exemplo, tendo ela ocorrida em razão dessa condição de consumidor, não é apenas contra ele, mas contra todos os (potenciais) consumidores daquele produto ou serviço. Esse cenário exige, obviamente, uma proteção diferenciada.⁷⁵

Existe, portanto, uma “dimensão coletiva da proteção de dados pessoais”:

Hoje em dia, novas tecnologias e análises poderosas tornam possível coletar e analisar grandes quantidades de dados. Em muitos casos, os propósitos gerais dessa nova

⁷¹ DONEDA, Danilo. **A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental**. Espaço Jurídico. Disponível em: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315>. Acessado em 07 de novembro de 2022.

⁷² DONEDA, Danilo. **A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental**. Espaço Jurídico. Disponível em: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315>. Acessado em 07 de novembro de 2022.

⁷³ ZANATTA, Rafael S. F.; SOUZA, Michel R. O. **A tutela coletiva em proteção de dados pessoais: tendências e desafios**. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Rafael-Zanatta/publication/344495215_A_Tutela_Coletiva_em_Protecao_de_Dados_Pessoais_tendencias_e_desafios/links/5f7c85dd458515b7cf6a54bc/A-Tutela-Coletiva-em-Protacao-de-Dados-Pessoais-tendencias-e-desafios.pdf. Acessado em 08 de novembro de 2022.

⁷⁴ ZANATTA, Rafael S. F.; SOUZA, Michel R. O. **A tutela coletiva em proteção de dados pessoais: tendências e desafios**. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Rafael-Zanatta/publication/344495215_A_Tutela_Coletiva_em_Protecao_de_Dados_Pessoais_tendencias_e_desafios/links/5f7c85dd458515b7cf6a54bc/A-Tutela-Coletiva-em-Protacao-de-Dados-Pessoais-tendencias-e-desafios.pdf. Acessado em 08 de novembro de 2022.

⁷⁵ ZANATTA, Rafael S. F.; SOUZA, Michel R. O. **A tutela coletiva em proteção de dados pessoais: tendências e desafios**. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Rafael-Zanatta/publication/344495215_A_Tutela_Coletiva_em_Protecao_de_Dados_Pessoais_tendencias_e_desafios/links/5f7c85dd458515b7cf6a54bc/A-Tutela-Coletiva-em-Protacao-de-Dados-Pessoais-tendencias-e-desafios.pdf. Acessado em 08 de novembro de 2022.

concentração de controle sobre a informação não mais se referem a pessoas, mas adotam uma perspectiva de larga escala. As análises investigam as atitudes e o comportamento de grandes grupos, comunidades e até países inteiros. Além disso, essas novas formas de análise não investigam necessariamente grupos pré-existentes. Grupos são criados por coletores de dados que selecionam conjuntos específicos de informações. Os coletores de dados moldam a população que eles propuseram para investigar e coletar informações sobre pessoas diferentes que não conhecem os outros membros do grupo e, em muitos casos, não estão cientes das consequências de pertencerem a um grupo. Esse cenário torna necessário considerar um campo de análise mais amplo, representado pelos interesses difusos dos indivíduos que possuem seus dados pessoais coletados, analisados e agrupados em grupos e categorias. Nesse sentido, a proteção contra a intrusão na vida privada e o controle sobre as informações pessoais ainda representam as principais questões que devem ser abordadas também no contexto do *big data*. No entanto, a natureza diferente do grupo requer uma abordagem diferente, não baseada exclusivamente em direitos individuais.⁷⁶

O ponto a se destacar na passagem acima é justamente essa indeterminação dos titulares dos dados, a não preexistência dos grupos ofendidos pelo uso indevido de dados pessoais, uma indeterminabilidade típica do conceito de interesses difusos e coletivos.

Esse entendimento jurídico se mostra presente em nossa jurisprudência, não por outra razão o julgado em comento trata não apenas dos clássicos direitos morais e matérias individualmente considerados, mas também de direitos morais coletivos e difusos.

2 Danos morais coletivos:

De acordo com o acórdão, no que tange aos danos morais, a situação evidencia um ataque à personalidade dos consumidores, devido a eles, parte hipossuficiente, não ter sido informada de sua inclusão no cadastro ou banco de dados de avaliação de crédito, nem sobre os critérios utilizados para pontuação, ferindo seu direito à informação.

Segundo o próprio acórdão:

... o valor a ser arbitrado a título de indenização por dano imaterial deve levar em conta o princípio da proporcionalidade, bem como as condições do consumidor ofendido, a capacidade econômica da parte ofensora, além da reprovabilidade da conduta ilícita praticada. Por fim, há que se ter presente que o ressarcimento do dano não se transforme em ganho desmesurado, importando em enriquecimento ilícito.

A demandada, ao não informar adequadamente seus consumidores, atuou no mínimo com negligência e desídia. Ademais, houve divulgação das informações contidas no banco de dados em desacordo com a legislação, conduta abusiva que causou mais lesão aos consumidores, inclusive de ordem extrapatrimonial.

⁷⁶ MANTELERO, Alessandro. **Personal data for decisional purposes in the age of analytics: From an individual to a collective dimension of data protection.** Computer Law & Security Review, v. 32, n. 2, p. 238-255, 2016.

Restou comprovada, portanto, a negligência da demandada em não informar os consumidores, ou seja, houve falha na prestação do serviço que tem o potencial de causar danos, ainda que de ordem extrapatrimonial, portanto, há dever de indenizar.

E mais, o art. 14, do CDC⁷⁷, impõe a responsabilidade objetiva ao caso. O dano moral é *in re ipsa*, decorre do fato em si, bastando ao prejudicado comprovar a lesão ao direito, pois o direito de crédito leva em conta a imagem e o conceito pessoal que cada consumidor detém na sociedade, restando atingidos estes direitos decorrentes da personalidade.

Nesse sentido o acórdão destaca alguns julgados e o autor Sérgio Cavalieri Filho:

Neste ponto a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, ipso facto está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras da experiência comum. Assim, por exemplo, provada a perda de um filho, do cônjuge, ou de outro ente querido, não há que se exigir a prova do sofrimento, porque isso decorre do próprio fato de acordo com as regras da experiência comum; provado que a vítima teve seu nome aviltado, ou a sua imagem vilipendiada, nada mais ser-lhe-á exigido prova, por isso que o dano moral está *in re ipsa*; decorre inexoravelmente da gravidade do próprio fato ofensivo, de sorte que, provado o fato, provado está o dano moral.⁷⁸

Desse modo, o processo exige apenas a comprovação do fato ilícito e do nexo causal, pois o dano é presumido.

O acórdão é claro no sentido de que não está proibindo a possibilidade de se avaliar um consumidor para determinar se ele é apto a receber crédito ou prazo para pagamento de suas dívidas, o que o julgamento puniu foi a conduta de não cientificar o consumidor sobre as razões econômico-financeiras ou a motivação factível que o levaram a receber aquela determinada nota, e de ser classificado daquela determinada maneira. Em outras palavras, não se está impedindo a negativa na concessão de crédito, mas se está exigindo que o consumidor fique ciente do porquê sofreu tal negativa.

Acrescenta-se ainda o fato de que o cadastro era oculto, ou seja, tinha o potencial de tisonar a imagem do consumidor sem que ele tenha qualquer direito a ampla defesa.

Na determinação do *quantum* do dano moral, o acórdão levou em conta a média dos consumidores brasileiros, cuja renda concentra-se, em sua maioria, em até 6 salários mínimos, de acordo com o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística).

⁷⁷ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. (...)

⁷⁸ Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto. Quinta Câmara Cível. TJ/RS. Apelação Cível AC nº 70056228737. Julgamento: 11/09/2013. Publicação: 17/09/2013. Apud CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed., rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2007, p. 83.

Portanto, tendo o consumidor experimentado a situação, seu dano moral é ínsito, e não exige comprovação do prejuízo, mas apenas da conduta ilícita (a falta de comunicação prévia e de nexos causal para sua avaliação negativa que limitou sua obtenção de crédito).

Já em relação aos danos morais difusos, o pedido também foi deferido, e houve reconhecimento, portanto, da presença de interesse difuso no caso, devido ao prejuízo causado a um número indeterminado de pessoas e de forma indivisível, baseado no art. 6º, inciso VI, do CDC.

Importante mencionar, no entanto, que o acórdão trouxe jurisprudência em que o dano moral não foi devido porque a parte demandante não comprovou lesão decorrente do sistema de pontuação que seria positivo, e não negativo. Ou seja, houve uma evolução da jurisprudência, acertada a nosso ver.

Isso porque, o sistema não apenas recolhia dados, mas, com base em critérios secretos, buscava prever comportamentos de consumidores, e, com base nessas previsões, privá-los de crédito. Ou seja, é de fato um cadastro positivo e, portanto, sujeito ao art. 43, do CDC.

Assim, direitos personalíssimos, como honra e imagem, foram feridos, e o dano moral é *in re ipsa*, isto é, independe de prova, pois se confirma pela negativa de crédito mesmo sem registro negativo.

Inclusive, nesse ponto, o próprio julgador destaca Cavalieri Filho⁷⁹:

Por mais pobre e humilde que seja uma pessoa, ainda que completamente destituída de formação cultural e bens materiais, por mais deplorável que seja seu estado biopsicológico, ainda que destituída de consciência, enquanto ser humano será detentora de um conjunto de bens integrantes de sua personalidade, mas precioso que o patrimônio, que deve ser por todos respeitada. Os bens que integram a personalidade constituem valores distintos dos bens patrimoniais, cuja agressão resulta no que se convencionou chamar de dano moral. Essa constatação, por si só, evidencia que o dano moral não se confunde com o dano material; tem existência própria e autônoma, de modo a exigir tutela jurídica independente.

Os direitos a personalidade, entretanto, englobam outros aspectos da pessoa humana que não estão diretamente vinculados à sua dignidade. Nessa categoria incluem-se também os chamados novos direitos da personalidade: a imagem, o bom nome, a reputação, sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos, gostos, convicções políticas, religiosas, filosóficas, direitos autorais. Em suma, os direitos da personalidade podem ser realizados em diferentes dimensões e também podem ser violados em diferentes níveis. Resulta daí que o dano moral, em sentido amplo, envolve esses diversos graus de violação dos direitos da personalidade, abrange todas as ofensas à pessoa, considerada esta em suas dimensões individual e social, ainda que sua dignidade não seja arranhada.

Sempre lembrando que o dano moral é fixado levando-se em conta seu caráter repressivo e pedagógico, sem, contudo, gerar enriquecimento indevido à vítima.

⁷⁹ Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto. Quinta Câmara Cível. TJ/RS. Apelação Cível AC nº 70056228737. Julgamento: 11/09/2013. Publicação: 17/09/2013. Apud CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed., rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2007, p. 77.

Cumpra-se destacar que houve divergência em relação a natureza *in re ipsa* do dano moral por parte da d. desembargadora ISABEL DIAS ALMEIDA (revisora). A magistrada entendeu que caberia ao consumidor comprovar o fato constitutivo de seu direito, aí incluído o direito à reparação por dano moral. A mera inscrição do nome do consumidor no sistema em tela não geraria, portanto, dano moral *in re ipsa*. Nesse ponto, a julgadora diferencia o Crediscore do um cadastro de inadimplentes. Tampouco implicaria em dano moral a negativa do crédito, seja porque o sistema Crediscore apenas sinaliza o perfil do consumidor, seja porque a concessão ou não do crédito é faculdade do comerciante.

Portanto, não se tratando, propriamente, de um cadastro negativo, mas de um banco de dados fulcrado em sistema de pontuação, que não se refere concretamente a nenhuma dívida ou apontamento específico, não há como reconhecer-se o abalo *in re ipsa* decorrente apenas e tão somente da ausência de notificação prévia – ainda que legalmente necessária a providência, - se não demonstrado que o sistema lesou o consumidor, não apenas potencialmente, mas de forma efetiva.

Historicamente, o dano moral sempre esteve relacionado à reparação individual, pois relacionado a sentimentos tipicamente pessoais, moral, dor, tristeza, ou seja, sentimentos relacionados à personalidade do indivíduo. Com a evolução jurídica do tema, passou-se a admitir a reparação por dano moral em benefício de pessoas jurídicas, em sua esfera objetiva, e, após, passou-se a considerar a coletividade como titular de valores morais que também mereceriam proteção.⁸⁰

Surge então o tema dano moral coletivo, que passou a ser muito usado em casos de reparação preventiva no direito do consumidor, como ocorreu no acórdão em comento.⁸¹

A proteção moral coletiva tem por base o já mencionado microsistema de tutela coletiva, formado especialmente pela Constituição, pelo CDC e pela Lei de Ação Civil Pública. Houve, portanto, uma evolução legislativa para a proteção dos direitos da coletividade, de forma que a violação às regras desse microsistema coletiva afeta a tranquilidade dos cidadãos em número indeterminado, ou seja, a lesão é coletiva, e como tal, a reparação também deve sê-lo.⁸²

Há de se ressaltar que a reparação por dano moral coletivo, no caso de direitos coletivos e difusos, em que as vítimas não são determinadas, tem o seu caráter preventivo muito mais exacerbado, o que naturalmente deveria refletir no *quantum* indenizatório a ser determinado pelo julgador.⁸³

Assim, aquele que pratica ato lesivo a outrem será responsabilizado pelos danos individuais causados à vítima e também pelo dano gerado a toda sociedade, pois houve violação aos valores da sociedade, atingindo os direitos personalíssimos dessa

⁸⁰ JESUS, Adriana Santos de. **O dano moral coletivo como fundamento para aplicação da reparação preventiva no direito do consumidor**. Centro Universitário de Brasília – UNICEUB. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/13704/1/21484880.pdf>. Acessado em 07 de novembro de 2022.

⁸¹ JESUS, Adriana Santos de. **O dano moral coletivo como fundamento para aplicação da reparação preventiva no direito do consumidor**. Centro Universitário de Brasília – UNICEUB. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/13704/1/21484880.pdf>. Acessado em 07 de novembro de 2022.

⁸² JESUS, Adriana Santos de. **O dano moral coletivo como fundamento para aplicação da reparação preventiva no direito do consumidor**. Centro Universitário de Brasília – UNICEUB. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/13704/1/21484880.pdf>. Acessado em 07 de novembro de 2022.

⁸³ JESUS, Adriana Santos de. **O dano moral coletivo como fundamento para aplicação da reparação preventiva no direito do consumidor**. Centro Universitário de Brasília – UNICEUB. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/13704/1/21484880.pdf>. Acessado em 07 de novembro de 2022.

coletividade, fazendo com que se sintam menos cidadãos, pois uma regra pactuada foi violada.⁸⁴

Portanto, o dano moral coletivo existe e é objetivo, deriva do descumprimento da lei. Como consequência, esse instituto tem a capacidade para a proteção de direitos dos consumidores⁸⁵. Essa capacidade, contudo, depende muito do *quantum* do dano arbitrado no caso concreto.

A reparação, portanto, visa reparar e prevenir, sendo este último seu objetivo mais importante, pois afeta o ofensor e outros que se encontram em posição semelhante e que, frente a notícia da imposição da indenização coletiva, serão influenciados a adequar eventuais condutas danosas à coletividade. Só assim se irá restaurar a tranquilidade e segurança sociais abalados com a conduta ilegal contra o coletivo.⁸⁶

No caso do direito do consumidor, práticas abusivas atingem indiretamente a todo o mercado consumidor, prejudicando uma coletividade de número indeterminável de pessoas, e o dano moral coletivo tem se mostrado fundamental para garantir a efetiva proteção aos consumidores.⁸⁷

Os direitos da personalidade, incluindo aqui a privacidade, têm caráter expansivo, o que resta muito mais evidenciado no âmbito dos direitos coletivos e difusos, no campo da sociedade de massas. Essa sociedade de massas expõe a coletividade a uma série de ameaças de difícil controle, como é o caso do mau uso dos dados pessoais. No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) atende a essa realidade, e protege os bens individuais e também os coletivos, aqui incluídos os dados pessoais dos consumidores.⁸⁸

⁸⁴ JESUS, Adriana Santos de. **O dano moral coletivo como fundamento para aplicação da reparação preventiva no direito do consumidor**. Centro Universitário de Brasília – UNICEUB. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/13704/1/21484880.pdf>. Acessado em 07 de novembro de 2022.

⁸⁵ JESUS, Adriana Santos de. **O dano moral coletivo como fundamento para aplicação da reparação preventiva no direito do consumidor**. Centro Universitário de Brasília – UNICEUB. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/13704/1/21484880.pdf>. Acessado em 07 de novembro de 2022.

⁸⁶ JESUS, Adriana Santos de. **O dano moral coletivo como fundamento para aplicação da reparação preventiva no direito do consumidor**. Centro Universitário de Brasília – UNICEUB. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/13704/1/21484880.pdf>. Acessado em 07 de novembro de 2022.

⁸⁷ JESUS, Adriana Santos de. **O dano moral coletivo como fundamento para aplicação da reparação preventiva no direito do consumidor**. Centro Universitário de Brasília – UNICEUB. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/13704/1/21484880.pdf>. Acessado em 07 de novembro de 2022.

⁸⁸ BAHIA, Carolina Medeiros; MEDEIROS, Heloísa Gomes. **Daño moral colectivo en las relaciones de consumo: caracterización, comparación entre el sistema brasileño y colombiano y la visión del Tribunal Superior de Justicia en Brasil**. *Opinión Jurídica*, 18 (36). Enero-Junio 2019, p. 37-55. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v18n36/1692-2530-ojum-18-36-37.pdf>. Acessado em 07 de novembro de 2022.

Inicialmente, a existência da indenização por dano moral coletivo era vista como uma forma de reparação frente a um sofrimento de um grupo. Com a evolução jurisprudencial, os direitos dos consumidores passaram a ser compreendidos como direitos da personalidade, autônomos em relação aos direitos patrimoniais, pois a proteção de atores vulneráveis do mercado de consumo passou a representar uma condição indispensável para o pleno desenvolvimento da personalidade humana. A partir de então, o dano extrapatrimonial ao consumidor passou a dispensar a dor como elemento essencial, bastando para sua configuração a ofensa a valores coletivos, costumes, significados e crenças que compõem o patrimônio moral da coletividade consumerista.⁸⁹

Como resultado dessa nova interpretação, o dano coletivo passou a ser reconhecido em casos de publicidade enganosa, exposição a venda de produtos nocivos à saúde, e, como é o caso em análise, ao uso indevido de dados pessoais.⁹⁰

Do ponto de vista probatório, assim como o dano moral individual, o dano coletivo deve ser presumido em virtude da gravidade da lesão.⁹¹

Estabelecida a existência, portanto, de interesses coletivos e difusos no caso da Apelação Cível AC nº 70056228737, o julgamento continuou no sentido de explicar como se daria o recebimento da indenização, uma vez que os interesses prejudicados são difusos. Nesse sentido, o prejudicado foi orientado a indicar a loja, data, setor e, se possível, funcionário que lhe negou ou lhe restringiu o crédito, além de eventuais testemunhas.

Em atenção a natureza difusa do direito ofendido, o julgado atenta para o fato de que a prova deverá se dar de forma menos onerosa possível ao Judiciário, então eventuais testemunhas podem ser substituídas por declaração escrita. E, do mesmo modo, o demandante já deve demonstrar seu prejuízo com indícios da restrição/negação do crédito e prova da ocorrência do fato.

⁸⁹ BAHIA, Carolina Medeiros; MEDEIROS, Heloísa Gomes. **Daño moral colectivo en las relaciones de consumo: caracterización, comparación entre el sistema brasileño y colombiano y la visión del Tribunal Superior de Justicia en Brasil.** Opinión Jurídica, 18 (36). Enero-Junio 2019, p. 37-55. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v18n36/1692-2530-ojum-18-36-37.pdf>. Acessado em 07 de novembro de 2022.

⁹⁰ BAHIA, Carolina Medeiros; MEDEIROS, Heloísa Gomes. **Daño moral colectivo en las relaciones de consumo: caracterización, comparación entre el sistema brasileño y colombiano y la visión del Tribunal Superior de Justicia en Brasil.** Opinión Jurídica, 18 (36). Enero-Junio 2019, p. 37-55. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v18n36/1692-2530-ojum-18-36-37.pdf>. Acessado em 07 de novembro de 2022.

⁹¹ BAHIA, Carolina Medeiros; MEDEIROS, Heloísa Gomes. **Daño moral colectivo en las relaciones de consumo: caracterización, comparación entre el sistema brasileño y colombiano y la visión del Tribunal Superior de Justicia en Brasil.** Opinión Jurídica, 18 (36). Enero-Junio 2019, p. 37-55. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v18n36/1692-2530-ojum-18-36-37.pdf>. Acessado em 07 de novembro de 2022.

Assim, foi dado provimento ao pedido de condenação genérica em prol dos interesses individuais homogêneos dos consumidores lesados e condenação por dano moral coletivo pela lesão aos interesses difusos em face da desarmonização do mercado de consumo pela prática ilegal.

Mas, os danos morais terão seu *quantum* apurado em cada ação (individual) de liquidação da sentença coletiva, conforme art. 91, do CDC⁹².

Na determinação do *quantum* do dano moral, o acórdão levou em conta a média dos consumidores brasileiros, cuja renda concentra-se, em sua maioria, em até 6 salários mínimos, de acordo com o IBGE. Tudo de modo proporcional e atento às condições dos ofendidos e capacidade econômica da ofensora e a reprovabilidade da conduta ilícita. Lembrando que a indenização deve ser completa e suficiente, mas não gerar enriquecimento sem causa, ou seja, ser preventiva e punitiva ao mesmo tempo. No fim o dano moral foi definido em R\$ 4.500,00 (sete salários mínimos por vítima), com possibilidade de majoração a depender do caso, via liquidação individual.

Nesse diapasão, em atenção à natureza difusa do direito ofendido, o julgado atenta para o fato de que a prova deverá se dar de forma menos onerosa possível ao Judiciário, então eventuais testemunhas podem ser substituídas por declaração escrita. E, do mesmo modo, o demandante já deve demonstrar seu prejuízo com indícios da restrição/negação do crédito e prova da ocorrência do fato.

O consumidor, no caso tem duas presunções a seu favor:

... a primeira de que, a princípio, a alegação circunstanciada feita por aquele tem a seu favor a verossimilhança desta, decorrente do que usualmente ocorre na hipótese discutida, ou seja, a negativa ou restrição de crédito, de regra não é dada por escrito ou informada precisamente à parte interessada; a segunda, de que a prova do fato constitutiva não precisa ser esmerada, basta que haja indícios suficientes para tanto, como por exemplo, comprovação de que houve o comparecimento no dia indicado e no estabelecimento comercial mencionado mediante tíquete de estacionamento, comprovante de cartão de crédito, dentre outros elementos probatórios.

Quanto aos danos morais coletivos em razão da lesão dos interesses difusos coletivos, tem-se que a desarmonia do mercado de consumo, ao mesmo tempo, inerente e essencial a essa espécie de condenação, também se presume a partir da comprovação da própria prática comercial/empresarial ilegal e/ou ilícita.

⁹² 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.

Houve, portanto, dano moral coletivo (difuso) que atingiu número indeterminado de pessoas de forma indivisível, por isso foi cabível indenização destinada a fundo próprio (art. 13, Lei 7.347/85⁹³).

Cabe salientar que a conduta foi considerada danosa inclusive para consumidores que tiveram seu crédito aprovado, pois até mesmos estes não tinham ciência do banco de dados e seus critérios, ou seja, poderiam ter, se soubessem, um tratamento mais benéfico.

Para a fixação dos parâmetros para definição do *quantum* do dano difuso levou-se em conta o princípio da proporcionalidade e as condições das vítimas e demandada, como nos danos individuais. Ao final, o *quantum* foi fixado em R\$ 250.000,00, a ser revertido ao Fundo de Reconstituição dos Bens Lesados.

Os danos materiais, uma vez comprovados, também são devidos. A liquidação do *quantum* se dará por artigos. Cada parte deverá demonstrar o dano moral sofrido.

O dano material é subdividido em danos emergentes e lucros cessantes. O primeiro diz respeito ao dano efetivamente causado, a diminuição patrimonial direta, já o segundo representa aquilo que a vítima deixou de ganhar com o ato ilícito, a frustração da expectativa de lucro.

Os prejuízos materiais devem ser comprovados, não havendo falar em indenização por expectativa de direito. No caso, essa comprovação individual poderá ser feita em liquidação por artigos.

A suspensão do sistema de crédito é outro pedido que foi acolhido até a adequação à legislação. Assim como a exclusão dos consumidores que assim requeiram. Além do dever de informação, dessa forma protege-se o hipossuficiente e vulnerável técnico, jurídico, fático e informacionalmente.

Nesse diapasão, o acórdão destaca que vulnerabilidade técnica a ausência de conhecimento especializado do consumidor acerca dos produtos e serviços a serem contratados, enquanto que a vulnerabilidade informacional decorre do déficit de informações do consumidor frente ao fornecedor especialista, pois não se trata de ausência de informação, mas de abundância dela, que pode ser manipulada, controlada ou desnecessária.

Impende registrar que a presente condenação se aplica à demandada e suas filiadas diretamente ou indiretamente geridas por esta ou conveniadas para prestar serviço de avaliação e armazenamento de dados, situadas no mesmo conglomerado econômico. A atuação conjunta de todas as empresas do conglomerado, no sentido de se utilizar da tecnologia da informação

⁹³ Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados. (...)

para avaliação em questão, legitima as mesmas a serem atingidas pelos efeitos da presente ação coletiva, aplicando-se ao caso a súmula 359 do STJ⁹⁴, pois há comunhão entre os bancos de dados, formando-se um banco nacional, ao qual todas as filiadas acessam e repassam as informações.

Assim, foi determinado que dever-se-ia enviar correspondência (sem AR) aos consumidores constantes no banco de dados para cumprimento do dever de informação. Lembrando que a ausência dessa comunicação gera dano moral, salvo prévia inscrição desabonadora legítima.

Outra decisão foi pela publicação de parte dispositiva da decisão em jornais de grande circulação, o que permitirá aos ofendidos de se habilitarem para a execução, uma vez que estamos diante de interesses difusos, e dessa forma, os indeterminados poderão ser identificados.

Por consequência, as ações individuais eventualmente em trâmite, tiveram seu sobrestamento determinado para evitar decisões conflitantes, já que o acórdão terá efeito de coisa julgada *erga omnes*.

O acórdão ressalta que não haveria ofensa ao art. 104, CDC⁹⁵, pois, segundo os julgadores, a norma teria cunho programático apenas. Não haveria, assim, extinção do feito singular, nem ofensa ao art. 5º, XXXV, da CF⁹⁶, uma vez que o Judiciário está apreciando a lide, porém, de forma coletiva.

Então, o acórdão decidiu da seguinte forma:

Desse modo, devem ser sobrestadas todas as ações individuais que versarem sobre a matéria ora em análise e, com o trânsito em julgado da decisão, tendo em vista a extensão dos efeitos *erga omnes*, extintos os respectivos processos. Ressalva-se apenas a possibilidade de prosseguimento e deliberação quanto à tutela de urgência que diz respeito às demandas em curso, cuja decisão inicial tenha denegado pleito antecipatório coincidente com dado na parte dispositiva da presente ação coletiva, a fim de que não resulte em prejuízo de difícil reparação para o consumidor.

Isso ocorreu porque uma das finalidades das ações coletivas é justamente proteger interesses individuais homogêneos, ou seja, aqueles que têm origem comum, a fim de reconhecer tal direito a todos. Além disso, as ações coletivas atendem aos princípios da

⁹⁴ STJ, súmula 359: A comunicação ao consumidor sobre a inscrição de seu nome nos registros de proteção ao crédito constitui obrigação do órgão responsável pela manutenção do cadastro e não do credor, que meramente informa a existência da dívida.

⁹⁵ Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

⁹⁶ Art. 5º, inciso XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

celeridade, economia processual, segurança jurídica e isonomia, evitando-se múltiplos processos sobre o mesmo assunto e com decisões conflitantes.

O acórdão dá especial atenção ao princípio da igualdade, citando Canotilho⁹⁷, que ensina que tal princípio serve ao Estado de direito e ao Estado social, pois tal princípio oportuniza iguais oportunidades e condições de vida, isto é, seria um princípio jurídico-constitucional impositivo de compensação de desigualdade de oportunidades e como princípio sancionador da violação da igualdade por comportamentos omissivos.

Nesse sentido, o CDC, em seu art. 104, já ensina que ações coletivas não induzem litispendência com ações individuais (incisos I e II, do parágrafo único do art. 81), porém, os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* (incisos II e III, do art. 81) não beneficiarão autores de ações individuais se não suspensa.⁹⁸

Mas, revela o acórdão, o art. 104 impede a extinção do feito singular, mas não sua suspensão, justamente para se encontrar uma solução unitária.

Todavia, admitida a suspensão, mesmo sem pedido dos autores, do curso das ações individuais, não há como se conceber que não serão afetados pela procedência dos pedidos na ação coletiva. Ou seja, a partir do momento em que se permite ao Judiciário sobrestar as referidas demandas para julgar a macro-lide, a consequência não poderá ser outra, senão a de que os autores das demandas individuais serão beneficiados pela decisão, impondo-se com isso a extinção dos respectivos processos.

Lembrando que a coisa julgada *erga omnes* ocorre apenas em casos de procedência do pedido em casos de direitos individuais homogêneos, isto é, para beneficiar as vítimas (coisa julgada *secundum eventum litis*). E, caso a ação coletiva for improcedente, aquela vítima que

⁹⁷ Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto. Quinta Câmara Cível. TJ/RS. Apelação Cível AC n° 70056228737. Julgamento: 11/09/2013. Publicação: 17/09/2013. Apud CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Direito constitucional. 3ª. ed. Portugal: Livraria Almedina, p. 402/403.

⁹⁸ Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

suspendeu (ou teve suspensa – a lei dá a opção, mas neste caso concreto houve determinação judicial) sua ação individual, poderá retomá-la.⁹⁹

Sobre o tema, ARENHART¹⁰⁰ fala sobre o aspecto da suspensão obrigatória e facultativa:

Se houver mera faculdade em tratar coletivamente as questões individuais comuns, podendo o titular do direito optar por sujeitar ou não seu caso à apreciação comum do Judiciário, o interesse na tutela coletiva será severamente diminuído, a ponto de servir como mera recomendação a todos. Por outro lado, impor a solução única e conjunta de todas essas questões individuais pode repercutir negativamente no direito individual de eleger o momento de acessar o Judiciário, violando a garantia do acesso à justiça.

E continua mais adiante:

... a garantia de acesso ao Judiciário não pode ser vista como um direito sempre de índole pessoal, no sentido de que sempre se deve oferecer ao indivíduo buscar em juízo a tutela de seus direitos. Em razão da proporcionalidade pan-processual, impõe-se que, em certos casos, essa garantia seja tutelada de outro modo, como ocorre por meio da coletivização.

Sempre lembrando que a união obrigatória das ações individuais visa a celeridade e economia processuais, mas deve haver os instrumentos adequados para não deixar o direito coletivo desprotegido e para que sejam unidas ações realmente semelhantes, sob pena de injustiça.

Assim, determinou-se a suspensão das ações individuais, com extensão dos efeitos da ação coletiva aquelas.

Sobre os efeitos da decisão, de acordo com o microsistema da Lei de Ação Civil Pública e do CDC, a decisão terá efeitos em todo território nacional. Portanto, no caso não foi aplicado o art. 16, da Lei de Ação Civil Pública¹⁰¹.

Essa decisão veio não da leitura do art. 16 isoladamente, mas dele conjugado com os artigos 93, II, e 103, do CDC¹⁰², pois os dispositivos se complementam dentro do

⁹⁹ Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: (...) III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81. (...)

¹⁰⁰ Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto. Quinta Câmara Cível. TJ/RS. Apelação Cível AC n° 70056228737. Julgamento: 11/09/2013. Publicação: 17/09/2013. Apud ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 154/155.

¹⁰¹ Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

¹⁰² Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local: (...) II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: (...) I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; (...) II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do

microsistema processual coletivo. Assim, o art. 16, da LACP, não protege tão bem os direitos coletivos com os artigos do CDC, isso porque o citado art. 16 embaralha conceitos de competência territorial para o exercício da jurisdição com os efeitos da coisa julgada. Afinal, ou a demanda é coletiva ou não é, ou a coisa julgada é erga omnes ou não é.

No presente caso, não se pode desconsiderar a possibilidade de migração do banco de dados objeto do presente litígio para outro Estado, o que, se restringida a eficácia da decisão, culminaria em frustrar a efetividade da decisão dada no presente feito, em evidente prejuízo dos consumidores. Desse modo, os efeitos da decisão estendem-se a todo território nacional, a fim de coibir a lesão aos direitos homogêneos discutidos na presente demanda coletiva.

Ainda houve a fixação de astreinte, a fim de instar a parte a cumprir a determinação judicial tempestivamente. O valor deverá ser revertido ao Fundo de Reconstituição dos Bens Lesados. A astreinte é meio coercitivo indireto que deve fixada de forma excessiva em relação ao patrimônio do devedor (Darci Ribeiro¹⁰³). Por outro lado, o acórdão também mencionou doutrina de Arnaldo Rizzardo¹⁰⁴, que entende que a multa pecuniária não pode implicar em ganho desmesurado ao seu beneficiário, assim como a indenização por danos morais. No caso foi fixada em R\$ 4.000,00 por descumprimento do fixado no acórdão, lembrando que a multa diária por ser alterada a qualquer momento, inclusive de ofício. E, igualmente, a fim de dar efetividade a decisão, deverá ser publicada a parte dispositiva que trata da procedência da ação coletiva em análise, sob pena de cominação pecuniária no valor de R\$ 4.000,00 por dia de descumprimento, a contar do 15º (décimo quinto) dia da intimação da certidão de trânsito em julgado.

A demandada deverá arcar com o ônus da sucumbência, vedada a condenação em honorários advocatícios, já que o MP é a parte contrária e ele não recebe honorários.

Ao fim, foi dado parcial provimento ao apelo.

parágrafo único do art. 81; (...) III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81. (...) § 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe. (...) § 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual. (...) § 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99. (...) § 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

¹⁰³ Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto. Quinta Câmara Cível. TJ/RS. Apelação Cível AC nº 70056228737.

Julgamento: 11/09/2013. Publicação: 17/09/2013. Apud RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva**. Barcelona – ESP: J.M. Bosch Editor, 2004, p. 164 e 165.

¹⁰⁴ Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto. Quinta Câmara Cível. TJ/RS. Apelação Cível AC nº 70056228737.

Julgamento: 11/09/2013. Publicação: 17/09/2013. Apud RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Obrigações**. 2ª ed. RJ: Forense, 2004, p.142.

CONCLUSÃO

Conforme mostrado na análise da Apelação Cível AC n° 70056228737, do Rio Grande do Sul, houve, s.m.j., reconhecimento, por parte do tribunal, de que os dados pessoais sobre consumidores são bens coletivos ou difusos e merecem proteção como tal.

Esse reconhecimento implicou na exigência frente a demandada de cumprimento de uma série de princípios protetivos da relação de consumo, dentre tais princípios o mais destacado foi o da informação e clareza, previsto no início do CDC, em seu artigo 6º, que trata, justamente, dos direitos básicos do consumidor, aqui coletivamente considerados, ou seja, um grupo de pessoas indeterminadas.

O caso revelou, portanto, danos, morais e materiais, causados tanto individualmente, àqueles consumidores identificados, bem como coletivamente, aos consumidores em geral. Também foram determinadas obrigações que garantissem que os riscos e ofensas a direitos da personalidade cessassem imediatamente, e para tanto os efeitos da decisão judicial foram estendidos a todo o território nacional, outro reflexo das ações coletivas.

Assim, o acórdão em análise deixa clara o entendimento contemporâneo dado aos dados pessoais dos consumidores, no sentido de que são sim um bem difuso e, portanto, merece uma proteção de acordo.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. **Interesses difusos e coletivos esquematizado**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2012, p. 20-31.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BAHIA, Carolina Medeiros; MEDEIROS, Heloísa Gomes. **Daño moral colectivo en las relaciones de consumo: caracterización, comparación entre el sistema brasileño y colombiano y la visión del Tribunal Superior de Justicia en Brasil**. *Opinión Jurídica*, 18 (36). Enero-Junio 2019, p. 37-55. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v18n36/1692-2530-ojum-18-36-37.pdf>. Acessado em 07 de novembro de 2022.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Código de Defesa do Consumidor. Lei nº 8.078, de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <https://direitodiario.jusbrasil.com.br/noticias/426794577/diferenca-entre-direitos-difusos-coletivos-e-individuais-homogeneos-no-codigo-de-defesa-do-consumidor>. Acessado em 25 de outubro de 2022.

Brasil, **Lei de Ação Civil Pública – Lei 7.347, de 24 de julho de 1985**.

Brasil. **Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990**.

Brasil. **Constituição Federal**.

Brasil. **Superior Tribunal de Justiça – súmula 359**.

Brasil. **Superior Tribunal de Justiça**.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 3ª ed. Portugal: Livraria Almedina.

CANTO, Ana Paula; CAIO, Gabriela; VASCONCELOS, Manoela; BEATRIZ, Maria; MELO, Raquel; HOLANDA, Yanne. **O tratamento de dados pessoais na LGPD: transparência e dever de informação**. Comissão de direito da tecnologia e da informação/OAB-PE. 2019, p. 31-42. Disponível em: https://www.udop.com.br/download/noticias/2020/03_03_20_arquivo_oab_pe.pdf#page=31. Acessado em 07 de novembro de 2022.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed., rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2007.

DONEDA, Danilo. **A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental**. Espaço Jurídico. Disponível em: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315>. Acessado em 07 de novembro de 2022.

JESUS, Adriana Santos de. **O dano moral coletivo como fundamento para aplicação da reparação preventiva no direito do consumidor**. Centro Universitário de Brasília – UNICEUB. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/13704/1/21484880.pdf>. Acessado em 07 de novembro de 2022.

MANTELERO, Alessandro. **Personal data for decisional purposes in the age of analytics: From an individual to a collective dimension of data protection**. Computer Law & Security Review, v. 32, n. 2, p. 238-255, 2016.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva**. Barcelona – ESP: J.M. Bosch Editor, 2004.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Obrigações**. 2ª ed. RJ: Forense, 2004.

ZANATTA, Rafael S. F.; SOUZA, Michel R. O. **A tutela coletiva em proteção de dados pessoais: tendências e desafios**. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Rafael-Zanatta/publication/344495215_A_Tutela_Coletiva_em_Protecao_de_Dados_Pessoais_tendencias_e_desafios/links/5f7c85dd458515b7cf6a54bc/A-Tutela-Coletiva-em-Protacao-de-Dados-Pessoais-tendencias-e-desafios.pdf. Acessado em 08 de novembro de 2022.

10. E-commerce e proteção de dados pessoais: análise jurídico-legal sobre os fundamentos da responsabilidade

E-commerce and personal data protection: legal analysis on the foundations of responsibility

Fabiana de Almeida Pereira

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU/SP. São Paulo/SP, Brasil.

Resumo

Este artigo busca analisar a parametrização jurídico-doutrinária e jurisprudencial sobre a regulação do comércio eletrônico no país com foco na apresentação dos fundamentos da responsabilidade civil defronte ao direito fundamental à intimidade / privacidade e violação da confidencialidade dos dados resultantes de um negócio jurídico eletrônico, seja por fraude ou por reconhecimento ou trocas comerciais entre diferentes empresas. Em termos metodológicos, a pesquisa adotou o enfoque dedutivo com intuito de compreender as abordagens teóricas da responsabilidade e privacidade no comércio eletrônico a luz da LGPD (lei 13.709/2018) e os conceitos constitucionais / jurídicos sobre o tema discutindo sua implementação. Conclui-se que falta estruturação física e maior publicidade do direito atribuído ao consumidor nas relações com o e-commerce que, por estarem em pouca pauta, passam despercebidos à tutela individual e coletiva dos indivíduos, que pouco conhecem dos seus direitos. Sendo, a internet, ainda um universo com poucas regras, mas que pode ser usada para a transmissão de informação útil e competente aos cidadãos, como as tutelas indenizatórias e de reparação.

Palavras-Chave: Lei Geral de Proteção de Dados; Responsabilidade e privacidade no Comércio Eletrônico; Marco Civil da Internet; e E-commerce.

Abstract

This Article looking for analyzes the legal-doctrinal and jurisprudential parameterization on the regulation of electronic commerce in the country with focus in presentation of the electronic foundations for civil liability against the fundamental right to privacy / privacy and the confidentiality of data resulting from a legal transaction, due to fraud or recognition or commercial exchanges between different companies. The theoretical concepts of responsibility and privacy of LGPD (General Law of Protection of Data) (law 13.709) and the constitutional / legal concepts on the subject for implementation. It is concluded that there is a lack of physical structuring and greater publicity of the right attributed to the consumer in the relations with the e-commerce that, because they are in small quantity, go from unnoticed, to the individual and collective protection of their rights, which a few people know. Being, the internet, still a universe with few rules, but that can for the transmission of useful and competent information to the citizens, as indemnity and recovery guardianships.

Key words: General Data Protection Law; Responsibility and Privacy in Electronic Commerce; Marco Civil da Internet; and E-commerce.

INTRODUÇÃO

A influência contextual de maior importância para muitos sistemas de informação (TIC) e, por consequência, para o comércio eletrônico e seus investimentos é a lei. Por exemplo, a lei fornece base que certamente se relaciona com design, implementação, uso de sistemas de informação e relações que baseiam as transações e negócios jurídicos que ocorrem nos principais meios eletrônicos (FINKELSTEIN, 2004, p.52).

Logo, em teoria, assim como um arquiteto que não projetaria um edifício para desabar, um projetista ou empreendedor, de sistemas e comércio eletrônico, não iria, intencionalmente, projetar negócios com possíveis falhas, levando danos e/ou lesões a pessoas e/ou organizações. Todavia, em prática, ainda se notam sistemas de desenvolvimento (eletrônicos) resultando em danos/lesões que são levados, atualmente – às vistas dos marcos legais da internet –, ao conhecimento da lei – que busca amenizar os seus problemas de desenvolvimento e, inclusive, dentro do direito do consumidor (PAESANI, 2006, pp. 36-60).

Desta forma, o direito contratual é conhecido como uma influência importante nos assuntos relacionados aos sistemas de informação/e-commerce, remontando pelo menos aos anos 1950 (PAESANI, 2006, pp. 36-60), afinal, a negligência por parte de empreendedores tem sido um problema de anos com relevância em ações judiciais de responsabilidade, pela ausência de caracterização ou tipificação de condutas, ausência de clareza legal e, principalmente, discricionariedade impostada ao mundo virtual.

Com base nisto, este projeto científico busca, sobretudo, realizar uma parametrização legal-doutrinária e jurisprudencial acerca dos normativos do comércio eletrônico no país, focando em apresentar os fundamentos de responsabilidade civil frente ao direito fundamental da privacidade/intimidade e o rompimento de sigilo de dados retirados de um negócio jurídico eletrônico – seja por fraude ou por reconhecimento ou trocas comerciais entre diferentes empresas.

Logo, sua estrutura é fundamentada em seções que incluem, respectivamente, além da introdução, aqui mencionada, que apresenta as justificativas do estudo e seus objetivos geral e específicos; e-commerce e relações de consumo, que traz uma convalidação de informações sobre os negócios jurídicos ocorridos neste âmbito, além de sua caracterização histórica e legal; e as relações da responsabilidade civil com a privacidade no e-commerce; que trabalha os dados pessoais, faz um levantamento sobre a LGPD (Lei 13.709/2018) e os conceitos constitucionais/legais sob o tema, discutindo a aplicação desta para as condutas. A seguir, evidencia-se a primeira seção.

2 E-COMMERCE & RELAÇÕES DE CONSUMO

Enquanto conceito, o comércio eletrônico se trata de um negócio jurídico em que a Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC) é usada para aumentar as vendas, eficiência empresarial e também para fornecer uma base para novos produtos e serviços, onde, por meio de suas atividades, cada empresa se comunica com muitas outras entidades, podendo ser estas clientes privados ou corporativos, parceiros de negócios, fornecedores e quaisquer indivíduos diretamente envolvidos com a produção, comercialização e/ou extinção de um ou mais produtos ou serviços que são oferecidos (ALBERTIN, 2004, on-line).

Assim sendo, pode-se entender, em conceituação básica, que o comércio eletrônico é o exercício da atividade comercial por meio de ferramentas eletrônicas, fundamentado no processamento eletrônico e na transmissão de informações (texto, vídeo, áudio); que, por consequência, envolve este em diversas atividades empresariais, desde comércio eletrônico de bens e serviços, entrega eletrônica de informações digitais, leilões eletrônicos, marketing direto aos consumidores e realização de serviços à distância (REEDY; SCHULLO, 2017, on-line).

Encontra-se, amplo nos campos de comércio varejista eletrônico; transações financeiras nas prestações de serviços bancários, locação financeira, seguros e outros serviços, investimentos, operações especulativas em moeda e títulos dentro dos valores mobiliários e de capitais, câmbio de curto, médio e longo prazo; mercados de serviços – hotéis, turismo coletivo e individual, educação, consultoria, pagamento por utilitários, publicidade e outros; entre várias empresas, públicas, privadas e outras instituições mistas – como os bancos e instituições financeiras de tal caráter, pessoas físicas e jurídicas ou consórcios, famílias e indivíduos, dentre outros (REEDY; SCHULLO, 2017, on-line).

Os conceitos específicos, todavia, apresentam-se diferentes sobre o termo. Ao passo que Khan (2016) subscreve que o comércio eletrônico, ou e-commerce, é a compra e venda de bens e serviços na Internet, e que além de comprar e vender, muitas pessoas usam a Internet como fonte de informação para comparar preços ou veja os produtos mais recentes em oferta antes de fazer uma compra online ou em uma loja tradicional, Nakamura (2001, on-line) entende que o comércio eletrônico, comumente conhecido como e-commerce, é toda relação de negócio direta ou indireta de produtos e/ou serviços que usam redes de computadores, como a internet, baseada em tecnologias como o comércio móvel, transferência eletrônica de fundos, gerenciamento da cadeia de suprimentos, internet marketing, processamento de transações online, intercâmbio

eletrônico de dados (EDI), sistemas de gerenciamento de estoque e coleta automatizada de dados e sistemas (NAKARUMA, 2001, on-line).

Isto é, para o primeiro, o conceito de e-commerce propriamente dito se aprofunda dentro da atividade fim, ou seja, da realização própria de um negócio jurídico, da venda, da compra, do fechamento de contrato. Já para o segundo, a subjetividade entra no campo do conceito, pois o e-commerce se fundamenta desde as atividades acessórias, administrativas, de segurança e de organização, não somente na atividade fim que é a concretização do negócio, mas no pré-atendimento, na auditoria de processos eletrônico, no controle e segurança operativa, no gerenciamento e marketing e em quaisquer atividades que sejam suficientemente necessárias para que as transações fins ocorram.

O conceito do último é levado em consideração científica nesta análise, haja vista que a proteção de dados implica na subjetividade do e-commerce, isto é, nas atividades administrativo-gerenciais que respaldam os contratos jurídicos realizados durante um processo de venda eletrônica e não somente nas atividades fins – que dão origem aos negócios jurídicos comerciais que são levantados nas celebrações de vendas

Em frente, o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Lei n ° 8.078 datada de 11 de setembro de 1990, é a legislação federal que cria declaração abrangente de direitos para os consumidores e representa nascimento do conceito de relações de consumo em Brasil. Projetada para, especificamente, proteger interesses vulneráveis, na medida em que um relacionamento de consumo é encontrado, foi o primeiro ao integralmente legal e normativo a reconhecer a posição vulnerável dos consumidores (GAMA, 2002, on-line).

Dentre os direitos assegurados pelo CDC, no que se refere aos contratos eletrônicos, estão o disposto no artigo 31. Isso porque, certamente, uma das principais funções da internet é fornecer os meios de apresentar e oferecer produtos e serviços, prevalecendo as competências dos negócios e contratos jurídicos em suas relações. Neste sentido, tal artigo apresenta que:

A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores. (BRASIL, 1990, on-line)

Logo, a oferta e apresentação de produtos via Internet deve assegurar que sejam trazidas informações gerais para os clientes, especialmente no que tange à segurança destes – e aqui se impetra a segurança da informação, do negócio e das transações realizadas, isto é, seu fundamental direito à privacidade. Além disto, o Código também complementa o Decreto 7.962 de 2013, que surgiu a fim de suprir lacunas de direito sob o e-commerce e os fundamentos das

relações de consumo no Brasil. Neste sentido, a subseção abaixo traz uma avaliação legal das disposições desprendidas.

O Código de Defesa do Consumidor estabelece, em seu art. 46, que os contratos que regulam as relações de consumo não obrigam os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance (BRASIL,1990, on-line). Assim, Garcia (2009, p.281) entende: para que contratos tenham validade e obriguem consumidores, faz-se preciso que os fornecedores ofereçam oportunidade de tomar conhecimento efetivo de todos os direitos e deveres, principalmente no que se refere à privacidade.

Todavia, ocorre que, previamente em 2013, a maioria dos sites de venda não informavam os direitos básicos do consumidor nem suas políticas de privacidade, as condições em que o consumidor possa estar prejudicado, e quais os seus direitos fundamentados, fato que fundamentou a construção de ato legislativo nº 7.962 – que buscou, sobretudo, desprender competência jurídica sobre as relações de consumo eletrônica. Enquanto demandas jurídicas, estabelece-se em seu segundo artigo 2º que:

Os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização, as seguintes informações: I - nome empresarial e número de inscrição do fornecedor, quando houver, no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda; II - endereço físico e eletrônico, e demais informações necessárias para sua localização e contato; III - características essenciais do produto ou do serviço, incluídos os riscos à saúde e à segurança dos consumidores; IV - discriminação, no preço, de quaisquer despesas adicionais ou acessórias, tais como as de entrega ou seguros; V - condições integrais da oferta, incluídas modalidades de pagamento, disponibilidade, forma e prazo da execução do serviço ou da entrega ou disponibilização do produto; e VI - informações claras e ostensivas a respeito de quaisquer restrições à fruição da oferta. (BRASIL, 2013)

Logo, a lei traz, à luz do e-commerce, competências que previamente eram atribuídas às empresas factíveis no meio físico, ampliando as aplicações legais e, principalmente, ensejando o dever a responsabilidade civil sobre os atos eletrônicos, frente ao aspecto de segurança e celeridade contratual. Além disto, em seu artigo 4º, apresentou os princípios da informação e transparência nas relações e-commerce, ao fomentar que:

Para garantir o atendimento facilitado ao consumidor no comércio eletrônico, o fornecedor deverá: I - apresentar sumário do contrato antes da contratação, com as informações necessárias ao pleno exercício do direito de escolha do consumidor, enfatizadas as cláusulas que limitem direitos; II - fornece ferramentas eficazes ao consumidor para identificação e correção imediata de erros ocorridos nas etapas anteriores à finalização da contratação ; III - confirmar imediatamente o recebimento da aceitação da oferta; IV - disponibilizar o contrato ao consumidor em meio que permita sua conservação e reprodução, imediatamente após a contratação; V - manter

serviço adequado e eficaz de atendimento em meio eletrônico, que possibilite ao consumidor a resolução de demandas referentes a informação, dúvida, reclamação, suspensão ou cancelamento do contrato; VI - confirmar imediatamente o recebimento das demandas do consumidor referidas no inciso , pelo mesmo meio empregado pelo consumidor ; e VII - utilizar mecanismos de segurança eficazes para pagamento e para tratamento de dados do consumidor.

A quebra da privacidade, às vistas de Simão Filho (2015, on-line), principalmente quando do compartilhamento de dados entre instituições de diferentes naturezas jurídicas, é um rompimento com os preceitos estipulados ainda na base do artigo 2º, que afirma: ser dever do fornecedor de apresentar ao consumidor, haja vista o princípio da transparência e a qualificação da privacidade: “III - características essenciais do produto ou do serviço”, e se afunila nos entendimentos do artigo 4º, que compreende que este ainda deve: “IV - disponibilizar o contrato ao consumidor em meio que permita sua conservação e reprodução” e “VII - utilizar mecanismos de segurança eficazes para pagamento e para tratamento de dados do consumidor” (BRASIL, 2013, on-line). Assim, ao importar no compartilhamento de informações sem devido respaldo contratual, incorre-se em responsabilidade compartilhada de ambos.

É importante discernir, neste sentido, que o Direito do Consumidor vem para amplificar os entendimentos do e-commerce como um sujeito com personalidade jurídica no ordenamento brasileiro, isto é, trazer o sujeito eletrônico empresarial sobre responsabilidade, devidamente fundamentada, das ocorrências de seus atos. Esta denotação é observada em julgados onde se tem uma caracterização íntima de responsabilidade, como devidamente registrada na Apelação do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ-RS) disponibilizada abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ATAQUE DE HACKERS À PLATAFORMA DE LOJA DE E-COMMERCE. FURTO DE DADOS PESSOAIS DE CLIENTES. INFORMAÇÕES NÃO SENSÍVEIS. AUSÊNCIA DE PROVA DE VIOLAÇÃO DA IMAGEM, DA INTIMIDADE E DA PRIVACIDADE. DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS. 1. Embora seja de todo pertinente e compreensível a preocupação do autor que teve seus dados pessoais hackeados por uma falha no serviço de segurança cibernética da ré, não se vislumbra, no caso concreto, qualquer circunstância que justifique excepcionalidade de indenização por dano moral. 2. Situação em que os dados furtados não se qualificam como informações sensíveis, assim consideradas as relativas à orientação ideológica ou sexual do indivíduo, ou aquelas que respeitem a sua origem étnica ou social, ao seu patrimônio genético ou as suas convicções política, partidária, filosófica ou religiosa. Inexistente, ademais, qualquer indicativo de que tenha havido difusão de dados bancários e financeiros ou a divulgação de outras informações cobertas por sigilo. 3. Caso dos autos que não revela, assim, qualquer ofensa à garantia constitucional de inviolabilidade da honra, da imagem, da privacidade e da intimidade do autor, de sorte que incabível a indenização postulada na petição inicial. Precedentes jurisprudenciais. APELAÇÃO DESPROVIDA. (TJ-RS - AC: 70082870973 RS, Relator: Carlos Eduardo Richinitti, Data de Julgamento: 20/11/2019, Nona Câmara Cível, Data de Publicação: 22/11/2019, negrito da autora).

Na relação exposta pela 9ª Câmara do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ-RS), fica evidente a caracterização de consumo que ensejou na relação de responsabilidade – tal quanto o objetivo de análise deste trabalho científico. Assim, sobretudo, nesta tipificação, é importante que entender que o ordenamento brasileiro – com auxílio da Decreto nº 7.962/2013 e do Código de Defesa do Consumidor (1990, on-line) estabilizam o e-commerce como uma figura jurídica que pode se inscrever tanto no polo passivo quanto ativo da ação. E em tal ímpeto de responsabilidade, o AC 10000204652572001 Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJ/MG) reafirma as posições do TJ-RS (acórdão acima exposto), embora com resultado contrafecho:

EMENTA: APELAÇÃO CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. SITE DE VENDAS DIGITAL ("E-COMMERCE"). "MERCADO LIVRE". "MERCADO PAGO". FRAUDE. DANO MATERIAL. CULPA CONCORRENTE. CONFIGURAÇÃO. DANO MORAL. REQUISITOS. AUSÊNCIA. 1. Independentemente da modalidade de dano, o dever de indenizar somente se verifica se comprovado pelo autor da demanda, nos termos do que dispõe o art. 373, inc. I, do CPC, a efetiva ocorrência do dano, seja patrimonial ou extrapatrimonial. 2. Embora o vendedor realmente pudesse ter observado algumas regras de segurança antes de enviar o produto anunciado, certo é que a prestadora dos serviços de "e-commerce" possui parcela de culpa na ocorrência do evento danoso, motivo pelo qual resta configurada a culpa concorrente. 3. Diante da constatação de culpa concorrente, a fixação do valor dos danos deverá ser proporcional à conduta de cada um dos envolvidos. 4. Para configuração do dano moral é indispensável a demonstração da violação aos direitos da personalidade da vítima, como sua honra, imagem, privacidade ou bom nome. (TJ-MG - AC: 10000204652572001 MG, Relator: Cláudia Maia, Data de Julgamento: 19/11/2020, Câmaras Cíveis/14º CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 19/11/2020)

É notável, desta forma, que à luz da relação de consumo – que pauta as atividades que são realizadas dentro do e-commerce, há configuração e personalidade jurídica deste a fim de assumir posição de direito no ordenamento brasileiro, não somente (e principalmente quando se fala nesta análise científica) dentro do campo da privacidade, mas nas celebrações contratuais e nos negócios jurídicos que são celebrados nos meios eletrônicos, indiferente das plataformas e/ou provedores que são utilizados nesta relação. Assim, é possível compreender seguinte premissa sobre a relação e-commerce, consumo e os direitos fundamentais: há previsão legal e, inclusive, constitucional, quando se fala violação da imagem, da intimidade e da privacidade por parte dos contratos jurídicos eletrônicos formulados no país. E, com isto, inicia-se a avaliação legal a respeito desta temática, trazendo aspectos fundamentais dos dados pessoais no meio digital e da Lei Geral de Proteção de Dados estipulada em 2018.

3 E-COMMERCE, COMPARTILHAMENTO DE DADOS & RESPONSABILIDADE

Nesta seção, busca-se, especialmente, trazer a perspectiva jurídica sobre a responsabilidade no compartilhamento de informações e dados pessoais, sem devido consentimento, dentro das relações de consumos previamente estabelecidas dentro do cenário virtual. Logo, ao passo que se fundamenta as análises nos princípios da privacidade, intimidade, dignidade humana e demais outros, foca-se na discussão sobre a Responsabilidade Civil Extracontratual, que se faz pela subjetividade dos negócios jurídicos realizados no mundo eletrônico. Isto posto, abaixo se analisam as competências ligadas com tal instituto de responsabilidade.

3.1 Responsabilidade Civil Extracontratual

A Responsabilidade Civil é obrigação decorrente do dever legal de indenizar dano gerado, e neste caso, a questão da Responsabilidade civil contratual na internet apresenta um problema adicional, pois, ao contrário do que acontece na vida física, a relação jurídica no mundo virtual tem duas arestas contratuais: a que se refere às informações que são prestadas pela rede (ou seja, bytes, que são transmitidos quando salvamos uma imagem, design, vídeo, música ou serviço no computador); e outra referida quando a rede era apenas o veículo para a formalização de um contrato, servindo como qualquer outro suporte (LEONARDI, 2005).

O século XX foi marcado pelo papel do consumidor internacional, que se tornou agente ativo das relações econômicas transfronteiriças. Antes, o consumo era visado por deslocamento físico e com a expansão da internet, já no espaço virtual, os *e-commerces* ganharam um notável reconhecimento dos consumidores, pela praticidade de contrato atribuídos, principalmente, por compras realizadas em cartões de crédito. Com isto, a Responsabilidade Civil Extracontratual ganhou uma nova discussão sobre a privacidade no meio eletrônico.

O Código Civil Brasileiro de 2002 estabelece que a liberdade de contratar será exercida em decorrência dos limites da função social do contrato, bem como a obrigação de cumprir o princípio da boa-fé até a assinatura do contrato (BRASIL, 2002, on-line). Observa-se aqui que, embora a legislação não seja expressa sobre contratos eletrônicos, por analogia, pode-se deduzir que nada na legislação local proíbe a aplicação desta norma ao contexto virtual para a realização de negócios jurídicos neste meio.

Normalmente, as soluções jurídicas em matéria de conflito e/ou violação contratual são dadas pelo estabelecimento do local onde ocorreu o dano, ou pela aplicação da legislação acordada no contrato. Porém, na Internet, a informação circula em várias jurisdições ao mesmo

tempo, é necessário estabelecer ou definir qual seria a legislação aplicável. Assim, a solução oferecida pela legislação brasileira no sentido de submeter à jurisdição local é uma saída razoável para a reparação de danos causados a pessoas físicas ou jurídicas em território brasileiro, isto é, responde-se aqui pelo que é feito e realizado diretamente em território brasileiro, indiferente da nacionalidade do indivíduo (DE LUCA et al., 2015, p. 307-320).

Ante a entrada do Marco Civil da Internet, o STJ já havia decidido pela obrigatoriedade dos provedores de aplicativos, conteúdo e também *e-commerces* ou demais fornecedores presentes na internet de obedecerem ao Código de Defesa do Consumidor (CDC). Assim afirmou o STJ: “o fato de o serviço ser prestado pelo provedor de internet gratuitamente não prejudica a relação de consumo” (BRASIL, 2011, p. 4). O que se determinou, *in verbis*, foi:

Os provedores de serviços de Internet são aqueles que fornecem serviços ligados ao funcionamento dessa rede mundial de computadores, ou por meio dela. Trata-se de gênero do qual são espécies as demais categorias, como: (i) provedores de backbone (espinha dorsal), que detêm estrutura de rede capaz de processar grandes volumes de informação. São os responsáveis pela conectividade da Internet, oferecendo sua infraestrutura a terceiros, que repassam aos usuários finais acesso à rede; (ii) provedores de acesso, que adquirem a infraestrutura dos provedores backbone e revendem aos usuários finais, possibilitando a estes conexão com a Internet; (iii) provedores de hospedagem, que armazenam dados de terceiros, conferindo-lhes acesso remoto; (iv) provedores de informação, que produzem as informações divulgadas na Internet; e (v) provedores de conteúdo, que disponibilizam na rede os dados criados ou desenvolvidos pelos provedores de informação ou pelos próprios usuários da web.

CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE PESQUISA. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS. DESNECESSIDADE. RESTRIÇÃO DOS RESULTADOS. NÃO-CABIMENTO. CONTEÚDO PÚBLICO. DIREITO A INFORMAÇÃO. 1. A exploração comercial da Internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90. 2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de Internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo "mediante remuneração", contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor. 3. O provedor de pesquisa é uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois não inclui, hospeda, organiza ou de qualquer outra forma gerencia as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar links onde podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário. (...) (STJ - REsp: 1316921 RJ 2011/0307909-6, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 26/06/2012, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/06/2012)

É frequente que provedores ofereçam mais de uma modalidade de serviço de Internet; daí a confusão entre essas diversas modalidades. Entretanto, a diferença conceitual subsiste e é indispensável à correta imputação da responsabilidade inerente a cada serviço prestado.

Aqui, por analogia, assume-se não somente os provedores, mas também os fornecedores em geral nas relações de consumo ocorridas na competência eletrônica. E neste caso do Recurso Especial 1.316.921 do RJ, o juízo determinou a responsabilidade do Google de excluir

determinadas imagens dos resultados de busca de seu site, independentemente da indicação dos urls das páginas de providência das imagens. Responsabilidade subsidiária.

A busca era por garantir o direito à dignidade humana dos ofendidos e por resguardar imagens que ofendessem classes sociais e grupos de indivíduos menos favorecidos. E com este entendimento jurisprudencial, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça trouxe a visão de aplicabilidade da Responsabilidade Civil, e aqui se entra no campo Extracontratual, de todo e qualquer fornecedor (mesmo que gratuito de relação de consumo) da internet.

Na perspectiva dos direitos fundamentais, a Constituição Federal assegura a liberdade de expressão, o direito do consumidor, a inviolabilidade da privacidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, garantindo o direito à indenização pelos danos materiais ou morais decorrentes de sua violação e garantindo o direito de propriedade, que deve atender à sua função social (BRASIL, 1988, on-line).

Além disto, acrescenta-se ao dispositivo constitucional que a manifestação do pensamento, criação, expressão e informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerá qualquer restrição. Por sua vez, o Código Civil Brasileiro prevê que a liberdade de contratar será exercida pela razão e dentro dos limites da função social do contrato, o que determina que não há impedimento para equiparar contrato físico ao virtual, fator levantado no Recurso Especial 1.316.921 do RJ na aplicabilidade análoga do caso.

Com isto em entendimento, é possível discernir que, no caso de relações jurídicas internacionais que ocorram na Internet, envolvendo provedores de conexão ou aplicativos com seus usuários, o tribunal brasileiro é competente para decidir sobre a matéria nos termos do artigo 21 do Código de Processo Civil, quando o réu, seja qual for a sua nacionalidade, está domiciliado no Brasil; quando a obrigação deve ser cumprida no Brasil; e quando o fato ou ato ocorreu ou foi praticado no Brasil. No mesmo sentido, o artigo 22 da referida norma também estabelece como jurisdição competente aqueles referentes às relações de consumo transfronteiriças, ou seja, é possível, legalmente, punir e responsabilizar as condutas que conferem práticas ilícitas aos direitos à privacidade, intimidade e a dignidade e honra do indivíduo, inclusive no compartilhamento de informações pessoais sem a devida, e prévia, autorização.

Portanto, fica tácito que a autoridade judiciária brasileira é competente para dirimir as controvérsias decorrentes de danos por descumprimento de obrigações contratuais, relativos a danos causados pela própria pessoa ou por terceiros em razão do conteúdo publicado no espaço virtual (*damni fórum/forum delicti commissi*). O conteúdo pode implicar em infrações a vários

direitos, como personalidade, privacidade, dados pessoais ou propriedade intelectual, todos que podem ser submetidos a indenizações individuais e coletivas (DE LUCA et al., 2015; MARICHAL, 2017; MULHOLLAND, 2015, on-line).

As relações internacionais privadas entre usuários e e-commerce têm sido objeto de processos judiciais perante os tribunais brasileiros. Em um dos primeiros processos perante o Superior Tribunal de Justiça, Sentença 784-DF, o Google Brasil alegou a suposta impossibilidade de cumprir ordem de quebra de sigilo das comunicações, proferidas pelo investigado por meio do Gmail, e que os dados em questão foram armazenados em território norte-americano. Alegou, ainda, que a controladora da Google Inc., domiciliada nos Estados Unidos, era quem de fato armazenava os dados do e-mail e do sms, que estariam física e legalmente inacessíveis para a filial no Brasil. A Câmara Especial do Juízo, decidida por maioria sobre a questão apresentada pelo juiz encarregado da causa, que a empresa sediada no Brasil se submete obrigatoriamente às leis brasileiras, seja com o vencimento do despacho de sigilo telemático expedido, então penalidade de multa diária. (STJ, 2013, on-line)

No caso do Recurso Especial 370.461-SP, interposto no Superior Tribunal de Justiça, Google Brasil Internet Ltda. Alegou não ser responsável pelo descumprimento de ordem judicial que determinou o fornecimento de dados pelo responsável pela inserção do vídeo indicado pelo Banco Opportunity SA, na jurisdição internacional, dos Estados Unidos, no que se refere à soberania, limites de jurisdição e efeitos da ordem judicial brasileira. O tribunal afirmou que a justificativa não obteve êxito e que o fato de a PI e outras informações serem de origem estrangeira não retira a jurisdição brasileira e não impede que as informações sejam fornecidas.

E o que seria uma API: - A API é uma forma de comunicação entre sistemas que permitem a integração entre dois sistemas, em que um deles fornece informações e serviços que podem ser utilizados pelo outro, sem a necessidade de o sistema que consome a API conhecer detalhes de implementação do software, neste caso, simplificando, vai receber o pedido, levar até o sistema responsável pelo tratamento e te devolver o que solicitou, os dados do consumidor. Além disso, o Decreto 3.820/2001 trata da cooperação jurídica em matéria penal, não sendo obstáculo ao tipo de informação solicitada (STJ, 2013, on-line). Mais uma vez, o comportamento das jurisprudências se alinhou na aplicabilidade de Responsabilidades frente aos *e-commerces* e/ou plataformas de consumo, como a Google.

No caso do Recurso Especial 733.830-SP, o STJ indeferiu o pedido apresentado pela Terra Networks Brasil S.A. contra decisão do juízo que determinou indenização da autora

Eliana Cristina D.K. Bruno. Apesar de não ter produzido a reportagem, as imagens utilizadas foram da autora e foram divulgadas comercialmente no site, sem sua autorização, o que comportou em uma relação de consumo não autorizada e, por isto, passível de indenização, como fora salientado pelo Superior Tribunal de Justiça (2013, on-line).

Aliás, no julgamento, o STJ destacou que a empresa que pretende trazer ao Brasil um serviço estruturado em novas tecnologias, e com abrangência que a internet tem, deve se preocupar em garantir a segurança desse sistema, não podendo atribuir ao consumidor ônus de buscar no exterior, e na legislação estrangeira, as garantias de proteção de seus direitos, cabendo à empresa responsável pelo serviço, no Brasil, assumir plena responsabilidade, sem prejuízo de que a empresa possa exigir o direito de retorno e compensação de acordo com as regras dos seus contratos internacionais (STJ, 2013, on-line).

Assim sendo, o entendimento da Justiça brasileira é que os fornecedores têm o dever de remover mensagens, imagens ou propaganda considerado ilegal ou ofensivo, promover a máxima legalidade contratual de seus negócios jurídicos e respeitar os limites jurídicos de transmissão de informações, à luz de penalidades de responsabilidade, como as correlatas acima pelo Superior Tribunal de Justiça.

Considerando que as empresas, tanto nacionais quanto estrangeiras, estão sujeitas à legislação e aos tribunais brasileiros no respaldo da responsabilidade, a decisão é aplicável em todo território nacional, portanto, quando os danos forem devidamente perceptíveis, com o seu devido acompanhamento de indenização e reparação. Neste caso, cabe entrar diretamente dentro da perspectiva de privacidade e intimidade, marco fundamental deste projeto, apresentado na subseção abaixo.

3.2 E-commerce e a Proteção de Dados

Para a análise das questões que acabam por exigir responsabilidade civil extracontratual na internet, é importante colocar especial ênfase em duas linhas fundamentais: a proteção dos dados pessoais e proteção dos direitos da personalidade, pela amplitude do direito civil que são suscetíveis a violações na rede. Afinal, o fenômeno da globalização tem fomentado o desenvolvimento de novas tecnologias, trazendo grandes vantagens para a sociedade e enormes desafios, que se baseiam, cada vez mais, na dificuldade de proteger direitos fundamentais como os salientados na seção anterior.

Com o desenvolvimento da tecnologia da informação, tem-se buscado dar maior segurança à proteção dos direitos à privacidade e à inviolabilidade dos dados pessoais decorrentes da atividade cotidiana do indivíduo na Internet. E o controle e a fiscalização exercidos, tanto pelos Estados quanto por grandes empresas de internet e sua automação, geraram o que a doutrina internacional reconhece como Big Data, ou seja, a grande massa de dados pessoais jurídicos e físicos (DE SOUZA, 2014, p.39).

As primeiras definições de dados pessoais na Internet vêm da jurisprudência europeia no caso Lindquist, onde o tribunal europeu decidiu que os nomes das pessoas, seu número de telefone, informações sobre seu trabalho, hobbies, gostos e preferências constituem dados pessoais, que não podem ser compartilhados entre instituições e nem devem ser utilizados para as atividades pelas quais não se obteve previsão em contrato lícito (DE SOUZA, 2014, p.39).

No desenvolvimento deste estudo se encontrou duas categorias: dados sensíveis e dados anônimos. Os primeiros se referem a dados cujo armazenamento, processamento e circulação podem levar a situações discriminatórias, pois se referem a questões de raça, saúde, vida sexual e condições criminais. Estes, pela visa extracontratual, sugerem danos não somente aos princípios fundamentais aqui salientados (privacidade, intimidade e dignidade humana), mas também em condutas criminosas, que são observadas a partir do Código Penal Brasileiro.

Já no caso dos anônimos, autores como Schertel (2014, p.181-182) referem que estes vêm de pessoas indeterminadas e podem ser usados para fins estatísticos, uma vez que sua finalidade acaba protegendo estas pelo anonimato. A ausência de legislação nacional a esse respeito indica que tal definição é inspirada na jurisprudência europeia e legislação existente a esse respeito. Assim, à luz do contrato, o anonimato garante a inexistência de responsabilidade (SCHERTEL, 2014, p.181-182), ao passo que não se reconhece o dano envolvido e, muito menos, os indivíduos que sofreram consequências sobre a ação.

O desenvolvimento da web em nível internacional ocasionou um aumento na circulação de informações em escala global. Esse novo cenário foi propício ao desenvolvimento de novos bens e serviços por meio da internet, aumentando a quantidade de dados e seu armazenamento e comercialização, surgindo assim conceitos como o Big Data.

Milhões de consumidores deixam rastros digitais na web, que são convertidos em dados que passam a fazer parte da grande massa de dados que os gigantes da internet possuem hoje. Embora o termo venha da astronomia, acabou migrando para informática e para o direito, adotando a definição daquela grande massa de dados que hoje é gerada por todo usuário que navega na rede. Thomas Davenport entende:

Big Data é um termo genérico para dados que não podem estar contidos nos repositórios usuais; refere-se a dados que são muito grandes para serem armazenados em um único servidor; mal estruturado para ser adequado para um banco de dados em linhas e colunas, é muito fluido para armazenamento estático. Embora o conceito se refira ao seu tamanho, na verdade o mais complicado é a falta de estrutura (DAVENPORT, 2014, p. 81)

Se os dados eletrônicos estão disponíveis em qualquer lugar, pode-se falar em territorialidade como um elemento de conexão com as violações dos direitos sobre os dados pessoais? Certamente que não, pois a ausência de tratados internacionais de proteção de dados pessoais deixa o internauta desprotegido e à mercê das políticas e/ou contratos de adesão estabelecidos por gigantes da internet como Google, Facebook, Microsoft, Mercado Livre e OLX, que não oferecem aos seus usuários básicas informações sobre sua política de privacidade e de censura. Este ditame, todavia, tem respaldo na lei brasileira, como se pode ver abaixo.

No caso do Brasil, a Constituição de 1988 consolida o princípio da dignidade humana em seu artigo 1º, III, no qual é possível vislumbrar o tratamento da proteção à personalidade. Nos incisos X, XII e LXXII do artigo 5º, a disponibilização do habeas data é destacada como um recurso constitucional que visa garantir o acesso individual à retificação dos seus dados pessoais que se encontram nos bancos de dados públicos.

Outra norma que trata brevemente do assunto é a Lei de Acesso à Informação no Brasil (2011, on-line), que dispõe sobre os procedimentos a serem seguidos pelos estados e municípios brasileiros para garantir o acesso à informação, conforme dispõe o artigo 5º inciso XXXIII, artigos 37 da Lei Geral de Proteção de Dados de 2018.

Essa norma enfatiza que o tratamento dos dados pessoais deve estar em equilíbrio com o acesso à informação, de forma a garantir esse direito fundamental, art. 3º. Por sua vez, o art. 31 da Lei nº 13.709/2018, dispõe que o tratamento de dados pessoais deve ser feito de forma transparente, com respeito à privacidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, e de acordo com as liberdades e garantias individuais. Um aspecto interessante do próprio artigo é que não pode ser invocada a restrição de acesso às informações relacionadas à vida privada, quando o objetivo é prejudicar o processo de irregularidades nas informações.

No que diz respeito ao tratamento de informações pessoais, a Lei 12.414/2011 prevê em seu artigo 3º parágrafo III a proibição de anotações relacionadas às informações sensíveis como origem social, etnia, saúde, arquivo genético, orientação sexual e convicções políticas, religiosas e filosóficas. *In verbis*, afirma-se:

Art. 3º Os bancos de dados poderão conter informações de adimplemento do cadastrado, para a formação do histórico de crédito, nas condições estabelecidas nesta Lei.

§ 1º Para a formação do banco de dados, somente poderão ser armazenadas informações objetivas, claras, verdadeiras e de fácil compreensão, que sejam necessárias para avaliar a situação econômica do cadastrado.

§ 3º Ficam proibidas as anotações de:

I – Informações excessivas, assim consideradas aquelas que não estiverem vinculadas à análise de risco de crédito ao consumidor; e

II – Informações sensíveis, assim consideradas aquelas pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas (BRASIL, 2011, on-line).

Além disso, o CDC estabelece no artigo 43, parágrafo 2º, as questões relativas à abertura do cadastro de dados pessoais e do consumidor devem ser comunicadas por escrito ao consumidor, quando não por ele solicitadas. Assim afirma que todo “consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86 do CDC, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes” (BRASIL, 1990, on-line). Neste quesito, é importante destacar o caso Phorm Brasil, ordenado pela Secretaria de Proteção e Defesa do Consumidor, vinculada ao Ministério da Justiça, que determinou a aplicação de multa de R\$ 3,5 milhões de reais para fiscalização da navegação de consumidores na Internet, a fim de posteriormente comercializar seus dados, tornando-se uma prática comum no ambiente virtual. Este fato culminou na responsabilidade da empresa por utilizar dados pessoais para comportamentos de *e-commerces* e foi determinado através dos princípios salientados na Constituição de 1988 e também nas discussões e aplicações do Marco Civil da Internet, entrado em vigência meses antes do caso. É importante, assim, entrar em alguns casos notórios de jurisprudência a fim de estabelecer a responsabilidade pela proteção e compartilhamento de dados propriamente ditos pelos *e-commerces*. O primeiro caso é da Apelação Cível 1.0471.16.012594 do TJMG, que afirma:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ANULATÓRIA DE CONTRATO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - CONTRATAÇÃO DE EMPRÉSTIMOS - CAIXA ELETRÔNICO - CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA - NÃO CONFIGURADA - DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO BANCÁRIO - VAZAMENTO DE DADOS PESSOAIS - DANOS MORAIS CARACTERIZADOS - QUANTUM INDENIZATÓRIO - ADEQUAÇÃO DEVIDA - SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. Para que seja configurada a excludente de responsabilidade do fornecedor prevista art. 14, §3º, II do CDC deve ser comprovada a culpa exclusiva do consumidor. Reveste-se de ilicitude a hipótese em que a instituição financeira permite ou não cuida para impedir o vazamento dos dados pessoais de seus clientes oportunizando, assim, a atuação ilícita de terceiros fraudadores. A fixação da indenização por danos morais pauta-se pela aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. (TJMG - Apelação Cível 1.0471.16.012594-7/001, Relator(a): Des.(a) Juliana Campos Horta, 12ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 31/7/19, publicação da súmula em 8/8/19)

A decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, neste caso, imputa que a Responsabilidade Civil pelo resguardo de informações é diretamente impetrada pela Instituição Financeira, que aqui é representada pelo e-commerce (atividades em internet e no aplicativo). Logo, mesmo que as informações tenham vazadas por meio de fraude, é aplicáveis a Responsabilidade Civil Extracontratual devido à ofensa a proteção de dados e os riscos assumidos por possíveis fraudes em informações do cliente. Entendimento idêntico é visto também no Tribunal de Justiça do Estado do Amapá, que afirma:

CONSUMIDOR CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO. FRAUDE. COMPROVADA. DANOS MORAIS. COMPROVAÇÃO. VALOR DO DANO. ADEQUAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. Somente não responderá pela reparação dos danos causados se provar que, tendo prestado o serviço, o defeito inexistiu ou o fato é exclusivo do consumidor ou de terceiros. a). No caso dos autos, ficou evidente que os dados do autor, independentemente de sensíveis ou pessoais (art. 5º, I e II, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD) foram tratados em violação aos fundamentos de sua proteção (art. 4º, LGPD) e à finalidade específica, explícita e informada ao seu titular (art. 6º, I, LGPD). 3). Não houve contrato firmado entre as partes. Entretanto, conforme prova documental, houve a utilização de seus dados para finalidade diversa e sem que o autor tivesse informação adequada (art. 6º, II, LGPD), o que afronta diretamente o disposto no artigo 6º, III e IV, do Código de Defesa do Consumidor, quanto ao dever de informação. Assim, não existe suporte para a exclusão de responsabilidade, pois ficou caracterizado o ilícito relativo à violação de direitos da personalidade, por utilização indevida de dados pessoais. 4). Quanto aos danos morais, no caso em particular, deve ser reduzido, em consonância com os julgados desta Turma Recursal, para o valor de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais). 5) Recurso conhecido e provido em parte. Sentença parcialmente reformada para reduzir o valor dos danos morais para R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), permanecendo inalterados os demais termos do julgado. Sem honorários (Tribunal de Justiça do Amapá, RI 0034398-48.2019.8.03.0001 AP, Relator Mário Mazurek, Julgado em 01/04/2021, Dje: 04/04/2021).

Neste requisito, além da utilização do Código Civil (2002) e também do Código de Defesa do Consumidor (1990, on-line) para o respaldo jurídico destas jurisprudências, é importante salientar o artigo 6º da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), que assume as seguintes composições jurídicas:

As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades; II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento; III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados; IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais; V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento; VI - transparência: 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; VII - segurança: utilização de medidas 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 difusão; VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais; IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos; X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas (BRASIL, 2018, on-line)

Assim, ao passo que estas normas de proteção de dados também não são cumpridas, incorre-se em mesmo direito de repara dano e compadecer com indenização para os casos de transmissibilidade de informações. E, isto posto, conclui-se que a Responsabilidade Civil Extracontratual importa, diretamente, em obrigatoriedade indenizatório e reparatório de danos causados por *e-commerces*, e para maior tratativa do fato, a próxima (e última) subseção, realiza uma avaliação quanto à aplicabilidade aos direitos da personalidade e pessoais, que respaldam em intimidade, privacidade, dignidade humana, liberdade e demais outros que podem recorrer do compartilhamento, fraude ou utilização inadequada de dados por *e-commerces* no Brasil.

3.3 E-commerce e os Direitos da Personalidade

A Internet traz um grande desafio às normas de direito privado relativas aos direitos da personalidade e da liberdade, pois geram divergências e conflitos entre esses direitos fundamentais. Hoje, a troca de informações no mundo virtual é intensa e instantânea. Por meio das redes sociais e de quaisquer componentes eletrônicos, uma pessoa ou empresa/instituição é capaz de interagir direta e indiretamente com muitas outras pessoas, influenciando seus hábitos, costumes, gostos e interesses. Essa troca em altos níveis é conhecida como efeito viral, onde imagens, vídeos, escritos, etc. são compartilhados ou divulgados (SCHERTEL, 2014, p. 181-182).

Um conteúdo, uma imagem ou um vídeo publicado na internet, dependendo do seu conteúdo, pode ser viralizado sem o controle do primeiro usuário que o colocou na web. Este efeito viral pode causar violações dos direitos da personalidade, incluindo a imagem como o elemento mais vulnerável, expedindo casos de fraudes processuais, difamação, transferências de oportunidades e perdas incontáveis ao psicológico e desenvolvimento saudável de um indivíduo ou um grupo destes (SCHERTEL, 2014, p.181-182)

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais estabelece em seu artigo 11 que o tratamento, compartilhamento e utilização de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:

I - quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas; II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para: a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos; c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis; d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307; e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; f) tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; ou g) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no art. 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais (BRASIL, 2018, on-line)

Assim, a LGPD assume as situações taxativas em que são previstas o compartilhamento e utilização de dados, respaldando aplicação de Responsabilidade Civil Extracontratual para os casos que assim não obedecerem. E, ainda, destaca que “dados anonimizados não serão considerados dados pessoais, salvo quando o processo de anonimização ao qual foram submetidos for revertido, utilizando exclusivamente meios próprios, ou quando, com esforços razoáveis, puder ser revertido” (BRASIL, 2018, on-line). Logo, para a mesma aplicabilidade de responsabilidade, há o que se entender a necessidade de estabelecer um nexo causal e, principalmente, um dano ao indivíduo que pleiteou a ação, como no caso dos vídeos e informações divulgados, que, em intimidade, caracterizem tacitamente um indivíduo.

A Lei do Marco Civil da Internet nº 12.965/2014 destaca, em seu artigo 21, a responsabilidade subsidiária para os *e-commerces*, qualquer que seja a situação que resulte da divulgação não autorizada de imagens, vídeos ou outros dados pessoais, financeiros, familiares e quaisquer materiais por seus participantes. Consequentemente, os fatos e atos praticados por pessoas no espaço virtual podem ter efeitos globais, e assim, a simples transmissibilidade de informações que implique em ato ilícito no território brasileiro não apresentam respaldo jurídico se este não for cometido, em obrigatoriedade, dentro dos limites do Estado.

Isto dito, o fenômeno da viralização possibilita a qualquer pessoa ter seu momento de fama a nível nacional e global, levando em consideração a popularidade da pessoa, o fato e as circunstâncias de cada caso. Os efeitos negativos das informações (conteúdos errôneos, não autorizados pelo autor, entre outros) podem causar danos aos direitos da personalidade e à sua privacidade. No caso de *e-commerces*, a divulgação de informações para outras empresas pode ser punida quando foge aos interesses do contrato, ou são subjetivas no negócio jurídico, como bem aponta da LGPD no art. 9º, que afirma: “§1º Na hipótese em que o consentimento é requerido, esse será considerado nulo caso as informações fornecidas ao titular tenham

conteúdo enganoso ou abusivo e/ou não tenham sido apresentadas, previamente, com transparência, de forma clara e inequívoca” (BRASIL, 2018, on-line) e também que “§2º Na hipótese em que o consentimento é requerido, se houver mudanças da finalidade para o tratamento de dados pessoais não compatíveis com o consentimento original, o controlador deverá informar previamente o titular sobre as mudanças de finalidade, podendo o titular revogar o consentimento, caso discorde das alterações” (BRASIL, 2018, on-line). Deste modo, é de responsabilidade do fornecedor de cumprir com as obrigações do negócio jurídico e, fundamentalmente, informar os consumidores de eventuais mudanças nas políticas de privacidade, sob pena de aplicação de responsabilidade. Tal visão é observada na jurisprudência do Superior Tribunal Federal:

RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTO NÃO IMPUGNADO. SÚM. 283/STF. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO DE DANO MORAL. BANCO DE DADOS. COMPARTILHAMENTO DE INFORMAÇÕES PESSOAIS. DEVER DE INFORMAÇÃO. VIOLAÇÃO. DANO MORAL IN RE IPSA. JULGAMENTO: CPC/15. 1. Ação de compensação de dano moral ajuizada em 10/05/2013, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 29/04/2016 e atribuído ao gabinete em 31/01/2017. 2. O propósito recursal é dizer sobre: (i) a ocorrência de inovação recursal nas razões da apelação interposta pelo recorrido; (ii) a caracterização do dano moral em decorrência da disponibilização/comercialização de dados pessoais do recorrido em banco de dados mantido pela recorrente. 3. A existência de fundamento não impugnado - quando suficiente para a manutenção das conclusões do acórdão recorrido - impede a apreciação do recurso especial (súm. 283/STF). 4. A hipótese dos autos é distinta daquela tratada no julgamento do REsp 1.419.697/RS (julgado em 12/11/2014, pela sistemática dos recursos repetitivos, DJe de 17/11/2014), em que a Segunda Seção decidiu que, no sistema credit scoring, não se pode exigir o prévio e expresso consentimento do consumidor avaliado, pois não constitui um cadastro ou banco de dados, mas um modelo estatístico. 5. A gestão do banco de dados impõe a estrita observância das exigências contidas nas respectivas normas de regência - CDC e Lei 12.414/2011. (STJ - REsp: 1758799 MG 2017/0006521-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 12/11/2019, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/11/2019)

Com isto, o alinhamento da jurisprudência superior no país é de que não somente se faz obrigatório resguardar possíveis informações pessoais auferidas num negócio jurídico (quando devidamente declaradas) como também é necessário o informe ao consumido, em todo e qualquer caso de e-commerce, sobre as alterações em suas informações e a utilização destas para outras atividades empresas, seja da própria empresa ou de terceiros. Neste caso, mais uma vez, assume-se a tutela do direito à privacidade e intimidade, resguardando o direito do consumidor de ser indenizado em fatos equivalentes, tanto em nível nacional quanto, e também, no nível internacional de atividades.

É muito comum que os gigantes *e-commerces* e instituições da Internet fujam às suas responsabilidades sob diversificadas justificativas técnicas. Certamente, na jurisprudência brasileira existe consenso quanto à responsabilidade desses gigantes da internet no que diz

respeito às violações cometidas por terceiros, como casos de fraude e processos de invasão e de hackers. Todavia, como bem entendido por Marques (2014, on-line), é de responsabilidade das instituições a Governança Corporativa em T. I., resguardando a segurança da informação e dos seus potenciais clientes de mercado. É o que se prevê no art. 46 da LGDP, que estabelece:

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 (BRASIL, 2018, on-line).

As soluções que os grandes *e-commerces* (Mercado Livre, OLX, Ali Express e Alibaba) da internet oferecem hoje no ciberespaço se concentram apenas no caso a caso, e não na busca de um consenso único e geral para atos ilícitos que geram responsabilidade civil. As violações dos direitos da personalidade carregam a pior parte, pois uma vez praticadas no ambiente virtual, os obstáculos técnicos muitas vezes tornam os danos causados irreparáveis. E assim, além do pedido de indenização moral para a vítima, deve-se buscar uma solução técnica definitiva que consiga minimizar a permanência na rede de eventos que violam direitos da personalidade por tempo indeterminado, como maior segurança da informação, contratos eletrônicos devidamente delimitados e lógicos, dentre outros.

A jurisprudência brasileira apoia uma posição que acaba beneficiando os gigantes da internet em detrimento dos usuários que sofrem violações virtuais. No REsp 690.123-MG, o juízo de primeira instância resolveu a ação de obrigatoriedade ajuizada pela Diretoria de Transportes e Logística S.A. contra o Facebook Serviços Online de Brasil Ltda., para estabelecer a exclusão de perfis nas redes sociais.

Nesse caso, o magistrado decidiu que os provedores de serviços de internet só são responsáveis por danos causados a terceiros em decorrência de atos ilícitos praticados por seus usuários, se forem notificados sobre o conteúdo divulgado e permanecerem inertes, não retirando as informações prejudiciais. O mesmo pode ser aplicado também para empresas de *e-commerces*, como Mercado Livre e OLX, retirando a responsabilidade, por exemplo, de transmissão de informação para perfis de fraudadores. Isto não somente afronta o princípio da privacidade e dignidade humana como também das relações éticas previstas pelo Código de Defesa do Consumidor e sua responsabilidade subsidiária.

Sobretudo a tal entendimento, ainda assim a justiça brasileira é competente para conhecer das questões que geram responsabilidade civil na internet. O fechamento da legislação local em relação aos elementos de conexão tem um ponto positivo se comparado com as realidades estrangeiras que estabelecem questões de compra de fórum, jurisdição pessoal ou fórum inadequado. Na LGPD, em suma, estabelece-se que “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” (BRASIL, 2018, on-line), explicitando a relação da Responsabilidade Civil Extracontratual com o Direito do Consumidor e Digital. Este entendimento fica mais evidente na caracterização da jurisprudência, que entende:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO. PROCON. MULTA. COMPARTILHAMENTO DE DADOS PESSOAIS DE CONSUMIDORES. OI S.A. 1. Viola o direito do consumidor e o disposto na Resolução nº 003/24210 da SMSPC, a atitude da empresa de telefonia que compartilha seus dados pessoais com terceiros, ou, no mínimo, é negligente no cuidado com essas informações, possibilitando que outra empresa os obtenha. 2. O art. 57 do CDC diz que a multa será fixada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor, o que se constata tenha prevalecido como parâmetro para fixar o valor da penalidade (TJ-RS, AC 021613280.2019.8.21.7000 RS, Rel. Carlos Roberto Lofego Canibal, Julg 13/11/2019, 22/11/2019).

Sobretudo a tal entendimento, ainda assim a justiça brasileira é competente para conhecer das questões que geram responsabilidade civil na internet. O fechamento da legislação local em relação aos elementos de conexão tem um ponto positivo se comparado com as realidades estrangeiras que estabelecem questões de compra de fórum, jurisdição pessoal ou fórum inadequado. Na LGPD, em suma, estabelece-se que “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” (BRASIL, 2018, on-line), explicitando a relação da Responsabilidade Civil Extracontratual com o Direito do Consumidor e Digital. Este entendimento fica mais evidente na caracterização da jurisprudência do TJ-DF, que entende:

DIREITO CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. FRAUDE DE TERCEIRO. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. SEGURANÇA. VAZAMENTO DE DADOS. RENEGOCIAÇÃO DE DÍVIDA. EMISSÃO DE BOLETO. - Na forma do art. 46 da Lei 9.099/1995, a ementa serve de acórdão. Recurso próprio, regular e tempestivo. Pretensão declaratória de inexistência de renegociação de dívida bem como indenizatória por danos materiais e morais em razão de ação de terceiro fraudador no âmbito de renegociação de dívida junto ao Serasa. Recurso do réu visando à reforma da sentença de procedência parcial dos pedidos. - Falha na prestação de serviços. Na forma do art. 14, § 1º, inciso II do CDC, é objetiva a responsabilidade civil do fornecedor quando há falha na segurança da prestação de serviços que o consumidor pode razoavelmente esperar. (TJ-DF, 0702829-80.2020.8.07.0020 DF, Rel. AISTON HENRIQUE DE SOUSA, jul 09/04/2021, Dje: 29/04/2021).

A contrapartida também é válida ao passo que é devidamente necessário o nexo causal para que se estabeleça a efetividade e materialidade da Responsabilidade Civil Extracontratual, como pode ser visto no julgamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que no AC 0259006-80.2019.8.21.7000 RS estabeleceu que:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ATAQUE DE HACKERS À PLATAFORMA DE LOJA DE E-COMMERCE. FURTO DE DADOS PESSOAIS DE CLIENTES. INFORMAÇÕES NÃO SENSÍVEIS. AUSÊNCIA DE PROVA DE VIOLAÇÃO DA IMAGEM, DA INTIMIDADE E DA PRIVACIDADE. DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS. 1. Embora seja de todo pertinente e compreensível a preocupação do autor qui teve seus dados pessoais hackeados por uma falha no serviço de segurança cibernética da ré, não se vislumbra, no caso concreto, qualquer circunstância que justifique a excepcionalidade de uma indenização por dano moral. 2. Situação em que os dados furtados não se qualificam como informações sensíveis, assim consideradas as relativas à orientação ideológica ou sexual indivíduo, ou aquelas que respeitem a sua origem étnica ou social, ao seu patrimônio genético ou as suas convicções política, partidária, filosófica ou religiosa. Inexistente, ademais, qualquer indicativo de que tenha havido difusão de dados bancários e financeiros ou a divulgação de outras informações cobertas por sigilo. 3. Caso dos autos que não revela, assim, qualquer ofensa à garantia constitucional de inviolabilidade da honra, da imagem, da privacidade e da intimidade do autor, de sorte que incabível a indenização postulada na petição inicial. Precedentes jurisprudenciais. Desprovida. (TJ-RS, AC 0259006-80.2019.8.21.7000 Relator Carlos Eduardo Richinitti, Julg: 20/11/2019, Dje: 22/11/2019).

Este é o mesmo entendimento do Recurso Inominado Civil: RI 1003754-95.2020.8.26.0562 do Tribunal de Justiça de São Paulo que determinou “Dano material configurado. Devolução do valor do bem. Danos morais afastados. Indenização por dano moral que deve ser reservada para os casos de dar profunda e intensa, em que ocorre violação aos direitos da personalidade. Recurso parcialmente provido” (TJ-SP, 2021). Com isto posto, fica clara existência de Responsabilidade Civil quando cumpridos os requisitos mínimos de sua existência já explicado bem como quando de relações consumidoras abusivas e que fogem ao padrão da LGDP. Frente a isto, abaixo apresenta-se as considerações finais da pesquisa.

CONCLUSÃO

A responsabilidade civil por danos é um dos grandes desafios da sociedade globalizada, dada a ausência de tratados internacionais que unifiquem normas de direito internacional privado em matéria de conflitos de jurisdição e as legislações aplicáveis na matéria e também da natureza dos contratos realizados por atividades *e-commerces*, que muitas das vezes fogem das premissas básicas dos negócios jurídicos.

Na legislação brasileira, a responsabilidade civil é o mecanismo geral que visa responsabilizar a pessoa física ou jurídica que causa dano a outrem e estabelece a obrigação de reparar o dano. Tanto a Lei de Introdução às Normas Brasileiras, o Código Civil, o Código de Processo Civil e a Lei do Marco Civil da Internet, coincidem na exclusividade da aplicação das normas brasileiras às empresas, tanto nacionais quanto internacionais, em suas atividades *latus sensus*, determinando como regra de jurisdição a aplicação de responsabilidade, comprovado o

nexo de causalidade, autoria e fato, que, no caso de empresas *e-commerces* do exterior, infere necessidade do ato (dano) ter sido praticado em território brasileiro ou com obrigação aqui cumprida.

A Lei do Marco Civil da Internet bem como a LGPD, por sua vez, como norma específica em vigor para regulamentar questões de internet, protege o direito à personalidade e a proteção de dados e afasta a ideia de censura aos conteúdos inseridos na internet, estabelecendo, ao nível de transição de dados, um comportamento seguro das empresas no compartilhamento e resguardado de dados pessoais (e pessoais sensíveis).

Esta regra cria um novo tipo de responsabilidade civil para as empresas da internet, não sendo objetiva e subsidiária, em relação aos danos causados por terceiros, ou seja, responsabilidade civil pelos danos derivados de conteúdos gerados por terceiros por violação de ordem judicial, que requer a remoção do conteúdo declarado ofensivo ou reparação de dano em caso de vazamento por imperícia ou incompetência da instituição encontrada na web. Assim, sobretudo, e a partir dos entendimentos expelidos nos demais capítulos, cabe entender que há aplicabilidade de responsabilidade civil nos mais diversos casos de violação de privacidade, intimidade e dignidade humana para os dados tratados na web, seja por culpa ou dolo do fornecedor, que deve responder pelas condutas (inclusive implícitas) às luzes do Código de Defesa do Consumidor, do Código Civil que, quiçá, do Código Penal Brasileiro.

Com base nestas conclusões, entendendo que o objetivo central deste projeto foi realizar uma parametrização legal-doutrinária e jurisprudencial acerca dos normativos que direcionam o comércio eletrônico no país focando em apresentar os fundamentos de responsabilidade civil frente ao direito fundamental da privacidade/intimidade e o rompimento de sigilo de dados retirados de um negócio jurídico eletrônico – seja por fraude ou por reconhecimento e trocas comerciais entre diferentes empresas, cabe desprender que a pesquisa saciou o conhecimento buscado, passando pelas origens jurisprudências, doutrinárias e técnicas do tema, inclusive sob a letra da lei, reafirmando a legitimidade da Responsabilidade Civil, neste caso, especialmente Extracontratual, observadas as premissas necessárias da aplicabilidade desta, como o nexo de causalidade, o efetivo dano e autoria e também o repasse ou compartilhamento de informações pessoais e/ou sensíveis, e não anônimas.

Com isto, cabe concluir também que o Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais servem como marcos primitivos de direitos para assumir as responsabilidades das relações que ocorrem no ambiente eletrônico, não tão somente ao nível de consumo, mas também nas tipificações, como os crimes de injúrias, compartilhamento

inadequado de informações e publicidade enganosa. Estas leis, assim, são respaldos objetivos jurídicos que buscam a efetividade da Responsabilidade Civil (para e-commerce internacionais e nacionais) para os casos de ofensas e danos, sem necessitar de analogia ou subjetividade jurídica de entendimento, bastando a comprovação dos fatos para que se conclua a reparação e possível indenização do dano sofrido.

Assim sendo, marcam uma nova geração de conhecimento em direito digital e constitucional, ao ligarem o mundo real (prático e ostensivo) com a globalização da comunidade virtual, que carece de arcabouço jurídico para regulamentar suas operações em todo o mundo, em suas mais diversificadas áreas de direito. O que se espera, daqui pra frente, considerando as inserções notadas durante este projeto, é que se aprofunde as caracterizações de infração e, fundamentalmente, a subsidiariedade da Responsabilidade Civil Extracontratual, haja vista que, no nível contratual, este componente já encontra respaldo no Direito do Consumidor.

Por fim, falta estruturação física e maior publicidade do direito atribuído ao consumidor nas relações com o e-commerce que, por estarem em pouca pauta, passam despercebidos à tutela individual e coletiva dos indivíduos, que pouco conhecem dos seus direitos. Hoje, a internet é ainda um universo com poucas regras, mas que pode ser usada para a transmissão de informação útil e competente aos cidadãos, como as tutelas indenizatórias e de reparação, que são atribuídas pelas leis aqui mencionadas, mas pouco conhecidas por seus benefícios.

REFERÊNCIAS

ALBERTIN, A. L. **Comércio eletrônico: modelo, aspectos e contribuição da sua aplicação**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

BARRETO JUNIOR, I. F.; GALLINARO, F.; SAMPAIO, V. G. R. **Marco civil da internet e direito à privacidade na Sociedade da Informação**. Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 52, 2018.

BARRETO, R. M. **Contrato Eletrônico Como Cibercomunicação Jurídica**. Revista Direito Gv, São Paulo (SP), v. 5, n. 2, p. 443-458, Jul-dez/2009. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v5n2/10.pdf>>. Acesso em 10 abr. 2022.

BOIAGO, J. W. J. **Contratação Eletrônica: Aspectos Jurídicos**. Ed. 1. Curitiba: Juruá, 2005. pg. 78.

BONATTO, C.; MORAES, P. V. D. **Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: princiologia, conceitos, contratos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

BORGES, R. C. B. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 20.

BRASIL. **Código Civil**. Porto Alegre, Verbo Jurídico, 2002.

BRASIL. **Constituição de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. Disponível em: <<https://prespublica.jusbrasil.com.br/legislacao/91577/codigo-civil-lei-10406-02>>. Acesso em 10 abr. 2022.

BRASIL. **TJ-MG. AC: 10000204652572001 MG**. Relator: Cláudia Maia, Data de Julgamento: 19/11/2020, Câmaras Cíveis / 14a CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 19/11/2020. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1127918729/apelacao-civel-ac-10000204652572001-mg>>. Acesso em 10 abr. 2022.

BRASIL. **TJ-RS. AC: 70082870973 RS**. Relator: Carlos Eduardo Richinitti, Data de Julgamento: 20/11/2019, Nona Câmara Cível, Data de Publicação: 22/11/2019 Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/936065749/apelacao-civel-ac-70082870973-rs>>. Acesso em 10 abr. 2022.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível nº 20120111804179**. Relator: Romeu Gonzaga Neiva. Brasília, 19 de julho de 2017.

CASTELLS, M. **A sociedade em rede**. 6. ed. rev. e ampl. Tradução: Roneide Venâncio Majer. São Paulo. Paz e Terra. 1999.

CAVALIERI FILHO, S. **O direito do consumidor no limiar do século XXI**. Revista de Direito do Consumidor. Revista dos Tribunais, n. 35, jul-set, p. 97-108, 2000

COTS, M. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Comentada** /Márcio Cots e Ricardo Oliveira. 3.ed. atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019

DAVENPORT, T. **Big data no trabalho: derrubando mitos e descobrindo oportunidades**, Elsevier, Rio de Janeiro, 2014.

DE LUCCA, N. **Aspectos da responsabilidade civil no âmbito da internet**. São Paulo: Saraiva, 2009. E-book.

DE LUCCA, N. et al. **Direito & Internet III – Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014)**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 307- 320

DE SOUZA, A. **The Application of Rome II on the Internet Torts**. Masaryk University Journal of Law and Technology, 2014, v. 8, n. 1, p. 39.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**, 26ª ed. Saraiva – São Paulo, 2012.

DONEDA, D. C. M. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além das informações creditícias**. Brasília: Secretaria de direito econômico/Departamento de proteção e defesa do consumidor, 2010.

E-commerce brasileiro faturou R\$ 61,9 bilhões em 2019, 16,3% acima de 2018. Redação E-Commerce Brasil. Disponível em: < <https://www.ecommercebrasil.com.br/noticias/e-commerce-brasileiro-faturou-r-619-bilhoes-em-2019-163-acima-de-2018/#:~:text=acima%20de%202018-,E-commerce%20brasileiro%20faturou%20R%24%2061%2C9%20bilhoes%20em,16%2C3%25%20acima%20de%202018&text=O%20ano%20de%202019%20fechou,R%24%2053%2C2%20bilhoes.>> Acesso em 10 abr. 2022.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Sigilo de dados: **O direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. Revista da FD-USP, v. 88, 1993, p. 440.

FINKELSTEIN, M. E. R. **Aspectos Jurídicos do Comércio Eletrônico**. Porto Alegre: Editora Síntese, 2004.

FINKELSTEIN, M. E. R. **Direito do Comércio Eletrônico**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011

GAMA, H. Z. **Curso de Direito do Consumidor**. 1ª Ed – 4ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GARCIA, Leonardo Medeiros. **Direito do Consumidor: Código Comentado e Jurisprudência – 5. ed.** – Niterói: Impetus, 2009. p. 281.

KARR, D. 20 Key Factors Impacting E-Commerce Consumer Behavior. MARTEC.ZONE, 2019. Disponível em: < <https://martech.zone/e-commerce-consumer-behavior/>>. Acesso em 10 abr. 2022

KHAN, A. G. Electronic Commerce: A Study on Benefits and Challenges in an Emerging Economy. Global Journal of Management and Business Research: B Economics and Commerce, v. 16, n. 1, junho/2016.

LEONARDI, M. Responsabilidade civil dos provedores de serviços de Internet. Tese de Doutorado. USP. 2005. 203 f.

LORENZETTI, R. L. Comércio eletrônico. RT, 2004, p.19. E-book.

MARICHAL, J. De volta à névoa: o futuro do Facebook, 2013.

MARQUES, C. L. O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis. 2ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MIGUEL, A. Responsabilidade civil no novo código civil: algumas considerações. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MULHOLLAND, C. Responsabilidade civil indireta dos provedores de serviço de Internet e sua regulação no marco civil da Internet. In: Encontro Nacional do CONPEDI, XXIV, 2015

NAKAMURA, R. R. E-Commerce na Internet: Fácil de Entender. São Paulo, Érica, 2001. ISBN 1970- 85-7194-750-3

OLIVEIRA, E. D. A proteção dos consumidores nos contratos celebrados através da Internet. Coimbra: Almedina, 2002. p. 66.

PAESANI, L. M. Direito e internet: liberdade de informação, cidade e responsabilidade civil, 3a ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 36-60

PINHEIRO, P P. Proteção de dados pessoais: Comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD). 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

REEDY, J.; SCHULLO, S. Marketing eletrônico: integrando recursos eletrônicos no processo de marketing. São Paulo, Thomson Learning, 2007. ISBN 978-85-221-0535

SCHERTEL, L. Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental, Saraiva, São Paulo, 2014, p. 181-182.

SILVA, J. A. Q. C. Código de Defesa do Consumidor: Anotado e legislação complementar. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003

SIMÃO FILHO; C. R. P. L. Direito & Internet III – Tomo II: O Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 277-305.

Sites Consultados

STJ. Supremo Tribunal de Justiça. **RE 1.745.657 – SP 2018/0062504-5. Min. Nancy Andrighi, Julgado em 03/11/2020, Dje: 17/11/2020.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/3/87398432fa85bb_emailstjmicrosoft.pdf>. Acesso em 10 abr. 2022.

TEIXEIRA, Jayme Filho. **Comercio Eletrônico**. Senac nacional. 2001. ISBN 85-8786-408-4

TIAN, Y.; & STEWART, C.M. **History of E-Commerce**, 2006, p. 177-289.

TOREZANI, N. O crescimento do e-commerce no Brasil. E-Commerce BR. Disponível em: <<https://www.ecommercebrasil.com.br/artigos/o-crescimento-do-e-commerce-no-brasil/>>. Acesso em 10 abr. 2022

TURBAN, E.; LANG, J.; LAI, L.; KING, D. **Introduction to electronic commerce (2nd ed.)**. Upper Saddle River, NJ: Prentice Hall, 2009.

VENOSA, S. S. **DIREITO CIVIL: responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2012. 353 p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 4.

WARREN, S. D.; BRANDEIS, L. D. **The Rights to Privacy**. Harvard Law Review, v. 5, p. 193-220, 1980.

ISBN: 978-65-00-58367-0

BR



9 786500 583670