

3^o Information Society and Law

FMU
CENTRO UNIVERSITÁRIO

Volume 3

2021

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

4 a 6 de Novembro de 2020

CASA METROPOLITANA DO DIREITO FMU

SÃO PAULO – SP

informationsocietyandlaw.wordpress.com

REITOR: PROF. ARTHUR SPERANDÉO DE MACEDO

VICE-PRESIDENTE ACADÊMICO: PROF. MANUEL NABAIS DA FURRIELA

DIRETOR DA ESCOLA DE EDUCAÇÃO, ARTES, CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS E HUMANIDADES: PROF DR. FERNANDO ALBINO LEME

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

COORDENAÇÃO GERAL

Greice Patrícia Fuller

COMISSÃO ORGANIZADORA

Fernando Rister de Sousa Lima, Greice Patrícia Fuller e Ricardo Libel Waldman

COMISSÃO AVALIADORA

Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti, Emerson Penha Malheiro, Fernando Rister de Sousa Lima, Flávio Alberto Gonçalves Galvão, , Greice Patrícia Fuller, Guilherme Almeida Fernandes, Heitor Loureiro, Irineu Francisco Barreto Jr., Jorge Shiguemitsu Fujita, Jose Marcelo Menezes Vigliar, Juliana Leandra Maria Nakamura Guillen Desgualdo, Luiz Fernando Afonso, , Ricardo Libel Waldman, Samyra Haydée Dal Farra Napolini

SECRETARIA GERAL DO CONGRESSO

Joelma Stefani Pereira da Silva

Copyright © 2021 Information Society and Law. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados, sem prévia autorização dos editores.

Realização – Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação do

Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU



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

Organizadores – Greice Patrícia Fuller e Ricardo Libel Waldman.

– São Paulo: 2021. Inclui bibliografia

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

III Information Society and Law (2021: São Paulo, Brasil). CDU:

APRESENTAÇÃO

O Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU, que possui por área de concentração a pesquisa sobre o Direito da Sociedade da Informação, vem realizando, desde 2018, o Congresso Internacional *Information Society and Law*, sempre discutindo temas centrais para esta temática.

Em sua terceira edição, realizada nos dias 04 a 06.11.2020, contou com a presença de mais de quatrocentos ouvintes, que puderam assistir, ainda, a outros 17 palestrantes, oriundos de diversas procedências do território brasileiro, assim como de outros países: Argentina, México, Portugal, Espanha e Itália. O tema central foi Direitos Humanos, Democracia e Indústria 4.0, discutindo como as mudanças tecnológicas que vão configurando a nova economia, afetam direitos humanos, em especial de consumo, de privacidade e à prestação jurisdicional, bem como ao próprio sistema democrático.

Além disso, dezenas de artigos foram previamente encaminhados aos avaliadores que, pelo sistema *double blind*, selecionaram os aprovados em conformidade com o edital do evento, que integram o presente volume da revista eletrônica que ora se apresenta.

Os alunos de graduação e de iniciação científica puderam, ainda, participar mediante a submissão e apresentação de resumos estendidos.

Meus profundos agradecimentos ao Magnífico Reitor Professor Manuel Nabais da Furriela, à comissão organizadora do evento, aos docentes que lideram os grupos de pesquisa e aos professores e alunos que se empenharam totalmente na realização do congresso, assim como aos colaboradores técnico-administrativos e, por fim, aos autores dos artigos a seguir apresentados.

São Paulo, 29 de outubro de 2021.

Ricardo Libel Waldman

Coordenador do Mestrado em Direito da Sociedade da Informação

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO..... 5

SUMÁRIO DOS ARTIGOS

GT - BIODIREITO E DIREITO DA PERSONALIDADE:

A HONRA NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E ÀS IMPLICAÇÕES NO DIREITO DA PERSONALIDADE..... 12

Gustavo Rocco Corrêa; Larissa Karina Callau Del Nero

HOSPITAL COLÔNIA DE BARBACENA: HOUVE TORTURA E GENOCÍDIO? 26

Deise Santos Curt; Mayara Andrade Soares Carneiro

O DIREITO À VIDA, MORTE DIGNA E TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS HUMANOS: UM OLHAR SOB O ASPECTO DA AUTONOMIA DA VONTADE..... 47

Marcelo Assis Rivarolli; Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti

OS DIREITOS DA PERSONALIDADE COMO FUNDAMENTO PARA A DEFESA AO DIREITO À IDENTIDADE E GÊNERO 67

Bruno Henrique Miniuchi Pellizzari; Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti

GT: CRIMES, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO:

A CRIMINOLOGIA CLÍNICA E SUA IMPORTÂNCIA PARA O DIREITO PENAL BRASILEIRO 85

Ronny Max Machado; Francine Rolim de Camargo

A LEI DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL DE 2018 EM SUA FACE CIBERNÉTICA..... 103

Fernanda de Colla Moreira

COMPLIANCE CRIMINAL E COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL: DA TUTELA PUNITIVA SOBRE OS CRIMES CIBERNÉTICOS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO 117

Amanda Nunes Ronha; Elysabete Acioli Monteiro Diogo

CRIMES DIGITAIS: A LINHA TÊNUE ENTRE PRIVACIDADE E VIDA PÚBLICA NAS REDES SOCIAIS 137

Lilian Beatriz Martins Emboava

**INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL APLICADA À JUSTIÇA CRIMINAL: BREVES
CONSIDERAÇÕES SOBRE OS IMPACTOS NA DEMOCRACIA E NOS DIREITOS
HUMANOS..... 150**

Bruna Charifker Vogel

**LEMBRAR PARA NÃO ESQUECER: O PARADOXO DO DIREITO AO
ESQUECIMENTO NOS CASOS DE REPERCUSSÃO À LUZ DA CONSTRUÇÃO
HISTÓRICA, POLÍTICA CRIMINAL E SAÚDE INDIVIDUAL..... 161**

Leonardo Amancio Ferreira Veloso; Greice Patricia Fuller

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DISCURSO DE ÓDIO NA SOCIEDADE DA
INFORMAÇÃO E CRIMINALIZAÇÃO DA CONDUTA 184**

Lucas Andrei de Oliveira

**POSSIBILIDADE DE ADEQUAMENTO TÍPICO AO USO DE TRAPAÇA EM JOGOS
ELETRÔNICOS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO 199**

Ezequiel Anderson Junior; Samyra Haydêe Dal Farra Napolini

**UMA ANÁLISE SOBRE JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA NOS CRIMES
CIBERNÉTICOS 212**

Camilla Tavares de Albuquerque; João Marcelo Braga Fernandes Pedrosa

**USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL EM SISTEMAS DE RECONHECIMENTO
FACIAL E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO PENAL 230**

Maria Luisa Penteado Martins

**VIDA DIGITALIZADA E DISCURSO DE ÓDIO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO
..... 249**

Luis Delcides Rodrigues da Silva; Marilene Afonso Carneiro

GT: DIREITO CONSTITUCIONAL DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO:

**DISCURSO DE ÓDIO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: O DESENVOLVIMENTO
HISTÓRICO DO DISCURSO DE ÓDIO E A FALTA DE ATUAÇÃO DO ESTADO NO
SEU COMBATE 265**

Ronny Max Machado; Lucas Andrei de Oliveira

**O DIREITO DOS JUDEUS AO PLENO EXERCÍCIO DA IDENTIDADE CULTURAL:
BASE CONSTITUCIONAL PARA A PROIBIÇÃO DO ANTISSEMITISMO 283**

Pedro Lima Marcheri

GT: DIREITO DO AUTOR, FAMÍLIA, GRUPOS SOCIAIS E INFORMAÇÃO:

**AS CAUSAS DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO BRASIL E SEUS IMPACTOS NA
QUARENTENA 304**

Mari Stephanie de Los Remedios Machado Sanchez Jade Aparecida Borges de Almeida

FAMÍLIA NA SOCIEDADE PÓS-MODERNA: A EVOLUÇÃO DO PAPEL DA MULHER NAS ESTRUTURAS FAMILIARES E DIREITOS REPRODUTIVOS.....	322
Luis Filipe Fernandes Ferreira; Deise Santos Curt	
INTOXICAÇÕES DIGITAIS: O USO DA INTERNET PELAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES.....	344
Anna Carolina Cudzynowski; Jorge Shiguemitsu Fujita	
PROTEÇÃO JURÍDICA DO SOFTWARE NO BRASIL.....	362
Bianca dos Santos de Cavalli Almeida	
GT: DIREITOS HUMANOS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO:	
INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA CONCRETUDE E VULNERAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS.....	384
Taysa Pacca Ferraz De Camargo; Caio Pacca Ferraz de Camargo	
“PORNOGRAFIA DE VINGANÇA”: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO CONTEXTO DO CRIME E DA LEGISLAÇÃO EXISTENTE	401
Natália Leme Pereira; Laura Garcia Senhorinho	
GT: EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO	
A VERDADE DO “DEUS-MERCADO” E OS DISCURSOS DE ÓDIO.....	423
Priscilla dos Reis Siqueira; Samyra Haydêe Dal Farra Napolini	
GT: ÉTICA E DEMOCRACIA NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO	
CONSENTIMENTO E TRANSPARÊNCIA NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS	443
Crystiane de Sousa Borro Silva	
DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E CANDIDATURAS INDEPENDENTES (OU AVULSAS): O PROBLEMA DA CAPTURA DO PROCESSO ELEITORAL POR PARTIDOS POLÍTICOS NAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS	458
André Luis Mota Novakoski	
GT: O SIGILO DE DADOS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E SUA PROTEÇÃO ENQUANTO DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	
O MARCO CIVIL DA INTERNET NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO.....	474
Afonso Soares de Oliveira Sobrinho	
RESPONSABILIDADE CIVIL DOS AGENTES DE TRATAMENTO E O PRINCÍPIO DA AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA	496
James Silva Zagato; Jorge Shiguemitsu Fujita	
GT: TEMAS DE PROCESSO CIVIL	
A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NA LGPD	514
Beatriz Martins de Oliveira; Vinícius Garcia Ribeiro Sampaio	

AMICUS CURIAE- AMIGO DA CORTE, SUA INTERVENÇÃO NO PROCESSO, E SEU IMPACTO PROCESSUAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	530
Ana Clara Schunck Lopes	
CONSIDERAÇÕES SOBRE O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO E O ARTIGO 489 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	550
Pedro Monfort Oliveira Batista	
DICOTOMIA NA ANÁLISE DE JUSTIÇA GRATUITA NO AMBIENTE DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO	559
Douglas Belanda; Viviane Maria da Silva Martins Peres	

SUMÁRIO DOS RESUMOS

CRIMES, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO. 574	
CHILD GROOMING E PORNOGRAFIA INFANTO-JUVENIL NA INTERNET: UMA ABORDAGEM CRÍTICA ACERCA DA CRIMINALIZAÇÃO DA “PEDOFILIA” PELO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	575
Christiany Pegorari Conte; Lygia Duarte Fernandes	
DISCURSO DE ÓDIO NA ERA DIGITAL	583
Milena Alves Teixeira; Milena Viana Felix da Costa Silva	
O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DISCURSO DE ÓDIO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO	592
Rafael Khalil Coltro	
SEXTORSÃO: UM ESTUDO SOBRE OS CRIMES VIRTUAIS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO.....	601
Mirela Dos Santos Martins	
TUTELA PENAL DO DIREITO DE AUTOR NO BRASIL E PIRATARIA NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO.....	606
Beatriz Batista Freire; Larissa de Carvalho Salviano	
GT - DIREITO CONSTITUCIONAL NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO A RELEVÂNCIA DAS QUESTÕES ÉTNICO-RACIAIS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO	615
Marilene Afonso Carneiro; Emerson Penha Malheiro	
GT - DIREITOS HUMANOS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO	618
DIREITO À ANCESTRALIDADE: DO DIREITO À VERDADE SOBRE A PRÓPRIA ORIGEM E DA PROTEÇÃO DE DADOS.....	619
Maíra Feltrin Alves; Christiane de Fátima Aparecida Souza Passos	

3^o Information Society and Law

FMU
CENTRO UNIVERSITÁRIO

OS MOVIMENTOS FEMINISTAS NA LUTA PELA LEGALIZAÇÃO DO ABORTO NA AMÉRICA LATINA: UM ESTUDO SOBRE BRASIL E ARGENTINA	628
Bibiana Terra; Cícero Krupp da Luz	
GT - ÉTICA E DEMOCRACIA NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO	633
DO ASFALTO AO RESPIRADOR: SEGMENTARIEDADE, DEVIRES, TRANSPARÊNCIA E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	
LUIS DELCIDES RODRIGUES DA SILVA; DEVANILDO DE SOUZA AMORIM	634

3^o Information Society and Law

FMU
CENTRO UNIVERSITÁRIO

GT - BIODIREITO E DIREITOS DA PERSONALIDADE

A HONRA NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E ÀS IMPLICAÇÕES NO DIREITO DA PERSONALIDADE

Gustavo Rocco Corrêa¹; Larissa Karina Callau Del Nero²

RESUMO: O projeto apresenta visões jurídicas sobre honra sendo influenciado diretamente pela sociedade de informação, tendo assim, a grande observância na tutela das partes litigantes nas redes de comunicação virtuais, preservando o direito da personalidade e da honra, proporcionando responsabilidade quando essas práticas contrárias a natureza constitucional e atos ilícitos das partes ofendidas.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedade da Informação; Honra; Direito da Personalidade; Responsabilidade; Indenização.

HONOR IN THE INFORMATION SOCIETY AND THE IMPLICATIONS IN PERSONALITY LAW

ABSTRACT: The project presents legal views on honor, being directly influenced by the information society, thus having great observance in the protection of litigating parties in virtual communication networks, preserving the right of personality and honor, providing responsibility when these practices are contrary to the constitutional nature and unlawful acts by the offended parties.

KEY WORDS: Information Society; Honor; Personality Law; Responsibility. Indemnity.

Introdução

No início era o Verbo³, desde o começo dos tempos, o mundo foi formado com um proposito e uma finalidade, a criação. Nele estava a vida e esta era a luz dos homens. Porém, com o tempo, a escuridão tomou a terra com o mais terrível mal, a ignorância.

E conforme o tempo passou, a necessidade de inovação e criação foi se tornando essencial para o desenvolvimento humano. À medida que o homem desenvolve o seu intelecto e sua capacidade de raciocinar, foi possível determinar a sua fibra moral na

1 Graduando em Direito na FMU; Bacharel em Ciências Contábeis - UNICID-SP; Pós-graduando Processo Civil-EBRADI; Pós-graduando em Direito Constitucional - Faculdade Legale.

2 Graduando em Direito na FMU.

3 Bíblia, (João 1:1-4);

sociedade, assim, nessa época, começou a expansão criativa e intelectual da civilização. “O homem tem de poder escolher a vida em todas as circunstâncias”⁴ e a partir desse pensamento, o homem descobriu o fogo, aprendeu a plantar, criou a roda, os carros, os aviões, o foguete espacial e todas as redes de comunicação atuais. Uma pequena tribo, se transformou em uma grande sociedade de informação como conhecemos hoje em dia.

E esta expansão do intelecto ampliou os horizontes das civilizações a partir da criação da internet pelos Estados Unidos, com a elaboração do “Arpanet”⁵, em 29/10/1969 na Universidade da Califórnia e de Stanford, teve como objetivo a facilitação de comunicação de estratégias de guerra. Na década de 1990, o cientista britânico Tim Berners-Lee desenvolveu o primeiro navegador (browser), conhecido como World Wide Web (www), criando assim, a rede mundial de computadores (internet). Assim, com a popularização da internet pelo mundo, surgiu diversos navegadores, como por exemplo, o Internet Explorer, Mozilla Firefox, Google Chrome e o Opera, aumentando a quantidade de pessoas conectadas em rede. Por óbvio, houve uma expansão cyber digital, do qual foi criado diversos sites, chats, redes sociais como o Orkut, Facebook, MSN e o Twitter, tornando a internet, a interligação de uma rede onipresente de computadores conectados.

Diante disso, houve uma maior socialização das pessoas de diferentes raças, etnias, culturas, opiniões e divergências sociais, do qual naturalmente os indivíduos entram em conflito e por consequências, realizam imputações falsas, ofensas e discurso de ódio nas redes sociais.

Nesse contexto, essas imputações ofendem o ser humano, e são denominados como injúria, calúnia e difamação, do qual atingem a honra subjetiva e objetiva. Além disso, as redes digitais possuem um grande alcance em todo planeta, podendo, serem espalhadas na rapidamente, gerando grandes repercussões na sociedade da informações.

2 Sociedade de Informação

Antes de adentrar ao tema propriamente dito, precisamos entender sobre a nova sociedade em que vivemos, do qual se desenvolve principalmente através da tecnologia e assim, posteriormente, compreenderemos como a modernização interfere nas relações digitais.

Com o avanço da tecnologia, saímos do período industrial do século XX e seguimos para um novo conceito de sociedade, a sociedade da informação. Segundo os entendimentos de Alvin Toffler⁶, vivemos atualmente na sociedade informacional ou “*sociedade do*

4 Jean Paul Sadre - Os sequestrados de Altona – 1959.

5 Arpanet - Advanced Research Projects Agency Network – (rede de agências para projetos de pesquisas avançadas).

6 TOFFLER, Alvin, A terceira onda, 1981.

*conhecimento*⁷ e, de acordo com BAUMAN⁸, a natureza dessa nova modernidade é sempre estar em movimento (velocidade com que são passadas as informações) ou em constante mudança, portanto, a todo momento estaremos evoluindo e nos transformando com base na informação e no conhecimento.

Marcelo Romão Marineli, em sua obra, cita uma passagem dos ensinamentos do Ministro Luís Roberto Barroso, no qual *“a sociedade moderna gravita em torno da notícia, da informação, do conhecimento e de ideias. Sua livre circulação, portanto, é da essência do sistema democrático e do modelo de sociedade aberta e pluralista que se pretende preservar e ampliar”*⁹.

Podemos perceber que a sociedade da informação *“é bem mais ampla. Trata-se de um ambiente de atuação da pessoa, inclusive na órbita negocial, que aperfeiçoou os sistemas de bens de produção e de comunicação, a partir da invenção do computador”*¹⁰. Sendo assim, muito se fala na constante evolução da tecnologia, por isso é muito difícil dizer nos dias atuais, que uma pessoa tem *“analfabetismo digital”*¹¹.

A sociedade de informação não se restringe apenas ao um aparelho informático, como por exemplo, o computador, mas *“estende-se a qualquer meio de comunicação, presencial ou não. Assim, por exemplo: a televisão a cabo, por antena ou via satélite; o telebanking, o teleshopping e o teleworking; o rádio e o telefone”*¹².

Porém, devemos nos questionar sobre a influência desta nova sociedade nas relações virtuais e como tais violações ao direito da personalidade resultam em indenizações às vítimas de ataques em redes sociais, na televisão, por exemplo.

3 Direito de Personalidade

O direito da personalidade está protegido, inicialmente, na Constituição Federal de 1988, de forma mais ampla (art. 1º, inciso III), que é resguardado pela dignidade da pessoa humana. Além disso, a proteção dos direitos fundamentais (art.5) traz a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza e conforme o tema aqui destacado, com a proteção da honra, ressaltando-se o direito da indenização por dano material ou moral advindo de sua violação.

7 LISBOA, Roberto Senise – Direito na Sociedade da Informação, p.10, disponível em:
<<http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/direito-na-sociedade-da-informa%C3%A7%C3%A3o>>

8 BAUMAN, Zygmunt - Modernidade Líquida, 2001, p.07-24.

9 MARTINELLI, Marcelo Romão. Privacidade e Redes sociais Virtuais, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2017, p.157.

10 LISBOA, Roberto Senise – Direito na Sociedade da Informação, p.10, disponível em:
<<http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/direito-na-sociedade-da-informa%C3%A7%C3%A3o>>

11 MALHEIRO, Emerson – Direito da Sociedade da Informação – 2016, Editora Max Limonad, p.41 -Analfabetismo digital é caracterizado pela ignorância das novas tecnologias, o que impossibilita as pessoas de acessarem as oportunidades e interagirem com elas na sociedade de informação.

12 LISBOA, Roberto Senise – Proteção do consumidor na sociedade da informação, p.7, disponível em:
<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/protECAo_do_consumidor_na_sociedade_da_informacao.pdf>

Em meios infraconstitucionais, o Código Civil de 2002 protege a personalidade civil desde o nascimento com vida, ou seja, desde a sua concepção (art.2) e ainda, tutela-se a honra (art.20) caso for atingida e violada em divulgações indevidas na internet, em escritos, publicações, palavras ou a utilização da imagem para fins comerciais.

Assim, as características do direito de personalidade, segundo o artigo 11 do Código Civil de 2002 são: a) **intransmissíveis** (não podem ser transmitidos para outrem), b) **irrenunciáveis** (não pode se abdicar, renunciar os seus direitos), c) **ilimitados** (que não tem limite), porém, podemos acrescentar mais algumas características, como, d) **absolutos** (um direito inquestionável, rígido, obrigatório, sem discussão e sem exceção), e) **imprescritíveis** (não prescrevem com o tempo, salvo com a morte, porém, até mesmo o morto tem direitos da personalidade, segundo o parágrafo único do artigo 20 do Código Civil de 2002), f) **vitalícios** (são para toda a vida) e g) **incondicionais** (não depende de nenhuma espécie de condições).

Seguindo este pensamento, a Dra. Maria Helena Diniz, expõe sobre os direitos da personalidade:

[...] são direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária) e sua integridade moral (honra, recato, segredo pessoal, profissional e doméstico, imagem, identidade pessoal, familiar e social).¹³

Na conceituação do Dr. Carlos Roberto Gonçalves, o direito da personalidade “são inerentes à pessoa humana, estando a ela ligado de maneira perpétua. A sua existência tem sido proclamada pelo direito natural. Destacam-se, dentro outros, o direito à vida, à liberdade, ao nome, ao próprio corpo, à imagem e à honra”¹⁴.

E no entendimento do Dr. Washington de Barros Monteiro:

[...]o respeito à pessoa afirmou-se no mundo na segunda metade do século XX, especialmente nas duas últimas décadas, quando os valores próprios de cada pessoa ganharam força extraordinária e foram incorporados às mais diversas legislações. Nunca se procurou tanto preservá-los e fazê-los valer como exteriorização da dignidade humana, física e moral.¹⁵

Assim, entendemos que o direito da personalidade é o direito mais próximo e natural que podemos sentir, notar e partilhar, uma vez que já nasce em nosso espírito, ou seja, sua ofensa, a depender da gravidade, não viola apenas uma sociedade, mas sim, o seu próprio ser.

13 DINIZ, Maria Helena – Curso de direito civil brasileiro, teoria geral do direito civil, 17ªEd, Saraiva, Vol. 1, 2001, p.102

14 GONÇALVES, Carlos Roberto – Direito Civil, Parte Geral, sinopses jurídicas, 9ªEd, Saraiva, 2002, p.58.

15 MONTEIRO, Washington de Barros – Curso de Direito Civil, Parte Geral, 45ªEd, Saraiva, 2016, p.113

4 Honra

Desde os tempos antigos, a criação e determinação da honra em sociedade foi moldada em diversas faces. Na época de Sócrates, o entendimento segundo o filósofo era que *“a maneira mais fácil e mais segura de vivermos honradamente consiste em sermos, na realidade, o que parecemos ser.”*¹⁶

Já na idade medieval, média e moderna, conforme bem explica em uma entrevista¹⁷ feita por Valéria Dias, escritora da Agência USP de notícias, com o pesquisador Jackson Ferguson Costa de Faria, relata que:

Na sociedade medieval, o termo honra estava associado a um pedaço de terra que a pessoa recebia diretamente do rei em pagamento por serviços prestados. Eram as chamadas ‘terras honradas’ destinadas, principalmente, aos nobres de origem militar’, afirma Farias. Já na passagem da Idade Média para a Moderna, a honra passou a ser associada a valores como reputação, virtude, castidade, respeito, estima e consideração, e começou a ser encarada como um atributo de distinção social.

E conforme entendimento de Guilherme de Souza Nucci:

A história nos evidencia inúmeros casos nos quais, pela honra, alteram-se fatos extremamente relevantes, bastando lembrar da época dos duelos entre cavaleiros, tudo por conta da lesão à honra [...] pode-se afirmar até que atualmente “não há um valor maior em uma estrutura verbalística” do que o direito à honra. Esta não se dissolve numa única expressão verbal, pois é capaz de se espalhar por outros ambientes, humilhando, prejudicando, trazendo consequências negativas, inclusive patrimoniais, à vítima¹⁸

Como podemos observar, houve uma mudança nos valores da sociedade ao decorrer dos séculos. Atualmente, existe muitas vertentes sobre a honra, como por exemplo, violação da imagem nas redes sociais, da sexualidade em sentido amplo, da família, dentre outros.

Mahatma Gandhi dizia que *“a dignidade pessoal e a honra não podem ser protegidas por outros, devem ser zeladas pelo indivíduo em particular”*¹⁹. Em contrapartida ao entendimento de Gandhi ao que se refere a proteção da honra por outros/terceiros, sabemos que as pessoas possuem direitos e deveres na sociedade, podendo fazer tudo que a lei não proíba, até porque *“o livre arbítrio é a concepção mais longínqua que temos desde os tempos da criação”*²⁰, mas ao mesmo tempo cria-se um limite moral e social a fim de não extrapole o direito de outrem. Ou seja, o direito brasileiro, juntamente com o Poder Judiciário, busca a proteção de cada indivíduo a fim de garantir uma sociedade mais justa e perfeita, acabando dessa forma, as

16 Disponível em: <<https://www.pensador.com/frase/NTk4MQ/>>

17 DIAS, Valéria - Conceito de honra se diluiu e chegou até os escravos – Disponível em: <usp.br/agen/?p=35970>

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Pena, Vol. 2, Editora Gen 2017, p. 238 (livro digital)

¹⁹ Disponível em: <<https://www.pensador.com/frase/MTE5OTU/>>

²⁰ Disponível em: <<https://www.pensador.com/frase/MjQ5OTIwMA/>>

distinções sociais e tutelando por um país mais isonômico, até porque, “[...] sabemos que a honra é um conceito que se constrói durante toda uma vida e que pode, em virtude de apenas uma única acusação leviana, ruir imediatamente.”²¹

Com este entendimento prévio, podemos classificar as duas espécies da honra, a **honra objetiva**, como pondera Rogério Greco em sua obra, citando os ensinamentos de Carlos Fontán Balestra, “a honra objetiva é o juízo que os demais formam de nossa personalidade, e através do qual a valoram”²².

E a **honra subjetiva**, monta o conceito em que o indivíduo têm com o seu próprio ser, à valoração espiritual em que ela se auto confere. Ou segundo os conceitos de Marcelo Romão Marineli, a honra subjetiva está “ligada à autoestima, ao sentimento da própria dignidade, e do próprio valor moral”²³. E conforme o posicionamento do Dr. Washington de Barros Monteiro,

[...] a imagem só poderá ser exposta, seja qual for o meio de reprodução, com o consentimento da pessoa que pode exigir a proibição dessa utilização, independentemente de alegação de prejuízo. Se a divulgação não autorizada implicar ofensa à honra, boa fama e respeitabilidade, ou a fins comerciais, caberão perdas e danos para o ofendido, além da imediata cessação dessa utilização não autorizada²⁴.

Deste modo, qualquer violação aos direitos da personalidade sobre os crimes contra a Honra, sejam eles, a injúria, difamação e calúnia, deverão ser indenizados à pessoa lesada, até porque, “a honra é como os fósforos: serve apenas uma vez”²⁵, e para muitos indivíduos, estes dissabores, podem levar a um profundo adoecimento de seu espírito.

4.1 Injúria

O crime de injúria pode ser conceituado como uma ofensa a alguém, com palavras de cunho ofensivo a fim de ferir a sua dignidade ou decoro, é dos crimes contra a honra, o mais leve. “Ao contrário da calúnia e da difamação, não há, em regra, imputação de fatos, mas emissão de conceitos negativos sobre a vítima (fatos vagos, genéricos, difusos também configuram injúria)”²⁶, assim, segundo os entendimentos do Desembargador Aposentado Osni de Souza:

O crime de injúria consuma-se no momento em que o sujeito passivo toma conhecimento do insulto, quando ouve, vê ou lê a ofensa à sua honra subjetiva, não

²¹ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, Parte Especial, 14ªEd, Editora Impetrus, 2017, p.362 (livro digital)

²² Idem, p.363;

²³ MARTINELLI, Marcelo Romão. Privacidade e Redes sociais Virtuais, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2017, p.150

²⁴ MONTEIRO, Washington de Barros – Curso de Direito Civil, Parte Geral, 45ªEd, Saraiva, 2016, p.122

²⁵ Marcel Pagnol – Disponível em: < <https://www.pensador.com/frase/MTA0NTA/>>

²⁶ CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 ao 361), Salvador, JusPODIVM, 2017, p. 190

sendo necessário que terceiro a perceba, pois trata-se de crime formal, em que se prescinde do resultado danoso para sua configuração.²⁷

E ainda, conforme pensamento do Dr. César Roberto Bittencourt:

Injuriar é ofender a dignidade ou o decoro de alguém. A injúria, que é a expressão da opinião ou o conceito do sujeito ativo, traduz sempre desprezo ou menos cabo pelo injuriado. É essencialmente uma manifestação de desprezo e de desrespeito suficientemente idônea para ofender a honra da vítima no seu aspecto interno.²⁸

Vale destacar que a injúria não necessariamente ocorrerá na forma verbal, mas também pode ser escrita ou, em casos mais graves, física, mas desde que a ofensa seja direta a vítima.

Assim, segue algumas jurisprudências feitas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo a respeito do tema:

RECURSO – APELAÇÃO – AUSÊNCIA DE PREPARO – DETERMINAÇÃO DE COMPROVAÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA DO APELANTE NÃO ATENDIDA - DESERÇÃO DECRETADA – RECURSO DO CORRÉU NÃO CONHECIDO. INDENIZAÇÃO - INJÚRIA - DIVULGAÇÃO DE MENSAGENS OFENSIVAS EM REDE SOCIAL – AÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE EM RELAÇÃO AO FACEBOOK – TUTELA ANTECIPADA PARA A EXCLUSÃO DAS POSTAGENS E COMENTÁRIOS ANEXADOS À INICIAL MANTIDA PELA R. SENTENÇA PROFERIDA – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA EM FACE DA MESMA - RECURSO DO AUTOR PROVIDO.²⁹

RESPONSABILIDADE CIVIL - Insurgência do autor contra injúrias publicadas pela ré em sítio eletrônico de relacionamento - **Prova documental a demonstrar os termos pejorativos e depreciativos utilizados pela ré em referência ao autor - Evidente a intenção de difamar e insultar** - Não configurada hipótese de legítima defesa dos interesses dos filhos da ré - **Limites da mera crítica extrapolados - Honra e imagem do autor violadas - Dano moral caracterizado - Indenização devida** - Cabível, por outro lado, a redução do valor da condenação - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.³⁰

Ainda, o Doutor Julgador Fernando Augusto Fabrício de Melo, da 1ª Turma Recursal do Estado do Paraná, assim se manifestou sobre o tema:

[...] **A prova documental e testemunhal apresentada em Juízo deixa evidente as ofensas proferidas pelo reclamado em desfavor da reclamante em redes sociais, sendo certo que após os comentários foi possível identificar a autora como sendo a destinatária da postagem.** Nestas condições, considerado o cunho evidentemente ofensivo da postagem, bem como a sua propagação, conforme ficou comprovado em

27 (TJSP, Processo 1247491/5, Rel. Osni de Souza, j. 19/4/2001).

28 BITTENCOURT, César Roberto – Tratado de Direito Penal, 15ªEd., Editora Saraiva, pág. 364.

29 (TJSP; Apelação 0000189-87.2015.8.26.0022; Relator (a): Erickson Gavazza Marques; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Foro de Amparo - 2ª Vara; Data do Julgamento: 21/02/2018; Data de Registro: 27/02/2018)

30 (TJSP; Apelação 1004400-73.2015.8.26.0597; Relator (a): Elcio Trujillo; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro de Sertãozinho - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 16/05/2017; Data de Registro: 17/05/2017)

audiência e demonstrado com os documentos apresentados na inicial, é **devida a indenização por dano moral pleiteada, eis que a conduta ilícita do reclamado foi capaz de ofender a honra e imagem da reclamante [...] (TJ-PR – RI:0017548-97.2016.8.16.0182 (Acórdão), Relator: Juiz Fernando Augusto Fabrício de Melo, Data do Julgamento: 07/07/2017, 1ª Turma Recursal, Data de Publicação: 10/07/2017)**

No que tange à imputação de injúria contra a pessoa jurídica, esta não poderá ser admitida, visto que a pessoa jurídica não possui honra subjetiva, isto é, não há possibilidade da pessoa jurídica ser ofendida em sua autoestima e sentimentos. É de entendimento também do TJSP, sobre o mesmo assunto:

A pessoa jurídica não pode ser sujeito passivo do crime de injúria, por lhe faltar a honra subjetiva, patrimônio exclusivo da pessoa humana. (TJSP, Processo 328708/7, Rel. Rulli Júnior, j. 24/9/98).

Por fim, é importante ressaltar, que a injúria se difere da calúnia e difamação em dois aspectos: (I) a injúria se materializa através da atribuição de qualidade negativa ao ofendido, ofendendo in casu, sua honra subjetiva, ou seja, sua dignidade ou decoro, diferentemente da calúnia e da difamação, estes se exteriorizam mediante a imputação de um fato ao ofendido que vem ferir sua honra objetiva; (II) a injúria se consuma a partir do momento em que a vítima toma o conhecimento da ofensa, enquanto a calúnia e a difamação restarão consumadas quando terceiro toma conhecimento do fato ofendido.

4.2 Difamação

O conceito do crime de difamação é definido como “o ato de levar ao conhecimento de terceiros fatos desabonadores de que tenham ciência acerca de determinados indivíduos, ainda que tais fatos sejam verdadeiros [...] consiste em imputar a alguém fato ofensivo a sua reputação”. (CAPEZ, 2013, p. 298), ou conforme entendimento de Robert J. Fisher:

Em uma definição simples, difamação é definida como “a ação de causar danos à boa reputação de alguém”. A difamação resulta de alguma forma de comunicação negativa [...] não é possível desfazer um alerta. Uma vez que alguém absorve uma informação negativa, é muito difícil apagá-la de sua mente.³¹

Podemos fazer também uma analogia com o concurso de pessoas e de crimes, dentro do direito civil, pois, “o agente que participa ou recebe o material do crime, responderá solidariamente. O mesmo deve ocorrer na ótica jurídica com o indivíduo que compartilhar e ou participar da divulgação de texto ou imagens ofensivas”³².

31 FISHER, Robert J. Difamação: princípios da comunicação que causa danos à imagem e à reputação. Publicado em 24/03/2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-24/difamacao-comunicacao-causa-danos-imagem-reputacao>>

32 SOUSA, Danilo Dimas de – Crimes Virtuais Contra Honra, Vol. 1

Assim, segundo o artigo 932, V, do Código Civil de 2002, são também responsáveis pela reparação civil, aqueles que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, portanto, serão terãõ responsabilidade solidária, contudo, a pessoa que não participou afincõ do crime difamatório, porém recebeu os textos, as fotos ou os dados pessoais de outrem, podem chegar a ser responsabilizados, se conseguirem ser identificados, pelo direito civil, mas não pelo direito penal.

E conforme jurisprudência do TJSP:

Apelação. Ação de indenização por danos morais. Fotos íntimas da autora e postagens difamatórias divulgadas na rede social Facebook. Depoimentos testemunhais que apontam cabalmente a autoria das postagens e divulgação das fotos. Corré que confessa ter elaborado os perfis falsos. Violação da honra da apelada. Dever de indenizar. Valor de indenização em atendimento aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Alegação de responsabilidade solidária da corré Facebook que se mostrou desprovida de respaldo probatório. "Non liquet", nos termos do artigo 333, I, do Código de Processo Civil, a impor a improcedência do pedido. Sentença mantida. Recursos desprovidos³³. (grifos não originais).

No mesmo sentido, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DIFAMAÇÃO EM REDE SOCIAL. COMENTÁRIOS NO FACEBOOK. ONFENSA À HONRA SUBJETIVA E OBJETIVA DE POLICIAL MILITAR. REAÇÃO ÀS PROVOCAÇÕES QUE NÃO AFASTA OS DANOS MORAIS. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. Pela redação do art. 5º, X, da Constituição Federal, **são invioláveis** a intimidade, a vida privada, **a honra** e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação\ . **Hipótese em que os réus publicaram comentários no Facebook, no intuito de provocar policial militar, criando expressão pejorativa e ela direcionada, que inclusive foi pichada em veículo rebaixado cujo foto foi também colocada nas redes sociais**. A reação do policial militar, que respondeu às provocações, não teve o condão de afastar os danos morais por ela sofridos, pois **deve ser considerada a gravidade da difamação, que envolveu uma agente de segurança em razão do exercício de sua função pública**. Danos morais consistentes na **ofensa à honra subjetiva e objetiva da autora**. Montante indenizatório arbitrado em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), considerando-se valores fixados em causas análogas e as particularidades do cso concreto. Esta quanto deverá ser corrigida monetariamente pelo IGP-M, a cotar da data deste acórdão, fulcro na Súmula nº 362 do STJ, e acrescida de juros de mora de 1% ao mês, a contar da data do fato danoso, nos termos da Sumula 54 do STJ. Sucumbência invertida, com fixação de honorários advocatícios em 20% sobre a condenação. APELAÇÃO PROVIDA.³⁴ (grifos não originais).

Afora isso, poderá ser arguida “exceção da verdade” pelo autor da difamação, isto é, poderá ele provar que o fato ofensivo é verdadeiro, mas somente na hipótese em que o

33 (TJSP; Apelação 0004948-60.2014.8.26.0368; Relator (a): J.B. Paula Lima; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro de Monte Alto - 2ª Vara; Data do Julgamento: 03/05/2016; Data de Registro: 05/05/2016);

34 (TJ-RS – AC: 70069290815 RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Data do Julgamento: 30/06/2016, Décima Câmara Cível, Data de Publicação: 18/07/2016.);

ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa à suas funções, nos termos do artigo 139, parágrafo único, do CP.

Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Parágrafo único - A exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções.

É admitida a tentativa de crime, quando por exemplo, uma pessoa envia um e-mail de caráter ofensivo e este não chega ao endereço desejado da vítima.

Existe ainda, entendimentos de que a pessoa jurídica pode ser vítima de difamação, visto que possui honra objetiva e reputação que podem ser prejudicadas. É o que esclarece a 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Recurso em sentido estrito. **Crime contra a honra da Pessoa Jurídica. Imputação da prática de crime diverso daqueles previstos na legislação ambiental.** Impossibilidade de reconhecimento da prática de injúria ou de calúnia. **Conduta típica pela prática apenas de difamação.** Entendimento. Analisada a questão sob o ponto de vista ontológico, não se vislumbra como admissível que a pessoa jurídica figure como vítima do crime de injúria, uma vez não possuir honra subjetiva, não sendo possível que venha a suportar dor moral ou sentir lesionada em sua autoestima. De um modo geral, não há que se cogitar tampouco da possibilidade da prática de calúnia contra pessoa jurídica, pelo simples fato nosso ordenamento não prever, ressalva feita aos crimes ambientais, a possibilidade jurídica de uma empresa praticar crimes. **Eventual afirmação nesse sentido poderá, todavia, corresponder ao crime de difamação, uma vez possuir a pessoa jurídica a denominada honra objetiva, ou seja, goza de reputação perante o corpo social, da qual depende evidentemente a atividade econômica por ela desempenhada.**³⁵ (grifos não originais).

Visto o crescimento exorbitante das lojas virtuais, muito consumidores optam pelas compras online, considerando a praticidade e econômica de tempo. Por outro lado, a imputação da difamação às lojas virtuais vem aumentando, gerando mais demandas no sistema judiciário.

4.3 Calúnia

O crime de calúnia pode ser definido como a imputação falsa de crime a uma pessoa, que seja disponibilizado de forma pública. Vejamos a orientação do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto:

1. A posição adotada pelo Tribunal a quo está em consonância com a jurisprudência desta Corte, segundo a qual, **para a configuração do crime de calúnia é indispensável que o agente tenha conhecimento da falsidade da imputação por ele realizada, sem o que não se configura a prática do delito, por ausência de uma**

35 (TJ-SP – RSE: 0004020-80.2013.8.26.0001. SP, Relator: Grassi Neto, Data de Julgamento: 27/03/2014, 7ª Câmara de Direito Criminal, Data da Publicação: 09/04/2014)

de suas elementares. 2. No caso, é irrelevante verificar se a narrativa das informações conteria a imputação da prática de crimes ao agravante, pois as instâncias ordinárias afirmaram que o agravado acreditava verdadeiros os fatos por ele descritos, o que é suficiente, por si só, para afastar a configuração do crime de calúnia, por ausência de uma das suas elementares. E, para rever a conclusão, seria necessário o reexame de matéria fático-probatória, vedado em recurso especial, pela Súmula 7/STJ.³⁶ (grifos não originais)

No exemplo prático de Victor Eduardo Rios Gonçalves:

[...] no mês passado, João matou Pedro quando este chegava em sua casa constitui imputação de fato determinado e configura calúnia, desde que seja falsa tal imputação. Ao contrário, dizer apenas que João é assassino constitui crime de injúria (imputação de qualidade negativa), pois não existe na hipótese imputação de fato³⁷

E nesse sentido segue o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo sobre o tema:

Responsabilidade civil. Dano moral. Fundando **em suposta calúnia proferida pelo apelado em rede social. Uso da expressão "escândalo de pedofilia", referindo-se a latrocínio do qual é suspeito um menor ao qual o apelante estaria supostamente atrelado. Conteúdo fático veiculado pela mídia que não guarda qualquer relação com suposto ato de pedofilia.** Autor que fora chamado a prestar esclarecimentos perante as autoridades policiais por estar no mesmo local no qual o adolescente foi preso por suspeita de latrocínio. Juízo de valor. **Comentário que atribui ao autor a pecha de pedófilo sem qualquer evidência fática. Ato calunioso. Lesão a honra materializada. Quantum indenizatório fixado em R\$ 6.000,00.** Valor da indenização satisfatório para cumprir a dupla função atinente ao caráter dissuasório e a não configurar enriquecimento ilícito. Sentença reformada. Recurso provido³⁸. (grifos não originais)

E em outro caso do TJSP, o autor publicou em rede social frases que imputam à vítima o crime de corrupção, decorrendo a prática da calúnia: *"Eurico Missé. Ajudem o Pai dele a devolver os R\$ 500.000,00 a Camara....."* *"Cajamar Mais Fudido a gente não quer!!"* e *"Incompetência passada de Pai para filho!!"*. Sobre o caso em apreço, decidiu o mencionado Tribunal:

EMENTA APELAÇÃO - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS Parcial procedência decretada **Comentários vexatórios e desairosos dirigidos ao autor e seu genitor por meio de publicação e comentários na rede social denominada "Facebook", ocasionando assim, abalo em sua imagem - Excesso verificado. Conduta que extrapolou os limites da liberdade de expressão, violando o direito à honra e à intimidade do indivíduo.** Relato que não se ateve ao caráter informativo e de esclarecimento. Comentários com o fito de denegrir a imagem do autor perante o circulo social existente - Verificação de abalo à imagem e à honra - Dano moral

36 (STJ - AgRg no AREsp 768.497/RJ, j. 13/10/2015);

37 GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Dos crimes contra a pessoa – 20. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, p.138 (livro digital).

38 (TJSP; Apelação 1001072-72.2014.8.26.0597; Relator (a): Rômolo Russo; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de Sertãozinho - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 21/11/2017; Data de Registro: 21/11/2017)

configurado Indenização devida Arbitramento por prudente critério do julgador, levando-se em conta os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como as peculiaridades do caso - Montante fixado a título de indenização (R\$ 1.000,00) que é por demais parcimonioso quando comparado a diversos precedentes desta Turma Julgadora, em casos análogos - Sem insurgência da parte autora, fica mantido, sendo, obviamente, descabida sua redução Sentença mantida Recurso improvido.³⁹ (grifos não originais)

Por outro lado, quando não há a veiculação em forma pública do instituto mencionado, segundo entendimento do Desembargador Rômulo Russo, da 7ª Câmara de Direito Privado de São Paulo, a calúnia não pode ser configurada a fim de indenização por danos morais.

Responsabilidade civil. Preliminar de mérito. Prova pericial despicienda. **Fatos ocorridos em sítio eletrônico e seus meios de prova devem se dar por meio de documentos que reproduzam o conteúdo on-line.** Cerceamento de defesa inocorrente. Dano moral. **Ameaça e calúnia proferida por perfil de pessoa jurídica em rede social. Mensagem enviada de forma privada. Conteúdo não foi veiculado em espaço público, com repercussão perante terceiros. Fatos que não repercutem socialmente e que não exorbitam do plano íntimo. Danos morais não configurados.** Sentença mantida. Recurso desprovido.⁴⁰ (grifos não originais)

A calúnia é considerada um crime comum, isto é, qualquer pessoa pode cometê-la, não sendo somente caluniador a pessoa que originou a imputação, mas também, aquele que divulgou a falsa imputação à vítima. Deve-se lembrar também, que o autor e o terceiro que propagou as imputações devem ter ciência de que tais arguições sejam falsas para que se constitua o crime, segundo Fernando Capez⁴¹.

A sua consumação se dá quando há o conhecimento de terceiros a respeito da imputação falsa, gerando um pressuposto necessário para ofender a vítima e desvalorizar sua reputação, que, ao contrário do crime de injúria, esse crime não se consuma apenas com conhecimento da vítima, mas sim quando a imputação falsa é conhecida por terceiros.

Além disso, admite-se a adoção da “exceção da verdade” na defesa da vítima da imputação caluniosa, no qual poderá comprovar que o discurso considerado calunioso é de fato verdadeiro. Dispõe o §3º do artigo 138 do Código Penal, que a exceção da verdade poderá ser arguida no crime de calúnia quando:

Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

§ 3º - Admite-se a prova da verdade, salvo:

I - Se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível;

II - Se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no nº I do art. 141;

39 (TJSP; Apelação 0002288-34.2013.8.26.0100; Relator (a): Salles Rossi; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de Cajamar - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 30/11/2015; Data de Registro: 30/11/2015)

40 (TJSP; Apelação 0003318-17.2012.8.26.0019; Relator (a): Rômulo Russo; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro de Americana - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 07/03/2017; Data de Registro: 07/03/2017)

41 CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2004. P. 239.

III - Se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.

Visto as redes sociais estão presentes na maioria da vida dos seres humanos, o crime de calúnia vem propagando maior ocorrência no cotidiano, uma vez que a veiculação das notícias falsas e criminosas ocorrem de maneira rápida, consumando-se o crime através de uma publicação em uma rede social ou por grupos em aplicativos de mensagens, como o WhatsApp e Telegram.

5 CONCLUSÃO

Como sabemos, ficou demonstrado que “muitas pessoas têm dificuldades em avaliar corretamente o poder amplificador das redes sociais”⁴², principalmente quando há “o interesse público pela intimidade alheia”⁴³, pois, nos tempos atuais, os usuários buscam se tornar mais populares, compartilhando e comentando postagens sem ao menos verificar a veracidade da publicação e é nesse contexto que com o decorrer das informações, que “a opinião pública é um tribunal ativo.”⁴⁴

Durante muito tempo, antes da Internet, qualquer pessoa poderia reiniciar a sua vida, “à medida que as informações sobre elas permaneciam locais”⁴⁵, mas com o advento da sociedade de informação, essas informações começaram a se tornar dados que são guardados por grandes empresas em seus servidores, tornando-se o acesso fácil a qualquer informação desejada, pois, por exemplo, uma imagem, “por mais que tenha sido deletada de alguma página que a hospedava pode ainda estar replicada em vários computadores.”⁴⁶

Neste contexto, durante muito tempo as normas vieram reparar as pessoas afetadas pelos danos gerados em determinadas épocas, dentro de sua sociedade, como por exemplo, em 1.780 a.C., com o Código de Hamurabi, no reino da Babilônia, com a famosa lei de talião, conforme você gerar-se o dano, você receberia na mesma proporção. Porém, com o passar dos tempos, esse princípio foi inexistindo para muitos países e passaram a vigorar as formas de indenizações morais e materiais.

Por outro lado, mesmo que tenha uma condenação em favor da vítima, sua imagem e honra ainda podem ser prejudicadas diante a massificação de informações na internet, mas “não atribui a ninguém o direito de apagar os fatos ou reescrever a própria história, *mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos*”⁴⁷

42 WLATER, Yaan – Revista Vale Paraibano: Perigos das redes sociais. 14ª Ed, 2011, p.31, disponível em: <https://issuu.com/valeparaibano/docs/maio_11_>

43 BRANCO, Sérgio – Memória e Esquecimento na Internet, 2017, Editora Arquipélago, p.32

44 BROTERO, José Maria de Avellar – A filosofia do direito constitucional. São Paulo, 2007, Editora Malheiros, p.63

45 BRANCO, Sérgio – Memória e Esquecimento na Internet, 2017, Editora Arquipélago, p.125

46 SOUSA, Danilo Dimas de - Crimes Virtuais Contra Honra, Vol. 1, p.59

47 Disponível em: <www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-vi-jornada/at_download/file>

Referências

BITTENCOURT, Cezar Roberto – **Tratado de Direito Penal**, 15ªEd., Editora Saraiva.

BRANCO, Sérgio – **Memória e Esquecimento na Internet**, 2017, Editora Arquipélago.

BROTERO, José Maria de Avellar – **A filosofia do direito constitucional**. São Paulo, 2007, Editora Malheiros.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 ao 361)**, Salvador, JusPODIVM, 2017.

DINIZ, Maria Helena – **Curso de direito civil brasileiro, teoria geral do direito civil**, 17ªEd, Saraiva, Vol. 1, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito Civil, Parte Geral, sinopses jurídicas**, 9ªEd, Saraiva, 2002.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Dos crimes contra a pessoa** – 20. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017 (livro digital).

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, Parte Especial**, 14ªEd, Editora Impetrus, 2017. (livro digital)

MARTINELLI, Marcelo Romão. **Privacidade e Redes sociais Virtuais**, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2017.

MONTEIRO, Washington de Barros – **Curso de Direito Civil, Parte Geral**, 45ªEd, Saraiva, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**, Vol. 2, Editora Gen, 2017 (livro digital).

SOUSA, Danilo Dimas de - **Crimes Virtuais Contra Honra**, Vol. 1.

HOSPITAL COLÔNIA DE BARBACENA: HOUE TORTURA E GENOCÍDIO?

Deise Santos Curt¹; Mayara Andrade Soares Carneiro²

RESUMO: O presente artigo busca relembrar os fatos ocorridos no Hospital Colônia de Barbacena, contracenando com a luta antimanicomial, que foi iniciada na Itália e ganhou projeção internacional com a visita do psiquiatra italiano Franco Basaglia ao Hospital, e pelo que foi exposto pela imprensa. Conseqüentemente, pelo legislativo através do Projeto de Lei nº 3.657/1989, que originou a Lei nº 10.216/2001. Também tenta-se relacionar o que fora vivenciado pelos internos com os crimes de tortura e genocídio, para isso utiliza-se a correlação entre os fatos ocorridos e as leis definidoras de tais tipos penais para saber se há possibilidade de tipificação. No que tange à metodologia, foram utilizadas vertentes jurídico-dogmáticas, à medida que será olhado para a norma jurídica e observado como ela opera no mundo real; fora analisado um objeto particular utilizando-se de premissas até se chegar a uma conclusão por meio de um raciocínio dedutivo; e, por fim, foi-se decomposto um problema de cunho jurídico em vários aspectos com a investigação científica jurídico descritiva.

PALAVRAS-CHAVES: Holocausto Brasileiro; hospital psiquiátrico de Barbacena; Direitos Humanos no Brasil; direitos dos portadores de transtornos mentais; reforma psiquiátrica.

1 Mestra em Direito da Sociedade da Informação pelas Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU. Especialista em Direito Médico e Hospitalar pela Escola Paulista de Direito - EPD. Enfermeira graduada pela Universidade de Mogi das Cruzes. Bacharela em Direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas. Membro do Grupo de Pesquisa "Biodireito e Sigilo" e Membro da Comissão de Direito Médico e da Saúde da OAB- Santo André/SP. Advogada. E-mail: deisecurt@gmail.com. CV: <http://lattes.cnpq.br/3114118621475022>. <https://orcid.org/0000-0002-2481-5322>.

2 Mestre em Direito da Sociedade da Informação, membro do Grupo de Pesquisa "Família, Grupos Sociais e Informação", ambos no Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil no Centro Universitário UniFacid Wyden (Teresina - PI). Advogada. Vice-presidente da Comissão de Direito Digital da OAB/PI. E-mail: mayaracarneir@gmail.com CV: <http://lattes.cnpq.br/3123942841476426>. <https://orcid.org/0000-0003-1139-4597>

HOSPITAL COLÔNIA FROM BARBACENA: WAS THERE TORTURE AND GENOCIDE?

ABSTRACT: This article seeks to recall the events that took place at the Hospital Colônia de Barbacena, opposing the anti-asylum fight that started in Italy and gained international projection during the visit of the Italian psychiatrist Franco Basaglia at the Hospital, and the press exposition. Consequently, by the legislature procedure through Bill n° 3,657/1989, which originated Law n° 10,216/2001. Attempts are also made to relate what was experienced by the inmates with the crimes of torture and genocide, for this purpose the correlation between the facts that occurred and the laws defining such criminal types is used to find out if there is a possibility of typification. Regarding with methodology, legal-dogmatics aspects were used, as it will be looked through legal norm and observed how it operates in the real world; a particular object had been analyzed using premises until a conclusion was reached through a deductive logic; finally, a problem of a juridical nature was decomposed in several aspects with the descriptive legal scientific investigation.

KEYWORDS: Brazilian Holocaust; Barbacena psychiatric hospital; Human Rights in Brazil; rights of people with mental disorders; psychiatric reform.

Introdução

O Hospital Colônia – Barbacena em Minas Gerais, foi fundado em 1903, como uma forma revolucionária de tratamento de doenças psiquiátricas no Brasil, que pretendia ser referência para o Mundo com a inserção da laborterapia no tratamento destas moléstias.

Diz-se que sua construção foi uma espécie de “presente de grego” dado à cidade de Barbacena que disputara com Belo Horizonte o título de capital do Estado, porém, mais tarde, acabou sendo conhecida como a “capital da loucura”, já que a cidade em determinado momento passou a ter mais pacientes internados do que população.

Em 1911, a instituição tornou-se um Hospital Colônia, onde o trabalho desenvolvido pelos pacientes era voltado à produção agrícola, pertencia à FEAP (Fundação Estadual de Assistência Psiquiátrica) e, depois, passou a pertencer a FHEMIG em 1977, com a criação da Fundação.

Inúmeras ofensas aos Direitos Humanos ocorreram durante anos no Hospital, pois aqueles que lá estavam internados não gozavam de direitos. Dessa forma, por mais que fossem seres humanos, eram esquecidos e tratados como animais. Foram necessárias diversas denúncias internacionais para que houvesse mudanças no Sistema Psiquiátrico Brasileiro. Não cabe aqui dizer se estas foram ou não efetivas no tratamento de doença mental, mas algo é certo: como eram tratados naquela época, não são mais.

O objetivo do presente trabalho é relacionar, através do método dedutivo, as condutas cometidas dentro do Hospital Colônia de Barbacena – Minas Gerais (atual Centro Hospitalar Psiquiátrico de Barbacena – CHPB), fundado em 1903 – de acordo com o retratado pela jornalista Daniela Arbex em seu livro “Holocausto Brasileiro”, com o

cometimento de ofensas aos Direitos Humanos das pessoas portadoras de doenças mentais, mesmo após a assinatura de tratados internacionais e Convenções pelo país, à meados dos anos oitenta, a luta antimanicomial³ que os elevou os portadores de doenças mentais a sujeitos de direitos até a criação do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

1 O HOSPITAL PSIQUIÁTRICO DE BARBACENA POR DANIELA ARBEX

Barbacena é um Município do Estado de Minas Gerais conhecido como a “Cidade dos Loucos”, já que devido ao grande número de pacientes psiquiátricos da cidade, houve um tempo em que havia mais “loucos” do que a população considerada “sã”. Hoje, o Hospital Colônia, criado em 1903, é conhecido como Centro Hospitalar Psiquiátrico de Barbacena – CHPB.⁴

Desde a sua inauguração, não havia critérios médicos para as internações, tudo era padronizado (inclusive os diagnósticos que não eram específicos para cada caso) e, estima-se que 70% das pessoas que ali estiveram internadas, de início não possuíam qualquer tipo de transtorno mental, o que se exacerbou na época da ditadura militar⁵, onde para lá eram enviados desafetos políticos e o local e houve blindagem de qualquer denúncia.⁶

Afirma Daniela Arbex⁷, que o Hospital Colônia foi transformado em local de destino para desafetos políticos, homossexuais, mães solteiras, alcoolistas, mendigos, negros, pobres, indigentes – ou seja, todos aqueles considerados indesejáveis para a sociedade – e também destino para “os insanos”.⁸ Tudo isso sustentado pela teoria eugenista que se queria livrar a sociedade da escória, desfazendo-se dela, de preferência onde ninguém pudesse ver.

As pessoas eram internadas à força e chegavam, em sua maioria, em trens, que ficaram conhecidos como “trens de doido”, expressão que ficou popular após a publicação do conto “Sorôco, sua mãe, sua filha” do livro “Primeiras estórias” do escritor Guimarães

3 O Movimento da Luta Antimanicomial brasileiro atua desde 1980, e defende a inserção da pessoa em sofrimento mental na sociedade, valorizando e garantindo seus direitos. Busca um tratamento humanizado, e vem conquistando espaço e avanços importantes, normativos e assistenciais que funcionam como peças chave na Reforma Psiquiátrica brasileira. SILVESTRE, Ana Carolina de Faria; ALMEIDA, Ana Fernanda Silva de. Do holocausto brasileiro à lei 10.216/01: uma análise da loucura no estado democrático de direito. *Ratio Juris*, v. 3, n. 1, jan./jun. 2020.

4 FASSHEBER, Vanessa Barreto; VIDAL, Carlos Eduardo Leal. Da tutela à autonomia: narrativas e construções do cotidiano em uma residência terapêutica. *Psicologia Ciência e Profissão*, v. 27, n. 2, p. 194-207, 2007.

5 ARBEX, Daniela. **Holocausto brasileiro: 50 anos sem punição**. 2011. Disponível em: <https://tribunademinas.com.br/noticias/cidade/20-11-2011/holocausto-brasileiro-50-anos-sem-punicao.html>. Acesso em: 20 out. 2020.

6 ARBEX, Daniela. **Holocausto brasileiro: vida, genocídio e 60 mil mortes no maior hospício do Brasil**. São Paulo: Geração Editorial, 2013, p. 13.

7 Daniela Arbex é jornalista e lançou em 2013 um livro-reportagem que trouxe à tona novamente toda a tragédia

ocorrida no Hospital Colônia com as fotos tiradas pelo fotógrafo Luiz Alfredo, fotógrafo da revista O Cruzeiro, em 1961.

8 *Ibidem*, p. 23.

Rosa, no qual o autor resgatou a situação dos trens que chegavam lotados de pessoas em Barbacena e popularizou a expressão entre os funcionários do Colônia.⁹

Outra parte chegava de viatura policial ou enviada de ônibus em busca de tratamento psiquiátrico. Muitos não sabiam onde estavam chegando, e nem sequer o motivo de ali estarem. Alguns chegaram no Hospital Colônia ainda crianças e só saíram mortos ou quando houve os movimentos da reforma psiquiátrica e de desinstitucionalização do doente mental nos anos 80.¹⁰ Porém, vários desastros ocorreram por muitos anos e permaneceram maquiados e que são importantes trazer para uma reflexão, vejamos.

Faltava comida (houve relatos de pacientes comiam ratos, pombos ou quaisquer outros animais que aparecessem para aqueles que ali estavam internados, e, a pouca comida que tinha era misturada com fubá para que fosse suficiente para todos); água potável (era necessário beber esgoto e urina); muitas vezes não havia roupas para os internos vestirem, logo passavam dias nus, não importando se homens, crianças ou mulheres, que ficavam a mercê de violência sexual); também não havia roupa de cama e espaço suficiente para que eles permanecessem.¹¹

Em 1930 a unidade já contava com problemas de superlotação e, em 1960, havia cerca de cinco mil pacientes em um hospital projetado para ter capacidade para apenas duzentos.¹² Em 1979, quando o jornalista Hiram Firmino, considerado o porta-voz dos pacientes de Barbacena, visitou o Hospital Colônia, constatou que em cada um dos dezesseis pavilhões havia apenas dois funcionários para cuidar de mais de duzentos internos.¹³

Uma solução adotada à falta de espaço foi a criação do “leito único”, oficialmente sugerida, pelo chefe do Departamento de Assistência Neuropsiquiátrica de Minas Gerais, José Consenso Filho, que consistia em substituir as poucas camas que já existiam por capim seco, que era espalhado sobre o chão de cimento, de modo que cerca de trezentos internos por pavilhão foram forçados a dormir entre ratos, insetos e até mesmo dejetos.¹⁴

Não era levado em conta a baixa temperatura de Barbacena, que fazia com que os internos dormissem uns em cima dos outros – lembrando-se da insuficiência de

9 *Ibidem*, p. 26.

10 *Ibidem*, p. 26-35.

11 “Fome e sede eram sensações permanentes no local onde o esgoto que cortava os pavilhões era fonte de água. Nem todos tinham estômago para se alimentarem de bichos, mas os anos no Colônia consumiam os últimos vestígios de humanidade. Além da alimentação racionada, no intervalo entre o almoço e o jantar, servidos ao meio-dia e às 5 horas da tarde, os pacientes não comiam nada. O dia começava com café, pão e manteiga distribuídos somente para os que estivessem em fila. A alimentação empobrecida não era a única a debilitar o organismo. Apesar de o café da manhã ser fornecido às 8 horas, três horas antes os pacientes já tinham que estar de pé. Eles seguiam para o pátio de madrugada, inclusive nos dias de chuva”. (*Ibidem*, p. 14, 42, 79).

12 *Ibidem*, p. 24.

13 *Ibidem*, p. 192.

14 *Ibidem*, p. 24.

vestimentas. Consequentemente, aqueles que ficavam embaixo, morriam de frio. Durante o dia, ficavam no pátio sem regiões cobertas, para que o pavilhão fosse lavado e as palhas sujas de dejetos humanos fossem trocadas ou secas ao sol para a noite serem novamente usadas.¹⁵

Essas internações em massa tinham respaldo legal pelo Decreto Presidencial nº 24.559 de 3 de julho de 1934 de Getúlio Vargas, que em seu artigo 11 permitia que outras autoridades, além de médicos psiquiatras, pedissem internação de pessoas consideradas “psicopatas, toxicômanos e intoxicados habituais”¹⁶:

Art. 11. A internação de psicopatas toxicômanos e intoxicados habituais em estabelecimentos psiquiátricos, públicos ou particulares, será feita:

a) por ordem judicial ou a requisição de autoridade policial;

b) a pedido do próprio paciente ou por **solicitação do cônjuge, pai ou filho ou parente até o 4º grau inclusive, e, na sua falta, pelo curador, tutor, diretor de hospital civil ou militar, diretor ou presidente de qualquer sociedade de assistência social, leiga ou religiosa, chefe do dispensário psiquiátrico ou ainda por algum interessado, declarando a natureza das suas relações com o doente e as razões determinantes da sua solicitação. [...] § 4º Os pacientes, cuja internação for requisitada pela autoridade policial, sem atestação médica serão sujeitos a exame na Seção de Admissão do Serviço de Profilaxia Mental, que expedirá, então, a respectiva guia. (grifo nosso)**

Estima-se que por dia, morriam em torno de dezesseis pacientes dentro do Hospital, número que dobrava nos meses de inverno. Seus corpos geralmente iam para o Cemitério da Paz (pertencente à Fundação Hospitalar de Minas Gerais, integrante do Colônia), em uma carrocinha própria para o transporte dos mortos por internos sobreviventes, ou tinham outro destino como a venda de seus corpos à Universidades do país, no qual muitos eram descritos como indigentes, mesmo possuindo registro civil durante a vida.¹⁷

Quando os pacientes chegavam ao Hospital, perdiam a sua identidade: “Quando elas chegaram ao Colônia, suas cabeças foram raspadas, e as roupas, arrancadas. Perderam o nome, foram rebatizadas pelos funcionários, começaram e terminaram ali.”¹⁸. As mulheres que eram internadas por terem engravidado de seus patrões, além de perder sua identidade, perdiam também o direito aos seus filhos: “Pelo menos trinta bebês foram roubados de suas mães. As pacientes conseguiam proteger sua gravidez passando fezes

15 “Homens, mulheres e crianças, às vezes, comiam ratos, bebiam esgoto ou urina, dormiam sobre capim, eram espancados e violados. Nas noites geladas da serra da Mantiqueira, eram atirados ao relento, nus ou cobertos apenas por trapos. Instintivamente faziam um círculo compacto, alternando os que ficavam no lado de fora e no de dentro, na tentativa de sobreviver. Alguns não alcançavam as manhãs”. (*Ibidem*, p. 14).

16 BRASIL. **Decreto nº 24.559, de 3 de julho de 1934**. Dispõe sobre a profilaxia dos serviços psiquiátricos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24559.htm. Acesso em: 28 out. 2020.

17 ARBEX, Daniela. **Holocausto brasileiro: vida, genocídio e 60 mil mortes no maior hospício do Brasil**. São Paulo: Geração Editorial, 2013. p. 67-68

18 *Ibidem*, p. 13.

sobre a barriga para não serem tocadas. Mas, logo depois do parto, os bebês eram tirados de seus braços e doados”¹⁹.

A eletroconvulsoterapia é utilizada desde 1938 para tratamento de doenças mentais²⁰, mas seu uso foi bastante controverso no Hospital Colônia de Barbacena, à medida que sua aplicação não exigia anestesia geral, ou qualquer relaxante muscular para amenizar as convulsões, além de contar com características punitivas semelhantes à tortura.²¹

O eletrochoque era usado como objeto de estudo médico sem qualquer discriminação ou indicação. Qualquer funcionário do hospital poderia realizar o procedimento, muitas vezes com ajuda de pacientes. Existiam sessões de treinamento e, se o paciente morria, era embrulhado, colocado no canto e logo traziam outro paciente para o procedimento.²²

O Hospital Colônia também alimentou a indústria de venda de corpos no Brasil. De acordo com Daniela Arbex, cerca de dois mil corpos foram vendidos como indigentes entre os anos de 1969 e 1980 para dezessete faculdades de medicina no país:²³

Os pacientes do Colônia morriam de frio, de fome, de doença. Morriam também de choque. Em alguns dias, os eletrochoques eram tantos e tão fortes, que a sobrecarga derrubava a rede do município. Nos períodos de maior lotação, dezesseis pessoas morriam a cada dia. Morriam de tudo — e também de invisibilidade. Ao morrer, davam lucro. Entre 1969 e 1980, 1.853 corpos de pacientes do manicômio foram vendidos para dezessete faculdades de medicina do país, sem que ninguém questionasse. Quando houve excesso de cadáveres e o mercado encolheu, os corpos foram decompostos em ácido, no pátio do Colônia, na frente dos pacientes, para que as ossadas pudessem ser comercializadas. Nada se perdia, exceto a vida.²⁴

No documentário “Em Nome da Razão”, Helvécio Rattton mostrou o cotidiano dos pacientes do Hospital Colônia de Barbacena, e expõe o uso de medicamentos, eletrochoque e lobotomias feitos de forma indiscriminada e de maneira punitiva aos internos, muitos deles sem doença mental alguma, por se manifestarem contra todas as injustiças que sofriam no confinamento hospitalar. Denunciou, também, o ócio como principal atividade exercida diariamente pelos “confinados”.²⁵ O documentário foi de enorme contribuição à Luta antimanicomial, que iria ser iniciada em seguida.

19 *Ibidem*, p. 14.

20 ABRAMS, Richard. **Electroconvulsive Therapy**. 4 th. ed. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 6.

21 ARBEX. *Op. Cit.*, p. 32.

22 *Ibidem*, p. 33-34.

23 *Ibidem*, p. 67.

24 *Ibidem*, p. 14.

25 EM nome da razão: um filme sobre os porões da loucura. Direção de Helvécio Rattton. 1979. (25min).

2 COMO TUDO MUDOU

Somente após o período da ditadura a imprensa começou a expor o que, de fato, acontecia no Hospital Colônia. Ainda em 1961, a rotina do hospício foi contada na revista *O Cruzeiro* sob o título “A sucursal do inferno”, pelo fotógrafo Luiz Alfredo e pelo repórter José Franco.²⁶ Em 1979, o repórter Hiram Firmino e a fotógrafa Jane Faria publicaram a reportagem “Os porões da loucura”, no Estado de Minas.²⁷ No mesmo ano, o documentário *Em nome da razão*, de Helvécio Ratton, foi lançado, representando um grande marco para a Luta antimanicomial, como dito.²⁸

Iniciada na Itália, impulsionada pelas ideias críticas do psiquiatra Franco Basaglia, o movimento da “Luta Antimanicomial” nasce marcado pela ideia de defesa dos Direitos Humanos e resgate da cidadania dos que possuem transtornos mentais. Dessa luta, em 1970, no Brasil, nasceu o movimento da “Reforma Psiquiátrica”, com a mobilização dos profissionais da saúde mental e dos familiares de pacientes com transtornos mentais a partir da busca pela “cidadania do louco”²⁹.

Franco Basaglia, psiquiatra italiano referência na luta antimanicomial, quando visitou o Hospital Colônia de Barbacena em 1979, o comparou a um campo de concentração nazista: “Estive hoje num campo de concentração nazista. Em lugar nenhum do mundo, presenciei uma tragédia como esta”³⁰. A projeção internacional que a declaração de Basaglia causou fez com que o município tomasse medidas que começaram a tender à reestruturação do modelo assistencial, como “a criação de uma unidade específica para atendimentos a pacientes agudos, um ambulatório e diversos módulos residenciais dentro do próprio CHPB.”³¹

Em 1989, o então Deputado Paulo Delgado, através do Projeto de Lei nº 3.657 que “Dispõe sobre a extinção progressiva dos manicômios e sua substituição por outros recursos assistenciais e regulamenta a internação psiquiátrica compulsória”³², buscou impulsionar o movimento. Foi um documento com apenas três artigos, mas que revolucionou antes mesmo de sua aprovação as práticas em saúde mental. Inicialmente, previu a proibição de

26 FRANKLIN, Camila Fortes Monte. Loucura, discurso e política: Um estudo da matéria jornalística “A sucursal do inferno” na revista *O Cruzeiro* referente ao Hospital de Barbacena – MG. **Revista Opinião Filosófica**, Porto Alegre, v. 8, n. 2, p. 279-299, 2017.

27 SILVA, Vera Lúcia de Oliveira e. Holocausto brasileiro. **Revista Iátrico**, p. 56-57, 2014.

28 ASSIS, Aramis. **Olho no breu**. [s.l.]: [s.n.], [s.d.]. p. 2.

29 TENÓRIO, Fernando. A reforma psiquiátrica brasileira, da década de 1980 aos dias atuais: história e conceitos. **História, Ciências, Saúde – Manguinhos**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 25-59, jan./abr. 2002.

30 VARGAS, Rodrigo Gindre *et al.* Os porões da loucura: o holocausto de Barbacena. **Interdisciplinary Scientific Journal**, v. 3, n. 5, out./dez. 2016.

31 FASSHEBER, Vanessa Barreto; VIDAL, Carlos Eduardo Leal. Da tutela à autonomia: narrativas e construções do cotidiano em uma residência terapêutica. **Psicologia Ciência e Profissão**, v. 27, n. 2, p. 194-207, 2007.

32 BRASIL. **Projeto de Lei nº 3.657, de 1989**. Dispõe sobre a extinção progressiva dos manicômios e sua substituição por outros recursos assistenciais e regulamenta a internação psiquiátrica compulsória. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD29SET1989.pdf#page=30>. Acesso em: 21 out. 2020.

criação ou contratação de mais hospitais de longa permanência pelo poder público, depois, previu o direcionamento de recursos financeiros para tratamentos não manicomial. O projeto foi aprovado após dez anos e diversas alterações no texto originou e ensejou a conhecida Lei da Reforma Psiquiátrica, a Lei nº 10.216 de 2001, com elementos essencialmente antimanicomiais.³³

A Declaração de Caracas, divulgada pela Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS) e Organização Mundial da Saúde (OMS), à qual o Brasil é signatário, propunha a reestruturação da assistência psiquiátrica³⁴; e, somente em 2001, entrou em vigor a Lei nº 10.216 (também conhecida como Lei da Reforma Psiquiátrica), resultado do projeto de Delgado, que “Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental”³⁵, foi aprovada e originou a Política de Saúde Mental, que visa garantir cuidado ao paciente em serviços substitutivos aos hospitais psiquiátricos, sem isolar o paciente da sociedade e da família. Ainda propõe a desinstitucionalização dos pacientes internados em hospitais de longa permanência.

Esta Lei representou para o Brasil um divisor de águas na forma como os pacientes portadores de doenças mentais eram tratados, garantido um tratamento adequado às suas necessidades, com humanidade e respeito, protegendo-as de quaisquer forma de abuso; além de buscar a “não discriminação quanto à raça, cor, sexo, orientação sexual, religião, opção política, idade, família, nacionalidade, recursos econômicos e ao grau de seu transtorno, além de qualquer outra forma de discriminação”³⁶.

Segundo a Lei, mesmo nos casos de internação involuntária, o pedido deverá ser realizado por médico psiquiatra; e nos casos de internação compulsória, o juiz competente só poderá autorizar depois de pedido formal de médico que ateste que pessoa não tem domínio sobre a própria condição psicológica e física. Ou seja, busca-se findar os casos de internação involuntária ou compulsória sem diagnóstico médico, e tratamentos padronizados.

Veja-se que havia concomitantemente à legislação brasileira e história do Hospital Colônia, diversas leis, convenções e tratados internacionais de Direitos Humanos que de nada serviram para garantir a dignidade dos pacientes.

Durante a II Guerra Mundial, várias atrocidades e experimentos científicos foram realizados com judeus, negros etc., nos campos de concentração nazista. Essas atrocidades

33 CONFESSOR JÚNIOR, Waldeci Gomes. A internação compulsória no contexto da reforma psiquiátrica brasileira. *Revista Jus Navigandi*, a. 15, n. 2529, 4 jun. 2010.

34 MACHADO, Ana Lúcia. Reforma psiquiátrica e mídia: representações sociais na Folha de S. Paulo. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 483-491, jun. 2004.

35 BRASIL. **Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001**. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110216.htm. Acesso em: 21 out. 2020.

36 SILVESTRE, Ana Carolina de Faria; ALMEIDA, Ana Fernanda Silva de. Do holocausto brasileiro à lei 10.216/01: uma análise da loucura no estado democrático de direito. *Ratio Juris*, v. 3, n. 1, jan./jun. 2020.

foram objeto de condenação de vários Alemães através do Tribunal de Nuremberg. Após, foi criado o Código de Nuremberg, que proibiu a participação de seres humanos em experimentos científicos sem o seu consentimento.³⁷

Em 1948, foi elaborada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, onde o foco principal era a promoção da Dignidade da Pessoa Humana. Ela previu que cada indivíduo tem direito à vida, à liberdade e segurança pessoal, bem como proíbia a tortura e tratamentos cruéis desumanos ou degradantes. Todavia, não foi suficiente para garantir os direitos daqueles que foram considerados os crônicos sociais.³⁸

A Associação Médica Mundial, reviu o Código de Nuremberg em 1964 através da Declaração de Helsinque que estabeleceu princípios éticos para a pesquisa com seres humanos. A questão do consentimento para os sujeitos envolvidos nestas pesquisas foi tão importante, que foram dedicados oito artigos especificamente para tal (do 25 ao 32), inclusive para as práticas médicas não comprovadas (art. 37).³⁹

Em 1971, a Resolução nº 2.856 proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas trouxe a Declaração de Direitos de Pessoas com Deficiência Mental, que, além de assegurar o direito a tratamento médico adequado, os incluiu dentro do rol de pessoas de direitos e deveres Cíveis (com direito ao trabalho remunerado, moradia, educação, saúde *etc.*) e assegurou o seu direito à dignidade.⁴⁰ Ressaltam-se os artigos 1º e o artigo 6º:

O artigo 1º dessa Declaração, deixou claro que os deficientes mentais também se valem dos direitos dos outros seres humanos e o artigo 6º os protege de exploração e tratamento degradante, cabendo-lhe direitos caso isso não se seja dado:

ARTIGO 1 O deficiente mental deve gozar, no máximo grau possível, os mesmos direitos dos demais seres humanos. [...] ARTIGO 6 (primeira parte) O deficiente mental deve ser protegido de toda exploração e de todo abuso ou tratamento degradante. ARTIGO 6 (segunda parte) No caso de ser um deficiente objeto de ação judicial ele deve ser submetido a um processo justo, em que seja levado em plena conta seu grau de responsabilidade, de acordo com suas faculdades mentais.⁴¹

Ou seja, o artigo 1º dessa Declaração, deixa claro que os deficientes mentais também se valem dos direitos dos outros seres humanos, enquanto o artigo 6º os protege de exploração e tratamento degradante, além de os garantir um processo justo – quando participante de ação judicial, sempre levando-se em conta suas faculdades mentais.

37 CREMESP. CENTRO DE BIOÉTICA DO CREMESP. **Código de Nuremberg**. Disponível em: <http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=DiretrizesDeclaracoesIntegra&id=2>. Acesso em: 28 out. 2020.

38 ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 28 out. 2020.

39 ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL. **Declaração de Helsinque**. Disponível em: <http://ispup.up.pt/docs/declaracao-de-helsinquia.pdf>. Acesso em: 28 out. 2020.

40 Para ver mais, acesse: <http://www.faders.rs.gov.br/legislacao/6/41>

41 Para ver mais, acesse: <http://www.faders.rs.gov.br/legislacao/6/41>

A Comissão Nacional para a Proteção dos Interesses Humanos em Pesquisa Biomédica e Comportamental (*Nacional Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*), em 1978 publicou o Relatório de Belmonte, contendo três princípios básicos da bioética, como: respeito pelas pessoas (autonomia), beneficência (fazer o bem) e justiça.⁴² Em 1979, o princípio da não-maleficência (não fazer o mal), foi incluso na obra *Principles of biomedical Ethics*, de Tom Beauchamp e James Childress. Sendo este princípio um “desdobramento da beneficência, por conter a obrigação de não acarretar dano intencional e por derivar da máxima da ética médica: *primum non nocere*”.⁴³

O princípio da Autonomia é bem destacado no Código de Ética médica brasileiro nos artigos 24 e 31, dele decorrendo a exigência do consentimento livre, informado e esclarecido para a tomada de decisão dos pacientes nos tratamentos de saúde e pesquisas. Somente após devido esclarecimento sobre tratamento, prognóstico e razões, para, somente então, poder tomar a decisão.⁴⁴ Através da Recomendação 1/2016, o Conselho Federal de Medicina “Dispõe sobre o processo de obtenção de Consentimento Livre e Esclarecido na Assistência Médica”, deixando claro que a devida informação deve ser prestada antes da obtenção do consentimento.⁴⁵

Em 2015, foi sancionado o Estatuto da Pessoa com Deficiência, que garantiu, dentre outros direitos, o direito às pessoas com deficiência de consentirem ou não com tratamentos médicos e experimentos científicos, competindo ao poder público a garantir a dignidade da pessoa com deficiência ao longo de sua vida, devendo adotar medidas que promovam sua proteção e segurança.⁴⁶

Para o Código Civil, a capacidade é a aptidão necessária que um indivíduo possui para exercer pessoalmente atos da vida civil, sendo considerados a) capazes os maiores de 18 anos; b) relativamente capazes os que possuem entre 16 e 18 anos; os ébrios habituais ou viciados em tóxicos; aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; e os pródigos (que deverão ser assistidos) e; c) incapazes os menores de 16 anos (que deverão ser representados).

42 VIANA, Rui Geraldo Camargo; MARCHI, Maria Àurea Hebling de. Biodireito, biotecnologia e bioética: um caminho comum. IN: SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva; SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni (coord.); SILVA, Anna Paula Soares da; BERGSTEIN, Gilberto (org). **Biotechnologia, direito e liberdades individuais: novas fronteiras da ciência jurídica**. v. 2. Indaiatuba, SP: Foco, 2019. p. 10.

43 DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 39.

44 CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**: Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2019.

45 CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Recomendação n. 1/ 2016. **Dispõe sobre o processo de obtenção de Consentimento Livre e Esclarecido na Assistência Médica**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/recomendacoes/BR/2016/1>. Acesso em: 28 out. 2020.

46 BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 28 out. 2020.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei nº 13.146 de 6 de julho de 2015, proveniente de diversas Convenções e tratados internacionais, garantiu o direito a autonomia para os portadores de deficiência mental ao alterar dispositivos do Código Civil e passar a considerá-los como plenamente capazes.⁴⁷ Essa alteração assegurou a autonomia e a capacidade desses cidadãos para exercerem atos da vida civil em igualdade com os demais indivíduos.⁴⁸

O art. 6º do Estatuto diz que “a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa” e ratificou em seu art. 18, § 20, a garantia do direito à autonomia dos portadores de deficiência, na participação no plano de assistência à sua saúde.⁴⁹ Assim assegura Mariana Alves Lara que “só poderá ser considerado relativamente incapaz, excepcionalmente naquelas situações em que, de fato, ele não consiga exprimir a sua vontade”⁵⁰.

O art. 11 da Lei diz que “A pessoa com deficiência não poderá ser obrigada a se submeter a intervenção clínica ou cirúrgica, a tratamento ou a institucionalização forçada”, bem como traz a obrigatoriedade da obtenção prévia de consentimento informado, livre e esclarecido para tratamentos, procedimentos, hospitalização e pesquisa científica mesmo para aqueles em condições de curatela, que deverá ser exercida em grau mínimo (exercido através do instituto da tomada de decisão apoiada). O atendimento sem consentimento prévio somente ocorrerá em casos de risco de morte ou emergência em saúde, com resguardo do seu superior interesse e com salvaguardas legais cabíveis e as pesquisas científicas, somente poderão ser realizadas se existirem indícios de benefícios diretos à saúde do curatelado e desde que não haja outras pesquisas sendo realizadas com pessoas não curateladas.⁵¹

A partir do Estatuto da Pessoa com deficiência houve alteração no Código Civil brasileiro e houve a inclusão do artigo 1.783-A, que trata do instituto da Tomada de Decisão Apoiada, um processo no qual a “pessoa com deficiência escolhe duas ou mais pessoas para auxiliá-la na tomada de decisões da vida civil e sendo essa assistência delimitada conforme

47 MALHEIRO, Emerson Penha; CALUMBI, Deise Santos Curt. O Influxo do Direito Internacional dos Direitos Humanos nas Regras de Tutela Dos Interesses Dos Deficientes Mentais no Cenário de Direito do Brasil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 999, n.108, p. 27-42, jan. 2019, p. 38.

48 AMORIM, Denise Souza; FUJITA, Máira de Oliveira Lima Ruiz; CARNEIRO, Mayara Andrade Soares Carneiro. A inclusão digital da pessoa com deficiência na sociedade da informação: breves considerações acerca da acessibilidade e das barreiras. IN: VIGLIAR, José Marcelo. (Coord). **Pessoa com deficiência**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 149.

49 BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 22 out. 2020.

50 LARA, Mariana Alves. Em Defesa da Restauração do Discernimento Como Critério Para a Incapacidade de Fato. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 19, p. 39-61, jan./mar. 2019, p. 41.

51 BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 28 out. 2020.

caso concreto”, de modo que os apoiadores não decidem pela pessoa, apenas a auxiliam para que esta decida por si.⁵²

A via judicial define e homologa quem serão os apoiadores e em quais situações deverão participar. Nesta situação, participam o Ministério Público (mesmo a pessoa apoiada sendo considerada, agora, capaz pelo Código Civil, o juiz, e uma equipe multidisciplinar. O objetivo do instituto é promover a inclusão social destas pessoas. A base da Lei (Estatuto) é a Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, que “apesar de ratificado em 2009, somente entrou em nosso ordenamento jurídico em 2015, o que mostra o descaso do Brasil no trato às pessoas com deficiência”.⁵³

O Código de Ética Médica, trazido pela Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.217 de 2018, garante a autonomia da vontade do paciente⁵⁴ - sendo este, inclusive, um dos pilares da bioética⁵⁵ - e veda que o médico desrespeite o interesse e a integridade do paciente recolhido em unidade contra sua vontade.⁵⁶

3 TORTURA E GENOCÍDIO

Levando-se em consideração os fatos ocorridos no Hospital desde sua criação até os movimentos da Reforma psiquiátrica e a Lei nº 10.216 que somente foi promulgada em abril de 2001, resta saber a possibilidade de ser atribuído o crime de tortura à tudo que lá dentro ocorreu. Para que isso seja feito, é importante que se discuta, *a priori*, acerca da definição de tortura.

A Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, que entrou em vigor no Brasil através do Decreto nº 40 de 12 de fevereiro de 1991, tenta definir o significado de tortura:

ARTIGO 1º

1. Para os fins da presente Convenção, o termo "tortura" designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou

52 CURT, Deise Santos; FERREIRA, Luís Filipe Fernandes; HORAS, Matheus dos Santos. A tomada de decisão apoiada na sociedade da informação. IN: VIGLIAR, José Marcelo. (Coord.) **Pessoa com deficiência**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 116-117.

53 *Ibidem*, p. 116-117.

54 CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**: Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2019. p. 11.

55 UGARTE, Odile Nogueira; ACIOLY, Marcus André. O princípio da autonomia no Brasil: discutir é preciso... **Revista do Colégio Brasileiro de Cirurgiões**, v. 41, n. 5, p. 274-277, 2014.

56 CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**. *Op. cit.*, p. 25-26.

com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.⁵⁷

O Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, que promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, afirma, no Artigo 7 que “Ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médias ou científicas”⁵⁸.

Finalmente, a Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997 define os crimes de tortura⁵⁹. E, da análise do primeiro artigo, percebe-se a gravidade do crime: a possibilidade de uma pena de reclusão; a possibilidade de causas de aumento de pena (podendo a chegar a um aumento de até um terço da pena); não obstante, o crime de tortura é inafiançável, e insuscetível e graça ou anistia:

Art. 1º Constitui crime de tortura: [...] II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. Pena - reclusão, de dois a oito anos. § 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal. § 2º Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos. § 3º Se resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de quatro a dez anos; se resulta morte, a reclusão é de oito a dezesseis anos. § 4º Aumenta-se a pena de um sexto até um terço: I - se o crime é cometido por agente público; II - se o crime é cometido contra criança, gestante, portador de deficiência, adolescente ou maior de 60 (sessenta) anos; III - se o crime é cometido mediante seqüestro.⁶⁰

Para José Afonso da Silva, “A tortura não é só um crime contra o direito à vida. É uma crueldade que atinge a pessoa em todas as suas dimensões, e a Humanidade como um todo”⁶¹. Ainda define tortura: “Trata-se de um conjunto de procedimentos destinado a forçar, com todos os tipos de coerção física e moral, a vontade de um imputado ou de outro

57 BRASIL. **Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991**. Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0040.htm. Acesso em: 21 out. 2020.

58 BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 21 out. 2020.

59 Ressalta-se, contudo que o crime de tortura é precriável. Considerando que as atividades do Hospital Colônia de de Barbacena se encerraram por volta de 1980, a maioria dos crimes ali cometidos (senão todos) já prescreveram no corrente ano.

60 BRASIL. **Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997**. Define os crimes de tortura e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19455.htm. Acesso em: 21 out. 2020.

61 SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 88.

sujeito, para admitir, mediante confissão ou depoimento, assim extorquidos, a verdade da acusação”⁶².

Como a Lei nº 9.455 que define os crimes de tortura é de 1997, ela não poderia retroagir. No entanto, a Declaração Universal Dos Direitos Humanos, proclamada pela Resolução 217–A da Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris em 10 de dezembro de 1948 afirma, no artigo 5, que “Ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”⁶³.

Para reforçar todo o entendimento já exposto, a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, *caput* e inciso III afirma:

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:[...] III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.⁶⁴

Dessa forma, é garantido não só a inviolabilidade do direito à vida e à liberdade, mas garante-se também a igualdade, a segurança, e que ninguém será submetido a tortura ou a tratamento desumano ou degradante; o que vai de encontro ao que os internos do Hospital Colônia de Barbacena viviam diariamente. Não obstante, o artigo 5º prossegue, desta vez no inciso XLII “ a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.”⁶⁵

Para Eduardo Luiz Santos Cabette, nenhuma definição até então sobre o crime de tortura realmente foi suficiente para tipificar casos como sendo tal, pois em todos existem ideias vagas e muitas lacunas, tanto nas leis e jurisprudências quanto na doutrina. Nesses casos, existem menções sobre penas e sua prática, mas não a sua tipificação.⁶⁶ Dessa forma, de acordo com o princípio do *in dubio pro reo*, não é permitida analogia para prejudicar o acusado e, de acordo com o princípio da legalidade penal, previsto no inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição da República “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”⁶⁷.

62 *Ibidem*, p. 87.

63 Para ver mais, acesse: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>

64 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 out. 2020.

65 *Ibidem*.

66 CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Conceito de tortura na legislação brasileira**. 2012. Disponível em:

<https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/121937572/conceito-de-tortura-na-legislacao-brasileira>. Acesso em: 21 out. 2020.

67 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 out. 2020.

Eduardo Luiz Santos Cabette acredita que a descrição do crime de tortura é genérica, “criando o que se convencionou chamar de “tipo aberto”, gerador de insegurança jurídica e infringente do Princípio da Legalidade (art. 5º, II e XXXIX, CF e art. 1º, CP)”⁶⁸. O autor cita o médico legista Carlos Delmonte no sentido de que não seria tão difícil para o legislador tipificar o crime de tortura de forma específica. Assim, relaciona as práticas mais frequentes de tortura:

1) pancadas, socos e golpes com objetos e sacos de areia, na cabeça, no dorso e genitais; 2) ameaças e humilhação; 3) aplicação de eletricidade em boca, orelhas, dorso, dedos, genitais, ânus e períneo; 4) venda nos olhos; 5) execução simulada; 6) testemunhar torturas; 7) asfixia por submersão (“submarino”); 8) isolamento por mais de 48 horas (confinamento); 9) restrição alimentar por mais de 48 horas; 10) restrição e impedimento de sono; 11) suspensão pelas mãos e pés em grandes dispositivos tipo roda (“bandeira”) ou em paus-de-arara; 12) estupro e outras violências sexuais, incluindo mutilação genital; 13) suspensão (“crucificação”); 14) queimaduras com cigarros, óleos e objetos quentes e ácidos e similares; 15) pancadas nas solas dos pés com varas ou similares (“falange”); 16) contenção com cordas ou similares; 17) golpes simultâneos nas orelhas (“telefone”); 18) posição ou atitude forçada por horas ou dias; 19) arremesso de fezes ou urina; 20) administração forçada de drogas ou fármacos; 21) tração nos cabelos; 22) aplicação subungueal de agulhas; 23) privação de água e oferecimento de água suja, com sal ou sabão; 24) extração forçada de dentes; 25) impedimentos ou embaraços à evacuação de fezes e de urina; 26) impedimentos de cuidados médicos; 27) espancamentos diversos.⁶⁹

O código penal não permite por analogia a tipificação de um crime que possa causar prejuízo ao réu (*in dubio pro reo*), ou seja, por não haver a descrição do crime de tortura para crimes que não foram cometidos em época de guerra ou para obtenção de confissão, não se permite a analogia para que isso seja tipificado.

Pedro Lenza cita o Recurso Extraordinário 351.487/RR70, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, falando de um crime de genocídio cometido no país, mostrando que “o

68 CABETTE. Op. Cit.

69 CABETTE. Op. Cit.

70 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Recurso Extraordinário 351.487/RR**. 1. CRIME. Genocídio. Definição legal. Bem jurídico protegido. Tutela penal da existência do grupo racial, étnico, nacional ou religioso, a que pertence a pessoa ou pessoas imediatamente lesionadas. Delito de caráter coletivo ou transindividual. Crime contra a diversidade humana como tal. Consumação mediante ações que, lesivas à vida, integridade física, liberdade de locomoção e a outros bens jurídicos individuais, constituem modalidade executórias. Inteligência do art. 1º da Lei nº 2.889/56, e do art. 2º da Convenção contra o Genocídio, ratificada pelo Decreto nº 30.822/52. O tipo penal do delito de genocídio protege, em todas as suas modalidades, bem jurídico coletivo ou transindividual, figurado na existência do grupo racial, étnico ou religioso, a qual é posta em risco por ações que podem também ser ofensivas a bens jurídicos individuais, como o direito à vida, a integridade física ou mental, a liberdade de locomoção etc.. 2. CONCURSO DE CRIMES. Genocídio. Crime unitário. Delito praticado mediante execução de doze homicídios como crime continuado. Concurso aparente de normas. Não caracterização. Caso de concurso formal. Penas cumulativas. Ações criminosas resultantes de desígnios autônomos. Submissão teórica ao art. 70, caput, segunda parte, do Código Penal. Condenação dos réus apenas pelo delito de genocídio. Recurso exclusivo da defesa. Impossibilidade de reformatio in peius. Não podem os réus, que cometeram, em concurso formal, na execução do delito de genocídio, doze homicídios, receber a pena destes além da pena daquele, no âmbito de recurso exclusivo da defesa. 3. COMPETÊNCIA CRIMINAL. Ação penal. Conexão. Concurso formal entre genocídio e homicídios dolosos agravados. Feito da competência da Justiça Federal. Julgamento cometido, em tese, ao

bem jurídico tutelado no crime de genocídio, mesmo na hipótese de morte, não é a vida e sim a existência de um grupo nacional, étnico, racial ou religioso”. Informação presente na seguinte citação:

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário 351.487/RR, fixou entendimento de que a realização de mais de uma das condutas previstas na Lei n. 2.889/56, em uma de suas alíneas ou em várias delas, constitui crime **único** de genocídio (no julgado em questão, garimpeiros que mataram 12 índios da tribo Yanomami foram condenados por crime único de genocídio). De acordo com a Corte Suprema, o bem jurídico tutelado no crime de genocídio, mesmo na hipótese de morte, não é a vida e sim a existência de um grupo nacional, étnico, racial ou religioso.

A lesão à vida, à integridade física, à liberdade de locomoção etc., ainda de acordo com aquele julgado, são **meios** de ataque ao bem jurídico tutelado, que, nos diversos tipos de ação genocida, não se confundem com os bens primários também lesados por essas ações instrumentais, **não sendo**, assim, **absorvidos por aquele**.

Em suma, decidiu o Supremo Tribunal Federal que o correto seria a punição por 12 crimes de homicídio além de um crime de genocídio. Em face da conexão, o julgamento em tais casos deve se dar perante o Tribunal do Júri.⁷¹ (**grifos do autor**)

No caso deste artigo, pode-se muito bem dizer, que de alguma forma, os doentes mentais, alcoólatras e outros segregados sociais que eram mantidos privados de liberdade dentro de uma instituição onde morriam em média 16 pessoas por dia, com cemitério próprio, sem chance de obter de alguma forma sua liberdade (ou de dignidade) e tudo o que já foi descrito que ocorria, podendo o que ocorreu ser enquadrado também no tipo legal Genocídio, descrito pela Lei nº 2.889, de 01 de outubro de 1956:

Art. 1 - Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:

- a) matar membros do grupo;
- b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física ou parcial;
- d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;
- e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.

Será punido:

com as penas do artigo 121, parágrafo segundo, do Código Penal, no caso da letra "a"

com as penas do artigo 129, parágrafo segundo, no caso da letra "b"

com as penas do artigo 271, no caso da letra "c"

com as penas do artigo 125, no caso da letra "d"

com as penas do artigo 148, no caso da letra "e".

Não se pode deixar de notar que o grupo de pacientes do Hospital Colônia de Barbacena, por mais heterogêneo que fosse, tinham algo em comum: causavam repulsa na

tribunal do júri. Inteligência do art. 5º, XXXVIII, da CF, e art. 78, I, cc. art. 74, § 1º, do Código de Processo Penal. Condenação exclusiva pelo delito de genocídio, no juízo federal monocrático. Relator: Min. Cezar Peluso, 03 de agosto de 2006. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur91356/false>. Acesso em: 21 out. 2020.

71 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

sociedade, e, por este motivo, achou-se justo excluí-los da convivência comum. O objetivo do tratamento para com esses indivíduos era justamente o descrito no tipo do genocídio, supra. Matava-se; causavam-se lesões físicas e mentais; as condições de existência a que esse grupo era submetido eram destrutivas; buscava-se verdadeiramente exterminar os integrantes daqueles que pertenciam ao grupo de pacientes do Hospital.

Conclusão

Não houve nenhum tipo de punição ou reparo às vítimas e familiares das vítimas das mortes e das outras atrocidades do Hospital Colônia até os dias atuais. Muitos crimes prescreveram, mas entende-se que Genocídio seja um crime imprescritível. Existem ainda sobreviventes que vivem com as marcas do passado, vivendo alguns em suas casas, outros em Comunidades Terapêuticas na própria cidade de Barbacena.

Em torno de sessenta mil pessoas morreram dentro do Hospital Colônia. Um cemitério abandonado e abarrotado de corpos de ex pacientes que morriam sem jamais reencontrar suas famílias. Morriam de frio, de fome, de doenças por falta de tratamento médico.

Os motivos para internação, incluindo a alienação como forma de tirar os doentes mentais do convívio social, já citados neste presente trabalho, a alta hospitalar que nunca existia para muitos que chegavam e permaneciam sem diagnóstico de doença mental, a omissão de todos que por lá passaram, os abusos no uso de eletrochoque e lobotomias, a fome, a ausência de roupas, ausência de intimidade e lazer geraram a degradação da humanidade e da vida de muitas pessoas que lá estiveram, pode se haver neste caso a tipificação do crime de Genocídio.

Não se pode esquecer dos crimes de tortura vivenciados no Hospital, das submissões a intensos sofrimentos físicos e mentais de caráter punitivo; das consequências dessas punições, que geravam lesões corporais e psicológicas de caráter permanente no indivíduo; e não importava se era criança, jovem, adulto, idoso, pessoa com deficiência, ou pessoa com doença mental, o tratamento era padronizado e sem diagnóstico médico. Talvez se faz necessária uma reflexão acerca da Lei de Tortura (Lei nº 9.455/1907) no sentido de tipificar o crime de tortura de forma mais específica.

A tortura também foi um meio para se atingir outros crimes como maus tratos, abuso de autoridade, e o genocídio. Afinal, dezesseis mortes por dia sem intervenção externa ou denúncia durante tanto tempo não pode ser considerado não intencional. Faz-se necessário, também, destacar a importância da dignidade da pessoa humana, que sempre deverá prevalecer, principalmente diante de situações como a do Hospital Colônia de Barbacena, que ocasionou essa espécie de Holocausto com doentes mentais (mais de 60 mil mortos), para que não se permita que eventos assim ocorram novamente.

Referências

ABRAMS, Richard. **Electroconvulsive Therapy**. 4 th. ed. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 6.

AMORIM, Denise Souza; FUJITA, Maíra de Oliveira Lima Ruiz; CARNEIRO, Mayara Andrade Soares Carneiro. A inclusão digital da pessoa com deficiência na sociedade da informação: breves considerações acerca da acessibilidade e das barreiras. IN: VIGLIAR, José Marcelo. (Coord). **Pessoa com deficiência**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 149.

ARBEX, Daniela. **Holocausto brasileiro**: 50 anos sem punição. 2011. Disponível em: <https://tribunademinas.com.br/noticias/cidade/20-11-2011/holocausto-brasileiro-50-anos-sem-punicao.html>. Acesso em: 20 out. 2020.

ARBEX, Daniela. **Holocausto brasileiro**: vida, genocídio e 60 mil mortes no maior hospício do Brasil. São Paulo: Geração Editorial, 2013.

ASSIS, Aramis. **Olho no breu**. [s.l.]: [s.n.], [s.d.].

ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL. **Declaração de Helsinque**. Disponível em: <http://ispup.up.pt/docs/declaracao-de-helsinquia.pdf>. Acesso em: 28 out. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.455, de, de 15 de fevereiro de 1991**. Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0040.htm. Acesso em: 21 out. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 24.559, de 3 de julho de 1934**. Dispõe sobre a profilaxia dos serviços psiquiátricos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24559.htm. Acesso em: 28 out. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 21 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997**. Define os crimes de tortura e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9455.htm. Acesso em: 21 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001**. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde

mental. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110216.htm. Acesso em: 21 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 28 out. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 3.657, de 1989**. Dispõe sobre a extinção progressiva dos manicômios e sua substituição por outros recursos assistenciais e regulamenta a internação psiquiátrica compulsória. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD29SET1989.pdf#page=30>. Acesso em: 21 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Recurso Extraordinário 351.487/RR**. 1. CRIME. Genocídio. Definição legal. Bem jurídico protegido. Tutela penal da existência do grupo racial, étnico, nacional ou religioso, a que pertence a pessoa ou pessoas imediatamente lesionadas. Delito de caráter coletivo ou transindividual. Crime contra a diversidade humana como tal. Consumação mediante ações que, lesivas à vida, integridade física, liberdade de locomoção e a outros bens jurídicos individuais, constituem modalidade executórias. Inteligência do art. 1º da Lei nº 2.889/56, e do art. 2º da Convenção contra o Genocídio, ratificada pelo Decreto nº 30.822/52. O tipo penal do delito de genocídio protege, em todas as suas modalidades, bem jurídico coletivo ou transindividual, figurado na existência do grupo racial, étnico ou religioso, a qual é posta em risco por ações que podem também ser ofensivas a bens jurídicos individuais, como o direito à vida, a integridade física ou mental, a liberdade de locomoção etc.. 2. CONCURSO DE CRIMES. Genocídio. Crime unitário. Delito praticado mediante execução de doze homicídios como crime continuado. Concurso aparente de normas. Não caracterização. Caso de concurso formal. Penas cumulativas. Ações criminosas resultantes de desígnios autônomos. Submissão teórica ao art. 70, caput, segunda parte, do Código Penal. Condenação dos réus apenas pelo delito de genocídio. Recurso exclusivo da defesa. Impossibilidade de reformatio in peius. Não podem os réus, que cometeram, em concurso formal, na execução do delito de genocídio, doze homicídios, receber a pena destes além da pena daquele, no âmbito de recurso exclusivo da defesa. 3. COMPETÊNCIA CRIMINAL. Ação penal. Conexão. Concurso formal entre genocídio e homicídios dolosos agravados. Feito da competência da Justiça Federal. Julgamento cometido, em tese, ao tribunal do júri. Inteligência do art. 5º, XXXVIII, da CF, e art. 78, I, cc. art. 74, § 1º, do Código de Processo Penal. Condenação exclusiva pelo delito de genocídio, no juízo federal monocrático. Relator: Min. Cezar Peluso, 03 de agosto de 2006. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur91356/false>. Acesso em: 21 out. 2020.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Conceito de tortura na legislação brasileira**. 2012. Disponível em: <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/121937572/conceito-de-tortura-na-legislacao-brasileira>. Acesso em: 21 out. 2020.

CONFESSOR JÚNIOR, Waldeci Gomes. A internação compulsória no contexto da reforma psiquiátrica brasileira. **Revista Jus Navigandi**, a. 15, n. 2529, 4 jun. 2010.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**: Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Recomendação n. 1/ 2016**. Dispõe sobre o processo de obtenção de Consentimento Livre e Esclarecido na Assistência Médica. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/recomendacoes/BR/2016/1>. Acesso em: 28 out. 2020.

CREMESP. CENTRO DE BIOÉTICA DO CREMESP. **Código de Nuremberg**. Disponível em: <http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=DiretrizesDeclaracoesIntegra&id=2>. Acesso em: 28 out. 2020.

CURT, Deise Santos; FERREIRA, Luís Filipe Fernandes; HORAS, Matheus dos Santos. A tomada de decisão apoiada na sociedade da informação. IN: VIGLIAR, José Marcelo. (Coord) **Pessoa com deficiência**. São Paulo: Almedina, 2020.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

EM nome da razão: um filme sobre os porões da loucura. Direção de Helvécio Ratton. 1979. (25min).

FASSHEBER, Vanessa Barreto; VIDAL, Carlos Eduardo Leal. Da tutela à autonomia: narrativas e construções do cotidiano em uma residência terapêutica. **Psicologia Ciência e Profissão**, v. 27, n. 2, p. 194-207, 2007.

FRANKLIN, Camila Fortes Monte. Loucura, discurso e política: Um estudo da matéria jornalística “A sucursal do inferno” na revista O Cruzeiro referente ao Hospital de Barbacena – MG. **Revista Opinião Filosófica**, Porto Alegre, v. 8, n. 2, p. 279-299, 2017.

LARA, Mariana Alves. Em Defesa da Restauração do Discernimento Como Critério Para a Incapacidade de Fato. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 19, p. 39-61, jan./mar. 2019, p. 41.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACHADO, Ana Lúcia. Reforma psiquiátrica e mídia: representações sociais na Folha de S. Paulo. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 483-491, jun. 2004.

MALHEIRO, Emerson Penha; CALUMBI, Deise Santos Curt. O Influxo do Direito Internacional dos Direitos Humanos nas Regras de Tutela Dos Interesses Dos Deficientes Mentais no Cenário de Direito do Brasil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 999, n.108, p. 27-42, jan. 2019.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 28 out. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Vera Lúcia de Oliveira e. Holocausto brasileiro. **Revista Iátrico**, p. 56-57, 2014.

SILVESTRE, Ana Carolina de Faria; ALMEIDA, Ana Fernanda Silva de. Do holocausto brasileiro à lei 10.216/01: uma análise da loucura no estado democrático de direito. **Ratio Juris**, v. 3. n. 1. jan./jun. 2020.

TENÓRIO, Fernando. A reforma psiquiátrica brasileira, da década de 1980 aos dias atuais: história e conceitos. **História, Ciências, Saúde – Manguinhos**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 25-59, jan./abr. 2002.

UGARTE, Odile Nogueira; ACIOLY, Marcus André. O princípio da autonomia no Brasil: discutir é preciso... **Revista do Colégio Brasileiro de Cirurgiões**, v. 41, n. 5, p. 274-277, 2014.

VARGAS, Rodrigo Gindre et al. Os porões da loucura: o holocausto de Barbacena. **Interdisciplinary Scientific Journal**, v. 3, n. 5, out./dez. 2016.

VIANA, Rui Geraldo Camargo; MARCHI, Maria Àurea Hebling de. Biodireito, biotecnologia e bioética: um caminho comum. IN: SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva; SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni (coord.); SILVA, Anna Paula Soares da; BERGSTEIN, Gilberto (org). **Biotecnologia, direito e liberdades individuais: novas fronteiras da ciência jurídica**. v. 2. Indaiatuba, SP: Foco, 2019.

O DIREITO À VIDA, MORTE DIGNA E TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS HUMANOS: UM OLHAR SOB O ASPECTO DA AUTONOMIA DA VONTADE

Marcelo Assis Rivarolli¹; Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti²

RESUMO: O direito à vida, morte digna e a autonomia da vontade do paciente, bem como a possibilidade de transplante de órgãos e tecidos humanos, são questões extremamente delicadas e importantes no mundo jurídico e na sociedade da informação e conhecimento atual. Indaga-se, entretanto, no presente artigo, como exercer a autonomia da vontade do paciente de forma lícita e adequada, respeitando os direitos e deveres postos pela nossa legislação aos mais diversos atores envolvidos. Para tanto, atesta-se que a legislação e doutrina atual busca acompanhar o desenvolvimento e evolução dos direitos já existentes, com olhos mais modernos, para que a relação entre médico e paciente, familiares e médico, e todos os atos pertinentes nesta relação, tenham amparo legal, sem deixar de se atentar e garantir a dignidade da pessoa humana, a vida, e outros direitos consagrados na Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: direito à vida; morte digna; transplante de órgãos; autonomia do paciente.

THE RIGHT TO LIFE, DIGNIFIED DEATH AND TRANSPLANTATION OF HUMAN ORGANS AND TISSUES: A LOOK AT THE AUTONOMY OF THE WILL

ABSTRACT: The right to life, dignified death and the autonomy of the patient's will, as well as the possibility of transplanting human organs and tissues, are extremely delicate and important issues in the legal world and in the current information and knowledge society. However, this article asks how to exercise the autonomy of the patient's will in a lawful and appropriate manner, respecting the rights and duties put by our legislation to the most diverse actors involved. To this end, it is attested that the current legislation and doctrine seeks to accompany the development and evolution of existing rights, with more modern eyes, so that the relationship between doctor and patient, family and doctor, and all relevant acts in this relationship, have legal protection, while paying attention to and guaranteeing

1 Mestrando em Sociedade da Informação pela FMU-SP, Advogado, São Paulo – SP, Brasil.

2 Doutora em Direito Civil pela PUCSP, professora do mestrado em Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas.

the dignity of the human person, life, and other rights enshrined in the Federal Constitution of 1988.

KEYWORDS: right to life; dignified death; organ transplantation; patient autonomy.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem a finalidade de demonstrar, em linhas gerais, a conceituação do direito à vida, seus doutrinadores, traçando um paralelo com a autonomia do paciente ou do indivíduo, em relação ao direito de uma morte digna, bem como as nuances referentes ao transplante de órgãos e tecidos e o direito da personalidade.

Para tanto, necessário se faz tratar do conceito de vida e do direito à vida, fundamentado na Constituição Federal de 1988, como direito fundamental e seu tratamento também em documentos internacionais.

Posteriormente apresenta-se a análise da autonomia da vontade como elemento essencial para o consentimento livre e esclarecido nas relações médicas, bem como mecanismo para a efetivação dos direitos da personalidade, como forma de autodeterminação da própria vontade.

Em seguida, sugere-se um olhar diferenciado e importante para a questão do significado do direito à morte digna e se a legislação brasileira abre espaço para a aplicação da ideia de que a morte digna está interligada ao conceito de vida digna. Sem que, entretanto, exista direito absoluto.

Por fim, verifica-se a necessidade de se levantar a questão dos transplantes dos órgãos e tecidos humanos como direito da personalidade, mecanismo de satisfação da autonomia da vontade e da dignidade da pessoa humana, tendo em vista, a sociedade da informação.

1. DIREITO À VIDA

Vida: o início do fim ou o fim do início?

Antônio Chaves (CHAVES, 1994, p. 16), traz uma simbólica descrição sobre a vida, que diz:

Quem poderá definir essa pulsação misteriosa, própria aos organismos animais e vegetais, que sopita inadvertida nas sementes de trigo encontradas nos sarcófagos de faraós egípcios e que germina milagrosamente depois de dois milênios de escuridão, que se oculta na gema de uma roseira que mãos habilidosas transplantam de um para outro caule, que lateja, irrompe e transborda na inflorescência de milhões de espermatozoides que iniciam sua corrida frenética à procura de um único óvulo, a cada encontro amoroso? (CHAVES, 1994, p. 16).

Jose Ferrater Mora (MORA, 1971, p. 1401-1405), após alertar que, desde os tempos da antiguidade, há uma distinção de maior ou menor precisão, entre as inúmeras espécies de vida, principalmente a biológica e a propriamente humana, invoca os conceitos de Aristóteles, afirmando que não há integral alienação entre o pensar e o viver.

A vida, não é propriedade nem da física nem da história natural, mas sim, da psicologia, já que, tradicionalmente, esta é a ciência em que se verifica certa realidade ou determinados comportamentos. Entretanto, atualmente, a psicologia se debruça no saber a respeito do que é a forma e princípio da realidade nos seres vivos.

Portanto, a vida é algo que oscila entre um interior e um exterior, entre uma “alma” e um “corpo” (CHAVES, 1994).

A simples existência biológica já se identifica com a vida, e, que, o direito a esta vida é essencial, tendo por objeto, um bem muito mais elevado, caracterizado como um direito essencialíssimo, uma vez que, por ser um direito adquirido no nascimento, é intransmissível, irrenunciável e indisponível.

Torna-se como um direito de defesa o direito à vida. Isso se dá a partir do momento em que se torna algo indiscutível o direito que alguma pessoa tenha, de rogar pelo direito de viver, na forma de não agressão do direito à vida (CANOTILHO, 2000, p. 526/533/539).

Esse aspecto pode ser entendido no sentido de que, tanto o Estado quanto outros indivíduos, não podem atentar contra a vida da pessoa, do cidadão, isto é, esses devem se abster de atentarem contra a vida do cidadão.

A vida também é entendida como um pressuposto essencial de qualidade, e não um direito subjetivo da pessoa, cuja tutela é de ordem pública, independentemente da vontade da pessoa ou indivíduo (ORGAZ, 1947).

Tanto o direito à vida quanto à vida uterina, dentro do contexto constitucional, é o principal e mais fundamental de todos os direitos, levando-se em conta que, este se constitui em pré-requisito de existência e exercício, de todos os demais direitos decorrentes e previstos na Carta Magna (MORAES, 2000, p. 61).

O direito à vida é uma expressão que, na sua essência, pode ter dois significados distintos, sendo um, como o direito de continuar vivo, embora esteja saudável, relacionado à segurança física da pessoa humana, e, o outro, como o direito de subsistência, que pode ser provido através de trabalho honesto (CRETILLA JUNIOR, 1988, p. 182/183).

Por fim, mas não exaurindo o conceito, dado o número de doutrinadores que se arriscam, o direito à vida, tendo em vista sua essencialidade humana, acaba por condicionar todos os demais direitos da personalidade (DINIZ, 2001, p. 22/24).

Em termos nacionais, o direito à vida vem protegido conforme os artigos 5º e 6º da CF/88, onde, a vida, assim, é um bem jurídico tutelado como direito fundamental básico desde a concepção, momento específico, comprovado cientificamente, da formação da pessoa.

O respeito à vida decorre de um dever absoluto erga omnes, por sua própria natureza, ao qual a ninguém é lícito desobedecer.

A vida também recebe proteção jurídico-penal, uma vez que são punidos os homicídios simples (CP, art. 121) e qualificado (CP, art. 121, § 2º), o infanticídio (CP, art. 123), o aborto (CP, arts. 124 a 128) e o induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio (CP, art. 122).

O direito à vida, por ser intrinsecamente essencial ao ser humano, condiciona os demais direitos da personalidade.

1.1 DOCUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO À VIDA

Existem diversos documentos internacionais que tratam e se referem à proteção da vida.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, documento aprovado durante a realização da XXI sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas – ONU, traz à memória que *o direito à vida é inerente à pessoa humana, e, este direito deverá ser protegido pela Lei, onde ninguém poderá ser arbitrariamente provado de sua vida* (Parte III, artigo 6).

Abaixo estão elencados alguns dos principais documentos internacionais de proteção do direito à vida:

- 1) código de Nuremberg (1947);
- 2) declaração universal dos direitos humanos (1948);
- 3) declaração de Helsinque (2000) – hoje 2013 - Fortaleza;
- 4) pacto internacional sobre os direitos econômicos sociais e culturais (1966);
- 5) pacto internacional sobre os direitos civis e políticos (1966);
- 6) convenção americana de direitos humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica (1969);
- 7) declaração universal sobre o genoma humano e os direitos humanos (1997);
- 8) declaração internacional sobre os dados genéticos humanos (2003);
- 9) declaração universal sobre bioética e direitos humanos (2004);

Portanto, tudo deriva do principal, que é a vida. Absolutamente ninguém deve ser privado de forma arbitrária da própria vida, porém, os desdobramentos dessa premissa maior devem ser observados de forma cautelosa e simultânea, conjunta, com um outro princípio superior, a dignidade da pessoa humana.

2. DA AUTONOMIA DO PACIENTE

A palavra *autonomia* origina-se do grego *autos*, significando próprio, e *nomos*, com o significado de regra, conduta, norma. Assim sendo, pode-se definir como se atribuir leis a si próprio, além de levantar os problemas da convivência e realidades nuas e cruas da vida humana.

Com a crescente e inevitável humanização da medicina, que muito se relaciona com os questionamentos pertinentes à autonomia, não dá para se distanciar da ética, e, conseqüentemente, da bioética.

Assim, Maria Helena Diniz traz que bioética “é o estudo da moralidade da conduta humana na área das ciências da vida” (DINIZ, 2001, p.339).

Acrescenta ainda, que:

O ritmo acelerado de inovações tecnológicas das últimas décadas na seara da medicina, trouxe um grande poder de intervenção sobre a vida e a morte, requerendo, diante da denúncia de abusos efetuados pela experimentação biomédica em seres humanos, uma reflexão bioética, ou seja, um estudo sistemático do comportamento humano na área das ciências da vida e dos cuidados da saúde, sob o prisma axiológico, para buscar a melhoria da qualidade de vida do ser humano e despertar a consciência para o que se deve fazer, ou para o que deve ser considerado prioritário (DINIZ, 2001, p.339).

Dentro dessa linha de raciocínio, portanto, entende-se por autonomia ou princípio da autonomia, o devido respeito pela liberdade e decisões daquele que se encontra em situação mais vulnerável, no caso, o paciente, e que acaba por legitimar a necessária obrigatoriedade da informação clara e objetiva, através do consentimento livre e informado ou também denominado esclarecido, evitando, desta forma, que esse paciente, sob o prisma da dignidade da pessoa humana e respeito à vida, deixe de ser um objeto (BELLINO, 1997, p. 198).

No que tange ao *humanismo* em que a medicina se encontra atualmente, entende-se que este é tratado como uma corrente filosófica, que acaba por colocar o homem e os valores humanos, acima de todos os outros valores (LAROUSSE, 1998, p. 30-37). Colocando-se o homem e os valores humanos sobrepostos a outros valores, o que está sendo essencialmente exaltado e tratado à condição de principal é a condição humana, a pessoa humana, ou ainda, nos termos do artigo 1º, nº 2, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos – OEA, 1969, “pessoa é todo ser humano”.

Para esse paciente, na acepção de pessoa, que necessita da proteção e de cuidados médicos, deve sobressair indubitavelmente, a qualidade do ser humano, da dignidade da

pessoa humana, cuja proteção é prevista na Constituição Federal de 1988, no artigo 1º, inciso III.

Portanto, para que esse paciente seja respeitado, ou tenha sua dignidade respeitada, a obtenção do consentimento deste paciente, após as informações médica claras, objetivas e concisas, vai culminar com o direito à sua autodeterminação, isto é, de tomar as decisões que lhe forem pertinentes, visando sua vida, sua saúde e sua integridade, tanto física quanto psíquica, recusando ou consentindo eventuais propostas, sejam elas de caráter preventivo, diagnóstico e/ou terapêutico (DINIZ, 2001, p.534).

Assim sendo, o princípio da autonomia do paciente, ocorre no momento em que o médico deve respeitar a decisão do paciente (Capítulo I, inciso XXI – CEM). No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas.

Nas situações irreversíveis e terminais, o médico evitará procedimentos desnecessários, utilizando cuidados paliativos (Capítulo I, inciso XXII – CEM), sempre buscando atender ao princípio da dignidade do paciente perante a morte, mesmo a família querendo que se faça de tudo para tentar salvar o paciente, porém, não pode. Há responsabilidade médica na terapia obstinada e tratamento inútil, e gera dano. Vai apenas ampliar o sofrimento do paciente, sem finalidade alguma, indo de encontro ao quanto previsto no direito à vida e integridade física.

Na situação de autonomia do paciente, como já dito, deve-se levar em consideração a dignidade da pessoa humana, como um poder individual, cuja concepção não é manifesta, mas implícita nos documentos pertinentes aos Direitos Humanos do século XX bem como, diversos outros documentos e constituições do pós-guerra (BEYLEVELD e BROWNSWORD, 2004, p.10).

Assim sendo, considerando-se a autonomia como uma forma de expressão da dignidade, acaba por envolver, logo de primeiro plano, a capacidade de autodeterminação, isto é, verifica-se o direito de decidir os rumos de sua própria vida, além de desenvolver de forma livre, a própria personalidade. É o momento em que o paciente está no exercício pleno de seus poderes de realizar suas escolhas e opções, e, por conseguinte, assumindo inteiramente a responsabilidade de suas próprias decisões. Atrelado ao conceito de autonomia, existe um sujeito com capacidade moral mínima, ao menos, de se autodeterminar, planejar os passos de sua vida e buscar sua realização.

Para que esta capacidade de autodeterminação seja plena e efetiva, necessário se faz a garantia da possibilidade de se fazerem, além de escolhas livres que se tenham os meios

adequados para que essa liberdade de escolha, seja a mais próxima da real, e não apenas uma retórica, algo apenas do imaginário. Para tanto, dignidade da pessoa humana é complementada por um instituto denominado *mínimo existencial*, que, em outras palavras, é a forma pelo qual, uma pessoa (ser humano), para traçar e concretizar seus planos de vida, com responsabilidade, as mínimas condições socioeconômicas, educacionais e psicofísicas devem minimamente serem asseguradas.

Assim, de forma a integrar o caráter inerente e intrínseco a todo ser humano, pode-se dizer que a dignidade impõe que esta deva ser respeitada e promovida universalmente, isto é, é conferida a todas as pessoas, sem distinção de cor, raça, sexo, condição nacional, cultural, social, economia, religiosa e/ou étnica, e, principalmente, naqueles momentos de maior fragilidade, vulnerabilidade e hipossuficiência do paciente.

Portanto, a autonomia do indivíduo deve preponderar sobre toda e qualquer pretensão, seja estatal seja de terceiros, no sentido de se impedir que o desejo manifestado por este indivíduo, em estado terminal, seja atendido, tanto para questões de doação de órgãos, quanto para questões de cunho religioso, moral ou social, pois, agindo *in contrario sensu*, estaria invadindo a esfera de liberdade individual, de maneira autoritária e antidemocrática, ferindo princípios consagrados do Estado Democrático de Direito.

3. DIREITO À MORTE DIGNA

Morte não é um fato imediato, instantâneo, mas sim, um conjunto sequencial de fenômenos que se processam de forma gradativa, nos diversos órgãos e sistemas de manutenção da vida.

Entretanto, o conceito de morte não pode ter dois significados tão distantes um do outro, onde, no primeiro conceito, de caráter consumista e pragmático, apenas objetivando a satisfação dos interesses das cirurgias de transplantes com realidade técnica, e ainda, com os avanços tecnológicos de prolongamento da vida por meios artificiais. Por outro lado, o segundo conceito se destina àqueles que perderam um ente querido, e que esse conceito se torna somente protocolar, para solução de questões civis e/ou sanitárias.

É necessário que se tenha, para qualquer interesse, um só conceito de morte (FRANÇA, 2019, p. 602).

Nos termos do artigo 6º, do Código Civil Brasileiro, uma pessoa natural encerra sua existência com o evento morte, que pode ser natural ou presumida (LIMONGI FRANÇA, 1996, p. 62).

Em 1968, a Associação Médica Mundial, já demonstrando preocupação com o problema da definição de morte, estabeleceu, quando da Declaração de Sidney que:

A dificuldade é que a morte cerebral é um processo gradual de nível celular, já que a capacidade dos tecidos de suportar a falta de oxigênio é variável. Sem dúvida, o interesse clínico não reside no estado de conservação dos tecidos isolados, e, sim, no interesse da pessoa. Essa conclusão tem que se basear no juízo clínico, complementado por instrumentos auxiliares, entre os quais é o eletroencefalógrafo, o mais útil. Em geral, nenhuma prova instrumental isolada é inteiramente satisfatória no estado atual da Medicina, nem nenhum método técnico pode substituir o juízo global do médico.

A morte natural é aquela em que se encerra o ciclo vital humano, dentro de um limite pré-estabelecido de ou para cada um, perdendo, desta forma, a vida biológica, com a consequente extinção completa de sua personalidade natural.

Por sua vez, a morte presumida é aquela em que o Código Civil especifica quando ocorre a ausência de determinada pessoa, por mais de 2 anos, sem que se saiba seu paradeiro, ou, após 20 anos após o trânsito em julgado de sentença que determinou a abertura de sucessão provisória, mediante declaração judicial.

Afirma o sociólogo Zygmunt Baum que "Todas as culturas humanas podem ser decodificadas como mecanismos engenhosos calculados para tornar suportável a vida com a consciência da morte", i.e, o ser humano, ciente de que a morte é algo certo, inevitável, permite ou faz com que se busque, incessantemente, a busca pelo prolongamento da vida, de forma natural (BAUMAN, 2008, p.42).

Antes de se adentrar ao conceito e desdobramentos sobre a morte digna, mister se faz antes, tecer alguns comentários sobre eutanásia (morte piedosa, benéfica, sem sofrimento, conduta para promover a morte de forma antecipada ao que se espera, que, porém, não deixa de ser um homicídio), distanásia (obstinação terapêutica diante de casos irreversíveis e mantidos artificialmente, como alternativa consciente de respeito ao fim de um ser humano), e ortotanásia (suspensão dos meios artificiais de manutenção da vida), que se constituem em variantes legais, dentro do panorama internacional, para as possibilidades de morte.

Assim sendo, o conceito de direito à vida não é mais absoluto, a ponto de ser permitida a ortotanásia? Sabe-se que a vida é direito fundamental indisponível, consagrado pela Constituição Federal de 1988, porém, na moderna teoria, há que se levar em conta, também, a dignidade da pessoa humana, o bem-estar, o respeito a si próprio, o direito à integridade e à disposição do próprio corpo.

Não há dignidade da pessoa humana, manter alguém ligado a aparelhos pelo resto da vida, em estado de sofrimento, mesmo que não demonstrado explicitamente pelo moribundo.

Entre o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, existe uma tensão acirrada, especialmente quando se trata de eutanásia e ortotanásia, conforme assinala IngoWolfgang Sarlet:

Com efeito, pressuposta a existência de um direito à vida com dignidade e se tomando o caso de um doente em fase terminal, vítima de sofrimentos atrozes e sem qualquer esperança de recuperação, sempre se poderá indagar a respeito da legitimidade da prática da eutanásia ou do suicídio assistido, justificando-a com base no argumento de que mais vale morrer com dignidade, ou então fazer prevalecer (mesmo contrariamente à vontade expressa do doente ou mesmo em flagrante violação de sua dignidade) o direito (e, nesta quadra, também dever) à vida, ou mesmo, na esteira de exemplo já referido, considerar que a dignidade engloba a necessidade de preservar e respeitar a vida humana, por mais sofrimento que se esteja a causar com tal medida (SARLET, 2011, p. 157).

Na Alemanha do pós-guerra, a Constituição Federal Alemã preconizou o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio-base e fundamental de toda a ordem constitucional, em especial, no artigo 1º, ao mencionar e determinar que a dignidade da pessoa humana é intangível, devendo ser respeitada e protegida pelo poder público.

Essa determinação vai frontalmente de encontro à Lei da República Federal da Alemanha, de 1949, conhecida como Lei Fundamental de Bonn, a qual surgiu logo após o regime nazista de Adolf Hitler, entre 1939 e 1945, período da Segunda Guerra Mundial, onde a diretriz principal era a subjugação de povos não arianos, materializada através de assassinatos em massa, exclusivamente por critérios raciais, tendo atingido níveis de crueldade e maldade, nunca outrora vistos.

Mediante isso, o conceito de dignidade da pessoa humana surge a partir da segunda metade do século XX, trazendo esta dignidade, como princípio supremo dos povos ocidentais, com lugar de destaque e constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais (SARLET, 2011, p. 142).

Assim sendo, a justificação para a morte digna, advinda de um desdobramento do direito fundamental à vida, pode ser encontrada na priorização da autonomia do ser humano, em relação às escolhas que este faz, sem a possibilidade de ingerência estatal indevida, na esfera privada, mesmo com os dilemas impostos:

Uma regulação legal que permitisse ao médico levar em conta, depois do termo da vida, a vontade do paciente incurável e penosamente enfermo teria de estabelecer para esse efeito pressupostos jurídico-materiais e jurídico-processuais estritos, a fim de garantir que a vontade do paciente seja efetivamente satisfeita e que afinal não seja cometida de modo nenhuma ingerência (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 189).

Ao titular do direito à vida, no caso, um ser vivente, não deve ser imposta a manutenção a qualquer custo, ignorando de forma ilegítima as susceptibilidades humanas,

sentimentos de piedade ou compaixão, o direito a dispor do próprio corpo, o desejo de encerrar sua vida com dignidade, sob pena de cometer ingerência indevida por parte do Estado, nas esferas privada do indivíduo. Isso pode ser visto e aplicado na defesa de interesses individuais não materializados no emprego da distanásia.

Isso ocorre pois, o domínio da morte, por não ser apenas o começo do nada, mas sim o fim de tudo, o fim do início, como colocado no início do presente artigo, e este fim do início deve ocorrer com dignidade, i.e, o morrer com dignidade mostra e demonstra o quão importante e salutar é, que a vida possa terminar de forma apropriada, refletindo o modo como se deseja ter vivido (DWORKIN, 2003, p. 280).

Desta forma, o princípio da dignidade da pessoa humana sobrepujar-se-ia ao direito à vida, em casos de eutanásia ou ortotanásia, com a condição *sine qua non* de praticadas essencial e especificamente fundamentada na manifestação expressa do doente terminal ou por testamento por este elaborado previamente, pois, no caso do indivíduo moribundo em estado terminal, a preconização principal deste não é a vida, mas sim, uma forma mais digna possível de se viver, resguardando a intimidade, honra e imagem, para que não sejam expostas.

Entretanto, o contrário também não deve ser absoluto, ou seja, de prevalecer a morte digna sobre a vida a qualquer custo, tornando o sofrimento prolongado e sofrido, devendo serem analisados os elementos do caso concreto e o valor que cada indivíduo atribui à sua vida, para que se identifique com mais precisão, o que é viver com dignidade para cada ser humano.

4. TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS E TECIDOS HUMANOS COMO DIREITO DA PERSONALIDADE

Historicamente, a origem dos transplantes de órgãos e tecidos é atribuída a Cosme e Damião, hoje canonizados pela Igreja Católica, que, em 348 d.C, teriam praticado um implante de perna em um idoso.

A partir dessa prática realizada, houve uma grande e rápida evolução para casos de doações entre cadáver e receptor, denominados *alotransplantes*, realizáveis em seres de mesma espécie, até chegar hodiernamente aos transplantes entre doador vivo e receptor.

Importante mencionar que, nos transplantes realizáveis entre seres de mesma espécie, denominados *alotransplantes*, onde, *alos* significa mesma espécie, para diferenciar e alertar da existência dos *xenotransplantes*, que são os transplantes realizáveis entre espécies diferentes, i.e, doador e receptor são de diferentes espécies.

A evolução chegou a ponto de serem criados órgãos em laboratório por meio de tecnologia e manejo de células tronco embrionárias.

Sabe-se que a evolução tecnológica e avanço científico trazem bem à humanidade e propiciam melhor condição de vida, seja social, econômico-financeira e até, condição de saúde física das pessoas.

No tocante à melhora de condição de saúde física, os avanços da ciência e da medicina propiciam àqueles que dependem de transplantes de órgãos ou tecidos para sobreviver, a realização e o respeito do direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

Entretanto, a velocidade impingida aos avanços tecnológicos, científicos e da medicina é infinitamente superior aos avanços legais, éticos, morais, sociais e culturais da Nação e até de um povo.

Portanto, tutelar juridicamente situações como a dos transplantes de órgãos e tecidos é uma tarefa árdua, mas que não pode ser ausente o direito em relações a tais assuntos, de extrema relevância como este.

Há ainda, que se mencionar outra questão, não menos importante que o direito, que trava uma ferrenha batalha com a intangibilidade do corpo humano, inclusive, oponível contra o próprio detentor do direito, que é a solidariedade humana vista como princípio universal, a qual está ou se faz-se presente no artigo 3º da Constituição Federal de 1988.

Dentro desse mesmo espectro, pode-se dizer que a vida humana pode ser mantida ou pode ser garantida a sua manutenção, em detrimento da indisponibilidade do direito à integridade física, visto como uma evolução de recurso médico tendente a possibilitar a manutenção da vida humana.

Não apenas isso, mas há também que se dizer que, dentre o que foi dito no parágrafo anterior, há que se mencionar os direitos da personalidade, no intuito de garantir e possibilitar a efetiva dignidade da pessoa humana, conforme relata Maria Celina Bodin Moraes:

Dignidade humana, apesar da etimologia do vocábulo e sua utilização na antiguidade ter correspondido tão somente à espécie humana, é apenas com o Cristianismo que se vai conceber uma ideia de dignidade pessoal, atribuindo a cada indivíduo, uma vez que anteriormente não existia qualquer personificação (MORAES, 2006, p.7).

A dignidade da pessoa humana está prevista na Carta Magna brasileira, e é o fundamento principal de todo o ordenamento jurídico brasileiro, que se encontra insculpido no artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988, onde, segundo Alexandre de Moraes:

A dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerentes às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta no singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo o estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos (MORAES, 2006, p. 16).

Importante lembrar que a dignidade da pessoa humana é parte integrante do rol dos direitos da personalidade (que são aqueles essenciais à pessoa humana), e que se revela, contemporaneamente, com o crescimento do respeito do indivíduo e da autonomia da vontade, há um enfrentamento do direito com os limites da disponibilidade do próprio corpo.

Para Antônio Chaves, não há direito patrimonial sobre o próprio corpo:

Reconhece a doutrina não ser absolutamente patrimonial o direito sobre o próprio corpo, mas pessoal, de caráter especial, tendo por conteúdo a livre disposição do corpo, dentro dos limites assinados pelo direito positivo (CHAVES, 1994, p. 85).

Os atributos dos direitos da personalidade são apontados na doutrina de Enéas Costa Garcia, como direitos privados; inatos, vitalícios, absolutos; extrapatrimoniais; indisponíveis (envolvendo intransmissibilidade, irrenunciabilidade), e imprescritível (GARCIA, 2007, p. 28-29).

Por irrenunciabilidade se entende por direitos que, obrigatoriamente fiquem indubitavelmente na esfera ou alcance do titular, passando, portanto, a não ter nenhuma validade a vontade humana de eliminá-lo, ou seja, o detentor do direito não pode abrir mão de referido direito, seja para o pleno exercício seja para abdicar de forma cabal da proteção passiva.

No que tange a intransmissibilidade, o raciocínio correto a ser aplicado é o de que, nem a ordem jurídica pode permitir ou consentir que o indivíduo se despoje de direitos, pelo princípio da essencialidade, correspondendo aos bens mais elevados (CUPIS, 1961, p. 48).

Como arcabouço jurídico histórico sobre o transplante de órgãos e tecidos, elenca-se:

A Lei nº 4.280, de 06/11/1963, a qual dispunha sobre a extirpação de órgão ou tecido de pessoa falecida, introduzindo o princípio da beneficência, permitindo, pela primeira vez,

que fosse utilizada ou retirada parte de um cadáver, no caso dessa lei, somente a córnea, cuja morte deveria ter sido atestada por diretor de hospital;

A Lei nº 5.479, de 10/08/1968, a qual dispunha sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes do cadáver para finalidade terapêutica e científica e dá outras providências, estendeu para outros órgãos além da córnea, e, a principal alteração desta lei, foi a permissão, no artigo 10³ de referida lei, de que pessoas maiores e capazes, tivessem a oportunidade se assim o desejassem, da disponibilização de seu próprio corpo em vida, desde que não causasse ou implicasse em prejuízo ou mutilação grave. Frise-se que referida lei não foi regulamentada no prazo de 60 dias (artigo 15), e, portanto, referida regra nunca foi aplicada;

A Lei nº 8.489, de 1992, considerada como cópia idêntica da Lei nº 5.479/68, porém, a mesma destinação da lei anterior e coube à esta, sua inaplicabilidade, já que cresceu o número de casos, porém, não havia legislação minimamente apta para tais procedimentos;

E, finalmente, a Lei nº 9.434, de 1997, que revogou a Lei nº 8.489/92, onde esta nova lei regulamentou o artigo 199, §4º da Constituição Federal (assistência à saúde e disposição legal para facilitação de remoção de órgãos, tecidos, etc), em conjunto com a Lei nº 10.205/97 (Lei do Sangue), alterada pelas leis nº 10.211/2001; 11.521/2007 e 11.633/2007. O Decreto nº 2.268/97 organizou de forma administrativa, o Sistema Nacional de Transplantes, com o intuito de desenvolver o processo em que se dá a forma de captação e distribuição de órgãos, tecidos e partes retiradas do corpo humano. Referida lei foi regulamentada pelo Poder Executivo com uma certa demora, em 2017, através do Decreto nº 9.175, de 18/10/2017, exigindo constatação de morte encefálica, por dois médicos diferentes dos da equipe de transplante e remoção dos órgãos, além de criar o Sistema Nacional de Transplante.

A estreita relação jurídica entre a realização do transplante e os direitos da personalidade é nitidamente entendida, uma vez que o transplante de órgão em si, por natureza, consiste em retirar órgão ou tecido de um indivíduo e o recolocar ou até reconstruir no próprio indivíduo ou em um terceiro à espera da doação.

Os direitos da personalidade aí envolvidos são o direito à vida, ao corpo, à integridade física, e ainda, o direito do cadáver, uma vez que, havendo a realização do transplante de órgãos ou tecidos, este não poderá causar ao receptor, nenhum tipo de

3 Art. 10. É permitido à pessoa maior e capaz dispor de órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins humanitários e terapêuticos. §1º A autorização do disponente deverá especificar o tecido, ou órgão, ou a parte objeto da retirada. §2º Só é possível a retirada, a que se refere este artigo, quando se tratar de órgãos duplos ou tecidos, vísceras ou partes e desde que não impliquem em prejuízo ou mutilação grave para o disponente e corresponda a uma necessidade terapêutica, comprovadamente indispensável, para o paciente receptor.

redução da integridade física, e, em relação ao cadáver, que o procedimento *post mortem* seja executado com respeito ao corpo deste.

A aplicação e exercício dos direitos da personalidade se estendem ao âmbito do direito privado, uma vez que, estes tais direitos da personalidade têm o suporte da tutela jurídica objetivando as eventuais ou corriqueiras agressões praticadas por particulares nas relações sociais entre indivíduos (CARDOSO, 2002, p. 146).

O Código Civil Brasileiro elenca, de maneira não exaustiva, alguns dos direitos da personalidade, como direito à integridade física (direito à vida, direito sobre o próprio corpo e direito do cadáver), e, direito à integridade moral (o direito à honra, direito à liberdade, direito ao recato, direito à imagem, direito ao nome, direito moral do autor e direito ao segredo).

Não se pretende exauri-los no presente trabalho, a fim de não desvirtuar este de sua ideia básica e cerne de discussão, porém limitando-se ao direito à integridade física.

O transplante de órgãos, como é público e notório, causa alterações de ordem específica no corpo humano, sendo, portanto, indiscutível e imperioso, que se discuta e analise, conjuntamente, além dos direitos da personalidade, o direito à integridade física de forma ampla, e ainda, não deixando de lado, os princípios do direito à vida e ao próprio corpo.

Rita Maria Paulina dos Santos afirma que:

Trata-se de direito que se reveste, em sua plenitude, de todas as características gerais dos direitos da personalidade, devendo-se enfatizar o aspecto da indisponibilidade, uma vez que se caracteriza um direito à vida e não um direito sobre a vida, constitui-se direito de caráter negativo, impondo-se pelo respeito que se exige de toda sociedade (SANTOS, 2000, p. 9 e 10).

Assim sendo, o aspecto físico, no sentido de ferir ou garantir o direito à integridade física, se verifica a partir das consequências que o doador é passível, após o procedimento de doação/transplante de órgãos ou tecidos, em vida, i.e., por ato de doação ou transplante *inter vivos*, com a mitigação dos direitos da personalidade que lhe são inerentes.

O Código Civil faz previsão no artigo 13, da proteção à integridade, porém, em casos de transplante, desde que não gere ou ocasione diminuição da integridade psíquica do indivíduo, e mediante exigência médica, é possível o ato de disposição do próprio corpo.

Desta feita, o intuito do legislador, na Lei nº 9.434/97, foi de justamente assegurar o quanto possível, o princípio da autonomia da vontade, porém, não descuidando nunca, do direito à integridade física, assegurando este como indisponível no aspecto negativo (já que

o indivíduo não pode dispor do próprio corpo), como vemos insculpido no artigo 9^o de referida lei.

Há também limitação legal, sem que haja necessidade do consentimento judicial, para doação de órgãos e tecidos, exceto para casos de transplante/doações de medula óssea, autorizando o procedimento apenas em benefício do cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, buscando-se, evitar, desta forma, o comércio ilegal de órgãos.

Entretanto, isso se depara com uma problemática do Judiciário Brasileiro, que é a morosidade pública e notória deste, tornando-se empecilho grave para casos que se revistam de caráter urgente de procedimento, atentando contra o direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

Outra problemática encontrada, é o caso de transplante/doação *inter vivos* envolvendo doadores vulneráveis, conforme a seguir discorrido.

Por vulneráveis entende-se serem aqueles indivíduos que, pela sua condição específica, física ou psicologicamente, necessitem de uma maior tutela jurisdicional de proteção, por parte do Estado, tais como grupos de menores, recém-nascidos, deficientes e até mesmo os prisioneiros.

Dentre estes, o principal e mais polêmico, é o caso de bebês anencéfalos e a situação de morte. Pela resolução CFM a morte se constata pela morte encefálica e, portanto, há legalidade ou ética neste caso?

Quem defende esse procedimento, justifica que bebês anencéfalos são consideradas, pela ciência, sem vida e incapazes de existir por si sós, trazendo ainda, como reforço dessa

4 Art. 9^o É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4o deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea. § 1^o (VETADO) § 2^o (VETADO) § 3^o Só é permitida a doação referida neste artigo quando se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável, e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora. § 4^o O doador deverá autorizar, preferencialmente por escrito e diante de testemunhas, especificamente o tecido, órgão ou parte do corpo objeto da retirada. § 5^o A doação poderá ser revogada pelo doador ou pelos responsáveis legais a qualquer momento antes de sua concretização. § 6^o O indivíduo juridicamente incapaz, com compatibilidade imunológica comprovada, poderá fazer doação nos casos de transplante de medula óssea, desde que haja consentimento de ambos os pais ou seus responsáveis legais e autorização judicial e o ato não oferecer risco para a sua saúde. § 7^o É vedado à gestante dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo, exceto quando se tratar de doação de tecido para ser utilizado em transplante de medula óssea e o ato não oferecer risco à sua saúde ou ao feto. § 8^o O autotransplante depende apenas do consentimento do próprio indivíduo, registrado em seu prontuário médico ou, se ele for juridicamente incapaz, de um de seus pais ou responsáveis legais. Art. 9o-A É garantido a toda mulher o acesso a informações sobre as possibilidades e os benefícios da doação voluntária de sangue do cordão umbilical e placentário durante o período de consultas pré-natais e no momento da realização do parto.

justificativa, as inúmeras sentenças judiciais autorizando o aborto de anencéfalos. Alguns chegam a considerar como “criança morta” ((FRANÇA, 2019, p. 555).

Por outro lado, neurologistas afirmam que mesmo em bebês anencéfalos, existe sim a atividade no tronco cerebral de tais crianças, as quais sobrevivem por um período indeterminado, variável de criança para criança, podendo respirar, com movimentos físicos presentes e até, com sucção.

Como alternativa, Genivaldo Veloso de França afirma que:

Um conceito de morte, sob o ponto de vista biológico, deve estar fundamentado num fato que tenha uma linha divisória, irreversível e precisa, marcada por parâmetros semiológicos e técnicos, onde fiquem bem claro se um indivíduo está vivo ou morto, tudo isso sem qualquer abstração de ordem metafísica (FRANÇA, 2019, p. 555).

Outro aspecto polêmico a respeito de transplante *inter vivos* é aquele caso em que se pratica a ventilação eletiva, voltada especificamente para a doação de órgãos.

O procedimento de ventilação eletiva ocorre em um indivíduo antes da morte encefálica ser atestada, com o intuito específico de colheita de órgãos para serem doados, onde, geralmente, os familiares não autorizam este tipo de procedimento, já que não traz nem produz nenhum tipo de benefício ao indivíduo que está à beira da morte.

Aqueles que defendem esse tipo de procedimento trazem como justificativa, que, a antecipação dessa medida, aqueles indivíduos receptores dos órgãos doados, serão sobremaneira beneficiados, tendo em vista o alto índice de recuperação (FRANÇA, 2019, p. 554).

Porém, este procedimento de ventilação antes da ocorrência do diagnóstico morte cerebral, é uma verdadeira agressão, e, mesmo que haja a autorização da família para isso, tal prática ainda pode ser considerada ilícita e ilegal, já que fere o direito à vida, à dignidade da pessoa humana, à integridade física e os direitos da personalidade, como já visto anteriormente.

Assim sendo, não faz sentido nem se justifica a utilização dessa ventilação apenas para o propósito exclusivo de preservar determinados órgãos para doação, em detrimento do paciente vivo, ao qual, deverão ser empregados todos os recursos possíveis e disponíveis, em seu benefício.

Além disso, há também a questão do *mercado de estruturas humanas*, prática essa ilícita e ilegal, que fere inúmeros princípios e direitos, em especial, os já estudados no presente artigo.

Referido mercado, além disso, comete graves violações éticas bem como repercussão extremamente negativa e desastrosa entre as pessoas, já que, em referido

comércio, pratica-se a compra e venda de órgãos, e, inclusive, a prática de verdadeiros “incentivos financeiros” para tal mercado.

Entretanto, mesmo com todas essas infrações cometidas e infringências legais, éticas e de repercussão negativa, há quem defenda, ainda, a doação de órgãos e tecidos mediante recompensa, entendendo não haver nada de imoral e sequer atentado à ordem pública, mesmo por que, a plena condenação dessa prática pode gerar ou geraria negócios clandestinos e de difícil controle.

Washington de Barros Monteiro expressa que “além de não poder comprometer a integridade física do doador, a cessão há de ser gratuita” (MONTEIRO, 2001, p. 98).

Fabio Ulhoa Coelho também se manifesta contrário e ressalta a impossibilidade da comercialização dos órgãos e tecidos para fins de transplantes:

A começar pela proibição, no plano constitucional, de qualquer tipo de comercialização de órgãos, tecidos e substâncias humanas. Para assegurar que as pessoas não usufruam de seus corpos, proíbe-se a venda de órgãos e partes destes. Se dificuldades financeiras ou econômicas de uma pessoa ou de SUS dependentes pudessem ser atenuadas ou solucionadas com a receita gerada pela venda de um rim ou córnea, ela estaria sendo constrangida a dispor exatamente daquele que o direito quer-lhe assegurar. Toda e qualquer disposição de órgãos, tecidos ou partes do corpo humano, portando, só pode ser feita de modo gratuito (COELHO, 2006, p. 199).

O corpo humano é considerado como *res extra commercium*, cujo intuito do legislador foi de garantir sempre, o princípio da integridade e da dignidade da pessoa humana, sendo que, observando-se sempre o campo da ética, o mercado de estruturas humanas deve ser rechaçado, visto que não se pode ter interesse financeiro, mas sim, uma atitude voltada no interesse de salvar vidas de pessoas, traduzido pelo gesto de abnegação e solidariedade humana, quando da prática da doação de órgãos e tecidos.

Conclusão

Diante do estudo feito, verifica-se que a vida é um bem que interessa tanto à sociedade quanto ao indivíduo. É indispensável à sociedade, e, com isso, não cabe ao indivíduo, dispor da vida de forma dissoluta, seja para adoecer ou morrer.

Considerado como direito fundamental, o direito à vida, porém, não é absoluto, já que, sob o prisma contemporâneo, referido direito deve ser analisado e interpretado em conjunto com outros direitos, como a dignidade da pessoa humana, a privacidade, a liberdade.

A autonomia da vontade deve ser manifestada a partir do momento em que, aquele que viveu, e decidiu que seu corpo e/ou órgãos poderiam ou deveriam proporcionar bem-estar ou vida, no sentido de sobrevida a terceiros, aos que ficam, quando de sua morte. Não obstante, aquele que sente a dor da perda de um ente querido, e, mesmo considerando a questão da possibilidade de sobrevida de terceiros, deseja que o seu ente que se foi ou que ainda respire, mas com morte cerebral constatada, permaneça com o corpo intacto, também deve ter essa autonomia respeitada.

A autonomia da vontade não deve ser mitigada em face da dignidade da pessoa humana.

A morte, por sua vez, digna, que é ou deveria ser merecida por todos os viventes, é uma fatalidade e única certeza dos que estão vivos, e não simplesmente uma escolha. Entretanto, mesmo não sendo uma escolha, o indivíduo tem o direito a morte digna, sem sofrimento desnecessário, inútil e/ou degradante. Também se encontra no contexto de direito fundamental, mas, assim como o direito à vida, não se enquadra como direito absoluto, quando analisado de forma unitária.

Com a chegada da morte, há a discussão sobre a disponibilidade do corpo, para que possa propiciar a chance de vida ou sobrevida de alguns, ou que se mantenha o corpo intacto. Pode-se dizer que, no âmbito dos transplantes, encontra-se o bem social promovido, o de salvar vidas ou propiciar a sobrevida, bem este reconhecido pelo legislador, pois, ao elaborar a Lei nº 9.434/97, e facultar a disposição de partes do corpo humano vivo ou não, permitindo que outro indivíduo permaneça vivo, em razão do princípio da solidariedade humana.

Considerado como direito da personalidade, previsto no Código Civil, a este direito deve ser garantida a integridade física, a dignidade, cumprindo, desta forma, preceitos éticos e legais.

Referências Bibliográficas

BAUMAN, Zygmunt. Medo líquido. Rio: Jorge Zahar Editor, 2008.

BELLINO, Francesco. Fundamentos da Bioética. Bauru-SP: Edusc, 1997.

BEYLEVELD, Deryck, BROWNSWORD, Roger. Human dignity in bioethics and biolaw. Oxford: Oxford University Press, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 4^o edição. Coimbra [Portugal]: Livraria Almedina, 2000.

- CARDOSO, Alaércio. Responsabilidade Civil e Penal dos Médicos nos Casos de Transplantes. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- CHAVES, Antônio. Direito à Vida e ao Próprio Corpo (intersexualidade, transexualidade, transplantes). 2^o ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil, vol. 01, 2^a ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. v. I, art. 1^o a 5^o, LXVII. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1988.
- CUPIS de, Adriano. Direitos da personalidade. Lisboa : Morais. 1961.
- DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.
- DWORKIN, Ronald. Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução de Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- FRANÇA, Genival Veloso de. Direito Médico. 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- FRANÇA, R. Limongi. Instituições de direito Civil. 4^a ed, atualizada, São Paulo: Editora Saraiva, 1996.
- GARCIA, Enéas Costa. Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro. São Paulo : Editora Juarez de Oliveira. 2007.
- LAROUSSE, Cultural. Rio de Janeiro: Nova Cultural, 1998.
- MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil: parte geral. 36^a ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 98.
- MORA, Jose Ferrater. Diccionario de filosofia. Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1971.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. In MORAES, Maria Celina de (coord). Princípios do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro : Renovar. 2006.
- MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 8^o ed. São Paulo: Editora Atlas S. A, 2000.
- _____. Direito Constitucional. 19^a edição. São Paulo: Atlas, 2006.
- ORGAZ, Alfredo. Personas Individuales. Buenos Aires, Argentina: Editorial Depalma, 1947.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Berhard. Direitos fundamentais. Tradução de Antônio Francisco de Souza e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTOS, Rita Maria Paulina dos. Dos Transplantes de órgãos à clonagem: nova forma de experimentação humana rumo à imortalidade? Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

OS DIREITOS DA PERSONALIDADE COMO FUNDAMENTO PARA A DEFESA AO DIREITO À IDENTIDADE E GÊNERO

**Bruno Henrique Miniuchi Pellizzari¹; Ana Elizabeth Lapa Wanderley
Cavalcanti²**

RESUMO: Este artigo analisa o direito à identidade de gênero com base nos direitos da personalidade, que se concretizaria por meio da possibilidade de mudança de prenome, adequação do gênero e realização da cirurgia de transgenitalização, objetivando a busca do equilíbrio corpo-mente do transexual. Conclui que é função do Estado garantir o amplo exercício da cidadania, que só será possível por meio de medidas que assegurem um efetivo acesso à direitos, sem distinção de qualquer natureza, conforme preconiza a Constituição Federal brasileira. Sua metodologia é a investigativa Jurídico Sociológica que se propõe a compreender o fenômeno jurídico no ambiente social mais amplo.

Palavras-chave: Direitos da personalidade; identidade de gênero; nome; transgenitalização; sexualidade.

THE RIGHTS OF PERSONALITY AS A BASIS FOR THE DEFENSE OF THE RIGHT TO IDENTITY AND GENDER

ABSTRACT:

This article analyzes the right to gender identity based on the rights of the personality, which would be realized through the possibility of changing the first name, adapting the gender and carrying out transgenitalization surgery, aiming at the search for the transsexual body-mind balance. It concludes that it is the role of the State to guarantee the broad exercise of citizenship, which will only be possible through measures that ensure effective access to rights, without distinction of any nature, as recommended by the Brazilian Federal Constitution. Its methodology is the Sociological Legal investigative which aims to understand the legal phenomenon in the broader social environment.

Keywords: Rights of personality; gender identity; name; transgenitalization; sexuality.

1 Advogado. Graduado e Mestre em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU. Coordenador da Revista Numismática Brasileira. Diretor Social e de Divulgação da Sociedade Numismática Brasileira. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2924323325495388>

2 Doutora em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Professora do Curso de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7653309548801946>

Introdução

A sociedade contemporânea, conhecida como Sociedade da Informação, é marcada pelas transformações na ordem econômica, social, jurídica, cultural e governamental, razão pela qual o modo com o Estado atua está sofrendo constantes modificações.

Quando abordamos os direitos da personalidade e os direitos e garantias fundamentais, tem se consolidado a proteção estatal, com o Poder Público cada vez mais interessado e empenhado em sua defesa. Entretanto essa atuação ainda não tem sido completamente eficaz com alguns grupos sociais, ficando estes, marginalizados e esquecidos.

As pessoas trans compõem um dos grupos que mais sofreram com a exclusão social, em razão de seu comportamento ser considerado um tabu, mas que hoje, com a quebra desse paradigma, tem seus direitos vistos como direitos da personalidade. A constante superação de ideologias segregacionistas tem estimulado a proteção da dignidade humana.

Os direitos da personalidade são basilares na tutela ao direito à vida, à liberdade, ao nome, ao próprio corpo, à imagem e à honra. Esses direitos vão ser indispensáveis para o êxito do que buscam os transexuais, que é o reconhecimento, social e jurídico, de que pertencem ao sexo oposto do seu sexo de nascimento.

Juridicamente esse reconhecimento se dará através da possibilidade de mudança de prenome, adequação do gênero e realização da cirurgia de transgenitalização, objetivando a busca do equilíbrio corpo-mente do transexual.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Usualmente quando o tema aborda os direitos das pessoas que fazem parte da comunidade LGBTI, sigla essa que segundo a ACNUR (Agência da Organização das Nações Unidas para Refugiados) se refere às lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais, pessoas trans e *intersex*³, surge a dúvida se esses direitos integrariam os direitos da personalidade ou os direitos e garantias fundamentais.

Entretanto veremos que esses direitos podem integrar ambos os institutos, sendo nosso foco a análise dos mesmos nos direitos da personalidade. Para tornar mais clara a

3 ACNUR. **Cartilha informativa sobre a proteção de pessoas refugiadas e solicitantes de refúgio LGBTI**. ONU, 2020, p.

2. Disponível em:

https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2017/Cartilha_Refugiados_LGBTI.pdf?file=fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2017/Cartilha_Refugiados_LGBTI. Acesso em: 03. Jan. 2020.

pesquisa, serão apresentadas breves considerações acerca dos direitos da personalidade e dos direitos e garantias fundamentais.

Leite (2006, p. 347) defende que “a rigor, personalidade não é um direito, mas um conjunto de atributos e características da pessoa humana”, mas que são objeto do direito⁴.

Os direitos da personalidade, que são reconhecidos pela doutrina, pelo ordenamento jurídico e protegidos pela jurisprudência, são proclamados pelo direito natural, com destaque ao direito à vida, à liberdade, ao nome, ao próprio corpo, à imagem e à honra⁵.

Para Amaral, “direitos da personalidade são direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual”⁶.

No dizer de Leite, “os direitos de personalidade são espécies de direitos inerentes à dignidade humana que têm por objeto a proteção da incolumidade física, psíquica e moral da própria pessoa”⁷.

Já os direitos fundamentais, na visão de Gilmar Mendes, podem ter natureza de defesa, objetivando a proteção do cidadão contra a intervenção do Poder Público, seja pelo não impedimento da prática de determinado ato, pela não intervenção em situações subjetivas ou pela não eliminação de posições jurídicas. Ficando o Poder Público “obrigado, assim, a respeitar o núcleo de liberdade constitucionalmente assegurado”⁸.

Mas também podem se referir a prestações de índole positiva, sendo integrada por prestações fáticas e normativas. Os direitos fundamentais, asseguram assim, não apenas direitos subjetivos, mas também os princípios objetivos da ordem constitucional e democrática⁹.

Beltrão expõe que “os direitos da personalidade exprimem aspectos que não podem deixar de ser conhecidos sem afetar a própria personalidade humana” e conclui que “os direitos fundamentais demarcam em particular a situação do cidadão perante o Estado, com a preocupação básica da estruturação constitucional”¹⁰.

4 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Os direitos de personalidade na perspectiva dos direitos humanos e do direito constitucional do trabalho**. Revista Brasileira de Direito Constitucional, v. 7, n. 2, 2006, p. 347.

5 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral**. 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 198.

6 AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 4 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 243.

7 LEITE. **Op. Cit.**, p. 347.

8 MENDES, Gilmar Ferreira. **Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional**. Anuario iberoamericano de justicia constitucional, n. 8, 2004, p. 132-133.

9 MENDES, Gilmar Ferreira. **Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional**. Anuario iberoamericano de justicia constitucional, n. 8, 2004, p. 133.

10 BELTRÃO, Sílvio Romero. **Direitos da Personalidade – de acordo com o novo código civil**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 47-48.

O autor ainda esclarece que um dos principais pontos de diferenciação dos direitos da personalidade e dos direitos fundamentais, apesar da larga coincidência, é de que o primeiro se encontra no âmbito privado, enquanto os direitos fundamentais se firmam como Direito Público. Em decorrência de os direitos da personalidade possuírem viés pessoal, à medida que os direitos fundamentais figuram no âmbito político e socioeconômico¹¹.

Todos esses direitos têm como finalidade a proteção da dignidade humana, que para Alcalá “é o valor básico que fundamenta os direitos humanos”, visto que além de ser uma garantia que preteje as pessoas contra vexames e ofensas de todo tipo, também se afirma por meio dos direitos com o desenvolvimento pleno de todos os seres humanos¹².

2. SEXUALIDADE

A sexualidade é um aspecto central do ser humano, que inclui sexo, gênero, identidade sexual e de gênero, orientação sexual, erotismo, apego emocional/amor e reprodução. Sendo resultado da interação de fatores biológicos, psicológicos, socioeconômicos, culturais, éticos e religiosos ou espirituais. Podendo ser expresso em pensamentos, fantasias, desejos, crenças, atitudes, valores, atividades, práticas, papéis e relacionamentos¹³.

Essa definição está disposta em documento desenvolvido na Guatemala pela Organização Pan-Americana da Saúde em conjunto com a Organização Mundial da Saúde (OMS), assinado, entre outras pessoas, pelo psicólogo brasileiro Oswaldo Martins Rodrigues Júnior.

Como demonstra Cunha a sexualidade possui uma concepção mais ampla do que o sexo, em virtude de abranger manifestações de instinto sexual, bem como normas de cunho social, jurídico, religioso e moral.

Segundo Cunha “sexo é conceito que está vinculado a um elemento de cunho biológico, ou mesmo ao ato sexual”, já a sexualidade é composta por um entendimento de abrangência mais ampla, visto que atinge, além dos aspectos biológicos e genéticos, também a compreensão aos sentimentos e interações pessoais.¹⁴

11 ibidem, p. 48.

12 ALCALÁ, Humberto Nogueira. **A dignidade da pessoa e os direitos econômicos sociais e culturais: uma aproximação latino-americana**. Revista de direito privado, n. 20, out./dez. 2004, p. 158.

13 PAN AMERICAN HEALTH ORGANIZATION. **Promotion of sexual health: Recommendations for action**. Guatemala: World Association for Sexology, 2000, p. 8.

14 CUNHA, Leandro Reinaldo da. **Identidade e redesignação de gênero: Aspectos da personalidade, da família e da responsabilidade civil**. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica – PUC. São Paulo: PUC, 2014, p. 18.

Para Barbosa e Sabino (2010, p. 82) mesmo a compreensão do sexo sofreu alterações, não estando mais sua definição limitada e simplificada. Sendo essa relacionada também com a reprodução, com a manifestação da libido e com o prazer.

Analisa-se que a relação feita por muito tempo entre sexo e reprodução, de que o sexo só tinha função reprodutiva, se dissocia e com o passar do tempo passa a abranger também temas como amor, desejo, prazer, proteção ao patrimônio, acúmulo de bens e sacralidade, alterando e superando a concepção de que o sexo estaria intimamente e estritamente relacionado com a procriação.¹⁵

Dentro da discussão acerca da sexualidade é possível abordar sobre gênero, que é um elemento com ligação íntima ao tema, mas que, diferente da ideia de sexo, vincula-se a uma percepção social que o indivíduo tem de si, que permite a separação dos seres entre masculino e feminino.

De acordo com Cunha, essa “decorre de uma elaboração cultural que se atribui a alguém, sem que está se encontre efetivamente ligada a uma base biológica, surgindo o masculino e o feminino como conceitos apartados do sexo fenotípico ou anatômico”.¹⁶

Sexo então estaria relacionado com um elemento biológico, enquanto o gênero estaria relacionado com o social, construído pelas diferentes culturas. O gênero mais à frente do sexo, é definido pela auto percepção e a forma como a pessoa se expressa socialmente, e não pelos cromossomos ou a conformação genital.¹⁷

Ao se analisar gênero e sexualidade, a primeira apresenta a distinção social entre homem e mulher, enquanto a segunda tem maior amplitude, podendo até mesmo possuir um diálogo entre os gêneros, abrangendo crenças, relações, modos de agir e identidades socialmente construídas e historicamente modeladas.

Sendo, então, uma construção de fundo sociológico e absolutamente subjetiva, tendo relação direta com o papel que o indivíduo desempenha na sociedade, diferindo da visão baseada nas suas características físicas ou genéticas¹⁸.

15 BARBOSA, Guilherme Vieira; SABINO, Mauro César Cantareira. **Direito da personalidade e transexualismo: a dignidade da pessoa humana sob uma ótica plural da intimidade e identidade sexual**. Revista Jurídica Cesumar-Mestrado, v. 10, n.1, 2010, p. 82.

16 CUNHA. **Op. Cit.**, p. 40.

17 JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos**. Brasília, 2012, p. 8.

18 CUNHA, Leandro Reinaldo da. **Identidade e redesignação de gênero: Aspectos da personalidade, da família e da responsabilidade civil**. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica – PUC. São Paulo: PUC, 2014, p. 40-41.

3. IDENTIDADE DE GÊNERO

É importante quando abordamos o tema identidade de gênero, fazermos algumas diferenciações. Uma das diferenciações necessárias é em relação a gênero e orientação sexual.

A primeira se refere a formas de se identificar como homem ou mulher, já a segunda se refere à atração afetivossexual por alguém de um ou mais gêneros. Também é importante destacar que uma independe da outra, ou seja, não existe uma norma de orientação sexual em função do gênero¹⁹.

Identidade de gênero pode ser entendido como o conjunto de traços construídos na esfera social e cultural por uma dada sociedade, que vai ir definir quais os comportamentos, gestos, modos de vestir, falar e agir, as atitudes, de forma semelhante para homens e mulheres. Entretanto essas estruturas não são fixas, mas sim se renovam e podem ser moldadas de outras formas, sendo impostas pelo processo de socialização, que impede construções singulares, objetivando um comportamento comum a todos os indivíduos²⁰.

Esse conjunto de traços a serem seguidos pode ser entendido como papéis sociais, que para Louro são “padrões ou regras arbitrárias que uma sociedade estabelece para seus membros e que definem seus comportamentos, suas roupas, seus modos de se relacionar ou de se portar”.

Ainda segundo a autora é “através do aprendizado de papéis, cada um/a deveria conhecer o que é ser considerado adequado (e inadequado) para um homem ou para uma mulher numa determinada sociedade, e responder a essas expectativas”²¹.

Entretanto, encontramos sujeitos masculinos ou femininos que não obrigatoriamente pertencem ao seu sexo biológico, que podem possuir uma identidade de gênero ou orientação sexual do sexo oposto ao seu²².

A adequação do corpo à imagem de gênero que as pessoas transexuais têm de si pode ocorrer de diversas maneiras, entre elas o uso de roupas, passando por tratamentos hormonais e até procedimentos cirúrgicos²³.

19 JESUS. **Op. Cit.** p. 12.

20 SILVA, Sergio Gomes da. **A crise da masculinidade: uma crítica à identidade de gênero e à literatura masculinista.** Psicologia: ciência e profissão, v. 26, n. 1, 2006, p. 122.

21 LOURO, Guacira Lopes. **Gênero, Sexualidade e Educação: uma Perspectiva Pós-estruturalista.** Petrópolis: Vozes, 1997, p. 24.

22 SILVA, Sergio Gomes da. **O Conflito Identitário: Sexo e Gênero na Constituição das Identidades.** Revista Brasileira de Sexualidade Humana, vol. 10, nº 01, janeiro/junho. São Paulo: Iglu Editora, 1999, pp. 70-85.

23 JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos.** Brasília, 2012, p. 15.

Em relação ao sistema binário clássico, ou seja, a prevalência de preceitos culturais arraigados e tradicionais que defendem a imutabilidade de apenas dois sexos (homem e mulher) como face à impossibilidade de trânsito sexual, tendo como perspectiva a determinação do que seria natural ou não, vem perdendo força com o surgimento de inúmeros estudos que expõem que a dualidade, antes tida como soberana, não se mostra mais tão sólida e insuperável como acreditava-se. A abordagem desses estudos parte de uma apreciação científica, e não religiosa, que foge de conceitos pré-concebidos e desprovidos de fundamentação técnica²⁴.

É crescente a corrente científica que entende que a vivência de um gênero discordante com o que seria esperado socialmente de alguém de determinado sexo biológico não se trata de um transtorno, mas sim de uma questão de identidade²⁵.

A transexualidade é outro tema relacionado à sexualidade, mais especificamente à identidade de gênero. Segundo Cunha “se estabelece como uma síndrome de inadequação físico-psicológica, em que se convive com a sensação de que a pessoa tem um cérebro que não pertence ao seu corpo”²⁶.

Conforme defende Jesus, a transexualidade é uma questão de identidade, não de doença ou perversão sexual. Ainda não teria relação com a orientação sexual, como é geralmente relacionado, não sendo também uma escolha ou um capricho²⁷.

O transexual vai possuir um psiquismo contrário ao do sexo físico que apresenta, com seus desejos relacionados distintamente à condição sexual de seu fenótipo. Também pode ser manifestado com a percepção de que a definição sexual que lhe é atribuída não corresponde com a sua realidade²⁸.

O reconhecimento dessa condição pode acontecer já na infância e adolescência, mas também pode ocorrer mais tardiamente, pelas mais diversas razões. Muitas vezes essa manifestação tardia pode estar relacionada com questões sociais e com a repressão²⁹.

24 CUNHA, Leandro Reinaldo da. **Identidade e redesignação de gênero: Aspectos da personalidade, da família e da responsabilidade civil**. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica – PUC. São Paulo: PUC, 2014, p. 43.

25 JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos**. Brasília, 2012, p. 9.

26 CUNHA, Leandro Reinaldo da. **Identidade e redesignação de gênero: Aspectos da personalidade, da família e da responsabilidade civil**. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica – PUC. São Paulo: PUC, 2014, p. 48.

27 JESUS. **Op. Cit.**, p. 14.

28 CUNHA. **Op. Cit.**, p. 48.

29 JESUS. **Op. Cit.**, p. 14.

Diniz define a transexualidade como sendo “a condição sexual da pessoa que rejeita sua identidade genética e a própria anatomia de seu gênero, identificando-se psicologicamente com o gênero oposto”³⁰.

Os transexuais fazem parte daquilo que se convencionou chamar de transgêneros, expressão abrangente que pode englobar tanto os transexuais e travestis (numa visão de gênero como identidade) como os transformistas, *crossdressers* (CD), *drag queens*, *drag kings* (gênero como funcionalidade), como ainda os que não se identificam com qualquer gênero, já chamados de andróginos ou *queer*³¹.

Superado o período em que os transexuais estavam socialmente escondidos, e como consequência, excluídos, buscam encontrar o seu espaço social, tendo como característica principal o reconhecimento, social e jurídico, do enquadramento enquanto do sexo oposto ao seu sexo morfológico, atribuído no momento de seu nascimento³².

Essa exclusão faz com que sejam tratados de forma periférica e discriminada, não sendo eficazmente inseridos na sociedade, sendo obrigados a sobreviverem, não tendo a oportunidade de viverem dignamente. Muitas vezes coexistindo com problemas psicológicos e doenças, como a depressão.

Barbosa e Sabino, ao citarem Elisa Sheibe, defendem que “resgatar essa minoria social, em um Estado Social e Democrático de Direito, que se mostra como espaço preservador da convivência humana, garantindo o direito de expressar-se em última análise, apontando a dignidade concreta como núcleo fundamental, é imprescindível e impositivo”³³.

Consoante, Cunha expõe que “o transexual está inserido numa condição de sofrimento intenso ante ao atroz conflito decorrente do fato de possuir uma constituição genital em desconformidade com o seu sentimento”. Entretanto alerta que a situação do travesti é diversa, visto que se vale de seus genitais para atingir o prazer, não apresentando

30 DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro – Teoria geral do direito civil**. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 316.

31 CUNHA, Leandro Reinaldo da. **Identidade e redesignação de gênero: Aspectos da personalidade, da família e da responsabilidade civil**. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica – PUC. São Paulo: PUC, 2014, p. 49-50.

32 BARBOSA, Guilherme Vieira; SABINO, Mauro César Cantareira. **Direito da personalidade e transexualismo: a dignidade da pessoa humana sob uma ótica plural da intimidade e identidade sexual**. Revista Jurídica Cesumar-Mestrado, v. 10, n.1, 2010, p. 81.

33Ibidem, p. 81.

uma situação de repulsa, acentuando que é equivocada a ideia de que a distinção entre travestis e transexuais seria a realização ou não da cirurgia de transgenitalização³⁴.

Avindo com isso ainda temos a colocação de Vieira, que nos traz que o travesti apresenta um impulso erótico para paramentar-se com vestes do sexo oposto, enquanto o transexual tem como algo natural vestir-se com roupas do sexo contrário, visto que é dessa forma que se reconhece³⁵.

A transexualidade também se difere da intersexualidade, na qual ocorre uma má formação dos órgãos genitais. Cossi expõe que “é justamente por reconhecer sua realidade anatômica que grande parte dos transexuais recorre às intervenções físicas, como uma forma de “correção” ou “adequação” entre sexo anatomofisiológico e identidade sexual”³⁶, não havendo qualquer tipo de má-formação ou desequilíbrio hormonal, mas pelo desenvolvimento de identidade de gênero em discordância com o que lhe foi atribuído.

Em 2018, após 28 anos, a Organização Mundial da Saúde deixou de classificar as pessoas trans como portadoras de transtornos de identidade de gênero e a transexualidade passou a ser entendida como incongruência de gênero³⁷.

Cunha afirma que “o gênero é elemento de suma relevância no que concerne aos direitos da personalidade, mormente se considerando a necessidade de sua perfeita compreensão”³⁸. Ainda nos traz que a realidade vivenciada por este grupo social necessita ser analisada sob a ótica da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade.

Cabendo ao Direito a responsabilidade de proteger ideais e princípios jurídicos de todos, que incorporem a honra, a integridade, ao nome, com especial atenção a felicidade, que vai se caracterizar pela conquista de um respaldo jurídico à dignidade acima de todos, não das diferenças, dos preconceitos e do extremismo³⁹.

34 CUNHA, Leandro Reinaldo da. **Identidade e redesignação de gênero: Aspectos da personalidade, da família e da responsabilidade civil**. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica – PUC. São Paulo: PUC, 2014, p. 50.

35 VIEIRA, Tereza Cristina. **Nome e sexo: mudança no registro civil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 157-158.

36 COSSI, Rafael Kalaf. **Transexualismo, psicanálise e gênero**. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2010, p. 31.

37 MARTINELLI, Andréa. **Após 28 anos, OMS deixa de classificar transexualidade como doença mental**. Huffpost Brasil. Disponível em: https://www.huffpostbrasil.com/2018/06/18/apos-28-anos-transexualidade-deixa-de-ser-classificada-como-doenca-pela-oms_a_23462157/. Acesso em 30. Dez. 2019.

38 CUNHA, Leandro Reinaldo da. **Identidade e redesignação de gênero: Aspectos da personalidade, da família e da responsabilidade civil**. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica – PUC. São Paulo: PUC, 2014, p. 44.

39 BARBOSA, Guilherme Vieira; SABINO, Mauro César Cantareira. **Direito da personalidade e transexualismo: a dignidade da pessoa humana sob uma ótica plural da intimidade e identidade sexual**. Revista Jurídica Cesumar-Mestrado, v. 10, n.1, 2010, p. 71.

A diferenciação por características sexuais físicas, identidade de gênero ou pela orientação sexual não podem ser partes da constituição de uma sociedade civilizada, fraterna, humanitária e garantidora dos direitos dos cidadãos⁴⁰.

Os aspectos que caracterizam essa luta como um direito da personalidade são a busca do equilíbrio corpo-mente do transexual, com a correta adequação de sexo e prenome, ancorado no direito ao próprio corpo, no direito à saúde (Art. 196 da Constituição Federal), mas principalmente no direito à identidade sexual, que encontra-se alocado dentro da identidade pessoal⁴¹.

Um dos fatores que devem ser levados em consideração quando discutimos a proteção legal dos transexuais é a relevância da religião na construção jurídica, visto que, quando ocorrem essas discussões, há sempre um viés religioso que impede grandes mudanças legais, sendo então necessário, segundo Vaggione, conduzir questionamentos acerca da importância que se deve atribuir à religião no momento da construção do direito⁴².

Nessa linha, Cunha também expõe que as concepções religiosas não podem reger a estruturação jurídica, ante a separação entre Igreja e Estado. Devendo o legislador garantir a dignidade da pessoa humana, sobrepondo-se a toda e qualquer forma de discriminação ou preconceito. Sendo que em decorrência da evolução social, conceitos e normas que não mais se identificam, sustentadas unicamente pela perpetuação de uma tradição ou com objetivos segregacionistas, devem ser revistas e superadas.⁴³

Ao relacionarmos especificamente o tema identidade de gênero com os direitos da personalidade o cerne da questão está incluso na estrutura dos aspectos fundamentais da personalidade trazidos por Rubens Limongi França, no tópico referente a direitos à integridade, entre os direitos ao próprio corpo, nos itens **h** (transexualismo) e **i** (relativos à mudança artificial do sexo), também integrando os direitos à integridade moral no item **k** (identidade sexual)⁴⁴.

O direito de transgenitalização do transexual também é defendido por Tartuce como um direito da personalidade, tendo como base o disposto no artigo 13 do Código Civil,

40 CUNHA, Leandro Reinaldo da. **Identidade e redesignação de gênero: Aspectos da personalidade, da família e da responsabilidade civil**. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica – PUC. São Paulo: PUC, 2014, p. 16.

41 VIEIRA, Tereza Cristina. **Aspectos psicológicos, médicos e jurídicos do transexualismo**. Psicólogo informação, ano 4, n. 4, jan./dez. 2000, p. 65-66.

42 VAGGIONE, Juan Marco. **La sexualidade en un mundo post secular. El activismo religioso y los derechos sexuales y reproductivos. Derecho a la sexualidad**. Buenos Aires: David Grinberg Libros Jurídicos, 2009, p. 148.

43 CUNHA, Leandro Reinaldo da. **Identidade e redesignação de gênero: Aspectos da personalidade, da família e da responsabilidade civil**. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica – PUC. São Paulo: PUC, 2014, p. 21.

44 DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 139.

expondo que o conteúdo “serve como uma luva para os casos de correção de sexo do transexual”⁴⁵.

Szaniawski também vincula a identidade sexual e os direitos da personalidade, demonstrando existir interesse jurídico na inserção social de cada ser em um grupo, que no caso dos transexuais seria marcado pelo livre exercício da própria identidade sexual⁴⁶.

O apontamento entre os direitos da personalidade ocorre por causa da sexualidade ser parte inerente da personalidade de todo e qualquer ser humano, vinculada ao princípio da proteção à dignidade da pessoa humana, como parte das garantias inerentes à condição de ser humano, sendo essas um direito de todo sujeito. Cunha finaliza esclarecendo que “o livre exercício da sexualidade e toda a sua amplitude é elemento inerente ao direito da personalidade, vez que a formação do indivíduo como pessoa passa por esta perspectiva”⁴⁷.

4. NOME E CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO

Conforme já demonstrado anteriormente, tanto o nome quanto a cirurgia de transgenitalização integram o rol dos direitos da personalidade das pessoas trans. Razão pela qual é pertinente a análise mais detalhada do que se tratam e quais seus tipos e reflexos.

O nome é o elemento de identificação da pessoa natural, mesmo que existam outros com esse mesmo objetivo. Outro aspecto de identificação é a indicação do gênero. São elementos de suma relevância e no caso dos transexuais podem revelar uma séria discrepância entre a realidade fática e sua situação formal⁴⁸.

Gonçalves nos traz que a palavra nome deriva do latim e significa à designação ou denominação, que pode ser dada a uma pessoa, coisa, animal ou planta, com o objetivo de reconhecê-los. Sendo, portanto, o nome o sinal principal e visível de sua individualização, compondo um dos principais direitos da personalidade⁴⁹.

A aceitação e superação da inadequação para aqueles que apresentam qualquer tipo de dissonância sexual, para que possam seguirem adiante, é dificultada enquanto estiverem vinculados oficialmente a um nome e gênero que não representam a sua realidade, razão

45 TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, 1: Lei de introdução e parte geral**. 9 ed. São Paulo: Método, 2013, p. 171.

46 SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual**. São Paulo: RT, 1998, p. 35.

47 CUNHA, Leandro Reinaldo da. **Identidade e redesignação de gênero: Aspectos da personalidade, da família e da responsabilidade civil**. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica – PUC. São Paulo: PUC, 2014, p. 171.

48 Ibidem, p. 188.

49 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Parte geral**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 120.

pela qual tem direito ao oblívio das informações anteriores à constatação. Essa omissão tem como objetivo preservar a sua integridade, permitir a sua integração social e afastar discriminações, sendo alcançado com a adequação documental⁵⁰.

Os transexuais agem da maneira que reconhecem ser própria do seu gênero, ou seja, as mulheres transexuais adotam nome, aparência e comportamentos femininos, precisando serem tratadas como quaisquer outras mulheres. Já os homens transexuais vão adotar nome, aparência e comportamentos masculinos, também devendo serem tratados como quaisquer outros homens⁵¹.

Ainda no cerne da identificação pessoal, a não adequação documental das pessoas trans ocasiona diversos problemas, como discriminação, vergonha, dificuldade de acesso ao trabalho e até mesmo restrição à liberdade de ir e vir, visto que é vexatória e preocupante a necessidade de apresentação dos documentos de identificação dissonantes com a sua realidade fática. Ainda assim, mais grave é a possibilidade de acusação do crime de falsidade ideológica, elencado no artigo 299 do Código Penal.⁵²

Uma informação importante é de que no momento da troca do nome, a pessoa não será obrigada a importar o nome feminino para o masculino ou vice-versa, tendo liberdade na escolha do novo nome, podendo adotar um nome que não tenha qualquer relação com o original⁵³.

Já em relação a crença de que à necessidade de realização da cirurgia de transgenitalização para que se tenha direito à troca do nome, não condiz, já que a condição de transexualidade decorre de constatação psicológica e não física, ou seja, pela prevalência do sexo psicológico sobre o sexo anatômico. Não sendo necessário, portanto, de intervenções cirúrgicas ou hormonais⁵⁴.

Com base nisso, o Supremo Tribunal Federal autorizou pessoas trans a mudarem de nome mesmo sem cirurgia ou decisão judicial, devendo o interessado se dirigir

50 CUNHA, Leandro Reinaldo da. **Identidade e redesignação de gênero: Aspectos da personalidade, da família e da responsabilidade civil**. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica – PUC. São Paulo: PUC, 2014, p. 189.

51 JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos**. Brasília, 2012, p. 15.

52 CUNHA, Leandro Reinaldo da. **Identidade e redesignação de gênero: Aspectos da personalidade, da família e da responsabilidade civil**. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica – PUC. São Paulo: PUC, 2014, p. 190.

53 VIEIRA, Tereza Cristina. **Nome e sexo: mudança no registro civil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 182.

54 CUNHA. **Op. Cit.**, p. 168-169.

diretamente a um cartório, não precisando comprovar a sua identidade psicossocial, que será atestada por autodeclaração⁵⁵.

Quando abordamos a o direito a realização da operação de transgenitalização, de se notar que o disposto no artigo 13 do Código Civil não deve ser obstáculo, vez que, segundo Borges, o processo de transgenitalização tem um fim terapêutico, objetivando a efetivação de uma vida digna e “permitirá àquela pessoa o pleno desenvolvimento de sua personalidade”⁵⁶.

Com especial destaque ao fato de que o transexual, tanto quanto o intersexual, não tem a intenção de ofender a sociedade ou a moral pública, mas ao buscarem a realização da intervenção cirúrgica de adequação de sexo, buscam apenas a chance de viverem uma vida digna, com condições de acesso a cidadania plena⁵⁷.

Este aspecto do direito da personalidade, conectado ao disposto no artigo 13 do Código Civil, foi analisado na IV Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, resultando no Enunciado 276, que está exposto em seu inteiro teor abaixo.

Enunciado 276

Art.13. O art. 13 do Código Civil, ao permitir a disposição do próprio corpo por exigência médica, autoriza as cirurgias de transgenitalização, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, e a conseqüente alteração do prenome e do sexo no Registro Civil⁵⁸.

Segundo Azevedo o direito a felicidade é uma prerrogativa dos direitos da personalidade, devendo garantir à pessoa infeliz com seu sexo o direito à transgenitalização⁵⁹.

Temos o direito à autodeterminação no cerne desta personalidade, que é caracterizado por Cunha “pelo poder inerente a todo ser humano de determinar de per si o

55 POMPEU, Ana. **STF autoriza pessoa trans a mudar de nome mesmo sem cirurgia ou decisão judicial**. CONJUR, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-01/stf-autoriza-trans-mudar-nome-cirurgia-ou-decisao-judicial>. Acesso em 31 dez. 2019.

56 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Dos direitos da personalidade, Teoria geral do direito civil**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 243.

57 CUNHA, Leandro Reinaldo da. **Identidade e redesignação de gênero: Aspectos da personalidade, da família e da responsabilidade civil**. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica – PUC. São Paulo: PUC, 2014, p. 178.

58 BRASIL. **O art. 13 do Código Civil, ao permitir a disposição do próprio corpo por exigência médica, autoriza as cirurgias de transgenitalização, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, e a conseqüente alteração do prenome e do sexo no Registro Civil**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2006. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/223>. Acesso em: 01 jan. 2020.

59 AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral do direito civil: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 37.

que se revela como melhor para a sua vida, no que tange à sua evolução pessoal e definição dos caracteres de sua personalidade”.

Cunha ainda nos traz que a autodeterminação é resguardada no direito alemão, como meio de proteger o direito de mudança de prenome e de estado sexual do transexual, como preceito geral da personalidade⁶⁰.

Conclusão

Com base no que foi apresentado, os direitos da personalidade integram importante mecanismo para a proteção dos direitos das pessoas trans, visto que tem por finalidade a salvaguarda à vida, ao nome, ao corpo e à imagem.

É importante destacar que a transexualidade sempre esteve presente na sociedade, atingindo parcela da população. Por esse motivo o Poder Público não pode deixar de protegê-los e impedir o acesso a seus direitos, reconhecidos pela doutrina, pelo ordenamento jurídico e pela jurisprudência.

Os direitos da personalidade são inerentes à dignidade humana, protegendo contra vexames e humilhações, muitas vezes sofridos pelos transexuais, que em razão de sua identidade de gênero, marcada pela inadequação físico-psicológica, são marginalizados e impossibilitados de terem acesso a seus direitos sociais.

A retomada de seu espaço social, com o reconhecimento social e jurídico de sua condição, se dará através do pleno direito de expressar-se enquanto pertencente ao sexo contrário do originalmente enquadrado. Com a sua dignidade preservada por meio da garantia de mudança de prenome e realização da cirurgia de transgenitalização.

A adequação do nome à sua identidade de gênero não pode e não deve estar condicionada a realização da cirurgia de transgenitalização, visto que a transexualidade decorre de constatação psicológica e não física, razão pela qual nem todos as pessoas trans recorrem a intervenções cirúrgicas.

Por fim, é função do Estado garantir o amplo exercício da cidadania, que só será possível por meio de medidas que assegurem um efetivo acesso à direitos, sem distinção de qualquer natureza, conforme preconiza a Constituição Federal brasileira.

60 CUNHA. *Op. Cit.*, p. 173-174.

Referências Bibliográficas

- ACNUR. **Cartilha informativa sobre a proteção de pessoas refugiadas e solicitantes de refúgio LGBTI**. ONU, 2020, p. 2. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2017/Cartilha_Refugiados_LGBTI.pdf?file=fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2017/Cartilha_Refugiados_LGBTI. Acesso em: 03. Jan. 2020.
- ALCALÁ, Humberto Nogueira. **A dignidade da pessoa e os direitos econômicos sociais e culturais: uma aproximação latino-americana**. Revista de direito privado, n. 20, out./dez. 2004.
- AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 4 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral do direito civil: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2012.
- BARBOSA, Guilherme Vieira; SABINO, Mauro César Cantareira. **Direito da personalidade e transexualismo: a dignidade da pessoa humana sob uma ótica plural da intimidade e identidade sexual**. Revista Jurídica Cesumar-Mestrado, v. 10, n.1, 2010.
- BELTRÃO, Sílvio Romero. **Direitos da Personalidade – de acordo com o novo código civil**. São Paulo: Atlas, 2005.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Dos direitos da personalidade, Teoria geral do direito civil**. São Paulo: Atlas, 2005.
- BRASIL. **O art. 13 do Código Civil, ao permitir a disposição do próprio corpo por exigência médica, autoriza as cirurgias de transgenitalização, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, e a consequente alteração do prenome e do sexo no Registro Civil**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2006. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/223>. Acesso em: 01 jan. 2020.
- COSSI, Rafael Kalaf. **Transexualismo, psicanálise e gênero**. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2010.
- CUNHA, Leandro Reinaldo da. **Identidade e redesignação de gênero: Aspectos da personalidade, da família e da responsabilidade civil**. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica – PUC. São Paulo: PUC, 2014.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro – Teoria geral do direito civil**. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Parte geral**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral**. 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos**. Brasília, 2012.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Os direitos de personalidade na perspectiva dos direitos humanos e do direito constitucional do trabalho**. Revista Brasileira de Direito Constitucional, v. 7, n. 2, 2006.

LOURO, Guacira Lopes. **Gênero, Sexualidade e Educação: uma Perspectiva Pós-estruturalista**. Petrópolis: Vozes, 1997.

MARTINELLI, Andréa. **Após 28 anos, OMS deixa de classificar transexualidade como doença mental**. Huffpost Brasil. Disponível em: https://www.huffpostbrasil.com/2018/06/18/apos-28-anos-transexualidade-deixa-de-ser-classificada-como-doenca-pela-oms_a_23462157/. Acesso em 30 dez. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional**. Anuario iberoamericano de justicia constitucional, n. 8, 2004.

PAN AMERICAN HEALTH ORGANIZATION. **Promotion of sexual health: Recommendations for action**. Guatemala: World Association for Sexology, 2000.

POMPEU, Ana. **STF autoriza pessoa trans a mudar de nome mesmo sem cirurgia ou decisão judicial**. CONJUR, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-01/stf-autoriza-trans-mudar-nome-cirurgia-ou-decisao-judicial>. Acesso em 31 dez. 2019.

SILVA, Sergio Gomes da. **O Conflito Identitário: Sexo e Gênero na Constituição das Identidades**. Revista Brasileira de Sexualidade Humana, vol. 10, nº 01, janeiro/junho. São Paulo: Iglu Editora, 1999.

SILVA, Sergio Gomes da. **A crise da masculinidade: uma crítica à identidade de gênero e à literatura masculinista**. Psicologia: ciência e profissão, v. 26, n. 1, 2006.

SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual**. São Paulo: RT, 1998.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, 1: Lei de introdução e parte geral**. 9 ed. São Paulo: Método, 2013.

VAGGIONE, Juan Marco. **La sexualidade en un mundo post secular. El activismo religioso y los derechos sexuales y reproductivos. Derecho a la sexualidad.** Buenos Aires: David Grinberg Libros Jurídicos, 2009.

VIEIRA, Tereza Cristina. **Aspectos psicológicos, médicos e jurídicos do transexualismo.** *Psicólogo informação*, ano 4, n. 4, jan./dez. 2000.

VIEIRA, Tereza Cristina. **Nome e sexo: mudança no registro civil.** São Paulo: Atlas, 2012.

3^o Information Society and Law

FMU
CENTRO UNIVERSITÁRIO

**GT - CRIMES, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SOCIEDADE
DA INFORMAÇÃO**

A CRIMINOLOGIA CLÍNICA E SUA IMPORTÂNCIA PARA O DIREITO PENAL BRASILEIRO

Ronny Max Machado¹; Francine Rolim de Camargo²

RESUMO: O presente artigo trata sobre a criminologia clínica e a sua importância para o Direito Penal. Os objetivos da pesquisa consistem na apresentação de noções iniciais acerca da criminologia clínica e Direito Penal, bem como, os momentos de atuação da criminologia clínica segundo Jean Pinatel. Far-se-á também, uma abordagem à respeito da entrevista clínica e os pontos abordados durante a entrevista clínica, os seus efeitos, a psicopatologia e o crime; Através da metodologia da revisão bibliográfica especializada, a abordagem relação de importância da criminologia clínica para o seara criminal e a reintegração social sendo estes pontos fundamentais do presente estudo.

Palavras-Chave: Criminologia; Criminologia clínica; Entrevista clínica; Reintegração social.

CLINICAL CRIMINOLOGY AND ITS IMPORTANCE FOR BRAZILIAN CRIMINAL LAW

ABSTRACT:

This article deals with clinical criminology and its importance for Criminal Law. The objectives of the research consist in the presentation of initial notions about clinical criminology and Criminal Law, as well as, the moments of performance of clinical criminology according to Jean Pinatel. There will also be an approach regarding the clinical interview and the points covered during the clinical interview, its effects, psychopathology and crime; Through the methodology of the specialized bibliographic review, the relation of importance of clinical criminology to the criminal field and social reintegration are these fundamental points of the present study.

1 Mestre em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. São Paulo. Estado de São Paulo. Brasil. Coordenou o Grupo de Pesquisa em Privacidade de Dados junto ao Programa Empreendireito da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Estado de São Paulo. Brasil. 2018-2019. Pesquisador junto ao Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, São Paulo. Estado de São Paulo. Brasil. Professor Universitário dos Cursos de Pós Graduação EAD da Faculdade Damásio. Advogado em São Paulo e Brasília. Relator na 1 Turma de Benefícios da CAASP. Colunista do site Ramo Jurídico. Parecerista Avaliador na Revista Direito em Debate.

2 Graduanda pela Faculdade de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas/FMU. , São Paulo. Membro do Grupo de Pesquisa “Crimes, dignidade da pessoa humana e sociedade da informação” pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas/FMU.

Keywords: Criminology; Clinical criminology; Clinical interview; Social reintegration.

Introdução

A pesquisa realizada tem por objetivo identificar a importância do estudo da Criminologia Clínica para a atuação do Direito Penal, visando a reintegração do encarcerado na sociedade e, conseqüentemente, prevenindo a reincidência do crime. Para tanto, serão abordadas as noções iniciais sobre o estudo da criminologia clínica e do Direito Penal, os principais momentos de atuação da criminologia clínica segundo Jean Pinatel, será também explorada a metodologia utilizada na entrevista clínica e os efeitos que a criminologia clínica causa no na seara criminal quanto às sanções, além de outros tópicos que compõem o entendimento.

A origem deste estudo se deram nas aulas de criminologia clínica ministrados na Faculdade de Direito da Universidade do Porto - PT, em um intercâmbio realizado durante o primeiro semestre do ano de 2020, e foi idealizada como artigo desenvolvido atualmente no âmbito do Grupo de Pesquisas do Mestrado em Direito de Sociedade de Informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU, São Paulo, Brasil, dentro da linha de pesquisa de Decisões Jurídicas e da atuação do Poder de Polícia do Estado, previsto em nossa Constituição Federal de 1988.

Essa pesquisa tem grande relevância, porque a atuação do criminólogo auxilia em diversos setores que compõem a sociedade, resultando em um desenvolvimento econômico e social. Faz-se importante esse estudo, principalmente no Brasil em que a criminologia clínica ainda é pouco explorada, recentemente, começou a ser abordada a criminologia como um todo, sendo ministrada em cursos de especialização ou como disciplina optativa em graduação de direito, mas ainda se fala pouco sobre a criminologia clínica, propriamente dita. Na europa, por exemplo, há cursos de graduação/licenciatura em criminologia, em que se estuda suas diversas ramificações de forma intensa, como por exemplo: ciências do comportamento desviante, criminologia experimental, sistemas de controle social, delinquência juvenil e justiça de menores, vitimologia, ciências forenses, criminologia clínica, entre outras.

Em termos de metodologia, o presente texto apresenta o conteúdo expositivo e argumentativo, a partir de uma análise doutrinária acerca do tema central, cujo resultado é de índole qualitativa e indutiva.

1. NOÇÕES INICIAIS DE CRIMINOLOGIA CLÍNICA E DIREITO PENAL

Inicialmente, insta diferir ambas as áreas de atuação, de forma sucinta podemos compreender a criminologia como a ciência do ser e o direito penal como a ciência do dever ser, assim como claramente difere o Professor Diego Pureza em sua apostila relacionada a criminologia:

O Direito Penal é um bom exemplo de ciência do “dever ser”, preocupando-se em prescrever condutas para que as pessoas não as pratiquem. Já a Criminologia, por analisar os fatos por meio dos sentidos, busca identificar a realidade em si, ou seja, a Criminologia é uma ciência do “ser”.³

O estudo do conceito da criminologia como um todo, já passou por diversas modificações, houve um tempo em que Cesare Lombroso⁴ acreditava que as pessoas afrodescendentes e asiáticas eram propícias ao crime e, ainda, assim como o Mestre Gino Ríos Patio recorda em um dos seus artigos, Lombroso também afirmava que as características fisiológicas dos indivíduos também eram uma das explicações que ligava as pessoas ao crime, conforme o Pátio cita no trecho a seguir:

Lombroso argumentou que as causas físicas e biológicas são o que originam a criminalidade; e que o crime é produto de tendências inatas de natureza genética, visíveis em certos traços fisionômicos de criminosos habituais, como assimetrias cranianas, formato de mandíbulas, orelhas, maçãs do rosto, saliências sobranceiras, entre outras (tradução do autor).⁵

Posteriormente aos conceitos racistas disciplinados por Lombroso, advieram estudos que modificaram essa ideia, alguns dos responsáveis por essa mudança foram os sociólogos Edwin Sutherland, Howard Becker e Erving Goffman. Atualmente, podemos compreender como um conceito adequado para a criminologia o que Carlos Roberto Bacila dispõe: “A criminologia é a disciplina que estuda o crime sob o aspecto social, e não

3 PUREZA, Diego. **Conceito, Cientificidade, Métodos, Objetos e Finalidades da Criminologia**. Criminologia para concursos públicos. Direção Concursos. Disponível em: <https://free-content.direcaoconcursos.com.br/demo/curso-3320.pdf>. Acesso em: 25 de outubro de 2020. p.7.

4 Criminologista que se dedicou a pesquisas científicas-empíricas das características físicas, fisiológicas e psicológicas do indivíduo criminoso.

5 PATIO, Gino Rios. **La herencia de la criminología clínica**. Scielo, 2017. Disponível em: http://www.scielo.org/pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1727-558X2017000200011&lang=pt. p. 72. Acesso em: 19 de outubro de 2020. Texto original: Lombroso sostuvo que las causas físicas y biológicas son las que originan la criminalidad; y que el crimen es producto de tendencias innatas de orden genético, visibles en determinados rasgos fisionómicos de los delincuentes habituales, tales como asimetrías del cráneo, formas de mandíbula, orejas, pómulos, arcos superciliares, entre otros.

exclusivamente jurídico. Analisa-se a história, os movimentos culturais alternativos, as influências políticas, culturais e exteriores as questões puramente normativas”⁶.

A partir da ideia de criminologia, podemos entender que a criminologia clínica é a disciplina que estuda o crime sob o aspecto social, é o estudo científico do comportamento criminoso, levando em consideração aspectos do histórico familiar; antecedentes pessoais; antecedentes profissionais; história militar; antecedentes delinquentes, entre outros, deste modo, é possível analisar todos os fatores que podem vir a influenciar na prática delituosa do indivíduo, tendo como principal objetivo a ressocialização dessas pessoas.

O direito penal por sua vez, segundo Carlos Roberto Bacila conceitua “é um ramo da ciência jurídica que tem como objeto o estudo das normas penais e de seus princípios”⁷, deste modo, regulando o exercício do poder punitivo do Estado e fixando sanções para infrações penais, a partir desse pensamento, podemos entender o direito penal como um olhar jurídico sobre o fato, não tendo o foco no âmbito social, que é o intuito da criminologia clínica, portanto, para que haja uma justiça efetiva, tendo em vista as consequências futuras, e não limitando-se apenas na punição do indivíduo criminoso, faz-se necessária a consideração da criminologia clínica dentro do direito penal.

2. MOMENTOS DE ATUAÇÃO DA CRIMINOLOGIA CLÍNICA SEGUNDO JEAN PINATEL

Ao longo do tempo, foi verificada a importância da atuação da criminologia clínica na sociedade, e Jean Pinatel⁸ define 4 períodos de emergência dessa importante atuação, são eles:

Científico: visa a necessidade de realização do exame médico-psicológico e social no indivíduo, objetivando diferenciar os delinquentes, classificar e tratar; deste modo, buscando entender as características que diferenciam os criminosos dos não criminosos e a própria diferença entre os tipos de delinquentes.

Penitenciário: atuação do criminólogo dentro da prisão, realizando procedimentos de diagnóstico e avaliação para o tratamento do delinquente ainda na penitenciária, de forma a prevenir a reincidência do crime.

Jurídico: momento em que os objetivos da criminologia clínica começam a integrar o processo penal, de forma que os Tribunais começam a solicitar avaliações clínicas

6 BACILA, Carlos Roberto. **Introdução ao Direito Penal e à Criminologia**. 1^a ed. Paraná: Intersaberes, 2016. p.15.

7 Ibid., p.65.

8 Jean Pinatel foi professor titular de criminologia na Universidade de Paris, também fundador da Sociedade Internacional de Criminologia, em Roma, em 1937, dentre outras nomeações de destaque e prêmios na área da criminologia. Pinatel publicou o livro *Traité de droit pénal et de criminologie*, em Paris, em 1963, com Pierre Bouzat, a presente pesquisa foi baseada na 3^a edição do livro publicado em 1975, em que classifica os momentos de atuação da criminologia clínica.

no momento de execução da pena ou medida a ser aplicada ao indivíduo, objetivando sentenciar uma pena eficaz, tendo em vista que é necessário entender se há alguma doença que influenciou na prática delituosa, se o indivíduo que o praticou pode ser responsabilizado por tal prática e como deve ser aplicada essa responsabilidade.

Legislativo: ocasião em que as leis integram e consagram diversos tipos de exames da criminologia clínica, como por exemplo: relatórios, perícias médicos legais, perícias de personalidade, entre outros. Essas informações são levadas em consideração para se aplicar a pena eficaz e para decidir se a pena pode ser modificada ou até mesmo se findar.⁹

Levando em conta esses momentos de atuação, pode-se entender que a aplicação da criminologia clínica influencia diversos setores, automaticamente, levando a sociedade a um desenvolvimento social, porque atua diretamente com os indivíduos e no setor econômico, tendo em vista que um dos principais objetivos é evitar a reincidência, deste modo, o sistema prisional reduz a quantidade de indivíduos e a verba resultante dessa redução, pode ser direcionada a outro setor que necessite de investimento.

Paralelamente a compreensão dos momentos de atuação da criminologia clínica, também é importante entender o que leva o indivíduo a praticar um ato delituoso. Alvíno Augusto de Sá, comenta sobre esses dilemas que, principalmente na atualidade, são persistentes:

O homem, principalmente o homem moderno, o homem do mundo globalizado, vive dois grandes dilemas. O dilema da necessidade premente de vencer, sempre vencer e ultrapassar os limites do humano (que leva à *hubris*, a maior das violências perante si e os demais humanos) ou ajustar-se às condições humanas de sobrevivência. E o dilema de vencer as interdições que impedem o indivíduo de se realizar com o homem (o que pode levar a conflitos com a lei) ou submeter-se e resignar-se. A minoria dominante vive mais explicitamente o primeiro dilema, o da necessidade premente de vencer, vencer, vencer sempre mais os seus iguais e os que lhes superam em poder e capital, numa corrida desenfreada e louca, à procura de ultrapassar os limites do humano e atingir os umbrais do divino, cometendo assim a maior das violências, para a mitologia grega, a *hubris*, que consiste em querer tornar-se o todo poderoso.¹⁰

Levando em consideração a citação supra mencionada, podemos compreender que essa impulsão a prática criminosa, vem de algo que está inerente a condição de humano, de forma ainda mais reforçada na sociedade atual, que é a vontade de quebrar limites, não apenas os de seus pares, mas ainda, os próprios limites, para ganhar um reconhecimento

⁹ Os conceitos apresentados foram obtidos a partir das aulas de Criminologia Clínica ministradas pelo professor Jorge Quintas da Faculdade de Direito da Universidade do Porto- FDUP, 2020 com base na obra PINATEL, Jean; BOLZAT, Pierre. **Traite de Droit Penal et de Criminologie**. 3^a ed. Paris: Dalloz, 1975.

¹⁰ As lições de Jean Bergeret foram obtidas a partir da seguinte obra: SÁ, Alvíno Augusto. **Criminologia Clínica e Psicologia Criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 29.

cada vez maior diante dos que consigo convivem e se realizar como ser humano. O problema surge quando desta vontade, até mesmo os limites que a lei impõe são ultrapassados, dando oportunidade a prática delituosa. Em contraposto a esse dilema, o ser humano também tem a capacidade de adaptação às situações de convivência que lhes são apresentadas, levando a crer que a reintegração social do encarcerado, assunto que será desdobrado mais adiante, é uma situação possível e eficaz.

3. A ENTREVISTA CLÍNICA

Preliminarmente, é importante ressaltar que a entrevista clínica não é realizada apenas com criminosos, ela pode ser feita também com vítimas ou pessoas “comuns”, o objetivo dela é identificar comportamentos criminosos que possam levar o indivíduo a praticar um crime ou a ser reincidente (no caso que quem já praticou algum delito), então, a partir desta perspectiva, o criminólogo indica um tratamento ou medida a fim de evitar a prática delituosa.

O estudo do comportamento criminoso realizado pelo profissional de criminologia clínica, é alcançado por meio do método da entrevista clínica, nesse momento é possível traçar um estudo da personalidade do indivíduo, visando a descrição, compreensão e prognóstico do seu comportamento, que será analisado por meio de um conjunto de fatores, como por exemplo: as manifestações das reações apresentadas de forma consciente e inconsciente com o próprio indivíduo e com o mundo exterior. A entrevista clínica consiste em estabelecer traços distintivos entre delinquentes e não delinquentes, e identificar padrões individuais do delinquente que estão relacionados com a conduta criminal, durante a entrevista estuda-se uma possível psicopatologia que possa ser resultante das desordens mentais do entrevistado.

Até o momento, nem o estudo de personalidade dos indivíduos, nem o estudo da genética e nem o estudo social, não conseguiram estabelecer traços que diferencie absolutamente um indivíduo criminoso de um não criminoso, portanto, o estudo da criminologia clínica atua com índices de probabilidade a prática de atos delituosos, visando saná-las antes que eventualmente possam vir a se concretizarem.

Quanto a realização da entrevista clínica, inicialmente, deve ser realizado um guião de entrevista, momento em que o criminólogo irá pontuar os tópicos que serão abordados durante a entrevista; posteriormente, serão realizadas as perguntas ao indivíduo, momento que deverá ser ouvido atentamente o que é e o que não é dito pelo paciente, existe também uma metodologia para fazer a entrevista, um exemplo é alternar perguntas abertas e específicas; em seguida, é realizado o relatório social do indivíduo, que é composto por um exame de estado mental, em que o criminólogo terá atenção ao comportamento do paciente

no momento da entrevista, bem como o seu aspecto de aparência, logo após, deverá fazer um relatório sobre a visão geral que pode obter da história daquele indivíduo entrevistado, podendo sugerir penas alternativas ou tratamentos e, por fim, é descrita a proposta de diagnóstico, em que o criminólogo relaciona os problemas psicológicos eventualmente apresentados a(s) psicopatologia(s).

3.1 PONTOS ABORDADOS DURANTE A ENTREVISTA CLÍNICA

Visando obter a probabilidade do indivíduo quanto a prática de um ato delituoso, durante a entrevista clínica, existem alguns fatores que classificam o indivíduo com risco de delinquência, dentre esses fatores, alguns pontos são indispensáveis de serem abordados na entrevista e outros pontos que complementam o trabalho clínico de entrevista, esses fatores são abordados mediante perguntas e respostas.

3.1.1 PONTOS INDISPENSÁVEIS

Como pontos que nunca podem ser esquecidos de abordar durante a entrevista clínica, temos:

Crime: falar com o indivíduo sobre o crime cometido para entender as motivações que o levaram a tal prática e em quais circunstâncias ocorreu;

História criminal: não exatamente sobre o registro criminal do indivíduo, mas entender o seu comportamento quando estava preso, se participava de atividades dentro do presídio, se esteve envolvido em brigas ou rebeliões, entender qual a visão dele quanto a autoridade e as regras impostas dentro da penitenciária, saber se obteve algum benefício concedido ou revogado e quais os motivos;

Atitude em face ao crime: saber o que o indivíduo pensa em relação ao crime que cometeu, quanto às consequências que ficou sujeito, qual a perspectiva do seu ato perante a sociedade e o que pensa a respeito da justiça, importante também buscar entender se houve arrependimento do indivíduo;

Personalidade: é um dos pontos mais importantes e difíceis de se perceber para diagnosticar a probabilidade de prática criminosa do indivíduo, busca-se entender o caráter do indivíduo, seu sentimento em relação ao outro, se ele tem empatia, se tem autocontrole ou se é impulsivo nas suas ações, se é uma pessoa metódica, quais as suas manias, dentre outras características que formam a personalidade de um ser humano;

Companhias: investigar sobre os relacionamentos que o indivíduo tem ou teve, o que as companhias fazem ou praticam, se o contexto em que o entrevistado vive é favorável a prática de crimes.¹¹

11 Os conceitos apresentados foram obtidos a partir das aulas de Criminologia Clínica ministradas pela professora Ana Castro da Faculdade de Direito da Universidade do Porto- FDUP, 2020.

Esses tópicos de assuntos são considerados base para se construir o estudo de um possível comportamento criminoso.

3.1.2 PONTOS QUE COMPLEMENTAM

Os tópicos a seguir, são necessários serem abordados para contextualizar o comportamento do indivíduo e complementar o trabalho clínico.

História familiar: é preciso entender a vivência familiar do indivíduo para compreender a percepção que ele vive, saber quem são os pais e irmãos, se estão ou estiveram envolvidos em práticas criminosas, qual a relação e convivência que ele tem com os membros da família, se passou por algum trauma familiar, sobre a condição financeira da família, em que circunstâncias moram ou moraram;

Infância: buscar entender como era a vivência do indivíduo quando criança, quais as regras que lhe eram impostas e se tinha dificuldade em obedecê-las, se tinha manias;

Educação: interessa saber sobre o grau de escolaridade do entrevistado, qual a relação deste com a escola, principalmente, se era uma pessoa sociável, se tinha amigos nesse ambiente, entender qual o relacionamento com os professores e como se comportava frente às regras da escola, indagar se ele teve sanções aplicadas como suspensão ou expulsão;

Ocupação: saber se o entrevistado tem ou teve alguma profissão ou ocupação, como era a convivência nesse ambiente, como era o relacionamento com os demais colegas de trabalho, o que ele gostava e o que não gostava no trabalho, quantos empregos teve e o porque da mudança, indagar sobre as circunstâncias econômicas atuais;

Passatempos: entender quais são as atividades que o indivíduo gosta de praticar no tempo livre, qual o sentimento que sente quando as pratica;

Família e sexualidade: perguntar se houve separações no ambiente familiar, qual a relação entre os próprios familiares, saber se houve alguma barreira relacionada à sexualidade e como a família reagiu a isso ou o contrário;

Saúde médica: saber se o indivíduo está com boa saúde médica, se tem algum laudo médico, se enfrenta alguma doença e se realiza algum tratamento;

Saúde mental: saber se o indivíduo tem algum problema de saúde psicológica, se ele tem problemas emocionais, distúrbios psicológicos, se já tem algum diagnóstico, se já passou por internações ou está em tratamento;

Uso de substâncias: investigar se o indivíduo tem alguma relação ou vício com álcool ou drogas e de que forma isso afeta na sua vida e relacionamentos, saber se já praticou algum ato criminoso sob efeito dessas substâncias.¹²

Esses tópicos complementam e moldam o estudo de um possível comportamento criminoso que terá como principais abordagens, os tópicos indispensáveis mencionados acima, de forma que ao final da entrevista seja possível obter um diagnóstico mais preciso de probabilidade a prática do crime.

¹² Os conceitos apresentados foram obtidos a partir das aulas de Criminologia Clínica ministradas pela professora Ana Castro da Faculdade de Direito da Universidade do Porto- FDUP, 2020 .

4. EFEITOS NO DIREITO PENAL

Como visto anteriormente, nos momentos de atuação que Pinatel descreveu, a criminologia clínica tem grande importância no direito, pode-se dizer que principalmente para o direito penal no momento de execução, deste modo, insta ressaltar que o critério utilizado para aferição da responsabilidade do autor quanto ao crime cometido é o critério biopsicológico.

O código penal traz três classificações para a aplicação de sanções, a imputabilidade, a inimputabilidade e a semi-imputabilidade, definidas da seguinte forma:

Imputabilidade: é a capacidade de discernimento do agente no momento da prática do crime, para tanto, são necessários três requisitos: a consciência, domínio da vontade de fazer o ato e ter consciência da ilicitude daquele fato. Como consequência é aplicada uma pena conforme o Código Penal.

Inimputabilidade: conforme o artigo 26, caput, do Código Penal¹³, serão inimputáveis os indivíduos que tiverem a ausência completa de discernimento, ou seja, a pessoa **inteiramente incapaz** de entender o caráter ilícito dos seus atos ou de se determinar por esse entendimento, ficando estes então, isentos de pena.

São considerados inimputáveis os indivíduos com doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado, esse juízo foi definido a partir de um critério psicológico conforme aduz o artigo 26 do mencionado diploma legal.

Apesar de serem isentos de pena, haverá absolvição imprópria e a depender da causa da inimputabilidade, poderá ser aplicada uma medida de segurança, como por exemplo: internação clínica ou manicômio judicial. De acordo com o artigo 27 do Código Penal¹⁴ é inimputável o menor de 18 anos, nesse caso, adota-se o critério biológico e o indivíduo ficará sujeito a consequências da legislação do ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente, podendo ser aplicada uma medida socioeducativa.

São inimputáveis também, ficando isentos de pena, o indivíduo que teve embriaguez acidental completa, conforme aduz o artigo 28, II, §1º do Código Penal¹⁵, que é aquele que não deu causa a embriaguez mas sob essa motivação cometeu algum crime,

13 O artigo 26, caput, do Código Penal, prevê: É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

14 O artigo 27 do Código Penal, prevê: Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

15 O artigo 28, II, §1º do Código Penal, prevê: É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

nesse caso, a jurisprudência já é pacífica também quanto aos casos relacionados a substâncias análogas ao álcool, como por exemplo algum alucinógeno colocado em um copo de bebida que o agente toma sem o consentimento.

A lei destaca que a emoção ou a paixão e a embriaguez voluntária ou culposa não são casos de inimizabilidade, conforme está disciplinado no artigo 28, I e II, do Código Penal¹⁶, sendo assim, serão práticas passíveis de aplicações de sanções pelo Código Penal. **Semi-imizabilidade:** de acordo com o artigo 26, §U, do Código Penal¹⁷, o semi-imizável é o indivíduo que **não era inteiramente capaz** de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, ou seja, é o indivíduo que tem o discernimento parcial e quando no momento do ato ilícito, não estava em plena consciência.

A consequência nesse caso é que haverá uma sentença condenatória com uma das duas situações: a redução de pena de um a dois terços conforme artigo 26, §U, do Código Penal ou a aplicação de uma medida de segurança se comprovada a periculosidade do agente, conforme artigo 98, do Código Penal¹⁸. Na prática, para compreender em qual dessas classificações abordadas se enquadrará cada caso de psicopatologia, deverá ser realizada uma análise individualizada de cada caso em concreto.

5. A PSICOPATOLOGIA E O CRIME

Campbell conceitua a psicopatologia como “o ramo da ciência que trata da natureza essencial da doença ou transtorno mental - suas causas, as mudanças estruturais e funcionais associadas a ela e suas formas de manifestação”¹⁹, além desse estudo sobre o adoecimento mental, vale ressaltar também, que os conceitos de pessoa “normal” dependerá muito da época que se vive, das culturas do local que se vive, das crenças, entre outros fatores influenciadores.

A junção da psicopatologia e do crime resulta no estudo da personalidade dos indivíduos para buscar diferenciar criminosos e não criminosos. Nesse âmbito, é necessário tomar alguns cuidados, um deles é previamente entender que nem todos os criminosos têm

16 O artigo 28, I e II, do Código Penal, prevê: Não excluem a imizabilidade penal: I - a emoção ou a paixão; II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.

17 O artigo 26, §U, do Código Penal, prevê: A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

18 O artigo 98, do Código Penal, prevê: Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1º a 4º.

19 CAMPBELL, Roberto J. **Dicionário de psiquiatria**. 1ª ed. Brasil: Martins Fontes, 1986. Apud DALGALARRONDO, Paulo. **Psicopatologia e semiologia dos transtornos mentais**. 3ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2019.

alguma patologia, da mesma forma que nem todas as pessoas que têm alguma patologia são criminosas, ainda, é bom considerar que a doença pode nascer com a pessoa ou surgir na passagem para a idade adulta, como por exemplo, a esquizofrenia.

Para compreender melhor essa distinção, podemos utilizar o seguinte exemplo: ninguém é preso por pedofilia (doença), são presos por estupro de vulnerável (crime disciplinado no artigo 217 do Código Penal), partindo dessa premissa, é possível compreender que há abusadores que não têm a pedofilia e há pessoas que têm pedofilia e que não cometem o crime de estupro de vulnerável, apesar de terem o desejo sexual obsessivo. Quanto ao âmbito penal, entende-se que, pedofilia por si só não gera ausência de discernimento e não classifica o indivíduo previamente como inimputável, pois a capacidade de autodeterminação nesses casos depende de aferição pericial em cada caso concreto, que será analisado mediante laudo pericial.

5.1 CLASSIFICAÇÃO DE ALGUMAS PSICOPATOLOGIAS

Existe um manual que sempre recebe atualizações de especialistas de todo o mundo, ele consiste na classificação e diagnóstico na área da saúde mental, cujo o nome da versão mais atualizada é Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-5)²⁰, é um guia essencial para estudantes, clínicos e pesquisadores da área. Abaixo estão alguns exemplos das psicopatologias que estão classificadas neste manual:

Transtornos bipolar e transtornos relacionados: transtorno bipolar tipo I, transtorno bipolar tipo II, transtorno ciclotímico, transtorno bipolar e transtorno relacionado induzido por substância/medicamento, transtorno bipolar e transtorno relacionado devido a outra condição médica, entre outros.

Transtornos depressivos: transtorno disruptivo da desregulação do humor, transtorno depressivo maior, transtorno depressivo persistente (distímia), transtorno disfórico pré menstrual, transtorno depressivo induzido por substância/medicamento, entre outros.

Transtornos de ansiedade: transtorno de ansiedade de separação, mutismo seletivo, fobia específica, transtorno de ansiedade social, transtorno de pânico, agorafobia, transtorno de ansiedade generalizada, entre outros.

Transtornos dissociativos: transtorno dissociativo de identidade, amnésia dissociativa, transtorno de despersonalização/desrealização, entre outros.

Transtornos disruptivos, do controle de impulsos e da conduta: transtorno de oposição desafiante, transtorno explosivo intermitente, transtorno da conduta, transtorno da personalidade antissocial, piromania, cleptomania, entre outros.

Transtornos de personalidade: transtorno da personalidade paranóide, transtorno da personalidade esquizóide, transtorno da personalidade antissocial, transtorno da personalidade *boderline*, transtorno da personalidade narcisista, entre outros.

²⁰American Psychiatric Association. **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais (DSM-5)**. 5ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2015.

Transtornos parafilicos: transtorno exibicionista, transtorno do masoquismo sexual, transtorno do sadismo sexual, transtorno pedofílico, transtorno fetichista, transtorno transvêstico, entre outros.²¹

Esses são alguns dos exemplos de psicopatologias e suas classificações, o manual descreve qual o diagnóstico para se identificar cada uma delas, juntamente com o CID (Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde).

6. A RELAÇÃO DE IMPORTÂNCIA DA CRIMINOLOGIA CLÍNICA PARA O DIREITO PENAL

A Criminologia Clínica tem grande importância para o Direito Penal, especialmente na fase de execução, como comentado no tópico 4 deste artigo. Esse setor da criminologia tem como função individualizar cada preso, mas ele tem sido muito importante também, para o avanço de uma reforma legislativa, de modo que, por meio do exercício de sua atividade, o profissional possa sugerir e aos poucos fazer-se implementar penas alternativas aos indivíduos que cometem crimes menos graves²².

As penas alternativas não se confundem com as medidas cautelares, também chamadas de medidas alternativas, inicialmente, para compreender de forma clara e objetiva a distinção entre elas, é importante observar as principais diferenças no quadro²³ abaixo, extraído da edição semanal online do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

21 American Psychiatric Association. **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais (DSM-5)**. 5ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2015.

22 Exemplo de crimes graves: crimes hediondos.

23 ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. Medida cautelar diversa da prisão x Penas alternativas. Edição semanal do TJDFT, 2018. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/medida-cautelar-diversa-da-prisao-x-penas-alternativas#:~:text=Medidas%20cautelares%20diversas%20da%20pris%C3%A3o,substituir%20a%20pena%20de%20reclus%C3%A3o>> Acesso em: 24 de outubro de 2020.

Imagem 1 - diferença entre medidas cautelares e penas alternativas

Medidas cautelares diversas da prisão	Penas restritivas de direitos ou "penas alternativas"
Medida para assegurar a investigação ou instrução do processo criminal aplicada antes da sentença	Espécie de cumprimento de pena após a condenação
Previstas no Código de Processo Penal	Previstas no código Penal
Restringem alguns direitos, mas não impedem a liberdade do investigado.	Substitui a pena restritiva de liberdade, quando a pena definitiva for menor do que 4 anos, em crime sem violência, crimes culposos, ou quando o réu não for reincidente e não tiver maus antecedentes.

Fonte: www.tjdft.jus.br

As medidas cautelares também são muito importantes para alcançar o objetivo da criminologia clínica. Segundo Aury Lopes Júnior “As medidas cautelares diversas da prisão devem priorizar o caráter substitutivo, ou seja, como alternativas à prisão cautelar, reservando a prisão preventiva como último”²⁴, com isso, entende-se que, essas medidas cautelares evitam a prisão preventiva, que ocorre quando o suspeito ainda não foi condenado mas existem indícios de ligação entre ele e o delito. Para que essas medidas sejam aplicadas, além de o caso concreto ter que ser uma situação que se encaixe a prisão preventiva, é necessário estarem presentes o *fumus commissi delicti*²⁵ e o *periculum libertatis*²⁶.

O artigo 319, do Código de Processo Penal, elenca quais são as medidas cautelares que podem ser aplicadas, conforme declinado abaixo:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

24 LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 793.

25 Significa que há probabilidade da ocorrência do delito, conforme conceituado no habeas corpus HC 36258 MA 2008.01.00.036258-6 (TRF-1), descrito pelo Relator Federal Tourinho Neto.

26 Significa o perigo que decorre do estado de liberdade do investigado, conforme conceituado no habeas corpus HC 36258 MA 2008.01.00.036258-6 (TRF-1), descrito pelo Relator Federal Tourinho Neto.

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

IX - monitoração eletrônica. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 1o (Revogado). (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 2o (Revogado). (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 3o (Revogado). (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 4o A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

Tendo em vista o disposto em alhures, verifica-se que há 9 diversas medidas que podem ser implementadas para substituir uma prisão cautelar, sendo elas: o comparecimento periódico em juízo; a proibição de acesso ou de frequentar determinados lugares; proibição de manter contato com pessoas determinadas; proibição de ausentar-se da Comarca; recolhimento domiciliar em período e dia determinados; suspensão do exercício da função pública ou de atividade de natureza econômica; internação provisória; fiança e a monitoração eletrônica, que atualmente se traduz pela tornozeleira eletrônica. Disciplina ainda, que na aplicação da fiança, esta poderá ser cumulada com outras medidas cautelares.

Vale destacar, que na atuação da criminologia clínica dentro do direito penal, o grande foco está nas penas alternativas, que são aplicadas após a condenação do indivíduo, porque busca-se evitar ao máximo as penas de prisão, reservando estas apenas para os casos mais graves, tem-se esse entendimento porque a primazia da criminologia clínica se baseia na reintegração social do criminoso, pensando sobretudo em qual será o sentido da aplicação de tal pena para a inclusão social deste indivíduo, buscando a facilitação deste processo, que, infelizmente, muitas vezes por um delito menos gravoso, o indivíduo acaba indo preso em uma cela com infratores de todos os tipos de crime, até mesmo os mais graves, tornando-se a prisão uma “escola do crime”. Evitar que isso aconteça é o objetivo da criminologia clínica na atuação dentro do direito penal.

As penas alternativas, estão previstas no artigo 43 do Código Penal, conforme texto disposto abaixo:

Art. 43. As penas restritivas de direitos são: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

- I - prestação pecuniária; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)
- II - perda de bens e valores; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)
- III - limitação de fim de semana. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)
- IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998)
- V - interdição temporária de direitos; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998)
- VI - limitação de fim de semana. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998)

Verifica-se então, que as penas alternativas que podem substituir as penas privativas de liberdade são: prestação pecuniária, perda de bens e valores, limitação de fim de semana, prestação de serviços à comunidade e interdição temporária de direitos. Atualmente, ainda há pouca atuação da criminologia clínica no direito penal brasileiro, e o que encontra-se nesse cenário são decisões que baseiam-se especificamente na punição do criminoso, sem pensar nos diversos fatores consequentes dessa ação, como por exemplo a superlotação nas unidades prisionais, o investimento financeiro excessivo do Estado nesse setor e, o mais grave no ponto de vista da sociedade, a consequente reincidência do crime.

7. A REINTEGRAÇÃO SOCIAL

Inicialmente, insta conceituar a reintegração social, que é a denominação correta a ser empregada neste âmbito, para que não se confunda com a ressocialização, reinserção e reeducação, que se empregadas nesse âmbito, reduziria o indivíduo a um objeto de intervenção penal, sendo assim, Jorge Chade Ferreira aduz em sua dissertação de mestrado um conceito muito didático sobre reintegração social, dissertação essa, realizada sob a orientação do Dr. Alvinho Augusto de Sá.

A proposta de *inclusão social* (que pode aqui ser chamada de reintegração social) é um processo que diferentemente da ressocialização não pretende que a pessoa seja “reeducada” para viver em sociedade. Pelo contrário, ela, na condição de membro da mesma sociedade, participará ativamente deste mesmo processo, mas não se reeducando “ativamente” nos valores impostos pela sociedade. Não será o objeto de intervenção, o sujeito passivo, mas aquele que participará de verdade e de forma “consciente” e “crítica” nas estratégias, de modo que se atinja, juntamente com os demais envolvidos (sociedade, profissionais de unidades, técnicos ou não), a descoberta de si, a valorização de si, sem que isso deixe de reconhecer (o que é fundamental) as próprias responsabilidades, mesmo que reconhecidas as responsabilidades do próprio contexto social a que se pertence.²⁷

Partindo do pressuposto que o indivíduo deve ser reintegrado a sociedade, fazendo participação ativa nesse processo e agregando esse conceito aos demais conhecimentos obtidos até aqui, entenderemos então, que há uma relação de responsabilidade da sociedade

27 FERREIRA, Jorge Chade. **Os conselhos da comunidade e a reintegração social**. 2014. 271 p Dissertação (mestrado) - Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 50.

com esse indivíduo quanto a inclusão social, deste modo, Alvino Augusto de Sá afirma que “caberia à sociedade reconhecer sua parcela de responsabilidade e buscar a reintegração social do indivíduo”²⁸.

A reintegração social é o reencontro do encarcerado com a sociedade, podemos falar “reencontro” porque os presos fazem parte da sociedade, tanto é que em um determinado momento da vida, surgiu neles o desejo de pertencimento a um grupo, de socializar, com o objetivo de alcançar um reconhecimento perante seus pares, neste caso, uma identidade no meio do crime, vale destacar que esse pensamento é contrário aos objetivos que o Estado busca alcançar com a sociedade, tanto é verdade, que há medidas e sanções para serem aplicadas a condutas criminosas.

Esse importante momento da reintegração social, que tem a visão voltada para o futuro do indivíduo e da sociedade como um todo, enfrenta algumas dificuldades no cenário atual, porque o processo de descobrimento ou de redescobrimento da identidade que um criminoso precisa fazer para se reintegrar é, por vezes, um processo complexo e inaceitável mesmo para ele, tendo em vista que no entendimento dele, já possui uma identidade (no crime) que o faz pertencente a um grupo, um exemplo disso é o respeito que ele tem dentro do grupo criminoso, sendo identificado por algum apelido que o eleva a uma certa “soberania”, o que torna esse momento difícil. Em vista disso, é necessário que haja mais pesquisas e estudos voltados para a reintegração social, para que ocorra de forma mais contínua e efetiva, assim, conseqüentemente, o índice de reincidência será reduzido, além de outros fatores e setores que atualmente são influenciados pelo aumento da reincidência.

Conclusão

A atuação da Criminologia Clínica dentro do processo penal a partir da implantação de mais penas alternativas nos casos em concreto, na fase de execução, é muito importante para que haja de fato a reintegração social do encarcerado, o que não significa deixá-lo impune, mas sim, restaurar os seus valores e qualidades perante a sociedade, conseqüentemente, preservando a segurança social, tornando o sistema prisional economicamente mais viável por evitar as superlotações e, por fim, fazendo com que todo o trabalho e investimento despendido uma vez no indivíduo sejam eficazes, evitando-se a reincidência do crime e que o ciclo seja repetido diversas vezes em um processo estagnado de evolução da sociedade como um todo.

28 SÁ, Alvino Augusto. **Modelo de criminologia clínica de inclusão social**. In: NARRATIVAS DO CÁRCERE, 2., 2015. Brasília. Anais do Narrativas do Cárcere: Políticas de Resistência no Socioeducativa e no Sistema Penitenciário. Brasília: Universidade de Brasília/Faculdade de Direito da UnB, 2018. p. 10.

Referências

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. **Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-5)**. 5ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2015.

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. **Medida cautelar diversa da prisão x Penas alternativas**. Edição semanal do TJDF, 2018. Disponível em:

<<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/medida-cautelara-diversa-da-prisao-x-penas-alternativas#:~:text=Medidas%20cautelares%20diversas%20da%20pris%C3%A3o,substituir%20a%20pena%20de%20reclus%C3%A3o>> Acesso em: 24 de outubro de 2020.

BACILA, Carlos Roberto. **Introdução ao Direito Penal e à Criminologia**. 1ª ed. Paraná: Intersaberes, 2016.

BRASIL. Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Dispõe sobre a inimputabilidade; a inimputabilidade dos menores de 18 anos; a inimputabilidade em caso de embriaguez acidental completa; a descaracterização da inimputabilidade nos casos de emoção, paixão e embriaguez voluntária; a semi-imputabilidade, a sentença condenatória da semi-imputabilidade, as medidas cautelares diversas de prisão e as penas alternativas**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 24 de outubro de 2020.

CAMPBELL, Roberto J. **Dicionário de psiquiatria**. 1ª ed. Brasil: Martins Fontes, 1986. Apud DALGALARRONDO, Paulo. **Psicopatologia e semiologia dos transtornos mentais**. 3ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2019.

FERREIRA, Jorge Chade. **Os conselhos da comunidade e a reintegração social**. 2014. 271 p Dissertação (mestrado) - Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

NETO, Tourinho. **Tribunal Regional Federal da 1ª Região TRF-1 - Habeas Corpus: HC 36258 MA 2008.01.00.036258-6**. JusBrasil. 2008. Disponível em: <<https://trf1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/942958/habeas-corpus-hc-36258-ma-20080100036258-6?ref=serp>>. Acesso em: 25 de outubro de 2020.

OLIVEIRA, Jorge Albino Quintas de; OLIVEIRA, Ana Sofia Pereira de Castro. **Aulas de Criminologia Clínica da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**- FDUP, 2020.

PATIO, Gino Rios. **La herencia de la criminología clínica**. Scielo, 2017. p. 72. Disponível em: <http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1727-558X2017000200011&lang=pt>. Acesso em: 19 de outubro de 2020.

PINATEL, Jean; BOLZAT, Pierre. **Traite de Droit Penal et de Criminologie**. 3^a ed. Paris: Dalloz, 1975.

PUREZA, Diego. **Conceito, Cientificidade, Métodos, Objetos e Finalidades da Criminologia**. Criminologia para concursos públicos. Direção Concursos. Disponível em: <<https://free-content.direcaoconcursos.com.br/demo/curso-3320.pdf>>. Acesso em: 25 de outubro de 2020.

SÁ, Alvino Augusto. **Criminologia Clínica e Psicologia Criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SÁ, Alvino Augusto. **Modelo de criminologia clínica de inclusão social**. in: narrativas do cárcere, 2., 2015. Brasília. Anais do Narrativas do Cárcere: Políticas de Resistência no Socioeducativa e no Sistema Penitenciário. Brasília: Universidade de Brasília/Faculdade de Direito da UnB, 2018. Disponível em: <<https://www.petdireitounb.com.br/post/narrativas-do-c%C3%A1rcera-pol%C3%ADticas-de-resist%C3%A2ncia-no-socioeducativo-e-no-sistema-penitenci%C3%A1rio>>. Acesso em: 25 de outubro de 2020.

Sites:

www.tjdft.jus.br

A LEI DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL DE 2018 EM SUA FACE CIBERNÉTICA

Fernanda de Colla Moreira¹

RESUMO: Uma reunião de abordagens para a lei de importunação sexual de 2018 (lei número 13.718/2018 – artigo 215-A do Código Penal), relacionando-se com os crimes cibernéticos. Para tanto, serão explicados conceitos acerca da evolução e da manutenção da lei de importunação sexual em sua face cibernética. O objetivo deste artigo é a demonstração da recepção da lei na sociedade, suas inovações, o processo penal, a comparação com outros países, etc.

Palavras-chave: Perseguição online; Assédio; Assédio sexual.

THE LAW OF SEXUAL HARASSMENT OF 2018 IN ITS ONLINE EXPERIENCE

ABSTRACT: A gathering of approaches to the sexual harassment law of 2018 (law number 13.718 / 2018 - article 215-A of the Penal Code), relating it to cyber crimes. For that, concepts about the evolution and maintenance of the sexual harassment law in its cyber experience will be explained. The purpose of this article is to demonstrate the reception of the law in society, its innovations, criminal proceedings, comparison with other countries, etc.

Keywords: Cyberstalking; Harrassment; Sexual Harrassment.

Introdução

Esse artigo pretende esclarecer a lei de importunação sexual de 2018 (lei número 13.718/2018) em sua face cibernética. Para isso, o artigo irá expor o seguinte raciocínio: se a importunação sexual é feita em alguma plataforma online, o crime ainda ocorre, em sua face cibernética. Existe uma legislação específica para crimes cibernéticos, e duas de suas leis foram sancionadas em 2012, ou seja, a partir da alteração no Código Penal foram incluídas as primeiras leis de crimes cibernéticos, leis para crimes que ocorrem no mundo virtual.

¹ Graduanda em Direito pela FMU. Historiadora pela Universidade de São Paulo. Discente de mestrado em História Social.

Um dos objetivos desse artigo é demonstrar como o crime de importunação sexual online é um crime de ação multiplica e conteúdo variado, tendo sido registrado diversas formas de assédio online. É também um crime plurissubsistente, podendo ser feito em diversas etapas. Não é um crime material, pois independe do resultado, bastando apenas a consumação da conduta libidinosa sem autorização da vítima. O crime de importunação sexual admite concurso de pessoas e formas qualificadas.

Os crimes sexuais possuem autorização para serem segredo de justiça, suas ações penais costumavam ser são privadas e dependentes de queixa da vítima, contudo, admite-se de acordo com o artigo 225 do Código Penal, baseado na lei de importunação sexual, que o mesmo crime possa acarretar em ação penal pública incondicionada.

Nesse artigo, de uma maneira geral, será expresso todo o potencial reunido pela justiça (em sua forma de inquérito policial, processo penal, tipificação penal, entre outros aspectos) no auxílio das vítimas das diferentes formas de realização do crime de importunação sexual em sua face cibernética.

1. A Lei de Importunação Sexual de 2018 e as Leis de Crimes Cibernéticos de 2012

A primeira das leis de 2012 que versa sobre crimes cometidos na internet é a Lei dos Crimes Cibernéticos, número 12.737/2012, que ficou conhecida como Lei Carolina Dieckmann. A lei ficou conhecida como Lei Carolina Dieckmann porque a atriz teve o celular invadido e suas fotos íntimas expostas ao público sem sua autorização².

A Lei dos Crimes Cibernéticos tipifica atos como invadir computadores (hackear), violar senhas, violar dados de usuários e divulgação de material privado. Essas condutas já eram reivindicadas como maléficas pelos setores financeiros que estavam diante de um grande número de golpes pela internet.

Foram manifestados na Lei de Crimes Cibernéticos as seguintes condutas que foram incluídos no Código Penal (artigo 154-A, artigo 298 do Código Penal) como condutas criminosas: violação de sistema com pena de reclusão de 3 meses a 1 ano e multa, obtenção de informações sigilosas reclusão de 6 meses a 2 anos e multa, com divulgação ou venda aumento de um a dois terços, ou também divulgar e vender material ou dispositivo ou programa que multiplique esse tipo de crime pena de 3 meses a 1 ano de reclusão e multa.

2 Almeida, J. de J., Mendonça, A. B., do Carmo, G. P., Santos, K. S., Silva, L. M. M., & de Azevedo, R. R. D. **Crimes cibernéticos**. Caderno De Graduação - Ciências Humanas E Sociais. Sergipe, 2015, pp.215-236.

A segunda lei sancionada em 2012 autorizou a criação de delegacias especializadas no combate de crimes cibernéticos, essa lei é a lei número 12.735/2012, que alterou os artigos 154, incluindo os artigos 154A e 154B, como também 266 e 298, todos do Código Penal.

Seguimos para o ano de 2014, quando foi sancionada a lei número 12.965, responsável por regulamentar os direitos dos usuários da internet. A lei ficou conhecida como Marco Civil da Internet, e foi responsável, entre outros pontos, pela aprovação da retirada de conteúdos mediante ordem judicial, com exceção dos casos de “pornografia vingativa”, que podem ser retirados do ar sem ordem judicial. Assim, vítimas de exposição não permitida da intimidade podem solicitar a retirada imediata de conteúdo na própria plataforma online em que forem postados.

Algumas pessoas podem argumentar que a retirada de conteúdo é censura, entretanto, aqui não se trata de uma censura ao direito de comunicação feita pelo Estado, mas sim uma medida protetiva que visa o bem dos civis, e não sua limitação intelectual.

Essa lei autorizou que juizados especiais são os responsáveis pela decisão sobre a ilicitude do conteúdo, fazendo com que esses tipos de crimes cibernéticos sejam tratados na mesma forma como são tratados os crimes contra a honra, por exemplo.

O artigo 70 do Código de Processo Penal dispõe sobre a competência pelo lugar da infração, requerendo que a competência será determinada de acordo com o lugar que ocorrer a infração, entretanto, os crimes que ocorrem online são exceção sendo determinado que os juizados especiais sejam competência desses crimes independentemente do local onde ocorre a infração, já que o local considerado é a internet. Entretanto, se os crimes cibernéticos forem contra bens, empresas públicas e serviços da União a competência é da Justiça Federal, assim como os crimes internacionais.

No que diz respeito ao crime de importunação sexual sancionado na lei 13.718 pode-se dizer que são introduzidos na lei a tipificação da ilicitude de condutas contra a dignidade sexual, bem jurídico tutelado nesse caso.

Com a lei 13.718/2018 se insere no Código Penal os artigos 215-A, que tipifica a importunação sexual, o artigo 218-C, que versa sobre a divulgação de cena de estupro e de estupro de vulnerável, e de sexo ou pornografia sem autorização dos envolvidos, o §5º no artigo 217-A para tornar expresso na lei o fato de que o consentimento e a experiência sexual do vulnerável são irrelevantes para a caracterização do crime e o inciso IV no artigo 226 para aumentar de um a dois terços a pena das formas de estupro coletiva e corretiva.

Também foram alterados os textos dos artigos 225 e 234-A. No artigo 225, a inovação atinge a natureza da ação penal³, que nos crimes contra a dignidade sexual passou a ser pública incondicionada. E, no artigo 234-A, causas de aumento de pena foram ampliadas.

Primeiramente, o artigo 125-A do Código Penal traz o tema da importunação sexual, dispondo que praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro. A pena é de reclusão de 1 a 5 anos, se o ato não constitui crime mais grave.

Essa lei funciona na parte do Código Penal que versa sobre Atentado Violento Ao Pudor, presente no artigo 215-A e logo em seguida no Código Penal ainda temos o artigo 216-A, que é o crime de assédio sexual.

Ora, o crime de importunação sexual é uma versão estendida do crime de assédio sexual, mas que está mais próxima no código das leis de violação sexual porque tipifica no caráter ilícito e no elemento objetivo do tipo o não consentimento da vítima, não sendo um estupro, mas sendo formas diversas de assédio sexual com o requerimento do não consentimento da vítima, ficando, portanto entre os artigos que versam sobre o estupro e os artigos que versam sobre o assédio.

Essa lei tem o intuito de condenar práticas como a masturbação não requerida pela vítima no ônibus, por exemplo, que eram situações denunciadas em delegacia. Assim, é possível perceber o intuito de expandir as noções sobre o assédio sexual e as diferentes formas de abuso dado o não consentimento da vítima.

Assim, fica claro qual é o objetivo desse artigo: perceber como a versão cibernética dessas condutas podem ser enquadradas no mesmo crime acontecendo, entretanto, online, que é o caso, por exemplo, das fotos sensuais enviadas sem a autorização da vítima porque o que se pretende expandir é a tipificação da ilicitude presente no ato de violar a vontade da vítima com ato libidinoso, que é o elemento objetivo do tipo. O elemento subjetivo do tipo, o dolo, estaria no ato de violar a dignidade sexual do próximo. Sendo assim, a lei criminaliza qualquer ato de constrangimento libidinoso não consensual, admitindo como dolosa a vontade consciente de realizar qualquer conduta que importune sexualmente, portanto.

O crime de importunação sexual é descrito no Código Penal⁴ como o ato de praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a si mesmo ou terceiro. Não se admite modalidade culposa, posto que não se trata de uma pessoa que tem evidências concretas de romance com a vítima, que no caso de envolvimento não será

3 LENZA, Pedro. Et alii. **Direito Processual Penal**. São Paulo. Saraiva. 2013.

4 BRASIL. **Vade Mecum Saraiva**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

discutido que o pedido não foi feito de forma tácita, mas ao invés se trata de um agente que está nitidamente violando a vontade da vítima posto que basta o simples não requerimento daquela conduta vinda de um sujeito ativo que submete o sujeito passivo, que é alguém que não se relaciona com o sujeito ativo, e demonstra claro descontentamento profundo com a violação causada de fato. Esse crime não admite modalidade culposa porque ele parte do pressuposto de que não há dúvidas sobre o não consentimento da vítima, que é necessário para a consumação do crime.

A lei 13.718 também criminaliza estupro coletivo, admitindo concurso de pessoas nos crimes de estupro, disposto no artigo 213 do Código Penal.

O artigo 225 do Código Penal dispõe que os crimes contra a dignidade sexual contidos no capítulo I e II procederão mediante ação penal pública incondicionada por determinação da lei 13.718, a lei de importunação sexual.

Antes, em 2009, a Lei nº 12.015 autorizou que a ação penal, para os crimes sexuais, seria pública condicionada à representação, com exceção nos casos em que a vítima fosse pessoa vulnerável ou menor de 18 anos, o que acarretaria em ação penal pública incondicionada.

Em 2018 com a lei da importunação sexual a ação penal passou a ser pública incondicionada, o que significa que o Ministério Público ou a polícia darão início a investigação no momento em que tomarem conhecimento do crime, não dependendo mais da queixa da vítima. A natureza da ação penal do delito é pública incondicionada, uma vez que a Lei nº 13.718/2018 trouxe alterações para o disposto no art. 225 do Código Penal Brasileiro, que passou a tornar a natureza pública incondicionada como padrão nos crimes contra a dignidade sexual. Ou seja, a partir da entrada em vigor da Lei nº 13.718 de 2018, nenhum dos crimes contra a dignidade sexual terá natureza condicionada⁵.

O artigo 218-C dispõe sobre a exposição de dados, tendo aumento de pena de 1/3 a 2/3 se o crime é praticado por agente que tenha ou tem mantido relação íntima de afeto com a vítima, tendo feito a exposição dos dados com a finalidade de vingança. Há exclusão de ilicitude quando a vítima fornece consentimento na exposição.

O parágrafo quinto do artigo 217-A demonstra como violação da dignidade sexual independe do consentimento da vítima em casos de enfermidade, doença mental ou resultado de lesão corporal grave e resultado morte.

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, volume 4, parte especial: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública. São Paulo, Saraiva, 2018.

O inciso IV no artigo 226 é fruto da lei 13.718/2018, lei da importunação sexual, e visa aumentar de um a dois terços a pena das formas de estupro coletiva e corretiva.

O artigo 234-A prevê aumento de pena para manipulação e exposição de obscenidade material sem o consentimento da vítima com aumento da pena de metade a 2/3 se do crime resultar gravidez, de 1/3 a 2/3 se o agente transmitir doença sexualmente transmissível que é consciente no ato de ultraje público ao pudor, ou se a vítima for idosa ou portadora de deficiência.

Portanto, considerando o que já foi dito, o crime de importunação sexual versa sobre o atentado a dignidade sexual que não respeita o consentimento da vítima, sendo crime comum, de sujeito ativo e passivo qualquer, de conduta de ato libidinoso sem consentimento da vítima, podendo adquirir forma online. A apologia e a indução da prática também são criminalizadas.

A face cibernética dessa lei é vital na medida em que vivemos em uma sociedade bombardeada com notícias como “Como a inteligência artificial criou nudes falsos de mais de 100 mil mulheres compartilhados em redes”⁶, por exemplo.

Por isso, a terceira câmara criminal do TJSC manteve a condenação imposta a um homem por importunação sexual em continuidade delitiva. Em pelo menos quatro ocasiões, conforme os autos do processo, enquanto observava uma adolescente de 14 anos descer e subir no ônibus escolar, o réu se masturbava e, em algumas ocasiões, fazia gestos obscenos para ela. Embora dentro de sua casa, ele ficava em local visível ao público e não apenas a vítima o via, como também outras pessoas. O caso aconteceu em uma cidade no interior de Santa Catarina em maio e junho de 2019.

Portanto, não é necessário o contato físico para caracterizar o crime de importunação sexual. Essa conclusão é relevante para a criação da tipicidade da ilicitude dessa conduta em sua face cibernética.

Existem notícias que tratam do assunto, demonstrando o quanto essa lei foi amplamente utilizada pelos civis em sua defesa⁷.

6 Disponível em https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2020/10/21/como-inteligencia-artificial-criou-nudes-falsos-de-mais-de-100-mil-mulheres-compartilhados-em-redes.ghtml?utm_source=facebook&utm_medium=social&utm_campaign=g1&fbclid=IwAR3cQ3X30NwcFeeUqsF19INppim8RjM9HFk2jmY8yj1TpCtO75vImTOPxLQ Acesso em: 26/10/2020

7 Disponível em: <https://www.publico.pt/2020/08/01/sociedade/noticia/denuncias-importunacao-sexual-aumentaram-ultimos-cinco-anos-nao-sabe-lei-piropo-1926696>

2. Considerações de Direito Comparado na experiência de alguns países

Em Lisboa, Portugal, país que também utiliza o Civil Law, o Código Penal português admite no capítulo V – Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, e na secção I - Crimes contra a liberdade sexual, na secção II – Crimes contra a autodeterminação sexual, sendo disposto nos artigos os temas da violação sexual, coação sexual, abuso sexual de incapaz, abuso sexual de pessoa internada, fraude sexual, procriação artificial não consentida, lenocínio e finalmente, o artigo 170, importunação sexual. Também dispostos os temas do abuso sexual de menores, lenocínio com menores, pornografia de menores, aliciamento de menores, etc.

Portanto, em Portugal, que também utiliza o Civil Law, vemos o Código Penal retratar o mesmo crime com o mesmo nome, o crime de importunação sexual, e também notícias confirmando o mesmo que foi confirmado no Brasil, de que essa lei foi amplamente utilizada pelos civis em sua defesa⁸.

O Código Penal brasileiro já prevê, além do crime de importunação sexual, também o crime de violação sexual mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima, como dar comprovadamente droga ou álcool para a pessoa de forma proposital com o objetivo de ter relação sexual⁹.

A Lei da Importunação Sexual é de autoria da ex-senadora Vanessa Grazziotin, que argumentava que as mulheres ficam mais protegidas com a lei, já que qualquer ato não consentido, como beijar a força, passar a mão pelo corpo sem a pessoa consentir ou ejacular em cima da mulher poderá ser punido.

Sobre o crime de importunação sexual, uma novidade que veio para mudar o carnaval, por exemplo, é explicada pela promotora Mariana Távora, indicando a possibilidade de qualquer pessoa denunciar a violência sexual, e o Ministério Público poder processar esse autor da violência independentemente do consentimento da vítima (artigo 225 do Código Penal).

A promotora afirma: “A própria vítima pode ir à delegacia de polícia, registrar um boletim de ocorrência, e o policial não vai mais precisar pedir autorização dela para seguir com o processo, vai ter que seguir com o processo mesmo que ela desista”, afirmou. Além disso, ela lembra que é possível fazer uma denúncia anônima pelos Disque 180, Disque 100 e pela ouvidoria do Ministério Público¹⁰.

8 Disponível em: <https://www.cmjornal.pt/portugal/detalhe/importunacao-sexual-leva-a-476-acusacoes-em-cinco-anos>

9 Agência Câmara de Notícias

10 Agência Câmara de Notícias

Também, o inquérito policial admite o crime em sua face cibernética ou não. O vazamento de imagens privadas viola o direito constitucional à privacidade e à intimidade previstos no artigo quinto da Constituição Federal, e, por extensão, constata-se que também existe violação do Código Penal em atos online de violação a dignidade da sexual da vítima, com atitudes de importunação sexual o tempo todo, como por exemplo, pessoas que não aceitam não da vítima nas plataformas online, enviam fotos libidinosas sem o requerimento da vítima, etc.

A Finlândia, país do continente Europeu, que faz fronteira com a Suécia, Noruega e Rússia, está punindo crimes cibernéticos de importunação sexual com penas rígidas para quem manda fotos libidinosas não solicitadas, por exemplo¹¹.

Não só a Finlândia como diferentes países no mundo estão criando táticas de lidar com a importunação sexual online, como por exemplo, China, Rússia, Reino Unido, Colômbia, Suécia, Estados Unidos e República Democrática do Congo¹².

A Convenção de Istambul foi a primeira ferramenta internacional juridicamente vinculativa a antecipar um amplo conjunto de medidas para prevenir e combater diferentes formas de violência contra as mulheres, incluindo a violência doméstica (Conselho da Europa, 2011). Aqui é reconhecida a violência contra as mulheres como sendo uma violação dos direitos humanos, garantindo a criminalização de atos específicos como stalking, os casamentos forçados, a mutilação genital feminina, a esterilização e os abortos forçados, a violência psicológica e o assédio sexual, entre muitos outros.

Reconhecendo que a violência contra as mulheres está profundamente enraizada na desigualdade de gênero e perpetuada por uma cultura patriarcal, a sua visão proíbe que as tradições, a cultura, ou a chamada “honra”, sejam utilizadas para tentar justificar a violência contra as mulheres. Esta convenção baseia-se em 4 P’s: Prevenção, Proteção, Penalização e Políticas (integradas). A Convenção de Istambul inclui os parlamentos nacionais no processo de monitorização da sua aplicação, para o qual foi criada uma entidade independente designada GREVIO – Grupo de Peritos para o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica (Conselho da Europa, 2011). Foi a 11 de Maio de 2011 que decorreu esta Convenção do Conselho da Europa para a prevenção e o combate à violência contra as mulheres e a violência doméstica, com lugar em Istambul, foi assim que ficou apelidada.

11 Disponível em: https://inews.co.uk/news/technology/finland-jail-people-unsolicited-explicit-photos-sexual-harassment-720891?ito=whatsapp_share_article-top

12 Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2016/apr/12/online-abuse-how-harassment-revenge-pornography-different-countries-deal-with-it>

Este acordo destaca como principais objetivos: 34 a) Proteger as mulheres contra todas as formas de violência, bem como prevenir, instaurar o procedimento penal relativamente à violência contra as mulheres e à violência doméstica e eliminar estes dois tipos de violência; b) Contribuir para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres e promover a igualdade real entre mulheres e homens, incluindo o empoderamento das mulheres; c) Conceber um quadro global, bem como políticas e medidas de proteção e assistência para todas as vítimas de violência contra as mulheres e de violência doméstica; d) Promover a cooperação internacional, tendo em vista a eliminação da violência contra as mulheres e da violência doméstica; e) Apoiar e assistir as organizações e os serviços responsáveis pela aplicação da lei para que cooperem de maneira eficaz, tendo em vista a adoção de uma abordagem integrada para a eliminação da violência contra as mulheres e da violência doméstica. (Concelho da Europa, 2011, p. 3).

Deste modo, torna-se evidente a necessidade de uma intervenção contínua nas mais variadas dimensões sociais e individuais para a prevenção e combate à violência contra as mulheres e violência doméstica (Artigo nº3), no ano seguinte à Convenção de Istambul, as medidas foram aprovadas e transposta para a legislação portuguesa pela Assembleia da República (Resolução nº4/2013 de 4 de Dezembro de 2012)¹³.

3. Análise Jurisprudencial

A partir da leitura de artigos científicos ¹⁴, certos pontos acerca da lei de importunação sexual de 2018 foram trazidos para reflexão e serão expostos nesse capítulo. O primeiro é a questão do assédio sexual nos transportes públicos. Já é documentado que uma das influências para a criação da lei de importunação sexual era a repetição de crimes de conduta de assédio em transporte público, casos comuns de ejaculação em mulheres no ônibus, sem o consentimento da vítima. Esse tipo de crime estava perturbando não apenas a dignidade sexual da pessoa humana, como também estava perturbando a ordem pública, sendo uma forma de atentado violento ao pudor (Artigo 61 da lei das contravenções penais).

A impossibilidade de encarceramento dos ejaculadores de ônibus estava causando revolta nos civis.

13 OLIVEIRA, Joana Filipa da Silva. **A percepção das mulheres acerca da importunação sexual em espaços públicos**. Mestrado em Intervenção Comunitária. São Paulo. 2019.

14 CABETE, Eduardo Luiz Santos. **Primeiras impressões sobre o crime de importunação sexual e alterações da lei 13.718/18**. Boletim Conteúdo Jurídico, n.882. São Paulo, 2018. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591499> 12 Boletim Conteúdo Jurídico n. 882 de 01/12/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Na ocasião foram aventadas várias possibilidades de tipificação penal para afastar a insuficiência protetiva da simples contravenção. Houve lavratura de prisão em flagrante do autor por prática de “Estupro” (artigo 213, Código Penal), a qual acabou relaxada com a desclassificação sobredita. Defendeu-se a hipótese de configuração de “Estupro de Vulnerável” (artigo 217 – A, Código Penal), considerando que as vítimas eram pegas sem chance de reação. Também se levantou a possível configuração do crime de “Ato Obsceno” (artigo 233, Código Penal), o qual também padeceria, embora em menor grau, da insuficiência protetiva, eis que infração de menor potencial com pena privativa de liberdade mínima e possibilidade de alternativa de aplicação somente de multa. Até mesmo o crime de “Injúria Real” foi apresentado como solução (artigo 140, § 2º., Código Penal).

Na discussão da sanção da lei, Sannini Neto apresenta precedente do STJ (STJ, 6ª. Turma, Resp 1611910/MT, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 27.10.2016), destacando ser o estupro “ato de violência (e não de sexo)”, marcado pelo intuito de “subjugar, humilhar, submeter a vítima à força do agente”. Dessa forma, conclui o autor que “no cenário jurídico atual”, o chamado “‘beijo roubado’, que envolve violência ou grave ameaça, caracteriza, sim, o crime de estupro, contudo, em se tratando de ‘beijo furtado’, vale dizer, sem violência ou grave ameaça à vítima, a conduta se adequaria ao novo tipo penal do artigo 215 – A (importunação sexual)”.

Entretanto, sendo o consentimento válido, há que aplicar o brocardo latino, segundo o qual “volenti et consentienti non fit injuria” (“Ao que quer e consente não se faz injustiça”). Dessa forma o consentimento do ofendido ou do titular do direito, que dele pode dispor validamente (como acontece com as pessoas maiores, livres e capazes com relação a atos sexuais de toda espécie), enseja o afastamento da tipicidade ou, como dizem alguns, consiste em um “elemento negativo do crime ou do fato”. No caso concreto ocorre que o dissenso do ofendido é “um elemento do fato constitutivo do crime, ou melhor um elemento cuja ausência torna impossível a configuração concreta de um fato típico e, como tal, relevante para o direito penal”. Trata-se da mesma situação encontrável em crimes como a “Violação de Domicílio” (artigo 150, Código Penal) ou mesmo do “Estupro” (artigo 213, Código Penal). A entrada ou permanência em casa alheia com a anuência do morador não é crime, pois o tipo penal exige que a ação se dê contra a vontade expressa ou tácita deste. Também a prática de atos libidinosos ou conjunção carnal de forma consensual entre adultos conscientes, sem qualquer ato de constrangimento, não configura crime.

Segundo o relatório Mundial sobre violência e saúde, publicado pela Organização Mundial da Saúde (OMS), em 2002, a violência sexual é definida como:

[...] qualquer ato sexual, tentativa de obter um ato sexual, comentários ou investidas sexuais indesejados, ou atos direcionados ao tráfico sexual ou, de alguma forma, voltados contra a sexualidade de uma pessoa usando a coação, praticados por

qualquer pessoa independentemente de sua relação com a vítima, em qualquer cenário, inclusive em casa e no trabalho, mas não limitado a eles.

A violência sexual é, portanto, caracterizada como todo e qualquer ato de cunho sexual ou sua tentativa, contra a sexualidade de uma pessoa utilizando a coação, praticado por qualquer pessoa em qualquer cenário, o que faz com que seja totalmente necessário a ampliação do abuso e tipificação do crime em suas condutas variadas pela importantíssima lei 13.718.

Dentro da violência sexual, estão incluídos o estupro e o assédio sexual. O estupro consiste em obrigar alguém manter relações sexuais, contra a sua vontade, por meio da violência ou ameaça. Conforme descreve Nucci:

O estupro já teve várias significações ao longo do tempo, consistindo, na essência, em violação sexual violenta, vale dizer, constranger pessoa à prática de qualquer ato libidinoso, inclusive a conjunção carnal, mediante o emprego de violência ou grave ameaça¹⁵.

Aqui fica possível perceber novamente que a lei de importunação sexual acaba preenchendo a necessidade de criminalizar a conduta que constranger a pessoa sexualmente mesmo sem a conjunção carnal, uma vez que não é necessário chegar em níveis altos de violência, como o estupro descrito por Nucci, para haver um atentado a dignidade sexual.

Pode-se dizer que foi instituído o crime de importunação sexual visando à existência no ordenamento jurídico de um tipo penal intermediário¹⁶.

Entretanto, nesse pouco tempo de vigor da lei, mostram-se recorrentes nos tribunais estaduais e em tribunal superior decisões oscilantes. Notícias divulgadas nas páginas eletrônicas de órgãos judiciários dão uma mostra: Não é possível desclassificar crimes de estupro de menor de 14 anos para importunação sexual, diz a 6a. Turma do STJ ; TJ-SP altera condenação de estupro de vulnerável para importunação sexual, é o título de notícia referindo-se a acórdão da 16a . Turma do Tribunal de Justiça paulista; STJ concede HC e aplica nova lei de importunação sexual para reduzir pena. Isso demonstra necessidade de correção da tipificação do crime¹⁷.

15 NUCCI, Guilherme de S. **Crimes contra a Dignidade Sexual**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

16 PEREIRA, Sabrina Graciano. e CARVALHO, Urssulla Rodrigues. **Os crimes de importunação sexual e estupro de vulnerável sob a perspectiva da lei 13.718/18**. Revista Científica Fagoc. São Paulo. 2019.

17 JORGE, Ana Paula. e GENTIL, Plínio Antônio Britto. **Importunação sexual ou estupro? Os caminhos da satisfação da lascívia**. Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição. São Paulo, 2019.

De acordo com dados apresentados pela Polícia Civil de Santa Catarina¹⁸, desde a entrada em vigor da Lei 13.718/2018 até o dia 19 de março de 2019, foram registradas 273 ocorrências do crime de importunação sexual no estado. Dentre os casos, 13 foram cometidos contra vítimas do sexo masculino, com idades entre 5 e 37 anos, sendo 9 deles cometidos contra menores de idade. Depreende-se, então, que quando a vítima do crime de importunação sexual é do sexo masculino, na maioria dos casos trata-se de uma criança ou adolescente.

A estatística também informa que 259 mulheres, com idades entre 4 e 73 anos, foram vítimas do crime de importunação sexual no período supramencionado. Destas, 105 eram menores de idade. Além disso, totalizam 125 vítimas não alfabetizadas, alfabetizadas, ou com ensino fundamental completo. Já na categoria ensino médio incompleto ou completo foram 74 no total. O último e menor número está compreendido entre as que cursam ou concluíram o ensino superior, sendo 29 vítimas. Por fim, verifica-se que, do total de casos, 156 foram cometidos em horários compreendidos entre às 8:00h e às 20:00h.

Conclusão

O artigo 218 – C, “caput”, do Código Penal, que versa sobre a divulgação de cena de estupro e de estupro de vulnerável, e de sexo ou pornografia sem autorização dos envolvidos, é um dos exemplos citados nesse artigo que talvez mais contribua para o esclarecimento vital do objetivo principal que é o estabelecimento de relação entre essa conduta de assédio sexual com as práticas online, ou seja, a conclusão a que se pretendeu chegar foi a de que a lei de importunação sexual de 2018 é em si uma amplificação dos tipos de abuso e atentados à dignidade sexual, e uma ampliação maior ainda que deve ser feita, como se pretendeu demonstrar, é a face digital dessa conduta, que pode transcender o disposto no artigo 218-C, se fazendo totalmente necessário que a justiça estabeleça meios de proteção online, assegurando que a lei 13.718 de 2018 seja cumprida nas plataformas virtuais, porque essas ampliações são necessárias na proteção dos civis.

Em sua forma simples, o artigo 218-C é um crime de dolo genérico porque a lei não estabelece qualquer especial fim de agir¹⁹. Também o é mesmo na forma majorada do seu § 1º, quanto às relações íntimas de afeto. Entretanto, no caso da última parte do § 1º, quando

18 SARTORI, Caline F. **A tipificação do crime de importunação sexual à luz da teoria contratual de pateman**. Trabalho Conclusão do Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 2019.

19 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, volume 4, parte especial: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública**. São Paulo, Saraiva 2018.

a lei se refere ao fim especial de “vingança ou humilhação”, há a configuração de um “dolo específico”.

O objetivo desse texto foi demonstrar como se fez necessária a ampliação do elemento subjetivo do tipo e objetivo do tipo no tratamento da questão de assédio sexual.

Nesse caso, do artigo 218-C, será o especial fim de agir do infrator, pretendendo vingar-se da vítima ou humilhá-la, que justificará a exacerbação punitiva. Os intuitos de vingança ou de humilhação nada mais são do que exemplos de motivação torpe do agente, o que justifica a exasperação punitiva. Esses são casos conhecidos como “revenge porn” ou “pornografia de vingança”, os quais normalmente eram anteriormente tratados como meros crimes contra a honra majorados²⁰.

Neste aspecto, é de notar que o Artigo 218 – C, §1º., “in fine”, Código Penal, constitui “novatio legis in pejus”, não podendo retroagir àqueles que praticaram tal conduta antes da promulgação da Lei 13.718/18. Poderá aparentar que essas circunstâncias em que o agente pretende se vingar ou humilhar a vítima serão necessariamente informadas pelo anterior envolvimento afetivo, previsto no mesmo parágrafo sob comento. Na maioria dos casos isso realmente ocorrerá, mas não necessariamente. Poderá haver veiculação de imagens de pessoa com quem o agente tenha ou teve relação íntima de afeto pelos mais variados motivos, dentre os quais a mera “diversão” ou “exibicionismo” e não vingança ou humilhação.

Por outro lado, a atuação com intuito de vingança ou humilhação, poderá sim ser, e na maioria das vezes o é, motivada por frustrações amorosas em relacionamentos desfeitos. Não obstante, a mesma conduta poderá também ter uma outra variedade enorme de motivações, como, por exemplo, a despedida de um emprego, uma punição administrativa, desentendimentos financeiros ou negociais, inveja, ódio etc. Fato é que as motivações para o aumento de pena podem ocorrer conjuntamente sim, mas não necessariamente.

No caso de ocorrência de exposição de pessoa com que se mantém ou manteve relação íntima e ainda por motivo de vingança ou humilhação, há que considerar que o aumento é variável entre 1/3 e 2/3, devendo tal situação ser levada em conta na aplicação do índice de exasperação. O crime do artigo 218 – C, Código Penal admite em geral tentativa e pode, em certos verbos, ter caráter permanente, como, por exemplo, nos de “disponibilizar”, “transmitir”, “expor à venda” ou “divulgar”. Sanches Cunha, porém, entende que não é

20 CABETE, Eduardo Luiz Santos. **Primeiras impressões sobre o crime de importunação sexual e alterações da lei 13.718/18**. Boletim Conteúdo Jurídico, n.882. São Paulo, 2018. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591499> 12 Boletim Conteúdo Jurídico n. 882 de 01/12/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

possível a tentativa no verbo “oferecer”, eis que não passível de fracionamento, sendo condutas antecedentes meros atos preparatórios. Quanto à causa de aumento de pena devido ao fim de humilhar ou praticar vingança contra a vítima, o fato de conseguir o autor obter a efetiva humilhação ou vingança é irrelevante para a configuração da majorante. Trata-se de aumento de pena de caráter subjetivo, relativo à motivação dos atos do infrator e não ao resultado efetivo de sua atuação.

Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, volume 4, parte especial: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública**. São Paulo, Saraiva 2018.

CABETE, Eduardo Luiz Santos. **Primeiras impressões sobre o crime de importunação sexual e alterações da lei 13.718/18**. Boletim Conteúdo Jurídico, n.882. São Paulo, 2018.

JORGE, Ana Paula. e GENTIL, Plínio Antônio Britto. **Importunação sexual ou estupro? Os caminhos da satisfação da lascívia**. Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição. São Paulo, 2019.

LENZA, Pedro. Et alii. **Direito Processual Penal**. São Paulo. Saraiva. 2013.

OLIVEIRA, Joana Filipa da Silva. **A percepção das mulheres acerca da importunação sexual em espaços públicos**. Mestrado em Intervenção Comunitária. São Paulo. 2019.

PEREIRA, Sabrina Graciano. e CARVALHO, Urssulla Rodrigues. **Os crimes de importunação sexual e estupro de vulnerável sob a perspectiva da lei 13.718/18**. Revista Científica Fagoc. São Paulo. 2019.

SARTORI, Caline F. **A tipificação do crime de importunação sexual à luz da teoria contratual de pateman**. Trabalho Conclusão do Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 2019.

COMPLIANCE CRIMINAL E COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL: DA TUTELA PUNITIVA SOBRE OS CRIMES CIBERNÉTICOS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Amanda Nunes Ronha¹; Elysabete Acioli Monteiro Diogo²

RESUMO: Este artigo busca apresentar e debater as questões relativas ao compliance criminal e a cooperação jurídica internacional para uma tutela penal punitiva de caráter preventiva aplicada aos crimes cibernéticos. Sua metodologia é a jurídico doutrinária investigativa que propõe analisar conteúdo teórico doutrinário para fomentar a base da pesquisa. Conclui sobre a iminente necessidade de aprofundar sobre o compliance criminal bem como a necessária adesão do Brasil nos tratados internacionais buscando uma cooperação jurídica internacional frente aos crimes cibernéticos proporcionando uma sociedade da informação minimamente mais segura e tutelada.

Palavras-Chaves: *compliance* criminal, sociedade da informação, cooperação jurídica internacional, crimes cibernéticos, tutela punitiva preventiva.

1 Mestranda em Direito pelo Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação da FMU-SP. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Ética e Fundamentos Jurídico Políticos da Sociedade da Informação. Legal Legis Master (LLM) em Direito Empresarial pelo IBMEC, com extensão e módulo internacional na Universidade de Loyola - Chicago/USA. Conciliadora e Mediadora formada pelo Instituto dos Advogados do Estado de São Paulo - IASP, certificada e cadastrada junto ao CNJ - Conselho Nacional de Justiça. Pós Graduação em Direito Público, membro da Comissão de Direito Digital da Ordem dos Advogados-Subseção São Paulo/SP e Advogada. de Estudos de Compliance da OAB – São Paulo/SP. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1262093623384591>. E-mail: amandaronha@yahoo.com.br

2 Mestranda em Direito na Sociedade da Informação pela Faculdades Metropolitanas Unidas (FMUSP). Pós-graduada (lato sensu) em História, Sociedade, Cultura (Cogeae - PUCSP). Pós-graduada (lato sensu) em Administração de Serviços (USP-Poli-Vanzolini). Advogada. Historiadora. Vice-Presidente do ICEPEX - Instituto de Certificação para Excelência na Conformidade - Organismo de Certificação Acreditado pelo INMETRO - Autarquia Federal vinculada ao Ministério da Economia - Governo Federal. Auditora Líder (ISO9001 e demais normas ISO - SGS/IRCA - Inglaterra). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Efetivação Jurídica Estatal (FMUSP) (<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/2190779147769731>). Pesquisadora no Grupo de Pesquisa Cidadania e Controle Social no Estado Democrático de Direito (FMUSP) (<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/3936937123215318>). Membro da Comissão de Direito de Família, Sucessões e Adoção e da Comissão da Mulher Advogada – OAB (Ordem dos Advogados do Brasil) – Santo Amaro/SP. Membro da Comissão Especial de Estudos de Compliance da OAB – São Paulo/SP. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1262093623384591>. E-mail: elysabetecioli@gmail.com

CRIMINAL COMPLIANCE AND INTERNATIONAL LEGAL COOPERATION: PUNITIVE PROTECTION IN CYBERCRIMES IN THE INFORMATION SOCIETY

ABSTRACT: This article seeks to present and discuss issues related to criminal *compliance* and international legal cooperation for preventive punitive criminal protection applied to cybercrimes. Its methodology is the investigative legal doctrine that proposes to analyze theoretical doctrinal content to foster the research base. It concludes about the imminent need to deepen on criminal compliance as well as Brazil's necessary adherence to international treaties, seeking international legal cooperation in the face of cybercrimes, providing a minimally safer and more protected information society.

Keywords: criminal *compliance*, information society, international legal cooperation, cybercrime, preventive punitive protection.

Introdução

O presente artigo se dedica a apresentar e debater as questões relativas ao *compliance* criminal e a cooperação jurídica internacional, considerando as tutelas punitivas de caráter preventiva sobre crimes cibernéticos praticados diante da sociedade da informação.

Para tanto está ancorado nas bases constitucionais e infraconstitucionais além considerar o marco teórico baseado nos conceitos do pluralismo jurídico e as diversas maneiras de obtenção de um fortalecimento da diferenciação funcional, considera metodologias de aplicabilidade prática para o exercício de um comportamento preventivo à criminalidade virtual e a tutela penal, contemplando questões relativas à cooperação jurídica internacional e os tratados internacionais contra crimes cibernéticos.

Tem-se como problemática a questão da existência de instrumentos controle ancorados em princípios constitucionais e no pluralismo jurídico para que se aplique em caráter preventivo na criminalidade virtual e, portanto, o exercício prático dos mecanismos de *compliance*, ou seja auditoria, para fins de proteção da tutela penal.

Pergunta-se o motivo pelo qual apesar dos instrumentos estarem à disposição da sociedade, por que não se utiliza de maneira eficaz? Por que, diante da possibilidade de uma sociedade capaz de se reorganizar e se remontar não se considera práticas já utilizadas, mapeadas e escritas em âmbito internacional? Quais os impactos que se espera

na sociedade diante da aplicabilidade prática dessas condutas? Haverá impacto pedagógico junto a sociedade? Haverá presença do aspecto preventivo-punitivo? Poder-se-á dizer a respeito de uma possível tutela preventiva-punitiva?

São essas, algumas das questões que se pretende responder no desenvolver desse artigo.

O presente artigo também tem como objetivo encontrar correlação direta entre a inaplicabilidade prática entre os instrumentos preventivos e os índices de criminalidade virtual, considerando a sociedade da informação e para tanto, considerará as *softlaw*, técnicas de *compliance*, além da cooperação jurídica considerando os tratados e convenções internacionais.

Dessa forma, acredita-se em uma força-tarefa, ou seja, de múltiplos mecanismos, para a mitigação da criminalidade na sociedade da informação, em que, instrumentos preventivos, mecanismos de controle, técnicas de *compliance*, tratados internacionais, considerando o pluralismo jurídico possam atuar de maneira a tutelar preventivamente o bem jurídico em questão.

No que se refere a metodologia, pretende-se se utilizar da dedução, tendo como base, a análise qualitativa de determinados artigos científicos e dados estatísticos, bem como revisão bibliográfica e legislativa de maneira exploratória e com o objetivo de desenvolver alguma teoria sobre prevenção de práticas delituosas no meio ambiente virtual e seus impactos na sociedade da informação.

1. Ancoragem nas bases constitucionais e infraconstitucionais e pluralismo jurídico

Os princípios constitucionais são a base que ancoram o desenvolvimento desta reflexão no sentido de considerar o que o homem deve dispor de todos os meios para garantir o direito para então discorrer a respeito, para tanto, socorre-se do estabelecido na Constituição Federal, nos termos do artigo 225 em que se diz:

Todos tem direito ao **meio ambiente ecologicamente equilibrado**, bem de **uso comum do povo** e essencial a **sadia qualidade de vida**, impondo-se ao poder público e a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (g.n.)

Os elementos contidos neste dispositivo, aos quais chama-se atenção são: “meio ambiente ecologicamente equilibrado”, “uso comum do povo” e “sadia qualidade de vida”, pois bem, por “meio ambiente ecologicamente equilibrado” entende-se aquele local em que haja algum tipo de parcimônia nas relações sociais e que portanto não está restrito, há um entendimento ecológico no sentido de natureza em qualquer meio ambiente seja do trabalho, da escola, da internet.

Por “uso comum do povo” quer dizer de acesso a todos, de todos, sem restrições, que não implicam autorizações prévias, que basta estar lá para usar. Já para a “sadia qualidade de vida” é preciso considerar o significado de ser sadio, que no entendimento refere-se aquilo que não só propicia saúde, mas como também é considerado saudável. No que se refere à qualidade trazendo o conceito, mas simples, por assim dizer, é uma qualidade não há tributo que remete a excelência de algo, portanto estamos a dizer quanto há um local do povo que propicia saúde e qualidade de vida.

Ainda neste sentido, trazemos os princípios da liberdade, seja positiva, seja a negativa e o da segurança protegidos na Carta Magna que como já amplamente discutido na doutrina jurídica, o primeiro se refere aquelas liberdades tradicionais quais sejam expressão locomoção e afins e a segunda o princípio da segurança em termos jurídicos em termos de vida. Enquanto um permite ou nega o outro se deixa vigiar para o atingimento de um bem maior.

Daí então nas palavras de Bauman e Lyon (2013, p.44), que diz: “a escolha é entre a liberdade e a segurança: você precisa de ambas, mas não pode ter uma sem sacrificar pelo menos parte da outra”. Em assim sendo, trata-se do exercício do equilíbrio entre as forças que aparentemente são opostas mas que na verdade são complementares e que portanto, devem ser com existentes.

Para tanto, o homem, diante das suas capacidades, seja positivas ou negativas, deve se dispor todos os de mecanismos se direcionar no sentido de se proteger, que nas palavras de FULLER e FIORILLO (2015, p. 18) se traduz da seguinte maneira:

Ora, o **Direito existe para e pelo homem e não ao contrário**. Assim, o direito deve servir ao homem, assim como todas as suas construções tecnológicas (fenômeno da internet), pois ser pessoa “é ser sujeito e não objeto, e nesse sentido, imperioso se faz o combate as agressões que o homem vem cometendo contra seu próprio ser - o ser humano em sua integridade biopsicossocial” (g.n.)

No que se refere as normas infraconstitucionais traz-se o pensamento e a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann que parte de premissas como a contingência da justiça da sua necessidade de manutenção e alinhamento de expectativas além da sua complexidade e-mail ambiente social, então refere-se a comunicação, contingência e complexidade como pontos essenciais numa sociedade.

Neste sentido, Rister (2019, p. 266), bem explica:

O direito atua no plano da expectativa: continuar-se-á a acreditar na preservação dos valores contemplados pelas normas (...). Nesse aspecto, justiça, para Luhmann, é fórmula-contingência, cujo mister é dar consistência as decisões do sistema jurídico, por meio da redução da complexidade social do ambiente. daí resulta que as decisões serão sempre binárias *in casu*: lícito/ilícito. o fato de a justiça “possível de

ser prestada” não saciar a vontade social não altera a realidade. não há como cobrar dos operadores do direito (advogados, juízes e promotores) outra atitude, ao menos na atualidade.(g.n.)

E assim produz-se na sociedade a tentativa luhmanniana de atendimento as expectativas geradas por meio de produção de normas que acabam apenas respondendo, satisfazendo uma necessidade pontual diante de um clamor social, perdendo então características essenciais da norma que desrespeito quanto sua a eficácia, a eficiência e a funcionalidade³.

Neste diapasão, traz-se os exemplos do Marco Civil da internet (Lei 12.965/2014) e da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018), que nada trazem respeito as questões penais que ocorre em meio ambiente virtual, demonstrando assim a dificuldade que o legislador encontra em tratar de questões relativas a criminalidade fora do meio ambiente físico de uma sociedade.

Assim o pluralismo jurídico, que fortalece a diferença funcional das normas, que trabalha com questões paradoxais como a certeza e incerteza, que considera múltiplas fontes do direito não somente aquelas emanadas pelo Estado, que considera mecanismos diversos que integram e formam uma cadeia complexa de custódia tudo bem jurídico tutelado, traz a ideia acoplamento estrutural das normas⁴ em que se interligam, se comunicam, se comunicam, de maneira organizada e estruturada, e assim promovem uma sociedade colaborativa.

Conclui-se aqui que a *softlaw*, enquanto normas de quase direito, que não tem caráter jurídico obrigatório, mas que carregam em si em regras de valor normativo, por que são considerados verdadeiros manuais de boas práticas que traduzem boas condutas, se reflete como um mecanismo de reorganização da própria sociedade sim que haja necessariamente a interferência direta do Estado, que diante do exaurimento de suas forças, precisa considerar outros mecanismos para garantir meios educacionais, preventivos e repressivos na sociedade.

3 Cf. RISTER, Fernando de Sousa Lima (2020, p. 57) trata-se dos controles dos sistemas anteriores: “A decisão dos fatos as regras (eficácia) é uma utilidade alcançada com redução dos custos sociais (eficiência) de acordo com as necessidades funcionais tu sistemas individuais (funcionalidade)”.

4 Cf. LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Op. cit.* p. 21 ver MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco. *Op. cit.* p. 99

2. Aplicabilidade em de caráter preventivo e o *compliance* em tutela penal

Para que se considere a aplicabilidade prática das *softlaw* em caráter preventivo diante da criminalidade cibernética, é preciso demonstrar, primordialmente em termos estatísticos, a dimensão do assunto em voga.

Em consulta, são os Indicadores da Central Nacional de Denúncias de Crimes Cibernéticos encontrados no SaferNet⁵ que diz:

Em 14 anos, a SaferNet recebeu e processou **4.134.808 denúncias anônimas**, envolvendo 790.390 páginas (URLs) distintas escritas em 9 idiomas e hospedadas em 73.000 domínios diferentes, de 267 diferentes TLDs e conectados à Internet através de 71.049 números IPs distintos, atribuídos para **104 países em 6 continentes**. Ajudou 30.389 pessoas em 27 unidades da federação e foram atendidos 8.543 crianças e adolescentes, 2.180 pais e educadores, 3.471 jovens e 16.195 outros adultos em seu canal de ajuda e orientação. Além disso, foram realizadas 854 atividades de sensibilização e formação de multiplicadores de 303 cidades diferentes, 27 estados, contemplando diretamente 88.902 crianças, adolescentes e jovens, 75.904 pais e educadores e 4.443 autoridades, com foco na conscientização para boas escolhas online e uso responsável da Internet. O novo curso de formação à distância lançado em 2018 conta com mais de 21 mil matriculados e mais de 12 mil educadores e gestores certificados. Estas atividades beneficiaram mais de 3 milhões de pessoas indiretamente nas ações derivadas. (g.n.)

Ainda nesse contexto mundial, considerando que a população de usuários da rede mundial de computadores é de apenas 32,7%, é preciso destacar que os domínios com mais páginas denunciadas, seja por duplicação de páginas, são os a seguir: 1. Orkut.com.br, 2. Orkut.com, 3. Facebook.com, 4. twitter.com, 5. youtube.com, entre muitos outros.

Os idiomas mais falados segundo essa fonte são: português (25,3%), inglês (21%), russo (3,6%), francês (1,3%), espanhol (0,8%), entre outros.

Os conteúdos denunciados referem as práticas criminosas, em ordem de volume no Brasil quanto a Pornografia Infantil (30,6%), Racismo (28,3%), Apologia e Incitação a Crimes Contra a Vida (17,2%), Homofobia (5,5%), Xenofobia (4,7%), Intolerância Religiosa (4,6%), Maus Tratos Contra Animais (2,8%), Tráfico de Pessoas (2,7%), Neo Nazismo (1,7%), Violência Contra Mulher (0,9%) além de outros ainda não classificados (1,1%).

O Brasil ocupada a 5ª posição no ranking dos países em que há mais páginas duplicadas para o cometimento de crimes cibernéticos, a 4ª posição em páginas distintas, a

⁵ SAFARNET: associação civil de direito privado, com atuação nacional, sem fins lucrativos ou econômicos, sem vinculação político partidária, religiosa ou racial. Fundada em 20 de dezembro de 2005, com foco na promoção e defesa dos Direitos Humanos na Internet no Brasil.

3ª posição em domínios criados para este fim, a 2ª posição em IPs utilizados e finalmente, a 4ª posição em páginas removidas, paradoxalmente.

Esta situação torna urgente a necessidade de revisão e a consideração de outras medidas para uma realização de um cenário de transformação rápida, intensas, a fim de redescrever aspectos fundamentais do direito e que envolvam com maior amplitude questões relativas à responsabilidade.

Sem mais delongas, trata-se da apresentação da aplicabilidade práticas das *softlaw*, seja em atendimento de requisitos anteriormente estabelecidos, com demonstração de evidência para o encontro da conformidade, ou seja, verificação da conformidade para que então haja o atingimento em objetivo maior, que nesse contexto, refere-se a segurança da informação, precisamente à segurança do usuário. Está se dá através da verificação da conformidade, requisito por requisito de maneira que o todo impactará quanto a completude de atingimento daquela *softlaw*.

Sabe-se que a emanção das normas é função estatal, porém, também se sabe que esta por ser delegada, por vínculo a autarquia federal, à entidades paraestatais, sem fins lucrativos, e ainda sua imposição com fins de controle e regulamentária de mercado, considerando portanto o impacto econômico.

O Sistema Brasileiro de Avaliação da Conformidade (SBAC⁶) é modelo de governança executado por autarquia federal sob o guarda-chuva no Ministério da Economia e por delegação, por demonstração de competência têm-se a atribuição do exercício da conferência das *softlaw* aos organismos acreditados.

Esses modelos de conferência nada mais são do que averiguação de aderência em que se verifica o atendimento de requisitos por meio de evidência requisito por requisito verificando a aplicabilidade prática num exercício do *compliance* à medida em que se tenha aderência é a resposta da organização que demonstra assim alinhamento as regras de conduta em uma sociedade.

A verificação de atendimento de um requisito é a conclusão quanto ao comportamento e mentalidade de determinada organização no sentido de se precaver contra futuros incidentes. Desta forma, entendemos que tais normas, de caráter preventivo, colaboram com a sociedade no que tange a garantir princípios fundamentais, ou seja, proteger o direito à vida, à liberdade, à segurança, ao meio ambiente, etc.

É evidente que esta proteção se opera impondo limitações restritivas ao exercício do pleno direito, mitigando, pois tem natureza de norma jurídica, embora não carreguem o caráter jurídico obrigatório, porém ainda assim imperativa, e ainda assim capaz de impor

⁶ SBAC é um subsistema do Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial-Sinmetro. Fonte: <http://www.inmetro.gov.br/qualidade/definicaoavalconformidade.asp>

sanções punitivas que se desdobram tanto no âmbito administrativo, civil e ainda penal, a depender da infração cometida, atribuindo a elas respeitosa equiparação à lei em seu sentido material.

O não atendimento de um requisito, de forma evidenciada, reflete naquilo que se chama como uma não conformidade, esta pode ser entendida com uma tutela punitiva em caráter preventivo pois, para que seja resolvida implicará em análise crítica da causa raiz porem tão aplicação de ação corretiva e/ou ações preventivas.

Veja que essa metodologia pode prevenir incidentes pois considera análise do risco, para exemplificar, trago o requisito 6.1.3 de Tratamento de riscos de segurança da informação da *softlaw*: NBR ISO/IEC 27001:2013 – Tecnologia da informação – Técnicas de Segurança – Sistemas de Gestão de Segurança da Informação (SGSI) que diz:

A organização deve definir e aplicar um processo de tratamento dos riscos de segurança da informação para:
Selecionar, de forma apropriada, as opções de tratamento dos riscos de segurança da informação, levando em consideração os resultados da avaliação do risco;
determinar todos os controles que são necessários para implementar as opções escolhidas do tratamento do risco da segurança da informação;
comparar os controles determinados ... para verificar se algum controle foi omitido.
elaborar uma declaração de aplicabilidade que contém a controles necessários ...
preparar um plano de tratamento dos riscos de segurança da informação;
obter a aprovação dos responsáveis pelos riscos do plano de tratamento dos riscos de segurança da informação e aceitação dos riscos residuais de segurança da informação.

Vejam que o que corrobora o pensamento preventivo é justamente aquele que considera, analisa e mitiga riscos quanto a segurança da informação. Ainda no sentido de degustação a *softlaw* traz um rol que podem servir como referenciais a esses controles considerando segregação de funções, contato com autoridades, contato com grupos especiais, o trabalho remoto, o processo disciplinar, a classificação da informação, Sistemas de gerenciamento de senhas, proteção contra malware, sincronização dos relógios, já estão de vulnerabilidade técnica, redundâncias e análise crítica da segurança da informação, entre muitos outros.

Mais um exemplo a NBR 27004:2017 – Sistema de Gestão de Segurança da Informação – Monitoramento, medição, análise e avaliação), *softlaw* de complementação de sistema de gestão, traz em seus requisitos alguns como proteção contra código malicioso, regras de firewall, panorama de vulnerabilidade, reporte dos incidentes de segurança, entre outros

Nota se que enquanto a primeira se preocupa com a implementação de um sistema de gestão que garanta a segurança da informação estabelecendo requisitos por requisito a

outra se preocupa com as técnicas que vão envolver monitoramento a medição a análise e a avaliação desses sistemas de gestão de segurança da informação.

Trata-se da verificação do atendimento dos requisitos por meio de programas de avaliação da conformidade, ou seja, um verdadeiro exercício do *compliance*.

Essas *softlaw* são consideradas no mercado como verdadeiras regras de conduta, manuais de boas práticas produtivas e de prestação de serviços que tem como principal finalidade garantir os direitos fundamentais.

Neste contexto, tem-se o caso das boas práticas no mercado brasileiro de consumo de brinquedos, e que, analogamente detém programa de avaliação da conformidade implementado compulsoriamente e traz resultados na ordem de *zero* em número de *recalls* em 2019 segundo o ICEPEX⁷. Já em outros países traz incidentes de consumo na ordem de 393, segundo o RAPEX⁸ na União Europeia e na ordem de 10 segundo o CPSC⁹, dos Estados Unidos.

Assim, não se pode negar que o mercado brasileiro, através do incentivo, sejam eles compulsórios ou voluntários em determinados escopos de produtos e serviços, já tem praticado, através de programas ministeriais e envolvendo autarquias federais, ou seja, programas de certificação, tem exercitado a chamada tríade de proteção ao consumidor, a saúde, a segurança e o meio ambiente.

Portanto, ciente das boas práticas de mercado há considerar a plena aplicabilidade prática dessas condutas que conseqüentemente levam há uma sociedade colaborativa.

4. Cooperação Jurídica Internacional e sua importância para a tutela penal nos crimes cibernéticos

O mundo globalizado vivencia a Revolução 4.0 com uma crescente circulação de pessoas, bens, serviços, informações e principalmente dados os quais são trafegados com muita facilidade pela grande rede de computadores. Como consequência, os países passam a enfrentar situações nas quais necessitam de auxílio para o exercício da jurisdição. Para tanto, a cooperação jurídica internacional entre os países se faz necessária e imprescindível com o objetivo de resguardar os direitos dos cidadãos independente de sua nacionalidade.

7 ICEPEX: Instituto de Certificação para Excelência na Conformidade, organismo acreditado pelo INMETRO em certificação para segurança de produtos e sistemas.

8 RAPEX: *Rapid Alert System for dangerous non-food products* - European Commission – Comissão Europeia – Sistema Rápido de Alerta para perigo em produtos não alimentícios.

9 CPSC: *Consumer Product Safety Commission* – Comissão para Segurança do Produto ao Consumidor (tradução livre).

A necessidade da cooperação jurídica internacional resta ainda mais clara considerando que as mudanças tecnológicas, políticas e o aumento no deslocamento de pessoas e bens entre fronteiras têm causado um aumento no interesse de Estados no estabelecimento de regras e procedimentos específicos que possibilitem e facilitem o acesso à justiça para além das fronteiras (MCLEAN, 2002).

Hoje em dia, as partes e as provas de um processo judicial podem estar espalhadas por várias jurisdições. Conseqüentemente, para dar andamento a seus processos jurídicos, um Estado deve recorrer a outra jurisdição para obter as ações por ele buscadas. Em tais situações, a cooperação entre Estados se transformou em uma das maneiras mais viáveis para resguardar o andamento de sua Justiça. Portanto, um ato de cooperação, que tradicionalmente poderia ser visto como uma violação da soberania de Estados, hoje em dia, pode ser reconhecido como uma forma de manutenção de um novo conceito de soberania, estabelecido pelas atuais relações entre Estados (TARSO, 2008, p. 11).

Com a Revolução 4.0 e o avanço da Sociedade da Informação além fronteira, é iminente a necessidade de expandir a ideia e o conceito de soberania que irá além de preservar as regras internas dos Estados, a necessidade de preservação da dignidade da pessoa humana, dos dados que são circulados nas redes, da privacidade humana as quais necessitam de regras, formas reais e mais concretas para a preservação na era cibernética. É chegado o momento de trazer reflexões, com o dever de buscar métodos factíveis de preservação dos Estados e a pessoa humana para essa nova realidade além fronteira cibernética.

Assim, o direito e o dever de um Estado soberano na manutenção de sua Justiça restariam resguardados. Portanto, a cooperação jurídica internacional garante o direito de o Estado e seus cidadãos processarem e julgarem litígios de sua competência, mesmo quando elementos indispensáveis à condução do processo se encontrem em jurisdição estrangeira (TARSO, 2008, p.11).

As narrativas doutrinárias apontam que o Ministério da Justiça está cada vez mais convencido da importância da cooperação jurídica internacional e da necessidade de investir na habilidade do Estado brasileiro cooperar e, principalmente, solicitar, de forma eficaz, cooperação jurídica internacional (TARSO, 2008,P.12) principalmente pelo fato do Brasil ter um índice muito maior de requisições de cooperação do que requisições.

Dentro desse cenário quanto à necessidade de expansão da cooperação, cabe mencionar a Autoridade Central que é um órgão administrativo que centraliza a cooperação jurídica internacional. Desde seu surgimento nos primeiros tratados de cooperação jurídica internacional, na década de 60 do século passado, a Autoridade Central foi concebida com o propósito de facilitar as relações entre os Estados-Partes de determinado tratado de

cooperação jurídica internacional, por meio da unificação de todas as suas atribuições em uma só instituição. A ideia é que um único órgão especializado nas funções administrativas exercidas na cooperação jurídica possa aprimorar essa forma de relação entre os Estados, de modo a tornar a cooperação mais célere e eficaz. Isso representa o advento de um segundo estágio na comunicação que surge na cooperação jurídica internacional, posterior àquele em que tal comunicação somente ocorria pelos canais diplomáticos (TUMA JÚNIOR, 2008, p. 14).

O Poder Judiciário assim como outros órgãos, como por exemplo a Polícia Federal, a Receita Federal e a Controladoria Geral da União exercem um papel fundamental para que a cooperação tenha seus trâmites regulares atendendo aos procedimentos internos e de acordo com a legislação brasileira.

Na lição de Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva, a preferência pela expressão cooperação jurídica internacional decorre da ideia de que a efetividade da jurisdição, nacional ou estrangeira, pode depender do intercâmbio não apenas entre órgãos judiciais, mas também entre órgãos judiciais e administrativos, de Estados distintos (SILVA, 2006, P. 798).

No Brasil, a legislação interna que regulamenta a cooperação jurídica internacional é fragmentada. Não há uma lei específica cuidando de toda a matéria, que está presente, de forma esparsa, em diversos diplomas legais, como nas regras da Lei de Introdução ao Código Civil, no Código de Processo Civil, na Resolução nº 9 do STJ, além do Regimento Interno do STF, entre outros. Também há inúmeros diplomas de origem internacional, como convenções multilaterais e bilaterais que cuidam da cooperação jurídica internacional entre o Brasil e alguns Estados (ARAÚJO, 2008, p.41).

Tal fragmento é ainda mais presente quando o tema tratado atinge os crimes cibernéticos, pois infelizmente não temos uma vasta lista de tratados de cooperação voltados para essa temática, situação que é dever do Ministério da Justiça possuir um olhar criterioso, pois o avanço do ciberespaço é pequeno por toda realidade que a sociedade da informação já enfrenta e enfrentará com a Revolução 4.0.

Para o mundo globalizado é urgente e necessária a expansão e participação do Brasil nos tratados internacionais que busquem uma tutela punitiva efetiva com relação ao combate de crimes cibernéticos.

Silva (2020, p.06) descreve que o local físico do cometimento da conduta ilícita no mundo cibernético tem importância para assegurar a competência judiciária. Nesta situação, a investigação, no Brasil, precisa da cooperação de provedores internacionais, o que configura uma tarefa árdua, pressupondo que parte dos provedores se familiarizam a alegar que não estão sujeitos às ordens da jurisdição brasileira.

Em referência ao tema supracitado, Roza (2007, p. 73) versa:

É imperioso frisar, por derradeiro, que nenhum combate sério aos crimes de informática se esgota no processo tipificador. Sem cooperação internacional, sem a melhoria do aparelhamento policial e sem o aperfeiçoamento profissional dos que operam nessas áreas, a simples existência de uma adequada tipificação não tem o menor significado prático e não basta para tutelar a sociedade contra tão lesiva atividade criminosa.

Infrações praticadas no ambiente da web avocam inúmeras nomenclaturas, tem-se como exemplo o crime digital, crime informático, crime informático-digital, cibercrime, crimes eletrônicos, etc. Este universo de nomenclaturas, por vezes, direciona à uma individualidade, entretanto não existe harmonia no tocante ao nome júris, nem quanto ao conceito, nem quanto a catalogação destes tipos penais (KURANTH, 2017).

Utilizando uma das nomenclaturas acima descritas, o cibercrime para Roque (2007, p. 33) é toda conduta, definida pela lei como crime, e que o computador tiver sido utilizado como instrumento de sua perpetração. O infrator emprega, como meio de execução de sua conduta criminosa, ferramentas específicas da rede de computadores para efetivar sua prática delitiva em sua totalidade.

O apontado por Kuranth e Roque é o cenário da realidade atual quando se fala de tutela punitiva penal quando o assunto é cibercrime, tal dificuldade de interpretação e desarmonia na doutrina não podem ser argumentos para um não avanço da cooperação internacional quanto à punição de crimes cibernéticos, por isso, se faz necessária uma atuação criteriosa do Ministério da Justiça para que possa alavancar a participação do Brasil nos tratados internacionais contra os crimes cibernéticos em sua amplitude de tipos penais.

5. Convenção de Budapeste sobre Cibercrime

Criada em 2001, na Hungria, pelo Conselho da Europa, e em vigor desde 2004, após a ratificação de cinco países, a Convenção de Budapeste, ou Convenção sobre o Cibercrime, engloba mais de 20 países (EDERLY, 2008) e tipifica os principais crimes cometidos na Internet. A Convenção prioriza uma política criminal comum, com o objetivo de proteger a sociedade contra a criminalidade no ciberespaço, designadamente, através da adoção de legislação adequada e da melhoria da cooperação internacional e reconhece “a necessidade de uma cooperação entre os Estados e a indústria privada (SOUZA E PEREIRA, 2009, p. 05).

A convenção possui um espírito de tutela que busca preservar e proteger a sociedade frente à prática dos crimes cibernéticos, assim destacado no preâmbulo do texto legal da Convenção:

[...] reconhecendo a importância de intensificar a cooperação com os outros Estados participantes da presente Convenção. Convictos da necessidade de prosseguir, com caráter prioritário, uma política criminal comum, e com objetivo de proteger a sociedade contra a criminalidade no ciberespaço, designadamente, através da adoção de legislação adequada e de melhoria da cooperação internacional; Conscientes das profundas mudanças provocadas pela digitalização, pela convergência e pela globalização permanente das redes informáticas; Preocupados com os riscos de que as redes informativas e as informações eletrônicas, sejam igualmente utilizadas para cometer infrações criminais e de que as provas dessas infrações sejam armazenadas e transmitidas através dessas redes.

Percebe-se que a Convenção destaca a importância e a carência da colaboração internacional em face transnacionalidade dos crimes digitais, as quais refletem na falta de relações de cooperação internacional, havendo que se estruturar uma lacuna legislativa que estabeleça como crime as condutas ilícitas na rede, bem como a escassez dos meios materiais e a incapacidade das polícias, do Ministério Público e do Poder Judiciário agirem diante da fragilidade de políticas de proteção e persecução aos crimes digitais.

Neste contexto, a Convenção de Budapeste é caracterizada por ser um tratado internacional de direito penal e processual penal sustentado no Conselho da Europa com a finalidade de esclarecer harmonicamente os delitos cometidos na rede mundial de computadores e os mecanismos de investigação criminal. A Convenção de Budapeste apresentou-se como o precursor dispositivo internacional a versar acerca dessa nova modalidade criminosa, objetivando a compatibilização das legislações nacionais dos Estados na área do cibercrime, bem como oportunizando a colaboração internacional e as investigações de cunho penal (SILVA, 2020, p. 08).

Apesar da relevância Convenção de Budapeste, muito embora tenha tido manifestações por parte do Ministério da Justiça, bem como do Ministério Público Federal, o Brasil ainda não é signatário. Silva (2020) descreve que a organização jurídica do direito penal demonstra incapacidade para o combate a nova realidade factual que se dissipa no mundo digital. Percebe-se uma grande desinformação neste ambiente, pois a informática é um instrumento ainda em evolução. Há uma ausência de uma forte e eficiente política criminal no enfrentamento e prevenção dos crimes cibernéticos.

Assim foi o entendimento do Ministério Público Federal (Brasil, 2020), relatando que, a Convenção do Cibercrime, que data de 2001 e já conta com mais de 60 países aderentes, apresenta-se como um instrumento eficaz de cooperação internacional para a obtenção de provas digitais, além de inserir o Brasil no mapa do combate ao crime cibernético.

Em nota técnica, manifestou-se o Ministério Público Federal, indicando os benefícios de adesão do Brasil na referida Convenção:

Em nota técnica, manifestou-se o Ministério Público Federal, indicando os benefícios de adesão do Brasil na referida Convenção:

1. Melhoria do arcabouço legal. Assinar a Convenção cria a obrigação para o Congresso em aprovar os tipos penais específicos, preenchendo importantes lacunas na legislação brasileira que têm prejudicado a efetiva persecução de crimes cibernéticos;
2. Harmonização. A criação de novos tipos penais também harmonizará a legislação brasileira com a legislação de outros países, o que facilitará a cooperação internacional em investigações, a obtenção de provas e a extradição de envolvidos;
3. A Convenção já existe. Apesar de a Convenção de Budapeste ter sido uma iniciativa do Conselho da Europa, atualmente ela abarca mais de 60 países ao redor do mundo, incluindo diversos países da América Latina, como Argentina (ratificou, em 05/06/2018), Chile (ratificou, em 20/04/2017), Costa Rica (ratificou, em 22/09/2017), República Dominicana (ratificou, em 07/02/2013), Panamá (ratificou, em 05/03/2014), Paraguai (ratificou, em 30/07/2018), e Colômbia (aprovou o projeto de lei para aderir à Convenção do Cibercrime), e são países observadores da Convenção México e Peru, de forma que a adesão do Brasil também é importante para facilitar o combate ao crime na nossa região;
4. Convenção da ONU. A eventual adesão à Convenção do Cibercrime não exclui a continuidade das tratativas para a elaboração de uma Convenção no âmbito da ONU; inclusive países integrantes do BRICS, como Rússia e África do Sul, são países observadores;
5. Provas Digitais. A Convenção do Cibercrime é útil não somente para a persecução de crimes cibernéticos, mas principalmente para a obtenção das provas digitais que estão presentes em quase todos os delitos, de fraudes financeiras a tráfico internacional de drogas, obtenção esta que depende de cooperação internacional quando não atendidos os requisitos do Marco Civil da Internet;
6. Ampliação da rede 24/7. No âmbito da Organização dos Estados Americanos-OEA existe a rede 24/7 dos pontos de contato (vinte e quatro horas, sete dias por semana). A Convenção do Cibercrime abarca pontos de contato entre todos os signatários, havendo a possibilidade de indicar tanto um órgão para o processamento dos pedidos de cooperação quanto indicar um ponto de contato que atenda diretamente a autoridade judicial ou o ministério público para esclarecer dúvidas ou mesmo acelerar a obtenção da prova eletrônica nos casos emergenciais;
7. Ampliação das hipóteses de cooperação. A Convenção do Cibercrime possibilita a cooperação com todos os países signatários, mesmo com aqueles com os quais o Brasil não possui acordo bilateral de cooperação em matéria penal, o que incrementa e acelera a obtenção de provas que dependem da cooperação desses países;
8. Capacitação e aprimoramento. O país membro da Convenção tem acesso aos programas de capacitação e treinamento para investigação e processamento de Crimes Cibernéticos, bem como para obtenção de Provas Digitais mediante a cooperação internacional. Os inúmeros projetos já em andamento são implementados através do escritório C-Proc, do Conselho da Europa, com orçamento específico para as diversas regiões do planeta, inclusive América Latina, o que permitiria capacitar as polícias, os Ministérios Públicos e os Juízes no Brasil todo, contando com alcance e apoio inéditos em nosso País. É preciso ressaltar as dificuldades enfrentadas principalmente pelos Ministérios Públicos Estaduais e Polícias Cíveis que diariamente confrontam o crime organizado, dentro e fora das unidades prisionais, e que necessitam urgentemente de apoio para esse enfrentamento, seja em conhecimentos tecnológicos e técnicas de investigação, seja

em instrumentos jurídicos que precisam ser aperfeiçoados. Note-se ainda a noticiada expansão do crime organizado, notadamente no tráfico de drogas, o Primeiro Comando da Capital, que alcança diversos países vizinhos do Brasil com organização e sofisticação tecnológicas invejáveis aos agentes do Law Enforcement, sendo as provas digitais e a tecnologia a ser compartilhada, essenciais na persecução desses delitos;

9. Acesso direto a provas eletrônicas em harmonia com a legislação brasileira. A Convenção do Cibercrime possui previsão de acesso transfronteiriço a provas no seu Artigo 32, o que por vezes gera desconfiança em relação a ele. Entretanto, é preciso dizer que o Marco Civil da Internet, após ampla discussão com todos os setores da sociedade, trouxe arcabouço legislativo mais ousado, deixando claro em seu Artigo 11 que a jurisdição brasileira é aplicável aos dados coletados em território nacional não importando o local do planeta onde eles estejam armazenados, desde que o serviço atrelado a esses dados esteja sendo ofertado ao público brasileiro. Assim, o acesso a dados armazenados em serviços de nuvem, por exemplo, é quotidianamente feito com ordem judicial fundamentada embasada no Artigo 240 do Código de Processo Penal e no Artigo 11 do MCI.

10. A Convenção reconhece a soberania local no acesso direto a provas digitais. Como exposto, o Artigo 11 do Marco Civil explicita que os dados coletados em território nacional por empresas com filiais em território nacional ou pertencentes a grupo econômico com uma sede ou filial em território nacional devem ser fornecidos às autoridades judiciais brasileiras mesmo que tais dados estejam sendo mantidos armazenados fora do País. Tal dispositivo, que apenas reflete questões básicas de soberania (dados coletados no Brasil devem ser acessíveis a autoridades brasileiras diretamente desde que respeitados os ditames do devido processo legal previstos na legislação pátria) tem sido alvo constante de investidas de corporações estrangeiras que desejam ver aplicada no Brasil legislação estrangeira que em nada se assemelha ao quanto defendido pela sociedade brasileira (vide, a esse respeito, a ADC 51, atualmente em trâmite no Supremo Tribunal Federal).

11. Propriedade intelectual e Direito do Autor. O Artigo 10 da Convenção do Cibercrime estabelece que devem ser previstas como infrações penais do direito interno do país aderente a violação do direito do autor e dos direitos conexos, para a proteção dos direitos estabelecidos na Convenção Universal sobre o Direito de Autor, de Paris; na Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas; do Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio; Convenção Internacional para a Proteção dos Artistas Intérpretes ou Executantes, dos Produtores de Fonogramas e dos Organismos de Radiodifusão (Convenção de Roma); do Tratado da OMPI sobre o Direito do Autor e Tratado da OMPI sobre Interpretações, Execuções e Fonogramas. De todos esses documentos citados, o Brasil somente não é signatário dos dois últimos tratados da OMPI, que datam de 1996 e referem-se a esses direitos no âmbito da tecnologia, protegendo, por exemplo, programas de computador como obras literárias, nos termos da Convenção de Berna, e visando à proteção dos direitos do autor e conexos no âmbito da internet.

12. Proteção de dados. Com a promulgação da Lei de Proteção de Dados, espelhada no GDPR General Data Protection da União Europeia, a adesão à Convenção do Cibercrime completará a introdução do Brasil no cenário mundial da era digital, garantindo que as trocas financeiras e comerciais estarão dentro do padrão internacional também do ponto de vista da segurança, permitindo um melhor combate aos delitos (BRASIL, 2020, p. 07,08 e 09).

Por fim conclui que a adesão do Brasil à Convenção dará à legislação local respaldo do direito internacional público, permitindo que seja preservada a soberania nacional quanto aos dados aqui colhidos, e tornando mais difíceis as recusas de corporações estrangeiras que aqui atuam e aqui possuem filial em cumprir a legislação pátria.

Conclusões

Em termos conclusivos, considerando então os princípios constitucionais, as normas infraconstitucionais, os conceitos do pluralismo jurídico aqui trazidos, entende-se pela plena aplicabilidade prática das condutas ditadas por meio de *softlaw* e que podem impactar na redução da criminalidade virtual, considerando os dados estatísticos.

Aqui o pluralismo jurídico não significa o estabelecimento de novos conflitos, mas sim complementação em termos comunicacionais para o atingimento de um bem maior.

É um entendimento de uma sociedade estabelecido em microssistema da teoria luhmanniana, que se desdobra em subsistema, depois em microssistema então no que se pode dizer, uma teoria em nanossistema.

É um tipo de pensamento preventivo, que analisa os riscos e passa a adotar um comportamento precavido.

As condutas de cooperação mútuas, são baseado em um modelo estruturado é organizado, podem trazer uma sociedade reorganizada e que, portanto, tenho maior possibilidade quanto ao atingimento de alguma pacificação, proporcionando maior segurança e portanto maior estabilidade, gerando confiança.

Afinal, sabe-se que esses são elementos básicos que o indivíduo precisa para que possa se desenvolver e desenvolver o seu conjunto, sua comunidade e conseqüentemente sua sociedade para uma maior maturidade.

Diante de todo exposto, percebe-se que a web é um universo ameaçador, sem fronteiras delimitadas e o anonimato reina, dando eficácia as práticas delituosas, há uma dificuldade estatal na identificação de tais criminosos, sendo este um dos mais relevantes obstáculos na investigação.

Conclui-se a importância do compliance criminal e da cooperação jurídica internacional para uma tutela penal mais efetiva, para isso, é dever das autoridades se mobilizarem proativamente para que o Brasil possa ser signatário dos tratados internacionais principalmente da convenção de Budapeste para que se possam adotar regras

estabelecidas em lei proporcionando uma sociedade da informação minimamente segura e tutelada.

Referências

ARAÚJO, Nádia. **A importância da Cooperação Jurídica Internacional para a Atuação do Estado Brasileiro no Plano Interno e Internacional**. Secretaria Nacional de Justiça, Ministério da Justiça, 1^a ed. Brasília: 2008

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. ABNT NBR ISO/IEC 27001: **Tecnologia da Informação – Técnicas de Segurança – Sistemas de Gestão da Segurança da Informação – Requisitos**. Rio de Janeiro. 2013.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. ABNT NBR ISO/IEC 27004: **Tecnologia da Informação – Técnicas de Segurança – Sistemas de Gestão da Segurança da Informação – Monitoramento, medição, análise e avaliação**. Rio de Janeiro. 2013.

ARAÚJO, Nádia. **A importância da Cooperação Jurídica Internacional para a Atuação do Estado Brasileiro no Plano Interno e Internacional**. Secretaria Nacional de Justiça, Ministério da Justiça, 1^a ed. Brasília: 2008.

BAUMAN, Zygmunt. LYON, David. **Vigilância Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar. 2014.

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

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. MOREIRA, Juliana. **Blockchain e a Prevenção de Crimes Eletrônicos na Sociedade da Informação**. In: Irineu Francisco Barreto Jr., Viviane Coelho de Séllos Knoerr e Aires Jose Rover. XXVI. Encontro Nacional Conpedi – Brasília – DF: *Direito, Governança e Novas Tecnologias*. 2017. p. 25-40.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**. Rio de Janeiro. Renovar. 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. 51a Edição. São Paulo. Saraiva, 2015.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal Brasileiro**. 21a Edição. São Paulo. Saraiva, 2015.

BRASIL. Lei 12.965 de 23 de abril de 2014. **Marco Civil da Internet**. Brasília: Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acessado em 18 dez 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos – Matéria Penal**. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, Secretaria Nacional de Justiça, 1^a ed. Brasília: 2008.

MCLEAN, David. **International Co-operation in Civil and Criminal Matters**, Oxford, Oxford University Press, 2002.

BRASIL. Lei 13.709 de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. Brasília: Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm Acessado em 17 ago 2018.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. Volume I. 8^a Edição. Rio de Janeiro. Paz e Terra. 1999.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **As Normas Técnicas (NBR) e os direitos fundamentais dos brasileiros**. Disponível em: <https://revistaadnormas.com.br/2018/08/27/as-normas-tecnicas-nbr-e-os-direitos-fundamentais-dos-brasileiros/> Acessado em: 31/08/2018.

FEBRBRAJO, Alberto. LIMA, Fernando Rister de Sousa, BÔAS FILHO, Orlando Villas. **Justiça. Dos sistemas às redes. Paradigmas da Modernidade**. Almedina. São Paulo. 2020.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2014.

FULLER, GREICE PATRÍCIA; FIORILLO, CELSO ANTONIO . Sociedade da informação sob os aspectos multifacetários: crimes, direitos humanos e países centrais e periféricos. In: Daniel Achutti; Renata Almeida da Costa. (Org.). IV Encontro Internacional Conpedi: **Direito e Sociedade: diálogos entre países centrais e periféricos**. 1^aed.Canoas: Conpedi, 2016, v. 1, p. 44-63.

FULLER, GREICE PATRÍCIA; SOARES, R. S. M. **A responsabilidade penal dos provedores na sociedade da informação: realidade ou utopia?** In: Cinthia O. A. Freitas; Irineu Francisco Barreto Junior; Salete Oro Boff. (Org.). **Cidadania e Desenvolvimento sustentáveis: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito**. 1ed. Florianópolis: Conpedi, 2016, v. , p. 97-115.

FULLER, GREICE PATRÍCIA; FIORILLO, CELSO ANTONIO. Tutela constitucional da Internet no Brasil em face do meio ambiente digital. In: Celso Antonio Pacheco Fiorillo; Regina Célia Martinez. (Org.). **Os 20 anos da internet no Brasil, seus reflexos no Meio**

ambiente digital e sua tutela jurídica na sociedade da informação. 1ªed.São Paulo: FMU, 2015, v. 1, p. 05-26.

FULLER, GREICE PATRÍCIA; MACEDO, Caio Sperandeo. **Cidadania, movimentos sociais e crimes na sociedade em rede.** In: Cinthia O.A. Freitas; José Renato Graziero Cella. (Org.). Direito, Governança e novas tecnologias. 1ed.Florianópolis: Conpedi, 2016, p. 246-264.

KUNRATH, Claudia. **A expansão da criminalidade nos cybers espaço.** Feira de Santana, 2017.

LIMA, Fernando Rister de Sousa, BÔAS FILHO, Orlando Villas. **Por uma descrição da Justiça em Luhmann.** Revista Direitos Culturais. Sato Ângelo. V. 14. N. 33. P. 251-275. Mai/Ago. 2019.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil.** Teoria Geral do Direito Civil. 8ª Edição. Saraiva. São Paulo. 2013.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada.** 6ª Edição. São Paulo. Atlas. 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado.** 14a Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2014.

ROZA, Fabrízio. **Crimes de informática.** 2. Ed. Campinas; Bookseller, 2007.

SAFERNET, **Indicadores da Central Nacional de Denúncias de Crimes Cibernéticos.** Disponível em: <<http://indicadores.safernet.org.br/>> Acessado em: 24/10/2020.

SILVA, Hugo Hayran Bezerra. **Crimes Cibernéticos: uma análise sobre a eficácia da lei brasileira em face das políticas de segurança pública e política criminal.** Conteúdo Jurídico. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigo/55020/crimes-cibernticos-uma-anlise-sobre-a-eficcia-da-lei-brasileira-em-face-das-polticas-de-segurana-pblica-e-poltica-criminal>. Acesso em 26/20/2020.

SOUSA, Gills Lopes Macêdo; PEREIRA, Dalliana Vilar. **A Convenção de Budapeste e as Leis Brasileiras.** Anais do 1º Seminário Cybercrime e Cooperação Penal Internacional, organizado pelo CCJ da UFPB e pela Association Internacionale de Lutte Contra la Cybercriminalite (França), 2009, João Pessoa/PB.

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais: Constitucionalismo social na globalização.** Editora Saraiva. São Paulo. 2020.

WANDERLEY, Ana Elizabeth Lapa; LEITE, Beatriz Salles Ferreira; BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. **Sistemas de responsabilidade civil dos provedores de aplicações da internet por ato de terceiros: Brasil, União Europeia e Estados Unidos da América.** Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS, v. 13, n. 2, p. 506-531, ago. 2018. ISSN 1981-3694.

CRIMES DIGITAIS: A LINHA TÊNUE ENTRE PRIVACIDADE E VIDA PÚBLICA NAS REDES SOCIAIS

Lilian Beatriz Martins Emboava¹

RESUMO: Na sociedade atual, é comum, rápido e fácil o contato entre pessoas através das redes sociais, entretanto, apesar dessa facilidade tais meios também geram uma exposição da vida pessoal de seus usuários possibilitando o acesso a intimidade destes, em alguns casos, sem permissão. O presente trabalho visa analisar a importância das redes sociais no convívio humano e sua interferência na vida pública de seus usuários, usando como base para argumentação casos concretos, a legislação em vigor e decisões judiciais neste favor.

Palavras-Chaves: Crimes Digitais. Rede Sociais. Privacidade.

DIGITAL CRIMES: THE TENUE LINE BETWEEN PRIVACY AND PUBLIC LIFE IN SOCIAL NETWORKS

ABSTRACT: In today's society, contact between people through social networks is common, quick and easy, however, despite this facility, such means also generate an exposure of the personal lives of its users, allowing access to their privacy, in some cases, without permission. The present work aims to analyze the importance of social network in human interaction and their interference in the public life of its users using as a basis for arguments specific cases, the legislation in force and judicial decisions in this favor.

Keywords: Digital Crimes. Social networks. Privacy.

Introdução

Atualmente, as redes sociais são grandes portais que possuem acessos a diversas áreas, facilitando, por exemplo, que consumidores encontrem vendedores e que pessoas em lugares distintos se comuniquem em tempo real quase instantaneamente. Entretanto, ao passo que tal alcance de acesso é considerado uma facilidade, também causa grandes problemas na privacidade de seus usuários, haja vista que da mesma forma que interliga

¹ Graduanda do quarto semestre em direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU. Integrante do Grupo de Pesquisa “Crimes, dignidade da pessoa humana e Sociedade da informação” coordenado pela Pós-Dr. Greice Patrícia Fuller.

vendedores e consumidores também viabiliza espaços para práticas criminosas, como exemplo, o crescimento de casos de estelionatários que prometem um certo serviço e/ou produto, mas, na hora da contraprestação do investimento da vítima, ou seja, após o pagamento, simplesmente impossibilitam a comunicação e não cumprem com o acordado.

Partindo desta explanação este trabalho elenca o seguinte problema: “qual é o respaldo do direito penal à intimidade dos usuários das redes sociais?”. Com base neste questionamento, busca-se através deste artigo demonstrar as consequências da exposição feita nas redes sociais na vida privada e cotidiana do ser humano elencando o papel protetivo do Direito Penal o qual deve utilizar dos meios cabíveis em seu ordenamento como forma de garantir os bens jurídicos indispensáveis à vida em sociedade.

1 Redes sociais: Uma via de mão dupla

Todos os dias, milhões de pessoas realizam compras online ou fazem postagens em suas redes sociais, seja para atualizar o status de relacionamento, compartilhar alguma reflexão, publicar fotos que lhe agradaram ou apenas expor um questionamento aos seus amigos. Um ato que parece ser tão simples está atrelado a um sistema muito maior, a cada postagem nova há algoritmos que selecionam e traçam um perfil para cada usuário segmentando e priorizando os conteúdos conforme o interesse apresentado em cada postagem feita por este, por exemplo, ao pesquisar ou publicar algo sobre uma nova geladeira ou um novo *smartphone* seu *feed* de notícias conterà propagandas e promoções acerca do produto, entretanto, o compartilhamento desses dados não foi consentido de forma direta pelo usuário.

Muito além do que apenas informações de produtos de interesses também são traçados perfis que definam cada pessoa que utiliza a rede, formando e dividindo-as em grupos que retratam a personalidade dos envolvidos, a partir disso, com a facilidade de realizar “negócios” online, cada vez mais dados são colocados à disposição destes algoritmos desde gostos até número de contas bancárias, os quais podem ser utilizados como forma de manipulação para os detentores destes, um exemplo atual é o caso em que o pesquisador Alexander Kogan criou um teste de personalidade no *Facebook*, recolhendo dados comportamentais de 87 milhões de pessoas e os vendeu para outras consultorias, sendo uma delas a Cambridge Analytica, a ideia era traçar perfis detalhados para identificar pessoas suscetíveis a mudarem de opinião influenciadas por anúncios apelativos ou *fake news* com fins políticos, segundo a repórter Tatiana Dias na sua matéria para o Uol, tais dados foram utilizados para as campanhas bem-sucedidas a favor da Brexit, saída do Reino Unido da União Europeia, e na eleição de Donald Trump nos Estados Unidos.

Com toda a especulação, o Procon-SP notificou o Facebook para informações, estima-se que cerca de 443 mil brasileiros possam ter tido os seus dados compartilhados indevidamente, ao ser chamado para depor na Câmara, Mark Zuckerberg, dono do Facebook e outras redes sociais, precisou explicar aos parlamentares o funcionamento básico de sua plataforma. A partir disso, tem-se um dos problemas para o Direito Penal no que concerne a legislar sobre crimes que acontecem no âmbito digital: o desconhecimento dos legisladores a respeito das especificações do meio virtual, tanto no quesito de territorialidade prevista no art. 6º do CP² quanto na forma em que este é consumado, principalmente, nos casos em que não é possível identificar o agente do delito facilmente.

Portanto, a ideia de controle que o ser humano tem sobre a sua rede social é meramente ilusória, pois, na mesma medida em que há o pensamento por parte do usuário de “as pessoas apenas vêm/sabem sobre a minha vida apenas o que eu quero” há o contra ponto de que este mesmo usuário consome no cotidiano, através das redes sociais apenas o que lhe é posto por outros, reduzindo, com isso, a sua arbitrariedade sobre sua rede social, sendo assim, uma via de mão dupla.

1.2 A influência das redes na vida cotidiana

Segundo o estudo da agência americana “We are Social³” o Brasil é o segundo colocado em horas nas redes sociais, sendo nove horas na internet e mais de três horas diárias gastas nas redes sociais, além disso, segundo o IBGE⁴ – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas - mais de 69% da população brasileira encontra-se online, ou seja, utilizando o ambiente virtual, o que transforma o ambiente digital um espaço propício para alcançar um número maior de pessoas, seja com notícias, ideias e afins.

Porém, da mesma forma que tal ferramenta pode ser utilizada para combater a desinformação, pessoas com intenções duvidosas podem utilizar para fazer o inverso. Um exemplo muito claro da influência das redes sociais no meio social é o famoso caso de Fabiane Maria de Jesus que, após ter sua imagem associada a “uma mulher que está raptando crianças para realizar magia negra” através da publicação feita em uma página no Facebook chamada “Guarujá Alerta” sendo que sequer havia denúncia de sequestro de

2 Art. 6º Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado.

3 KEMP, Simon. *Digital in 2018: World's internet users pass the 4 billion mark*. 2018. Disponível em: <<https://wearesocial.com/blog/2018/01/global-digital-report-2018>>

4 DESCONHECIDO, Autor. *PNAD Contínua TIC 2016: 94,2% das pessoas que utilizaram a Internet o fizeram para trocar mensagens*. 2018. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/20073-pnad-continua-tic-2016-94-2-das-pessoas-que-utilizaram-a-internet-o-fizeram-para-trocar-mensagens>>

crianças na cidade, foi linchada pela população que estava indignada com o fato, Fabiane era casada e tinha duas filhas, além da vítima, outras pessoas sofreram no processo, como sua família, tiveram suas vidas mudadas completamente por conta das redes sociais e de seu poder de rápida disseminação.

Por muitas vezes, aquilo que é vinculado nas redes sociais define a pessoa que é dona do perfil, fator que pode ser decisivo para partes importantes da vida social, como, por exemplo, ao tentar ingressar no mercado de trabalho. O relatório da Social Media Trends revelou que cerca de 92% das empresas possuem uma rede social, utilizada tanto para alcançar seu público-alvo como para analisar seus candidatos, levando em consideração o perfil da pessoa criado publicamente, ou seja, a partir do posicionamento, das publicações e vinculações feitas em seu perfil pela pessoa será analisado pela empresa se aquele indivíduo se enquadraria de forma positiva no rol de funcionários da instituição.

A partir do exposto, é inegável o fato de que a imagem que vinculamos na rede social possui um impacto direto e indireto na nossa vida cotidiana influenciando em pontos importantes e decisivos para nós, tanto no quesito de emprego, quanto nas relações interpessoais ou até expondo ao risco da utilização de forma prejudicial e mal intencionada da imagem de cada um, como foi o caso de mais 160 pessoas que tiveram suas fotos íntimas vazadas de um aplicativo de relacionamento voltado à comunidade LGBTQIA+, conforme o relato do artista Marcelo Rego que foi uma das vítimas desta exposição para o jornal digital “Cidade Verde” as fotos vazadas eram montagens feitas com os rostos dos usuários, ou seja, houve a utilização das imagens vinculadas no aplicativo pelos usuários para fim diverso do pretendido por estes, pois nenhum deles, ao publicar suas fotos, possuíam a intenção de tornarem-se alvos das montagens, mas, a partir do momento em que a imagem é publicada na internet, qualquer pessoa possui acesso a ela, mesmo que a pessoa que fez a publicação não queira.

Qual seria o papel do direito nesses casos? Como assegurar aos usuários das redes sociais o que lhes foi garantido constitucionalmente? A partir de que momento a privacidade se tornou pública? Tais questões serão analisadas a seguir.

2 A Privacidade à Luz do Direito

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso X faz alusão a proteção do direito à privacidade

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;

Logo nele estão abrangidos os direitos à intimidade, à honra, à imagem, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas. Assim, o direito à privacidade é inerente a pessoa física que está resguardada desde o seu nascimento até após a sua morte, no caso do direito à privacidade ele possui efeito *inter mortis* por proteger a imagem da pessoa até após o seu falecimento sob pena do ofensor incorrer no crime de vilipêndio a cadáver previsto no art. 212 do Código Penal. Nas palavras de Alexandre de Moraes⁵:

Os direitos à intimidade e à própria imagem formam a proteção constitucional à vida privada, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas. A proteção constitucional consagrada no inciso X do art. 5.º refere-se tanto a pessoa física quanto a pessoas jurídicas, abrangendo, inclusive, à proteção à própria imagem frente aos meios de comunicação em massa.

Figura 1 – Teoria dos círculos concêntricos da esfera da vida privada.



Fonte: UNISC. 2014

Em 1953, foi elaborado mais detalhadamente pelo alemão Heinrich Hubmann a teoria dos círculos concêntricos da esfera da vida privada ou teoria das esferas da personalidade, a doutrina alemã como forma de exemplificar sobre as diferentes esferas privadas da vida social no que concerne a intimidade, criou a teoria dos círculos, sendo eles o segredo, a intimidade e a vida privada. Nesta teoria, o segredo é o círculo menor por tratar

5 MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 24.ª edição. São Paulo: Atlas, 2009, p. 53.

de uma área da vida que não se compartilha com ninguém, por isso, é um círculo mais fechado, em seguida tem-se a intimidade, refere-se apenas a poucas pessoas, apesar de não serem segredos, são questões que a pessoa prefere que não seja de conhecimento comum, por último há a vida privada, na qual, várias pessoas sabem mas não é algo público. Logo, a proteção da intimidade versa sobre todos os círculos permitindo que cada pessoa possua sua vida particular sem que essa necessite ser explicada para todos. Entretanto, com as redes sociais o usuário nem sempre permite o acesso a certos dados seus que encontram-se na internet, como exemplo, os dados bancários, as fotos íntimas, conversas particulares e para estes casos, apesar do aparente respaldo constitucional, não há uma legislação específica para os crimes cometidos no âmbito virtual, há uma ausência de amparo do Estado para estes casos, não existe um tipo penal específico e tão pouco uma sanção específica para o mesmo, tornando cada dia mais provável que o compartilhamento de partes da vida pessoal que as pessoas gostariam de registrar e celebrar em suas redes possam ser usadas tornando as vítimas de golpes e vinculações indesejadas. Victor Henrique Gouveia Gatto em seu artigo sobre “tipicidade penal dos crimes cometidos na internet⁶” enuncia perfeitamente essa ausência de tipificação e seus efeitos:

Nesse sentido, cumpre salientar que a falta de legislação específica para punir quem utiliza desse meio para praticar atividades delituosas, que ainda não se encontram tipificadas em lei, acaba trazendo consigo a sensação de impunidade, que estimula substancialmente a prática de delitos repudiados pela sociedade. Cumpre frisar que a jurisprudência pátria tem adotado nos casos em que há lacunas nas normas do direito, o julgamento por analogia aplicando os dispositivos processuais do Código Penal que em sua parte especial é datado de 1940, o que torna inócuo os julgamentos dos crimes puros de informática.

Destarte, muitos desses crimes ficam impunes, surgindo assim à criação de comunidades criminosas, os denominados Crackers, que graças ao anonimato muitas vezes se vangloriam de crimes por eles praticados na internet sem o menor pudor, crimes estes que nem sempre visam a satisfação material, mas na grande maioria das vezes a satisfação pessoal, como nos crimes puramente informáticos em caso de invasão de sites da internet com mero objetivo de demonstrar que conseguiu transpor uma barreira de segurança.

2.1 A ausência de amparo legal

Partindo disso, lembrando os casos supracitados, a utilização de imagens, áudios e/ou vídeos de alguém é uma ofensa ao direito à privacidade. O código penal, para casos em que há uma ofensa a honra e/ou reputação da pessoa, traz nos artigos 138, 139 e 140 os crimes de calúnia, injúria e difamação, respectivamente, mas, quando estes são cometidos no ambiente virtual, suas consequências são imprevisíveis e sua disseminação muito mais

⁶ GATTO, Victor Henrique Gouveia. *Tipicidade penal dos crimes cometidos na internet*. 2011. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-91/tipicidade-penal-dos-crimes-cometidos-na-internet/>>

rápida tornando imensurável e extremamente dificultosa a sua reparação, afetando a vida pessoal da vítima diretamente, por isso é importante frisar que a partir do momento que uma calúnia, por exemplo, é feita contra alguém não há como utilizar apenas a sanção prevista na letra da lei, sendo necessário a utilização de novos meios para garantir, por mais mínimo que for, a reparação ao dano causado, verbi gratia, a retratação da página ou pessoa que fez a publicação, no caso da Fabiane elencado acima por exemplo, por mais que o maior bem jurídico tutelado pelo Estado, que é a vida, foi-lhe “tirado” tal atitude poderá restaurar a imagem pública de Fabiane, mesmo que tal ato seja tardio.

Nas situações de vazamento de fotos a Lei 12.737/2012, mais conhecida como Lei Carolina Dieckmann, que acrescentou o artigo 154-A ao Código Penal, classifica como crime a invasão de computadores, tablets ou *smartphones*, conectados ou não à internet, com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações e quando o criminoso instala vulnerabilidades para obter vantagem ilícita, estipulando sanções de variam de seis meses a dois anos de reclusão ou detenção de três meses a um ano e multa a depender do caso. Apesar de ser um marco para o Direito Penal, tal lei torna-se insuficiente para as outras formas de invasão à privacidade virtual, ao propor a necessidade para o enquadramento no tipo penal a necessidade de romper algum tipo de barreira de segurança para que haja crime, desconsiderando as situações em que o próprio dispositivo da pessoa foi utilizado por terceiro para propagação de dados sem seu consentimento.

É necessário muitas outras reformas e adendos ao código penal para atender a demanda dos crimes praticados no ambiente digital, principalmente, no que concerne a intimidade dos usuários da internet, haja vista que, a cada dia, novas maneiras de aplicar golpes e violações são vistas no meio social, parte disso está atrelado a sensação de impunidade, uma vez que, novos personagens surgem e novas formas de apagar os “rastros” do delito são acrescentadas ao meio virtual.

3 Vida pública nas redes sociais

O jogador de futebol português Cristiano Ronaldo é a pessoa mais seguida no Instagram totalizando, atualmente, 241 milhões seguidores, a cantora norte-americana Selena Gomez também já foi a pessoa mais seguida da plataforma acumulando um total de 195 milhões de seguidores, Kylie Jenner, empresária e personalidade da mídia norte-americana possui 199 milhões de seguidores e o também jogador de futebol brasileiro Neymar Junior é a pessoa mais seguida no Brasil nesta rede social, tendo 143 milhões de seguidores. Todos os nomes apresentados referem-se a grandes personalidades conhecidas pela população, entretanto, o fato de possuírem notoriedade não significa que sua vida pessoal é pública também.

Atualmente, é fácil encontrar na internet a figura dos *haters* denominação utilizada para pessoas que possuem e se posicionam contra outra pessoa nas redes sociais utilizando sua opinião como imposição em um tom ofensivo, a publicitária Thaís Stein os define em seu artigo “haters”⁷ para o dicionário popular como

[...] um termo em inglês que pode ser traduzido como “odiadores”. Ele é usado para definir pessoas que atacam e criticam outras, geralmente por meio de fóruns e redes sociais, deixando comentários maldosos ou expondo situações comprometedoras. Os haters sempre irão criticar e tentar desvalorizar o trabalho ou a vida do indivíduo que ele “odeia”, mesmo que não tenha reais motivos para isso. Em alguns casos, a ação dos haters pode até mesmo ser considerada como cyberbullying ou assédio.

Aqui cabe o questionamento: a partir de qual momento a vida pessoal de alguém torna-se pública sendo necessário que todos tenham ciência dos acontecimentos dela por mais íntimo que seja? Em nenhum momento, entretanto, há essa falsa ideia de que a privacidade daqueles com maior notoriedade é domínio de toda a sociedade, fator que gera diversas complicações no cotidiano destes alvos, seja para coisas simples como sair para jantar como quando é necessário resolver ou contrair obrigações na vida civil por exemplo ao ir ao banco ou em algum cartório, independente do que a pessoa faça os haters estarão lá.

A partir dessa invasão de privacidade indireta, é possível que a pessoa alvo dessa exposição desenvolva certos problemas psicológicos como depressão, ansiedade, síndrome do pânico, entre outros, que influenciam diretamente nos seus trabalhos e rotinas, a obsessão pela busca do padrão perfeito de vida nas redes sociais é um dos grandes problemas da sociedade atual, ao passo que tenta provar para as pessoas que tudo é “lindo e perfeito” e que não há problemas na vida, fato que é irreal, é uma enganação a si próprio e aos demais. O conceituado Orlando Brito discorre sabiamente acerca da vida pública nas redes sociais:

A vida pública é massivamente exposta na mídia, ainda mais nos tempos de agora, de transparência das ações, com as redes sociais a publicar e mostrar os mais variados aspectos de qualquer pessoa. Sobretudo as mazelas. Mais ainda quando esta se candidata a uma função importante. Desfiam-se sua trajetória, seu cotidiano, sua performance nos cargos que tenha ocupado, sua relação com a sociedade, sua história e, enfim, tudo que julgam credencial para disputar posição importante na República. É imperioso hoje o público saber da vida pública dos outros.⁸

Apesar do fato de que na matéria fala dos casos dos candidatos à presidência, pode-se tranquilamente, através de analogia, enquadrar tal pensamento para as demais pessoas,

7 STEIN, Thaís. *Haters*. Disponível em: < <https://www.dicionariopopular.com/haters/> >

8 BRITO, Orlando. *As redes sociais e as três vidas: a vida pública, a privada e a secreta*. 2018. Disponível em: <<https://osdivergentes.com.br/orlando-brito/as-redes-sociais-e-as-tres-vidas-a-vida-publica-a-privada-e-a-secreta/>>

uma vez que, a vida pública não é apenas uma característica de quem possui muitos seguidores ou concorre a cargos públicos, apesar de haver uma visibilidade maior entre estes, mas também de qualquer pessoa que faz o uso contínuo ou não das redes sociais.

4 O Direito a Privacidade e a Vida Pública nas Redes Sociais

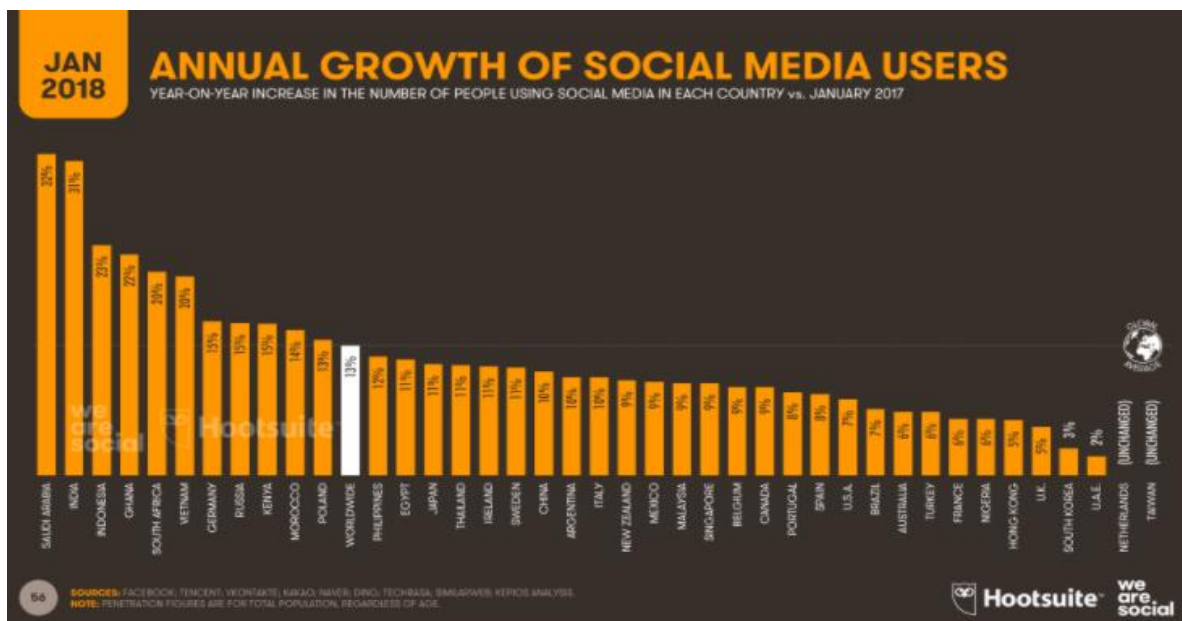
Conforme visto acima, é muito fácil confundir a vida privada com a vida pública, uma vez que, não há esta distinção nas redes sociais, sendo de domínio público tudo que nelas é vinculado.

O roubo de dados através de técnicas fraudulentas é um dos grandes problemas enfrentados por muitas vítimas durante a pandemia, em alguns casos, estas receberam mensagens em seus dispositivos móveis, que, em tese, é de uso exclusivo de seu detentor, e ao clicarem no link tiveram seus dados roubados e utilizados para fins diversos, como compras caras, transferências bancárias, entre outros.

Segundo os dados da fornecedora de dados e análises móveis norte-americana App Annie elencam que, atualmente, as pessoas gastam sete vezes mais usando aplicativos móveis em comparação com os navegadores da web, ou seja, a invasão de um dispositivo móvel, possui consequências que não podem ser mensuradas já que é quase impossível delimitar o acesso do invasor e saber se ele não possui mais nenhum dado além daqueles que foram aparentemente copiados.

Quase 1 milhão de pessoas começaram a usar a mídia social pela primeira vez todos os dias de 2018 o que equivale a mais de 11 novos usuários a cada segundo, conforme a pesquisa realizada em 2019 pela “We are social”:

Figura 2 – Crescimento anual de usuários de mídia social



Fonte: We are Social. 2018.

O gráfico acima elenca que a média de crescimento anual do Brasil foi 7%, teoricamente, a tutela constitucional abrange tanto o ambiente físico quanto o digital em toda a extensão do território brasileiro independente do âmbito que este esteja, logo, em tese, essas pessoas que fizeram o uso pela primeira vez das redes sociais, bem como, as que já estavam cadastradas estão amparadas pelo ordenamento jurídico, mas como esse direito é garantido a elas sem que haja uma fiscalização, normatização própria e respaldo específico para possíveis infrações que esses usuários possam ter. Orlando Brito faz a menção ao compartilhamento da vida privada no que concerne as pessoas que preterem cargos no poder executivo brasileiro:

A vida privada não chega a ser tão privada na Era da Internet. E, claro, não somente por conta das redes sociais. Mas pelas novas exigências da própria sociedade, dos eleitores sempre ávidos por tomar conhecimento da atuação de cada um desses senhores e senhoras que sonham com presidir o País, por exemplo. Inevitável virem à tona temas e lances de sua intimidade. A avidez do público por essa faceta é imensurável. Na verdade, o principal eleitor talvez seja o conhecimento dessa tal vida privada.

Neste caso, é necessário apenas uma mudança para melhor compreensão acerca do tema apresentado neste artigo, em vez de “eleitores ávidos”, leia-se, “das pessoas sempre buscando...” e desconsiderando a parte do interesse de presidir, analogicamente, consideram-se os alvos de tal interesses os usuários das redes sociais.

Conclusão

Através do exposto acima, pode-se afirmar que há uma linha tênue entre privacidade e vida pública nas redes sociais, a qual, por muitas vezes, não é vista nitidamente interferindo, desta forma, diretamente na influência que uma parte da vida tem sobre a outro, principalmente, no que diz respeito da influência da vida pública na privacidade da pessoa.

Com o afunilamento desta linha e a crescente confusão entre as duas partes distintas da vida do ser humano, torna-se cada vez mais difícil respaldar os usuários de redes sociais sobre possíveis crimes que lhe podem ocorrer diante dessa interferência, como casos de *fake news*, compartilhamento e vinculação indevida de imagem, uso de dados pessoais para compras ilícitas, montagens e divulgação não autorizada em projetos, o uso de informações e conversas íntimas como forma de manipular o emocional do usuário o fazendo acreditar que alguém que gosta está necessitando de ajuda, entre outros.

O direito penal e o ordenamento jurídico brasileiro, atualmente, não possui capacidade e nem tipificação para abranger os crimes digitais, sendo necessária uma reforma nestes para que se consiga encaixar o mínimo de amparo para as vítimas de violações virtuais. As sanções a serem atribuídas para estes casos deve ir além da vida privada, além do ambiente físico e abranger a vida pública e o âmbito digital, uma vez que, a consumação e consequência dos atos delituosos e fraudulentos irem além da relação interpessoal, ou seja, a mera pena corporal ou pagamento de multa não é o suficiente para a vítima de crimes cibernéticos, em certas ocasiões, nem mesmo a retratação pode sanar os problemas decorrentes da falsa vinculação.

Qual é o respaldo do direito penal à intimidade dos usuários das redes sociais? No momento, esse amparo é mínimo, ainda é necessário que haja uma análise aprofundada sobre as redes sociais e os crimes a ela atrelados para chegar-se em alguma conclusão que permita o legislador adaptar e criar tipos penais que assegurem os direitos e garantias fundamentais no ambiente digital.

Todos os dias a internet se reinventa e seus usuários seguem esse padrão, se informatizando cada vez mais, o direito não pode andar em retrocesso a isso, este não pode ser analisado como algo estático e imutável, mas sim como um “acompanhante” das mudanças sociais e um grande assegurador de que, mesmo que todo o contexto se transforme, ainda haverá direito tutelando a sociedade como um todo.

Por fim, conclui-se que, as redes sociais são ferramentas impactantes e importantes para a vida cotidiana do ser humano, entretanto, podem ser manipuladas a favor daqueles que possuem intenções duvidosas nos perfis pessoais de suas possíveis vítimas. É

responsabilidade do direito assegurar que mesmo os dados sendo utilizados de forma danosa ao usuário, a solução do problema criado será versada e imposta de maneira que repare o máximo possível das consequências da atitude delituosa. Apesar de não haver um posicionamento do legislador acerca de modificações que implicariam diretamente no meio virtual, é necessário e imprescindível o debate e propostas para a inclusão no ordenamento jurídico brasileiro de sanções punitivas aos infratores e protetivas aos usuários das redes sociais e da internet em geral.

Referências bibliográficas

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de Dezembro de 1940. Código Penal.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRITO, Orlando. *As redes sociais e as três vidas: a vida pública, a privada e a secreta*. 2018. Acesso em: Outubro de 2020. Disponível em: <<https://osdivergentes.com.br/orlando-brito/as-redes-sociais-e-as-tres-vidas-a-vida-publica-a-privada-e-a-secreta/>>

CARPANEZ, Juliana. Veja o passo a passo da notícia falsa que acabou em tragédia em Guarujá. 2018. Acesso em: Outubro de 2020. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/09/veja-o-passo-a-passo-da-noticia-falsa-que-acabou-em-tragedia-em-guaruja.shtml>>

DESCONHECIDO, Autor. Redes sociais e mercado de trabalho: qual a relação entre eles?. 2018. Acesso em: Outubro de 2020. Disponível em: <<https://www.xerpa.com.br/blog/redes-sociais-e-mercado-de-trabalho/>>

DESCONHECIDO, Autor. *PNAD Contínua TIC 2016: 94,2% das pessoas que utilizaram a Internet o fizeram para trocar mensagens*. 2018. Acesso em: Outubro de 2020. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/20073-pnad-continua-tic-2016-94-2-das-pessoas-que-utilizaram-a-internet-o-fizeram-para-trocar-mensagens>>

GATTO, Victor Henrique Gouveia. *Tipicidade penal dos crimes cometidos na internet*. 2011. Acesso em: Outubro de 2020. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-91/tipicidade-penal-dos-crimes-cometidos-na-internet/>>

KEMP, Simon. *Digital in 2018: World's internet users pass the 4 billion mark*. 2018. Acesso em: Outubro de 2020. Disponível em: <<https://wearesocial.com/blog/2018/01/global-digital-report-2018>>

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24.^a edição. São Paulo: Atlas, 2009, p. 53.

NOGUEIRA, Luiz, JUNQUEIRA, Daniel. *Quase um milhão de pessoas tiveram suas senhas roubadas em 2019*. 2019. Acesso em: Outubro de 2020. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/fique_seguro/noticia/pesquisa-estima-que-940-mil-pessoas-tiveram-senhas-roubadas-em-2019/88435>

PIMENTEL, Manoel Pedro. O crime e a pena na atualidade. São Paulo, revista dos tribunais, 1983.

ROSSONI, Caroline, BOLESINA, Iuri. *A teoria dos círculos concêntricos e a proteção a vida privada: análise ao caso Von Hannover vs. Alemanha, julgado pela corte europeia de direitos humanos*. XI Seminário Internacional de demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea, Universidade de Santa Cruz do Sul, 2014.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL APLICADA À JUSTIÇA CRIMINAL: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS IMPACTOS NA DEMOCRACIA E NOS DIREITOS HUMANOS

Bruna Charifker Vogel¹

RESUMO: O presente artigo visa refletir sobre os desafios éticos, sociais e legais impostos pela aplicação da Inteligência Artificial no Direito, em especial na justiça criminal, levando-se em consideração aspectos técnicos e histórico-político-sociológicos. A grande questão que se coloca é: como compatibilizar o uso de IA com Democracia e Direitos Humanos? Uma nova geração de direitos humanos (os neurodireitos) vem surgindo como resposta a tal problemática. Contudo, é preciso repensar profundamente as ideologias enraizadas na sociedade e concretizadas no dia a dia dos operadores do sistema de justiça. Somente assim poderemos evitar que a aplicação de IA – especialmente num contexto de crise democrática e redução da transparência – amplie e aprofunde antigas violências e seletividades, aumentando ainda mais a distância existente entre cidadãos e as instituições democráticas já tão fragilizadas e deslegitimadas.

Palavras-chave: Inteligência Artificial, justiça criminal, democracia, direitos humanos.

ARTIFICIAL INTELLIGENCE APPLIED TO CRIMINAL JUSTICE: BRIEF CONSIDERATIONS ON ITS IMPACTS ON DEMOCRACY AND HUMAN RIGHTS

ABSTRACT: This article aims to reflect on the ethical, social and legal challenges imposed by the application of Artificial Intelligence in Law, especially in criminal justice, taking into account technical and historical-political-sociological aspects. The core question is: how to make the use of AI compatible with Democracy and Human Rights? A new generation of human rights (the neurorights) has emerged in response to this problem. However, it is necessary to deeply rethink the ideologies rooted in society and concretized in the daily lives of the operators of the justice system. Only in this way will we be able to prevent the application of AI - especially in a context of democratic crisis and reduced transparency -

¹ Graduanda em Direito pela FMU, Bacharel em Ciências Sociais pela USP e Mestre em Estudos Latino-Americanos e Caribenhos pela NYU. Pesquisadora do GP Crimes, Dignidade da Pessoa Humana e Sociedade da Informação do Programa de Mestrado em Direito da FMU.

from extending and deepening old violence and selectivity, further increasing the existing distance between citizens and democratic institutions that are already fragile and delegitimized.

Keywords: Artificial intelligence, criminal justice, democracy, human rights.

Introdução

O presente artigo visa refletir sobre os desafios éticos, sociais e legais impostos pela aplicação da Inteligência Artificial no Direito, em especial na justiça criminal, levando-se em consideração aspectos técnicos e histórico-político-sociológicos. A intenção é tentar responder a duas perguntas: (1) como a IA aplicada ao judiciário se insere no atual contexto de aprofundamento e frustração com as instituições democráticas? (2) qual o impacto do uso de IA no sistema judiciário, em especial o criminal, marcado pela cultura do controle e pela seletividade penal?

Já não é novidade a presença de máquinas inteligentes no nosso cotidiano que realizam tarefas complexas antes consideradas tipicamente humanas. Muito se discute sobre os impactos – positivos e negativos – dessas crescentes aplicações, bem como a responsabilização por possíveis danos morais, materiais e à integridade física causados quando de sua aplicação (CRAWFORD, 2016; DONEDA *et al*, 2018; FELIPE & PERROTA, 2018; SCHERER, 2016; VEÍCULOS..., 2019). Além disso, a IA influencia cada vez mais nossas escolhas e, principalmente, decide por nós. O uso de robôs na divulgação em massa de Fake News e a sua influência nas eleições presidenciais de 2018 no Brasil e nos Estados Unidos é o exemplo mais contundente dessa correlação. Não à toa a Justiça Eleitoral Brasileira lançou este ano uma campanha de conscientização e prevenção denominada “Se for fake news, não transmita”² e diversas medidas judiciais têm sido tomadas para impedir que redes sociais compartilhem notícias falsas³.

Ademais, a discussão sobre tecnologia na sociedade da informação deve incluir, necessariamente, reflexões sobre democracia, transparência e direitos fundamentais no contexto atual. Vários são os pensadores que vêm discutindo a crise das democracias liberais representativas no mundo e suas consequências para a garantia de direitos fundamentais e, no limite, para o próprio ordenamento jurídico (ABRANCHES *et al*, 2018; CASTELLS, 2018; MOLINARO, 2018). Nos Estados Unidos e na União Europeia tem-se caminhado no sentido

2 Para mais informações sobre essa campanha, acessar <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2020/Julho/tse-faz-campanha-contra-a-desinformacao-201cse-for-fake-news-nao-transmita201d>

3 Ver, por exemplo, a decisão mais recente da Justiça Eleitoral de Vinhedo/SP determinando que o Facebook impeça o compartilhamento de uma falsa pesquisa eleitoral. Para mais informações, acessar <https://www.acidadeon.com/campinas/politica/eleicoes/NOT,0,0,1553951,justica+determina+que+facebook+impeca+fake+news+de+pesquisa+eleitoral+em+indaiatuba.aspx>

de tentar resgatar a confiança dos cidadãos na democracia e em suas instituições. No que se refere ao uso de IA e máquinas autônomas, a discussão passa necessariamente por garantir o controle e a participação sociais, bem como numa reflexão mais profunda sobre governabilidade e o futuro das sociedades (DE LUCA, 2019). Em outras palavras, parte-se do pressuposto de que *Big Data*, algoritmos e máquinas autônomas demandam mais, e não menos democracia.

No Brasil, duas pesquisas realizadas pelo Datafolha em 2018 nos revelam aspectos interessantes sobre a cultura democrática brasileira: surpreendentemente, os índices de apoio à democracia foram os mais altos na série histórica da pesquisa (DATAFOLHA...,2018); ao mesmo tempo, continuam baixíssimos os índices de confiança nas instituições democráticas, em especial àquelas relacionadas à representação política (PARTIDOS..., 2018). Esses resultados, aparentemente paradoxais entre si, na verdade demonstram que há uma dissociação entre democracia e instituições do Estado de Direito, ou seja, os brasileiros não confiam nas instituições responsáveis por mediar, regular e/ou resolver conflitos – e muitas vezes de fato não recorrem a elas. Soma-se a isso a ignorância sobre e o descrédito coletivo nos direitos humanos enquanto paradigmas fundamentais do Estado de Direito Democrático. Por fim, embora haja um debate sobre o termo crise enquanto fato social atípico⁴, há uma preocupação unânime com os novos rumos do governo Bolsonaro no sentido de limitar a participação e controle sociais nas políticas públicas (CALCAGNO, 2019; DIÁLOGOS DEMOCRÁTICOS, 2019; FABRINI & CARAM, 2019; FERNANDES E FERNANDES, 2019).

Em suma, a grande questão que se coloca é: como compatibilizar o uso de IA com Democracia e Direitos Humanos? Parafraseando Castells (2003, p.129), não se pode esperar que as máquinas inteligentes forneçam um conserto tecnológico para a democracia, mas é imprescindível evitar que o tiro saia pela culatra.

IA aplicada ao sistema de justiça criminal: museu de grandes novidades?

A IA vem sendo desenvolvida e aplicada em diversas áreas do sistema de justiça criminal. Nos Estados Unidos, por exemplo, o *National Institute of Justice*, uma agência de pesquisa, desenvolvimento e avaliação do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, tem financiado vários estudos em quatro áreas: análise de vídeos e imagens de segurança pública; análise de DNA; identificação do tipo de arma e munição por meio da análise de gravações de tiros feitas por aparelhos eletrônicos; análises preditivas de crimes e de

⁴ Em oposição à ideia de que o contexto atual é, em realidade, um contínuo histórico de desigualdades estruturais, instituições democráticas frágeis e de graves violações de direitos humanos, ou seja, não se trata de um momento excepcional.

reincidência. Embora já consolidado, o potencial para novos usos da IA na justiça criminal é visto como bastante promissor na promoção da segurança pública e na investigação de crimes. (RIGANO, 2019)

No entanto, é preciso ter em mente que auxiliar o trabalho dos operadores e atender às necessidades do sistema criminal não é necessariamente sinônimo de garantir direitos fundamentais. Isto é, é preciso justamente refletir sobre quais necessidades são essas do sistema e quais critérios são utilizados para medir a sua eficácia.

Doneda *et al* (2018) nos alertam sobre a falsa promessa das tecnologias: maior grau de objetividade/neutralidade nas decisões:

Como referido no início, as tecnologias podem ser desenvolvidas com valores específicos embutidos nelas. Isto é particularmente verdadeiro no caso da IA, na qual os algoritmos são treinados de maneira a informar ou apoiar decisões que refletem (ou deixam de refletir) tanto os valores como os seus preconceitos humanos. Os sistemas de IA – sem salvaguardas adequadas – podem herdar e propagar preconceitos existentes nos dados em que foram treinados. É o caso de modelos treinados em dados em que as minorias são sub-representadas e, portanto, não aparecem bem refletidas, o que levanta questões de potencial preconceito e discriminação, nomeadamente em decisões automatizadas em matéria de emprego, habitação, crédito e justiça criminal (DONETA *et al*, 2018, p.12).

Em outras palavras, a qualidade das decisões tomadas por máquinas autônomas depende fundamentalmente da qualidade dos dados inseridos e das correlações estatísticas estabelecidas⁵. Além disso, a falta de transparência mascara as novas relações e concentrações de poder que emergem nas sociedades da informação (DONEDA *et al*, 2018; MOLINARO, 2018; JOH, 2016). Nas palavras de Elizabeth E. Joh (2016) sobre a relação de poder entre as empresas privadas detentoras das ferramentas de coleta de Big Data, necessárias para sistemas de vigilância, e a polícia:

Ferramentas de big data geralmente são produtos do mercado privado; departamentos de polícia são apenas mais um grupo de consumidores. Em um número recente de casos, companhias privadas provedoras de tecnologias de vigilância requisitaram acordos com os departamentos de polícia que evitam a divulgação de informações sobre a tecnologia em si (Joh, 2016, p.38, tradução livre).

No que tange ao uso crescente de big data e sistemas de vigilância nas atividades de policiamento, na descoberta de crimes e identificação de suspeitos, Joh (2016) enfatiza:

⁵ Ainda que se tenha dados não enviesados, o uso de máquinas inteligentes, em última instância, limitaria o Direito a mera execução/reprodução mecânica de normas jurídicas? Estaríamos diante de um novo positivismo jurídico?

No entanto o uso de big data no policiamento será diferente devido às suas consequências. Para ter certeza, big data precisa remediar algumas inequidades enraizadas no policiamento. E isso talvez aumente as expectativas em relação à prestação de contas (*accountability*). Porém, aumentar o escopo e o poder da polícia em designar indivíduos como suspeitos também complicará antigas preocupações sobre critérios. Sigilo sobre esse processo, ademais, pode afastar ainda mais o público da polícia. Justamente porque o policiamento é uma instituição democrática e não somente um empreendimento tecnológico, essas questões devem nos preocupar (JOH, 2016, p.42, tradução livre).

Contudo, qual seria o impacto de adoção de sistemas de IA numa justiça criminal gerida pela cultura do controle do crime e permeada pela seletividade penal, onde os operadores apenas reproduzem atos como numa linha de montagem (GARLAND, 2008; SILVESTRE, 2019)? Chelsea Barabas (2020), ao analisar os discursos sobre a necessidade de “algoritmos justos”, aponta para o problema principal: a reprodução e naturalização de uma ideologia penal punitivista por meio de um regime baseado em dados:

Em resposta aos desafios fundamentais feitos contra o estado carcerário, os agentes da lei e formuladores de políticas adotaram um novo discurso de reforma, que reformula os problemas de encarceramento em massa e violência estatal racializada em termos de enviesamento e eficiência administrativa. Os reformadores demandam a expansão coleta de dados como uma forma pragmática e politicamente neutra de enfrentar esses desafios. A esperança é que as ferramentas baseadas em dados, muitas vezes chamadas de IA, possam tornar as práticas policiais e nos tribunais mais justas e eficientes por meio do uso de dados para criar uma visão objetiva sobre os eventos atuais e futuros. Conforme aumentam os recursos do estado para novas plataformas de dados, mesmo as ferramentas mais antigas, como a avaliação de risco atuarial, estão se renomeando como IA (BARABAS, 2020, p.13, tradução livre).

IA, neurotecnologia e a necessidade de novos paradigmas de direitos humanos

Diante de tantos desafios impostos pelo crescente uso de máquinas inteligentes nas mais diversas áreas, inúmeros atores – governos, sociedade civil, organizações multilaterais, empresas privadas – vêm elaborando princípios éticos e recomendações para a pesquisa, o desenvolvimento, o uso e o controle da Inteligência Artificial⁶.

Em fevereiro de 2019 foi realizada uma conferência internacional em Helsinki para discutir o impacto do desenvolvimento de IA nos direitos humanos, na democracia e no

6 Alguns exemplos: “Orientações éticas para uma IA de confiança”, elaborado pela Comissão Europeia em 2018 (<https://ec.europa.eu/futurium/en/ai-alliance-consultation>); Princípios da IA da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico/OECD (<https://www.oecd.org/going-digital/ai/principles/>)

Estado de Direito (GOVERNING..., 2019). Dentre as diretrizes traçadas no documento final apresentado, estão:

- A IA deve ser desenvolvida com foco no ser humano a fim de produzir benefícios para os indivíduos e as sociedades. Uma avaliação transparente e participativa sobre a adequação de sua aplicação num contexto específico, seus benefícios e riscos, deve ser incorporada durante todo o ciclo de vida de seu desenvolvimento;

- É importante desenvolver um entendimento claro sobre IA e seus impactos nos direitos humanos, na democracia e no Estado de Direito, o que requer investimentos em pesquisas independentes e interdisciplinares sobre os efeitos diretos e indiretos em indivíduos e sociedades em contextos concretos;

- Mecanismos efetivos de supervisão e estruturas de controle democrático sobre o desenho, o desenvolvimento e a implantação de IA devem ser estabelecidos;

- Processos democráticos funcionais requerem um público informado de forma independente, bem como o encorajamento de debates abertos e inclusivos. Os riscos e benefícios da IA devem ser de conhecimento público⁷.

Outra recomendação definida na conferência em Helsinki diz respeito especificamente ao uso de IA no sistema de justiça: a igualdade perante a lei não deve ser comprometida por cálculo algorítmico. Ferramentas de IA podem ajudar juízes treinados, mas o conteúdo e os contornos das leis e do sistema legal em sociedades democráticas devem permanecer sob governo dos humanos.

Outro campo de pesquisa que se funde ao da IA, a neurotecnologia, também caminha a passos largos – bem como as discussões sobre os impactos nos indivíduos e nas sociedades. Marcelo Ienca e Roberto Andorno (2017), por exemplo, revelam que o paradigma atual de direitos humanos ainda não conseguiu dar conta dos desafios impostos pelo desenvolvimento da neurotecnologia:

Embora a neurotecnologia tenha o potencial de impactar os direitos humanos, como privacidade, liberdade de pensamento, o direito à integridade mental, a liberdade contra a discriminação, o direito a um julgamento justo ou o princípio contra a autoincriminação, o direito internacional dos direitos humanos não faz qualquer referência explícita à neurociência. Em contraste com outros desenvolvimentos biomédicos, que já foram objeto de esforços para estabelecer padrões em nível nacional e internacional, a neurotecnologia ainda permanece em grande parte uma

⁷ Tradução livre do documento “Conclusions from the Conference”. Disponível em: <https://rm.coe.int/conclusions-from-the-conference/168093368c>. Acesso em: 29/04/2019.

terra incognita para o direito dos direitos humanos (IENCA & ANDORNO, 2017, p.7-8, tradução livre).

Os autores identificam quatro novos direitos que devem figurar nessa era da neurotecnologia: o direito à liberdade cognitiva, o direito à privacidade mental, o direito à integridade mental e o direito à continuidade psicológica. E é preciso repensar questões éticas, legais e sociais fundamentais:

Para quais propósitos e condições as informações do cérebro podem ser coletadas e usadas? Quais componentes da informação do cérebro devem ser legitimamente divulgados e disponibilizados a outras pessoas? Quem terá direito de acesso a esses dados (empregadores, seguradoras, o Estado)? Quais devem ser os limites para o consentimento nesta área? (IENCA & ANDORNO, 2017, p.12, tradução livre)

Em 2017 a Universidade de Columbia/EUA sediou um encontro internacional entre neurocientistas, neurotecnologistas, empreendedores, médicos, éticistas e engenheiros de inteligência artificial para discutir questões éticas relacionadas à neurotecnologia e inteligência de máquina. Estabeleceu-se uma nova geração de direitos humanos: os neurodireitos:

- Direito à identidade pessoal: limites devem ser desenvolvidos para proibir a tecnologia de romper com o senso de si. Quando a neurotecnologia conecta indivíduos a redes digitais, pode obscurecer a linha entre a consciência e os *inputs* tecnológicos externos;

- Direito ao livre arbítrio: indivíduos devem ter o derradeiro controle sobre suas próprias decisões, livres de manipulação desconhecida feita por neurotecnologias externas;

- Direito à privacidade mental: qualquer dado obtido pela mensuração de atividade neural (“neurodata”) deve ser mantida privada. Ademais, a venda, a transferência comercial e o uso de dados neurais devem ser estritamente regulados;

- Direito de igual acesso ao aprimoramento mental: é preciso estabelecer diretrizes nacionais e internacionais regulando o desenvolvimento e a aplicação de neurotecnologias de aprimoramento mental. Essas diretrizes devem se basear nos princípios de justiça e garantir igualdade de acesso a todos os cidadãos;

- Direito à proteção contra enviesamento algorítmico: contramedidas para combater enviesamentos devem ser a norma para aprendizado de máquina. O desenho de algoritmos deve incluir *inputs* de grupos de usuários a fim de abordar enviesamentos em sua fundação.⁸

⁸ Tradução livre do documento “The Five NeuroRights”. Disponível em: https://neurorights-initiative.site.drupaldisttest.cc.columbia.edu/sites/default/files/content/The%20Five%20Ethical%20NeuroRights%20updated%20pdf_0.pdf Acesso em: 26/10/2020.

Essa nova geração de direitos humanos suscita alterações nos ordenamentos jurídicos dos países e nos sistemas internacionais, em especial no Direito Penal com a tipificação/criminalização de condutas. É preciso, ainda, criar novos mecanismos de controle e responsabilização de instituições privadas e públicas. Realidade longínqua? No Chile, uma comissão no Senado para discutir os desafios do futuro apresentou, no início de outubro, dois projetos de lei que visam impulsionar o reconhecimento e a proteção dos neurodireitos (CHILE..., 2020).

Conclusão

São indiscutíveis os benefícios advindos da aplicação de Inteligência Artificial e tantas outras tecnologias disruptivas nas mais diversas áreas: saúde, agricultura, economia, infraestrutura, segurança etc. Contudo, o potencial de violação de direitos fundamentais – tanto os já consagrados quanto os neurodireitos – é igualmente extenso, profundo e, até mesmo, assustador. Na justiça criminal, em particular, é preciso olhar com bastante cautela para essa “panaceia tecnológica” como resposta, em si mesma, para os históricos problemas de controle da criminalidade. Em outras palavras, a defesa da IA se transforma em um discurso de reforma que aborda a questão da seletividade penal em termos de enviesamento individual, ou seja, como um problema de crenças e preferências pessoais dos operadores do sistema – e não como um subproduto de normas culturais e práticas institucionais generalizadas. Consequentemente, dados históricos sobre crimes são caracterizados como fatos objetivos, neutros e livres da arbitrariedade humana. (BARABAS, 2020, p.17-18). Neste sentido:

As principais questões são se as ferramentas preditivas refletem e reforçam as práticas punitivas que geram resultados díspares, e como os regimes de dados interagem com a ideologia penal para naturalizar tais práticas. As conversas sobre os riscos éticos da IA no direito penal devem questionar as lógicas e suposições-padrão do estado carcerário, a fim de abordar a base fundante da violência na aplicação da lei e nas práticas nos tribunais. Só então podemos esperar reimaginar o uso de dados e tecnologia para explorar e substanciar uma visão política centrada na criação de alternativas duradouras para punição e encarceramento, aumentando a segurança comunitária e focando em valores de autodeterminação e cura nas comunidades marginalizadas (BARABAS, 2020, p.42).

Em suma, para se refletir sobre o uso de IA no Direito, em especial no sistema de justiça criminal, é preciso ter sempre em mente que o Estado é, historicamente, o maior violador de direitos humanos – e, ao mesmo tempo, o único capaz de amplamente proteger e garantir sua efetividade. Esse aparente paradoxo serve para nos lembrar constantemente que é preciso repensar profundamente as ideologias enraizadas na sociedade e concretizadas no dia a dia dos operadores do sistema de justiça. Somente assim poderemos

evitar que a aplicação de IA – especialmente num contexto de crise democrática e redução da transparência – amplie e aprofunde antigas violências e seletividades, aumentando ainda mais a distância existente entre cidadãos e as instituições democráticas já tão fragilizadas e deslegitimadas.

Referências

ABRANCHES, Sérgio *et al.* **Democracia em risco? 22 ensaios sobre o Brasil hoje**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

BARABAS, Chelsea. Beyond Bias: Re-imagining the Terms of "Ethical AI" in Criminal Law. **Georgetown Journal of Law and Modern Critical Race Perspectives**, Washington, v.12.2, Spring 2020.

CALCAGNO, Luiz. Ministério do Meio Ambiente tira da internet mapas de áreas de conservação. **Correio Braziliense**, 26 de abril de 2019. Disponível em <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2019/04/26/interna-brasil,751671/ministerio-meio-ambiente-tira-da-internet-mapas-areas-de-conservacao.shtml> Acesso em: 27/04/2019.

CASTELLS, Manuel. **Ruptura: a crise da democracia liberal**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CHILE PODRÍA CONVERTIRSE EN EL PRIMER PAÍS EN TENER UNA LEY QUE PROTEJA LOS NEURODERECHOS. **La Tercera**, Santiago, 7 de outubro de 2020. Qué Pasa. Disponível em: <https://www.latercera.com/que-pasa/noticia/chile-podria-convertirse-en-el-primero-pais-en-tener-una-ley-que-proteja-los-neuroderechos/HUJ5J3OCBBH2PH5BZGCUF2N5BQ/> Acesso em: 26/10/2020

CRAWFORD, Kate. Artificial Intelligence's White Guy Problem. **The New York Times**, New York, June 26, 2016. Opinion, p. SR11. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2016/06/26/opinion/sunday/artificial-intelligences-white-guy-problem.html> Acesso em: 19/03/2019.

DATAFOLHA: Democracia é a melhor forma de governo para 69% dos brasileiros; ditadura 'em certas circunstâncias' é opção para 12%. **Portal G1**, 05/10/2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/eleicao-em-numeros/noticia/2018/10/05/datafolha-democracia-e-a-melhor-forma-de-governo-para-69-dos-brasileiros-ditadura-em-certas-circunstancias-e-opcao-para-12.ghtml>. Acesso em: 29/04/2019.

DE LUCA, Cristina. Americanos dão o primeiro passo para regulamentar a Inteligência Artificial. **UOL Economia**, 12 de abril de 2019. Disponível em: Acesso em: 15/04/2019.

DIÁLOGOS DEMOCRÁTICOS. **Como fortalecer as democracias em tempos de crises.** São Paulo, 15/04/2019 (Comunicação Oral).

DONEDA, D.C.M. *et al.* Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal. **Revista Pensar**, Fortaleza, v.23, n.4, p.1-17, out./dez.2018.

FABRINI, Fábio; CARAM, Bernardo. Governo decreta sigilo sobre estudos que embasam reforma da Previdência. **Folha de São Paulo**, 21 de abril de 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/04/governo-decreta-sigilo-sobre-estudos-que-embasam-reforma-da-previdencia.shtml>. Acesso em: 21/04/2019.

FELIPE, Bruno Farage da Costa; PERROTA, Raquel Pinto Coelho. Inteligência Artificial no Direito – uma realidade a ser desbravada. **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias**, Salvador, v.4, n.1, p.01-16, jan/jun. 2018.

FERNANDES, Anais; FERNANDES, Talita. Bolsonaro enaltece extinção de conselhos federais com atuação da sociedade civil. **Folha de São Paulo**, 14 de abril de 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/04/bolsonaro-enaltece-extincao-de-conselhos-federais-com-atuacao-da-sociedade-civil.shtml> Acesso em: 27/04/2019.

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea.** Revan: Rio de Janeiro, 2008.

GOVERNING THE GAME CHANGER: Impacts of artificial intelligence development on human rights, democracy and the rule of law. **Council of Europe: Helsinki**, 26-27 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/freedom-expression/aiconference2019> Acesso em: 29/04/2019.

IENCA, M.; ANDORNO, R. Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology. **Life Sciences, Society and Policy** 13, 5 (2017). Disponível em <https://lssjournal.biomedcentral.com/articles/10.1186/s40504-017-0050-1> Acesso em 15 de junho de 2020.

JOH, Elizabeth E. The new surveillance discretion: automated suspicion, big data, and policing. **Harvard Law & Policy Review**, Cambridge, v.29, n.10, p.15-42, 2016.

RIGANO, Christopher. Using artificial intelligence to address criminal justice needs. **NIJ Journal**, n.280, jan.2019. Disponível em: <https://nij.ojp.gov/topics/articles/using-artificial-intelligence-address-criminal-justice-needs> Acesso em: 25/10/2020

SILVESTRE, Giane. **Controle do crime e seletividade penal.** São Paulo: IBCCrim, 2019 (Comunicação Oral).

MOLINARO, Carlos Alberto. Sociedade da Informação e Direitos Humanos. **Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor**, Brasília, v.5, n.1, p.378-401, jan/jun. 2018.

PARTIDOS, Congresso e Presidência são instituições menos confiáveis do país. **Datafolha**, 15/06/2018. Disponível em: <https://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2018/06/1971972-partidos-congresso-e-presidencia-sao-instituicoes-menos-confiaveis-do-pais.shtml>. Acesso em: 29/04/2019.

SCHERER, Mathew U. Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies. **Harvard Journal of Law & Technology**, Cambridge, v.29, n.2, p.353-400, Spring 2016.

VEÍCULOS AUTÔNOMOS E DIREITO PENAL, 2019, São Paulo. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=snB0qClkRf8>. Acesso em: 05/04/2019.

LEMBRAR PARA NÃO ESQUECER: O PARADOXO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NOS CASOS DE REPERCUSSÃO À LUZ DA CONSTRUÇÃO HISTÓRICA, POLÍTICA CRIMINAL E SAÚDE INDIVIDUAL

Leonardo Amancio Ferreira Veloso¹; Greice Patricia Fuller²

RESUMO: O estudo visa analisar argumentos favoráveis ao acolhimento do Direito ao esquecimento nos casos de repercussão criminal a fim de que possam ser levados em consideração no processo de ponderação entre direitos fundamentais. A sociedade da informação desafia e dificulta a forma como a privacidade é tratada, mas isso não pode obstar o reconhecimento de direitos constitucionais, tais como o esquecimento. Deve-se reconhecer o direito a ser deixado em paz mesmo em casos de repercussão porque às vezes tal publicização é produto da influência da mídia no processo de criminalização. Incide sobre a criminalização primária ao influir sobre a opinião pública na construção de um inconsciente coletivo e arquétipos nacionais punitivos. Na criminalização secundária se vale do discurso referencial sensacionalista para impor a determinados indivíduos a extremada repetição dos seus atos, a dramatização dos seus roteiros, o tratamento desqualificador da sua imagem e a criação de personagens preferenciais às páginas policiais. Diante deste reconhecimento, se faz necessário reconhecer como argumentos válidos ao reconhecimento deste direito a sua construção histórica, a sua importância como matéria de política criminal e como necessário ao direito à saúde individual, impondo-se limites éticos à atividade jornalística.

Palavras-Chave: Esquecimento. Mídia. Criminalização. Política. Saúde.

1 Pós-Graduando em Direito Econômico e Desenvolvimento na Universidade de São Paulo (FDRP-USP). Advogado em São Paulo. Pesquisador no Grupo de Pesquisas em Direito Penal, Dignidade Humana e Sociedade da Informação (FMU).

2 Pós-Doutora em Direito (Navarra – Espanha). Professora do Mestrado em Sociedade da Informação das Faculdades Metropolitanas Unidas da Faculdade de Direito (FMU) e Professora dos Cursos de Graduação da Faculdade de Direito da PUC/SP.

REMEMBER NOT TO FORGET: THE PARADOX OF THE RIGHT TO FORGETTEN IN REPERCUSSION CASES IN THE LIGHT OF HISTORICAL CONSTRUCTION, CRIMINAL POLICY AND INDIVIDUAL HEALTH

ABSTRACT: The study aims to analyze arguments in favor to the reception of the right to be forgotten in cases of criminal repercussions so that they can be taken into account in the process of weighing up fundamental rights. The information society challenges and hinders the way in which privacy is treated, but this cannot prevent the recognition of constitutional rights, such as oblivion. The right to be left alone should be recognized even in cases of repercussion, because sometimes such publicity is the product of the influence of the media in the criminalization process. It focuses on primary criminalization by influencing public opinion in building a collective unconscious and punitive national archetypes. Secondary criminalization uses sensationalist referential discourse to impose on certain individuals the extreme repetition of their acts, the dramatization of their scripts, the disqualifying treatment of their image and the creation of preferential characters on police pages. Given this recognition, it is necessary to recognize as valid arguments for the recognition of this right its historical construction, its importance as a matter of criminal policy and as necessary to the right to individual health, imposing ethical limits on journalistic activity.

KEYWORDS: Forgetfulness. Media. Criminalization. Policy. Health.

Introdução

O presente estudo, desenvolvido no âmbito do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direito Penal, Dignidade Humana e Sociedade da Informação visa lançar luz ao problema paradoxal de como a mídia pode obstar o reconhecimento do direito ao esquecimento em relação aos crimes “de repercussão” no qual ela mesma tenha participado do processo de criminalização.

O tema se justifica pela atualidade das discussões que se tecem sobre o Direito ao Esquecimento no âmbito da Sociedade da Informação, a velocidade das reproduções instantâneas e a civilização do espetáculo capitaneiam a aproximação do público e do privado e em razão disso novos desafios se impõe ante os riscos aos direitos de privacidade.

O advento de uma sociedade hiperinformada tornou as relações sociais mais complexas e moldou a forma como a civilização tem se informado e comunicado, com a facilitação das redes e diminuição do tempo para a reflexão sobre as informações prestadas. A linguagem e a comunicação social interagindo em face da criação da notícia sensacionalista e os seus impactos na recepção pelo público tem chamado atenção. Afinal, não é necessário nomear “a garota que matou os pais”, “a mulher que esartejou o

marido”, “o casal que matou a filha/enteadada”, grande parte dos leitores destes estigmas no Brasil sabem (mesmo superficialmente) do que se trata e quais são as suas imagens.

Este fato gera uma consequência negativa na afirmação dos direitos à privacidade: não se costuma reconhecer o direito ao esquecimento aos casos notórios, de repercussão. A própria indeterminação da extensão do conceito de “repercussão” se manifesta como um problema autônomo em face da sociedade da informação, tendo em vista a quebra de barreiras físicas que dela decorre. No entanto, o discurso comunicativo influencia o próprio processo de criminalização e esta circunstância deve ser tomada em consideração quando da ponderação entre os direitos fundamentais em colisão (liberdade informacional e privacidade).

A hipótese sobre a qual se trabalha é que diante desta influência se deve reconhecer o direito ao esquecimento mesmo aos casos de repercussão tendo em vista o seu processo de afirmação histórica, os fins da política criminal e o direito à saúde individual. O presente trabalho deve ser entendido como contribuição ao delineamento dos argumentos que se devem tomar em consideração, não significando defesa irrestrita sequer ao direito de ser esquecido.

Para tanto, se iniciará a discussão expondo como se dá o conflito entre os direitos fundamentais em discussão, os argumentos contrários ao reconhecimento do direito ao esquecimento e o problema prático que originou o presente trabalho. No segundo tópico explicar-se-á o modo como a imprensa influencia o processo de criminalização. Por fim, serão colimadas novas perspectivas a serem tomados em consideração para o reconhecimento do direito ao esquecimento mesmo aos casos de repercussão porquanto a sua afirmação histórica, necessidade para a eficácia da política criminal e direito à saúde individual. Conclui-se a exposição com a síntese dos argumentos que foram coletados pelo levantamento doutrinário e jurisprudencial.

Para a análise do tema desenvolveu-se o método dedutivo com reflexão jurídico-crítica acerca da bibliografia revisada, da casuística consultada e dos apontamentos jurisprudenciais que foram explorados.

1. A COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DIREITO AO ESQUECIMENTO

A coexistência entre direitos fundamentais é fato incontestável, mas gera polêmicas e posições extremadas quando tais direitos colidem entre si. Frequentemente os Tribunais são instados a se manifestarem sobre tais colisões, as quais tem sido satisfeitas pelo método hermenêutico da ponderação. Ponderar valores parte do pressuposto que coexistem e são igualmente fundamentais, mas diante de determinado caso concreto deve-se determinar

qual deles cederá, prevalecendo o outro, geralmente adotando a razoabilidade e a proporcionalidade.

Não se trata de estabelecer um critério imutável e absoluto. Por conta disso, argumentos emocionados associando a garantia do direito ao esquecimento à incontestável censura ou a criação, a contrario sensu, de um “monstro midiático” desvirtuam o debate acadêmico sério em busca de decisões mais justas.

O “direito ao esquecimento”³ surgiu historicamente como extensão dos princípios da dignidade humana e do direito à privacidade. O próprio direito à privacidade foi fruto de extensão interpretativa de outros direitos (intimidade, honra e vida privada), os quais derivavam da dignidade humana.

Jorge Fujita e Irineu Barreto Júnior oferecem importante elemento para a compreensão deste instituto, escorados nas lições de Simón Castellano explicando ser o direito de “eliminar, ocultar e cancelar aquelas informações ou feitos pretéritos relativos à vida das pessoas físicas e que podem condicionar o seu futuro.”⁴

Se trata de um desafio para o Direito na Sociedade da Informação tendo em vista que a interligação da sociedade em rede e a expansão da divulgação de fatos sujeita os indivíduos a conviverem eternamente com os fatos pretéritos que por vezes não desejam lembrar.⁵

Como qualquer direito que se pretende afirmar como fundamental, os contornos do direito ao esquecimento ainda não são claros.⁶ EHRARDT JUNIOR, mesmo argumentando a incompatibilidade do instituto com a ordem constitucional, explica que o seu cerne define

3 MARTINEZ o caracteriza como: “uma esfera de proteção, uma redoma, que permitiria que uma pessoa não autorizasse a divulgação de um fato que lhe diga respeito, ainda que verídico, por causar-lhe sofrimento ou algum transtorno, levando-se em consideração a utilidade e a data da ocorrência em que a informação objeto da proteção foi realizada. (MARTINEZ. Pablo Dominguez. **Direito ao esquecimento: A proteção da memória individual na sociedade da informação** (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014), p. 57-58.

4 FUJITA; BARRETO JÚNIOR. Op. Cit., p. 15. No mesmo sentido foi o posicionamento do Min. Luis Felipe Salomão no julgamento dos casos “Chacina da Candelária” e “Aída Curi”, para quem: Com efeito, o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, a meu juízo, além de sinalizar uma evolução humanitária e cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória – que é a conexão do presente com o passado – e a esperança – que é o vínculo do futuro com o presente –, fez clara opção pela segunda.” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1335153/RJ**, Relator: Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, Julgado em 28/05/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1237428&sReg=201100574280&sData=20130910&formato=PDF>. Acesso em: 18 out. 2020. n.p.

5 ALTMAYER, Juliana. **O direito ao esquecimento e o direito à memória coletiva: parâmetros para a sua aplicação.** (Rev. PUCRS. Rio Grande do Sul, n.185, out/dez. 2017), p. 19

6 Para BOBBIO: “os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias (...) e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos** (Rio de Janeiro: Campus, 1992), p.5.

que “os atos praticados no passado não podem ecoar para sempre: as pessoas têm o direito a serem esquecidas pela opinião pública e pela imprensa”, tendo em vista que fatos do passado deixariam de ser de interesse público com o passar do tempo.⁷

LINDSAY, citada por FUJITA e BARRETO JÚNIOR⁸ anota que tal direito parecer ter 3 finalidades: (i) impedir que o passado do titular seja resgatado a todo instante, neste compreendidos os processos administrativos, judiciais ou criminais; (ii) apagar os dados pessoais com base na intimidade; (iii) retirar ou restringir os dados online.

1.1. ARGUMENTOS CONTRÁRIOS AO RECONHECIMENTO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO E O PROBLEMA PARADOXAL QUE SE IMPÕE

Quando se argumenta sobre o não reconhecimento ou não prevalência do Direito ao Esquecimento tende-se a privilegiar a Liberdade Informacional como indispensável à realização dos objetivos democráticos e a realização da dignidade humana. Há críticas de toda sorte, dentre as quais: a indeterminação do seu conteúdo⁹, a indenização *a posteriori* para que não se possa aceitar suposta censura prévia¹⁰, a consagração da liberdade informacional em todas as suas dimensões¹¹, a necessidade de participar da vida pública e fiscalizar os detentores de poder.¹²

7 EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque; NUNES; Danyelle Rodrigues de Melo; PORTO, Uly de Camargo Rocha. **Direito ao esquecimento segundo o STJ e sua incompatibilidade com o sistema constitucional brasileiro**. Revista de informação legislativa, Brasília, v. 54, n. 213, p. 63-80, jan./mar. 2017. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/531153>>. Acesso em 16.10.2020, p. 64 a 66.

8FUJITA; BARRETO JÚNIOR. Op. Cit., p. 15.

9 A Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo (ABRAJI) argumentou em audiência pública sobre o âmbito RE 1.010.606 (Aída Curi) em audiência pública no Supremo Tribunal Federal que a imprecisão do termo traria prejuízos porque referia tanto à remoção de registros, quanto à proibição futura de matérias jornalísticas e ainda à desindexação. Para estes, sequer a reabilitação criminal é oponível à imprensa. (ATA DA AUDIÊNCIA PÚBLICA SOBRE O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA ESFERA CÍVEL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, p. 44 a 53. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/AUDINCIAPUBLICASOBREODIREITOAUESQUECIMENTO_Transcries.pdf>. Acesso em 24 out 2020.

10 Argumenta-se que o sistema constitucional tenha consagrado a reparação do dano “a posteriori”, não podendo obstar a divulgação de informações de forma prévia, sendo que a liberdade informacional precederia a tutela dos direitos da personalidade. Cf. neste sentido: EHRHARDT JÚNIOR; NUNES; PORTO; Op. Cit.

11 CANOTILHO consagra em seus ensinamentos que há 3 dimensões na Liberdade Informacional: Informar, se informar e ser informado. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 4. ed. Coimbra, PT: Coimbra Editora, 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007), p. 573.

12 No julgamento da ADPF 130 o Supremo Tribunal Federal entendeu que há uma relação de mútua causalidade entre liberdade de imprensa e democracia. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130/DF**, Relator: Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, Julgado em: 30/04/2009). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em 20 out 2020.

Além destes, um argumento chama especial atenção quando se está diante de fatos criminosos com repercussão: a construção da memória coletiva e da identidade cultural de determinado povo. Fala-se numa defesa da memória nacional com base no reconhecimento da memória do ser humano como tendo parte individual, parte coletiva.¹³ A memória individual não sobrevive sem a coletiva, afinal, é pela troca de experiências com outras pessoas que os indivíduos conhecem o seu passado.¹⁴ É necessário reconhecer que a memória nacional integra o patrimônio imaterial e o meio ambiente cultural, abrangendo tanto fatos históricos como sociológicos,¹⁵ os quais explicam as características de determinada sociedade em determinado tempo. Mas, além de reconhecer que existe uma parcela do foro íntimo que não pode ser violada é necessário analisar se realmente existe um interesse público e histórico por traz da divulgação de certos crimes que “abalaram o Brasil”.

Existem ainda diversos posicionamentos no sentido do não reconhecimento de tal instituto por ser incompatível com a ordem constitucional brasileira. No entanto, o argumento é frágil porquanto existam normas jurídico-positivas e lógico-formais que ao seu reconhecimento. A não posituação não pode servir de óbice para o reconhecimento de um direito porque também não eram consagrados expressamente nos casos paradigmáticos que lastreiam o debate, conforme se explicitará.

O Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil reconhece o Direito ao Esquecimento. Embora não gere efeitos vinculantes, deve ser tomado como importante instrumento para analisar a posição doutrinária sobre a questão. O Enunciado tem por justificativa a necessidade de reconhecer os danos que as novas tecnologias podem trazer à privacidade, sendo o Direito ao Esquecimento um importante elemento para a ressocialização do ex-detento criminal, possibilitando que este discuta o uso que é dado aos fatos e dados passados

É possível afirmar que existem disposições positivas no sentido da afirmação de tal direito em consagração a determinados direitos, tanto em sede constitucional¹⁶, como na

13 BITTENCOURT, Alessandra Torres. **O direito ao esquecimento e seus contrapontos: direito à memória coletiva, ao conhecimento histórico e às garantias constitucionais de liberdade de expressão e de informação**. 2018. 67 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018, p. 26

14 BITTENCOURT. Op. Cit., p. 28

15 Cf. neste sentido: EHRARDT JUNIOR op. Cit; também BITTENCOURT, Op. Cit., p. 28.

16 Cite-se, apenas a título exemplificativo, a dignidade humana (art. 1º, III), os objetivos de construir uma sociedade livre, justa, solidária, erradicando a marginalização e inadmitindo discriminações (art. 3º), os direitos e garantias individuais de igualdade (art. 5º, caput e inciso I), de intimidade, privacidade, honra, vida privada (art. 5º, inciso X), a inexistência de penas perpétuas, cruéis e desumanas (art. 5º, XLVII), o respeito à integridade física e moral dos presos (art. 5º, XLIX), o direito à saúde (art. 6º), ao bem-estar (art. 193 e preâmbulo). É importante anotar neste âmbito, inclusive,

legislação ordinária Civil,¹⁷ Penal¹⁸. Além disso, há diversos projetos de lei em tramitação sobre o tema.¹⁹

Na prática, diversas decisões sobre o direito ao esquecimento têm sido proferidas por Magistrados e pelos Tribunais de Justiça em diferentes sentidos. Na falta de um elemento vinculativo que informe tais decisões os julgadores costumam não conceder tal direito quando: (i) o indivíduo lesado é pessoa pública; (ii) a informação foi admitida em espaço público; (iii) nos casos de ocorrência de crime, por presumir interesse público.²⁰ Pablo Dominguez Martinez tece crítica contundente a esta presunção atribuída aos crimes, tendo em vista que a importância da reprovação do crime sofre a “erosão de sua importância com o passar do tempo”.²¹

Para basear o debate é possível lançar mão da Decisão da 3^a Turma do Superior Tribunal de Justiça, na 22ª qual não fora reconhecido o direito ao esquecimento tendo em vista se tratar de crime de repercussão cometido há mais de 30 anos. Para a Turma: “o interesse social no cultivo à memória histórica e coletiva de um crime notório torna “incabível o acolhimento da tese do direito ao esquecimento para o fim de proibir qualquer veiculação futura de matérias jornalísticas relacionadas ao fato criminoso”.²³

O Superior Tribunal, no entanto, destacou que a Liberdade de imprensa não tem valor absoluto, reconhecendo a sua limitação pelos direitos da personalidade. Inclusive, o

o direito à busca pela felicidade, reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto das ADI 4277 e ADPF 132 (União Estável Homoafetiva).

17 Veja-se, por exemplo: art. 17, 20 e 21 da Lei n. 10.406 (Código Civil), de acordo com as limitações estabelecidas na ADI 4815 acerca da autorização de biografias não autorizadas.

18 Art. 92 do Código Penal (direito à reabilitação) e art. 202 da Lei de Execuções Penais (Lei 7210/84).

19 Citem-se neste sentido 9 (nove) tentativas de positivação que tratavam direta ou indiretamente do direito ao esquecimento, todos consultados em 28 out 2020 em consulta às fichas de tramitação dos Projetos de Lei e Outras proposições. A situação destes projetos foi mencionada em relação ao dia da consulta: PL 7881/2014, (arquivado); PL 1589/2015 (sujeito à apreciação do plenário); PL 1676/2015 (sujeito à apreciação pelo Plenário); PL 2712/2015, (apensado ao PL 1676/2015 e aguardam apreciação plenária); PL 8443/2017 (retirado a pedido do Relator); PL 10087/2018, (retirado a pedido do relator); PL 10860/2018, (apensado ao PL 1676/2015); o PL 346/2019, (apensado ao PL 2712/2015). Em 2020 foi apresentada a nona proposição legislativa, o PL 4418/20, apresentado pelo Deputado David Soares (DEM-SP) em 01/09/2020.

20 LERMEN, Julio Moraes. **A tutela do direito ao esquecimento na sociedade da informação**. 2016. 48 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande - FURG, Rio Grande, 2016. Disponível em <<http://repositorio.furg.br/handle/1/7201>> acesso em 23 out 2020, p. 34 a 35.

21 MARTINEZ, Pablo Dominguez. **Direito ao esquecimento: A proteção da memória individual na sociedade da informação** (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014), p. 168.

22 Advirta-se: Pelo julgamento estar sob segredo de justiça não é possível precisar se o crime analisado está inserido dentre os dotados de historicidade ao serem lembrados para que não se esqueçam as mazelas do passado, situação na qual argumentamos que deve prevalecer a Liberdade Informacional.

23 Cf. comunicado intitulado “Para a Terceira Turma direito ao esquecimento não pode impedir publicações sobre crime de repercussão”, disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/porta/p/Paginas/Comunicacao/Noticias/Para-Terceira-Turma--direito-ao-esquecimento-nao-pode-impedir-publicacoes-sobre-crime-de-repercussao.aspx>>. Acesso em 25 out 2020.

voto reconheceu excesso na divulgação da reportagem por “despertar sensações de pretensa impunidade por meio da exploração do sentimento de vingança coletiva e provocar comoção midiática ao noticiar a forma de vida do réu”, mas não reconheceu a tese do esquecimento por se tratar de crime de repercussão. No entanto, destaque-se: esta decisão parece colidir com o entendimento da 4ª Turma do mesmo Tribunal.²⁴

Há um perigoso paradoxo envolvendo tal caso: ao se negar o direito ao esquecimento aos casos de repercussão prevalece o direito da mídia para noticiar casos que ela mesma repercutiu. A nossa tese é que a participação da mídia no processo de criminalização deve ser levado em consideração quando da ponderação, sob pena de incidir na multiplicação de crimes de repercussão (e por consequência a redução de garantias individuais) como mecanismo para forjar a baliza instituída. Afinal, o que será repercutido não poderá ser esquecido.

2. A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NO PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO COMO OBSTACULO PARADOXAL AO RECONHECIMENTO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

Conforme afirmado no último tópico, a prática tem balizado a inaplicabilidade do direito ao esquecimento quando há interesse público, pessoas públicas ou fora retirado de fonte pública. A linha entre o público e o privado na Sociedade da Informação é muito tênue e deve ser tratada com cautela, sobretudo em razão dos danos que pode causar ao indivíduo. A garota condenada pela morte dos pais, o pai e a madrasta condenados por matar a criança e a esposa que matou e esquartejou o marido são exemplos da criação dessas “pessoas notórias” vinculadas a casos de (suposto) interesse público.

A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu em determinado caso conceder indenização e reconhecer o direito a ser deixado em paz a absolvido no processo da “Chacina da Candelária”²⁵, mas não o concedeu à família da vítima em outro caso o qual

24 No julgamento do caso “Chacina da Candelária” o voto magistral do Relator direciona para o sentido de reconhecer que: “Há, de fato, crimes históricos e criminosos famosos, mas também há crimes e criminosos que se tornaram artificialmente históricos e famosos, obra da exploração midiática exacerbada e de um populismo penal satisfativo dos prazeres primários das multidões, que simplifica o fenômeno criminal às estigmatizadas figuras do bandido vs. cidadão de bem”. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Op. Cit., n.p.)

25 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1334097/RJ**, Relator: Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, Julgado em 28/05/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=29381336&sReg=201201449107&sData=20130910&sTipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 18 out. 2020.

também era um caso de repercussão²⁶. No entanto, conforme já citado, a Terceira Turma daquele Tribunal Superior negou o reconhecimento de tal direito a um caso “de repercussão”.²⁷

É sabido que a mídia exerce influência sobre o processo de criminalização dos fatos.²⁸ Por outro lado, a sua atuação pode formar a chamada “Opinião pública”, obstando o reconhecimento de alguns direitos e garantias individuais conferidos constitucionalmente aos acusados, condenados, presos e egressos.

O não reconhecimento do Direito ao Esquecimento, privilegiando a repercussão dos fatos pela mídia em razão de repercussão por ela mesmo criada. Sem se debruçar sobre as condições e circunstâncias estruturantes do crime e sua análise criminológica, reduz-se a tutela estatal no âmbito penal a mera retributividade ao mal causado, sem enfrentar o problema com efetividade, segregando sem recuperar por populismo punitivo.

Destaque-se que nas duas fases do processo de criminalização os comunicadores sociais aparecem como “empresários morais”, os quais orientam as “empresas criminalizantes”, no qual não importa o que foi feito, mas sim como o fenômeno é comunicado.²⁹

2.1. O PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA

Para o criminalista argentino Raul Eugênio Zaffaroni, a criminalização primária se dá pela sanção da lei penal que permite sejam o crime e a pena imputados ao indivíduo quando viola normas penais de comportamento.³⁰ Em face desta afirmação, argumentamos que a mídia exerce influência porquanto a criação ou instigação de um inconsciente coletivo punitivo quando age de forma sensacionalista na repetição e massificação da notícia.

A narrativa sensacionalista é a que apela para as emoções do seu interlocutor. O veículo midiático transporta o leitor além da narração dos fatos, passando este a reviver o

26 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1335153/RJ**, Relator: Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, Julgado em 28/05/2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/AbreDocumento.aspx?Seq=1237428&sReg=201100574280&sData=20130910&formato=PDF>>. Acesso em: 18 out. 2020. n.p.

27 Cf. comunicado do Superior Tribunal de Justiça intitulado “Para a Terceira Turma direito ao esquecimento não pode impedir publicações sobre crime de repercussão”, disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Para-Terceira-Turma--direito-ao-esquecimento-nao-pode-impedir-publicacoes-sobre-crime-de-repercussao.aspx>>. Acesso em 25 out 2020.

28 Esta afirmação é neutra, podendo também ser utilizada para inferir que o trabalho da imprensa auxilia na solução de crimes. É inegável a importância da imprensa como veículo para a promoção do desenvolvimento e garantia da dignidade humana, o que se questiona são os excessos.

29 ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal* (vol. 1. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2003), p. 25.

30 ZAFFARONI et al. *Op. Cit.*, p. 25.

acontecimento de forma subjetiva, emocionada, sentimental, como se aquele crime fosse único, desconsiderando todos os elementos que o cerca.³¹

Segundo Marcondes Filho o maior enfoque dos jornais sensacionalistas é no trinômio escândalo-sexo-sangue, assumindo fundo sociopsicológico.³² Advirta-se: não é exclusivamente o tema que determina o que deve ser considerado sensacionalista, mas sim a forma que envolve o leitor “por meio de estereótipos linguístico-discursivos, independentemente do conteúdo da notícia”.³³

A situação é ainda mais agravada quando se percebe a eternização dos crimes reais pela divulgação de notícias e obras literárias, tornando a justiça penal atraente pela criação de imagens que cria roteiros e personagens, a partir de suposições, não se limitando à narrativa dos fatos. foi tornada atraente pelo sistema de imagens que cria os acontecimentos, não se limitando a narrar os fatos.³⁴

O discurso sensacionalista adota a estratégia de referenciação em sua produção textual, a fim de que o referente integre o discurso e se concretize a sua intenção naquela argumentação³⁵.

A crítica, por sua vez, é indissociável do discurso jornalístico e também é protegida constitucionalmente. Embora seja lícita, tal manifestação impacta diretamente no processo de criminalização porque é através dele que os (supostos) anseios da sociedade são divulgados ao legislador em face da fase punitivista em que vivem.

JUNG explica que existe um “inconsciente coletivo” nos indivíduos, isto é, alguns elementos predispõe a forma da sociedade agir, pensar, falar, o qual se manifesta e constrói da própria evolução da humanidade.³⁶

No entanto, a profunda midiaticização diante da velocidade com a qual a informação é transmitida, agravada pelo fenômeno das falsas memórias, acrescido ao fato de que o leitor tem menor tempo para análise e reflexão são fatores que condicionam o arquétipo nacional

31 PEDROSO, R. N. Elementos para uma teoria do jornalismo sensacionalista. *Revista de Biblioteconomia & Comunicação*, v. 6, n. 1, 1994. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/20.500.11959/brapci/99921>>. Acesso em: 25 out. 2020, p. 39.

32 MARCONDES FILHO, Ciro. O capital da notícia. São Paulo: Ática, 1986, p. 91.

33 DIAS, Ana Rosa Ferreira; SOUSA, Aline Vieira de. ANAIS DA JORNADA DO DIME PUC-SP, 2014, São Paulo. **A referenciação e o sensacionalismo: um estudo dos textos da coluna jornalística “olhar cidadão”**. São Paulo: PUC-SP, 2014. 1 v. Disponível em: <<https://anaisdodime.wordpress.com/>>. Acesso em: 17 out. 2020, n.p

34 VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. Processo penal e mídia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 154.

35 DIAS; SOUSA. Op. Cit., n.p.

36 ÁVILA, Gustavo Noronha de; CHITTÓ, Gabriel José. **Presunção de inocência, mídia, velocidade e memória – breve reflexão transdisciplinar**. Revista de Estudos Criminais, Doutrina Nacional, v. 24, p. 105-113, jan/mar. 2007, p. 110.

do “mais crime, mais pena” a todo custo, permitindo que se flexibilizem direitos e garantias individuais, conforme prelecionam ÁVILA e CHITTÓ.³⁷

Não existe uma reação dialética entre a mídia e o telespectador, leitor ou ouvinte, este absorve instantaneamente a notícia que lhe é oferecida. Para VIEIRA “se os indivíduos que compõem a massa não possuem outras informações e carecem de outros canais, não formam juízo próprio sobre a mensagem recebida, e tendem a seguir a ideia sugerida pelo meio de comunicação”.³⁸

Provas deste fato são as frequentes alterações legislativas baseadas em crimes específicos aos quais se foi dada intensa projeção. Cite-se o assassinato da atriz Daniella Perez, fato reconhecidamente difícil de ser esquecido, tendo em vista seu papel histórico para a configuração do homicídio qualificado como crime hediondo e por envolverem pessoas realmente públicas, ator e atriz.³⁹

A sociedade tem o pleno direito de ficar insatisfeita ante o sistema de política criminal, mas é necessário que se aprofunde o discurso em compatibilização com as constatações de que o sistema carcerário em seu estado de coisas inconstitucional dificilmente recupera e a pena privativa de liberdade está falida. Conclui-se, portanto que é reconhecido à imprensa o direito de formar a opinião pública, no entanto, o papel da mídia no processo de formação do arquétipo nacional punitivo e a atrofia da população em face disso deve ser extremamente tomada em consideração quando se pretenda obstar o direito ao esquecimento.

2.2. O PAPEL DA MÍDIA NO PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA

Para ZAFFARONI et al. a fase de criminalização secundária ocorre em sede de Inquérito Policial e do processo judicial contra agentes específicos.⁴⁰

Há uma especial forma de agir da mídia em relação a alguns crimes (ditos “de repercussão”): são noticiados como se fossem os únicos, a figura do “bandido” é desqualificada ao máximo, não pelo que fez, mas pelo que (supostamente) ele é enquanto

37 ÁVILA; CHITTÓ. Op. Cit., p. 205-113.

38 VIEIRA. Op. Cit., p. 58.

39 É inegável no meio jurídico que tal crime tenha influência direta com a alteração legislativa, algo que pode ser reforçado pela reportagem intitulada “**Daniella Perez: 20 anos do assassinato que mudou a lei**”, publicada em meio eletrônico pelo jornal “O Globo Rio”. ROCHA, Carla. Daniella Perez: 20 anos do assassinato que mudou a lei. **O Globo Rio**. Rio de Janeiro, n.p., 23 dez. 2012. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/daniella-perez-20-anos-do-assassinato-que-mudou-lei-7125130>>. Acesso em: 20 out. 2020.

40 ZAFFARONI et al. Op. Cit., p. 43.

ser humano, buscando a narrativa mais impactante. O risco desta situação é a criação de alguns personagens “notórios” das páginas policiais, em cima do qual se forja um interesse público sobre os seus relacionamentos, as amizades na prisão, a vida que levava antes da atrocidade ou o comportamento no seio da sua família.

O crime antes de ser fato típico, antijurídico e culpável é o descumprimento do pacto social. Por conta disso, sempre se deve partir do pressuposto de que a divulgação do fato é lícita, sob pena configurar a censura, a qual atenta igualmente contra a dignidade humana. No entanto, tal situação deve ser balizada diante da forma como os veículos de comunicação social sensacionalistas tem se comportado.

Despersonificar o indivíduo sob investigação, julgamento ou cumprimento de pena é um problema por flexibilizar garantias, sobretudo a presunção de inocência. Até o princípio sobre o qual não se obriga que o agente produza provas contra si mesmo por vezes pode ser percebido aos olhos do público como confissão de culpa, principalmente se associado aos entendimentos inequívocos de “especialistas” sobre o fato. Afinal, no meio público inexiste a distinção entre aqueles que são suspeitos e condenados.⁴¹ Exemplo disso é o sempre citado caso da Escola Base, no qual investigação foi agravada pela exposição midiática, em situação de inequívoco erro que destruiu a reputação e a vida dos envolvidos, mesmo nunca tendo sido denunciados.

ZAFFARONI et al. prelecionam que:

Os atos mais grosseiros cometidos por pessoas sem acesso positivo à comunicação social acabam sendo divulgados por esta como os únicos delitos e tais pessoas como os únicos delinquentes”, a fim de que se crie o estereótipo de pessoa desonrada, desvalorizada⁴².

Por conta disso, deve-se questionar o porquê de alguns casos ficarem tão famosos. A gravidade abstrata do delito não pode conduzir a conclusões forçadas sobre a sua importância, afinal, os 246 parricídios (homicídios cometidos por filhos contra os seus pais) ocorridos entre 2005 a julho de 2011⁴³ não construíram inimigos públicos tão grandes quanto “a garota que matou os pais”.

Caso a condição social das vítimas tenha determinado a espetacularização corre-se o risco de afirmar o que Eugênio Bucci, citado por VIEIRA denomina “caráter de classe da

41 VIEIRA, Op. Cit., p. 168-169.

42 ZAFFARONI et al. Op. Cit., p. 46.

43 GOMIDE, Paula Inez Cunha; TECHE, Ana Maria Freitas; MAIORKI, Simone e CARDOSO, Singra Mara Nadal. **Incidência de parricídio no Brasil**. *Temas psicol.* [online]. 2013, vol.21, n.1, pp. 283-295. ISSN 1413-389X. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.9788/TP2013.1-20./>>. Acesso em 21 out 2020.

ética jornalística praticada no Brasil”.⁴⁴ Isto é, alguns casos passariam despercebidos pela sociedade em razão das condições financeiras do indivíduo, algo que atenta contra a isonomia consagrada constitucionalmente.

Cria-se uma imagem do delinquente conforme as características que ostenta (sociais, étnicas, etárias, de gênero e estéticas).⁴⁵ A partir da qual se passa a criar midiaticamente características que nem sempre se coadunam com a estrita realidade: psicopata, sedutora, manipuladora, narcisista, perversa, cruel, repugnante, sociopata, ex-prostituta, assassinas. O direito de resposta é evidentemente inviabilizado, afinal, como se prova não ser uma pessoa cruel, narcisista, manipuladora?

BARATTA⁴⁶ afirma que o estereótipo do criminoso leva em consideração um processo “altamente seletivo da aplicação da lei penal”, em que existem “clientes preferenciais” da justiça penal, situação que contribui para que se torne aceitável a desigualdade social.

O crime, por si próprio, atrai a atenção da mídia. Mas, a busca pelas imagens mais impactantes e que incorporem a maior dramatização dos fatos geralmente é a favorita. Deste modo, é possível concluir que a mídia exerce função na fase secundária do processo de criminalização quando atua de forma sensacionalista ao noticiar o crime como sendo único e ressaltando características negativas das pessoas que se tornam produtos da notícia para reforçar o estereótipo dos clientes preferenciais da justiça penal.

3. POR QUE RECONHECER O DIREITO AO ESQUECIMENTO MESMO AOS CRIMES DE REPERCUSSÃO?

Conforme se demonstrou, a mídia exerce um impacto significativo no processo de criminalização, sobretudo nos chamados “casos de repercussão”, afinal, ela mesmo é quem os repercute de forma repetida. De fato, não é possível reconhecer um direito ao esquecimento a personagens que representam instituições que compõe a memória nacional. No entanto, se faz necessária a distinção da especialidade do caso para a construção deste patrimônio histórico cultural a fim de apurar quais são as pessoas realmente públicas e quais são as pessoas públicas em razão da publicização pela mídia. Pessoas públicas são artistas, cantores, músicos, influenciadores digitais etc, mas também podem ser públicas por exercerem função ou cargo público⁴⁷ ou até por serem realmente essenciais à consolidação

44 VIEIRA, Op. Cit., p. 164.

45 ZAFFARONI et al. Op. Cit., p. 46.

46 BARATTA, Alessandro. **Filósofo de uma criminologia crítica**. In: Silvia Ramos (Org.). *Mídia e violência urbana*. Rio de Janeiro: Faperj, 1994, p. 21.

47 VIEIRA, Op. Cit., p. 163.

de um marco (como Vladimir Herzog na luta contra a censura ou Daniella Perez na consagração do homicídio qualificado como crime hediondo).

Em nossa opinião, para aplicar o Direito ao Esquecimento é preciso desprezar a característica de pessoas públicas àqueles cujo interesse reside na mera curiosidade popular (bisbilhotice, fofoca) acerca dos crimes que cometeram. O que se argumenta aqui é que além dos interesses já detalhados acerca da proteção da intimidade e da vida privada, o direito ao esquecimento deve ser aplicado aos casos de repercussão em função: (i) do seu reconhecimento histórico; (ii) para que se satisfaçam os objetivos de política criminal; (iii) pela garantia do direito à saúde individual;

3.1. O RECONHECIMENTO HISTÓRICO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO AOS CASOS DE REPERCUSSÃO

O fato de não existir norma jurídico-positiva e lógico-formal não deve impedir o exercício do direito ao esquecimento aos casos de repercussão, tendo em vista que historicamente este é produto da interpretação judicial que se deu no curso da história em casos paradigmáticos. É possível inferir esta conclusão a partir da análise dos 3 (três) casos que costumam incidir nas pesquisas históricas sobre o tema (Mervin v. Reid, Lebach e Assassinato de James Bulguer).

Em Melvin V. Reid o Tribunal da Califórnia reconheceu tal direito a Gabrielle Darley obstando a divulgação de filme (Red Kimono) no qual era retratada como prostituta e homicida. Mesmo absolvida do processo de homicídio e passando a levar vida honrada, tal situação lhe acarretou o desprezo público inclusive por amigos. Na ocasião, o julgador entendeu que a Lei da Privacidade não tinha uniformidade quanto a aplicação pelos tribunais. Alguns julgados, inclusive, negaram a sua aplicação sob a alegação de inexistência de norma formal (como o caso Roberson v RochesterFolding Box Co.).

O juízo aplicou alguns fundamentos ao caso, dos quais se destacam que a privacidade não poderia ser reconhecida em razão a fatos que foram divulgados pelo titular ou para pessoas públicas, sendo que a privacidade “não existe onde uma pessoa se tornou tão proeminente por seu próprio destaque, ela dedicou a sua vida ao público, e, assim, renunciou ao seu direito de privacidade.”⁴⁸

48 Tradução nossa. No original: “It does not exist where a person has become so prominent that by his very prominence he has dedicated his life to the public and thereby waived his right to privacy. There can be no privacy in that which is already public.” CALIFÓRNIA (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA), Corte de Apelação da Califórnia -Quarto Distrito. **Melvin v. Reid (112 Cal.App. 285 – Cal. Ct. App. 1931)**, Julgado em 28/02/1931. Disponível em: < <https://casetext.com/case/melvin-v-reid>>. Acesso em 19 out 2020. n.p.

Mesmo inexistindo disposição legal, a decisão judicial foi fundamentada com base em dispositivo da Constituição da Califórnia que concedia o direito à felicidade aos seus cidadãos (seção 1 do art. 1). Então, “qualquer pessoa que vive uma vida de retidão tem o direito à felicidade que inclui se ver livre de ataques desnecessários ao seu caráter, posição social ou reputação.”⁴⁹ Foi consagrado um ponto importante pelo julgado no que tange a política criminal, no sentido de um dos principais “objetivos da sociedade, tal como está agora constituída e da administração do nosso sistema penal, é a reabilitação dos caídos e a reforma do criminoso”.⁵⁰

No caso Lebach, julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão em 5 de junho de 1973, a situação tinha diferença estrutural: o reconhecimento do direito foi atribuído a pessoa que realmente havia cometido crime que havia ficado muito famoso nas páginas policiais alemãs, “o assassinato dos soldados de Lebach”. O Tribunal entendeu que os dois direitos fundamentais em colisão (liberdade informacional e privacidade) são elementos essenciais para a ordem democrático-liberal, sendo que entre eles não há hierarquia. Reforçou a Corte que embora a opinião pública tenha interesse legítimo na divulgação dos crimes atuais, esta precedência deveria ser analisada sob a ótica da proporcionalidade e da intangibilidade da esfera íntima do indivíduo. A imprensa não poderia se ocupar sobre fatos que não são mais atuais tendo em vista que ameaçam o seu processo de reintegração social.⁵¹

O caso da Inglaterra, por fim, provavelmente teve a maior repercussão negativa, tendo em vista que envolveu a tortura e morte de um garoto de 2 anos (James Bulguer) por dois garotos de 10 anos de idade, os quais ficaram conhecidos como “meninos assassinos de liverpool”. Em 2001, após cumprirem a sua pena foram libertados e a eles e às suas famílias foi atribuído o direito de ter a identidade preservada sob pena de grave perigo à sua vida e segurança, isto é, de serem “esquecidos”, principalmente pela imprensa. O advogado que representava a imprensa asseverou que pessoas famosas geralmente não recebem proteção à privacidade. No entanto, o Tribunal entendeu que embora o direito à liberdade atribua à mídia o direito de informar e do público ser informado não poderia ignorar o fato de que a vida e a convivência familiar são primordiais. Este julgamento chama especial atenção por citar outros direitos constitucionais fora da dicotomia liberdade informacional / privacidade. Falou-se sobre a vida, a proibição de tratamento degradante, o direito ao

49 Tradução nossa. No original: “person living a life of rectitude has that right to happiness which includes a freedom from unnecessary attacks on his character, social standing or reputation.” CALIFÓRNIA. Op. Cit. n.p.

50 Tradução nossa. No original: “One of the major objectives of society as it is now constituted, and of the administration of our penal system, is the rehabilitation of the fallen and the reformation of the criminal.”

51 MENDES, Gilmar Ferreira. **Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem.** In: Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 31 n^o122, mai./jul. 1994, p. 300 a 301.

respeito pela vida privada e familiar, ressaltando em diversos momentos durante a decisão de que a divulgação das informações pela mídia levaria ao risco de vingança privada pela população.⁵²

Diante de tudo o que foi exposto, é possível concluir que o direito ao esquecimento aos crimes notórios foi reconhecido nos casos paradigmas comparados mesmo que sem norma positiva, sobretudo o último caso consagra direitos importantes a serem tomados em consideração quando da ponderação.

3.2. DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO MEDIDA DE POLÍTICA CRIMINAL

O direito à reabilitação criminal (art. 92 do Código Penal e 202 da Lei de Execuções Penais) é um importante elemento para a compreensão da necessidade do instituto em causa. O seu fundamento reside na necessidade de conferir ao ressocializado condições de se apresentar “à sociedade como se fosse primário”.⁵³ Não se trata, como bem adverte BITENCOURT de rescindir a condenação, afinal o indivíduo ainda fica sujeito ao bom comportamento, tendo em vista que a reabilitação pode ser revogada caso o agente não ande em retidão.⁵⁴ Esta é a estrutura da lei posta e pressuposta, calcada nos mandamentos constitucionais que consagram a legalidade e a humanidade das penas e denota a posição social que fora assumida no pacto compromissório constitucional.

Os objetivos da República não podem ser desconsiderados desta análise, afinal, não foi para “encher linguixa” que a Constituição Federal de 1988 é a primeira a inculpir as finalidades que pretende almejar. Existe um Constitucionalismo Dirigente que nunca pode ser desconsiderado na hermenêutica de todo e qualquer dispositivo: busca-se construir uma sociedade livre, justa e solidária que erradique a marginalidade e consagre a não discriminação. Acresça-se a estes fundamentos o ensinamento de FULLER, para quem a observação da criminalidade em face da sociedade da informação, sobretudo a difusa, deve tomar em consideração o fato do Brasil ser um Estado Democrático de Direitos, valorar

52 Esta narrativa foi feita a partir da tradução da sentença original proferida no caso “Venables v. News Group Newspapers Ltd and others” e “Thompson v. News Group Newspapers Ltd and others”. Disponível na íntegra em: <<https://www.ucpi.org.uk/wp-content/uploads/2017/11/Venables-v-News-Group-Newspapers-2001-Fam-430.pdf>>. Acesso em 22 out 2020.

53 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** - v. 1: parte geral (arts. 1 a 120). 23. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017, p. 889.

54 BITENCOURT, Op. Cit., p. 889.

a dignidade humana como fundamento democrático, tornar realizáveis os direitos sociais insculpidos no art. 6º e o respeito ao delineamento atribuído à Ordem Econômica.⁵⁵

O direito ao esquecimento pode ser importante elemento para a concretização dos objetivos de política criminal tendo em vista que se nem ao Estado é dado negar a estabilização do passado a fim de que se construa um melhor futuro⁵⁶, não pode a Liberdade Informacional censurar direitos sob o pretexto de não censura.

Este raciocínio se coaduna com os próprios fundamentos da pena estatal. A retribuição ao mal causado é apenas um dos seus fundamentos e peca por não explicar o conteúdo do seu limite, penalizando para que se “negue a negação de um direito”, conforme a máxima Hegeliana.⁵⁷ Roxin explica que a prevenção especial, por sua vez, tenta corrigir o que é passível de correção, intimidar o intimidável e tornar inofensivo o que não pode ser corrigido ou intimidável.⁵⁸ A construção do terceiro fundamento punitivo, a prevenção geral, se deve a FEUERBACH, para quem a pena tem um caráter intimidatório geral, a fim de que se intimidem os cidadãos a não cometerem crimes, a qual não passa livre de críticas. No entanto, a pena não pode passar da culpa do condenado. Para ROXIN a justificativa da pena é no sentido de que o delinquente se obriga a cumpri-la em atenção à comunidade na qual está inserido porque:

Tal é justo e legítimo, não porque aquele tenha que suportar que outros lhe inflinjam um mal devido a um imperativo categórico mas porque, como membro da comunidade, tem de responder pelos seus actos na medida da sua culpa, para a salvaguarda da ordem dessa comunidade⁵⁹.

Deste modo, sequer a imposição de pena deve ser utilizada como “meio para os fins dos outros”, mas tem importância significativa⁶⁰ na posição que o cidadão assume como ente de direitos e obrigações. Em suma, não é possível negar os valores públicos que foram consagrados e a missão do Estado. O Estado não pode se furtar de reconhecer direitos entregando pessoas aos seus lobos indistintamente, não para se solidarizar com as suas atitudes, mas para que se mantenha a paz coletiva.

55 FULLER, Greice Patrícia. **O direito criminal difuso, a dignidade da pessoa humana e a mídia na Sociedade da Informação**. In: Anais do VII Congresso Brasileiro da Sociedade da Informação, São Paulo, vol. 7, nov./2014, p. 133.

56 Vide nota de rodapé “4” deste trabalho, a qual remetemos.

57 ROXIN, Claus. **Sentidos e limites da pena estatal**. In: Problemas fundamentais de direito penal. Trad. Ana Paula dos Santos e Luis Nastscheradetz. Lisboa: Veja, 1998, p. 16.

58 Para ROXIN, no entanto, a prevenção especial “não é idônea para fundamentar o direito penal, porque não pode delimitar os seus pressupostos e consequências porque não explica a punibilidade de crimes sem perigo de repetição e porque a ideia de adaptação social coactiva, mediante a pena, não se legitima por si própria, necessitando de uma legitimação jurídica que se baseia noutro tipo de considerações”. ROXIN. Op. Cit., p. 22.

59 ROXIN. Op. Cit., p.37

60 ROXIN. Op. Cit., p.37

3.3. O DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO MATÉRIA DE SAÚDE INDIVIDUAL

O Direito ao esquecimento também pode ser reconhecido de modo a assegurar o direito constitucional a saúde, acrescentando-se mais um elemento à discussão acerca da ponderação.

Em sua magistral tese de doutoramento, Juliana Pereira Maurmo ⁶¹propõe reflexão do direito ao esquecimento sob a perspectiva da clínica médica.

Para a autora se faz necessário observar os fins éticos da informação para que se ponha “limite à exploração da tragédia alheia”. É essencial discutir sobre a “excessiva e desnecessária exposição, após a vida útil da informação pelos motores de busca da internet ou mesmo por programas televisivos, mas também que se busquem soluções”.

O argumento da criação de uma memória coletiva deve ser tomado em consideração para perpetuar experiências, mas não as punições, os estigmas⁶² e estereótipos. MAURMO preleciona que tal direito tem por objeto tanto a personalidade, quanto a dignidade humana e a saúde individual.

É admitir que se reconstitua o direito à privacidade (especialmente em face dos riscos da sociedade da informação) para que se garanta a saúde. Isto porque o esquecimento pode ser usado como importante instrumento na formação das memórias e para “reestabelecer o equilíbrio da saúde mental dos indivíduos, por meio de mecanismos que lhes permitam reconstruir a vida após uma situação traumática”.⁶³ Isso ocorre porque os traumas acionam mecanismos fisiológicos cerebrais para reestabelecer a saúde mental do indivíduo, algo que é prejudicado pela eternização da exposição ao fato traumático, o que impede tal reestabelecimento.

Explica a autora que o preço do isolamento social e da vexação pública pela eternização da notícia pode ser os quadros depressivos, desenvolvendo doenças cardiovasculares (risco aumentado de 19% para CDH), acidentes vasculares cerebrais (risco aumentado em 32% para os AVC's). Apresenta para calcificar o seu desenvolvimento estudo desenvolvido pela Universidade York, cuja investigação demonstrou a íntima ligação

61 MAURMO, Julia Gomes Pereira. **Direito ao esquecimento e condenações penais: outras perspectivas sobre o tema.** 2016. 242 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/19949>>. Acesso em 18 out 2020.

62 MAURMO, Julia Gomes Pereira. **Op. Cit.**, p. 214.

63 MAURMO, Julia Gomes Pereira. **Op. Cit.**, p. 214.

estabelecida entre “as relações sociais deficientes e a mortalidade prematura”, aumentando o risco das doenças mencionadas.⁶⁴

Há uma consideração importante a ser tomada em consideração na conclusão estabelecida pela autora: “o esquecimento é essencial não só à manutenção da saúde individual, mas também ao Sistema Único de Saúde (SUS) e ao Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS)”⁶⁵. Afinal, aumentam-se as licenças de saúde, aposentadorias precoces, auxílio-desemprego, lotam-se as filas de consultas.⁶⁶

A internet eterniza memória e realmente tem mostrado que podem não existir segundas chances, mas tal situação não pode ser acatada passivamente pelos que se debruçam sobre a Sociedade da Informação. É necessário criar mecanismos que permitam a proteção à privacidade para que não se criem ciclos viciosos, nos quais os indivíduos expostos pelos seus crimes não conseguem se recolocar no mercado de trabalho, são linchados pela massa em fúria ou isolados socialmente.

Esta posição dá uma perspectiva interessante ao tema, afinal não se pretende apenas garantir a saúde do condenado, mas de todos que o cercam. É inegável o fato de que os familiares são diretamente afetados pelo crime.

Com tudo, é possível concluir que a criminalidade é um fenômeno amplo e no Brasil infelizmente se apresenta no cotidiano. A criação dos inimigos nacionais quando não ceifa suas vidas os condena ao ostracismo, acarretando consequências inclusive aos sistemas públicos. Neste passo, o esquecimento pode servir de importante mecanismo para mitigar tais danos.

Conclusão

Em vista de tudo o que foi exposto pode-se concluir que o direito ao esquecimento representa um desafio para a sociedade da informação na medida em que a forma como a informação é transmitida e percebida podem ser utilizadas para a criação de “inimigos nacionais”. Aos condenados em crime de “grande repercussão” tem sido negada a garantia à privacidade e o direito ao esquecimento pode auxiliar nestas distorções.

É necessário reconhecer que existe um paradoxo no não reconhecimento de tal direito a esta espécie de crimes tendo em vista que a imprensa tem condições de fazer um caso específico se tornar “de grande repercussão”, escolhendo a dedo quem deve ser

64 MAURMO, Júlia Gomes Pereira. Op. Cit., p. 165.

65 MAURMO, Júlia Gomes Pereira. Op. Cit., p. 166

66 MAURMO, Júlia Gomes Pereira. op. Cit., p. 214.

eternizado por sua participação no processo de criminalização se realizado de forma sensacionalista.

A imprensa participa do processo de criminalização primária ao condicionar em sua atividade jornalística a percepção que se tem sobre determinado caso, fenômeno que vinculado à diminuição da capacidade de reflexão crítica e aumento da velocidade da informação podem contribuir para que seja criado um arquétipo nacional que se transveste de “demanda social”. É partícipe ativo do processo de criminalização secundária quando através da vinculação do crime como se fosse único e da exaltação das qualidades negativas do seu autor desenvolve os clientes preferenciais a serem alçados como inimigo. Deve-se refletir sobre os limites éticos utilizados a fim de que se reconheça a necessidade e a contemporaneidade da notícia veiculada, mas o direito ao esquecimento deve ser reconhecido mesmo nestes casos a fim de que se assegurem o reconhecimento histórico de tal direito fundamental, os fins da política criminal posta e pressuposta e o direito à saúde individual.

Referências Bibliográficas

ALTMAYER, Juliana. **O direito ao esquecimento e o direito à memória coletiva: parâmetros para a sua aplicação**. Rev. PUCRS. Rio Grande do Sul, n.185, out/dez. 2017

ÁVILA, Gustavo Noronha de; CHITTÓ, Gabriel José. **Presunção de inocência, mídia, velocidade e memória – breve reflexão transdisciplinar**. Revista de Estudos Criminais, Doutrina Nacional, v. 24, p. 105-113, jan/mar. 2007.

ATA DA AUDIÊNCIA PÚBLICA SOBRE O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA ESFERA CÍVEL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, p. 44 a 53. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/AUDINCIAPUBLICASOBREODIREITOAUESQUECIMENTO_Transcries.pdf>. Acesso em 24 out 2020.

BARATTA, Alessandro. **Filósofo de uma criminologia crítica**. In: Silvia Ramos (Org.). Mídia e violência urbana. Rio de Janeiro: Faperj, 1994, p. 21

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** - v. 1: parte geral (arts. 1 a 120). 23. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.

BITTENCOURT, Alessandra Torres. **O direito ao esquecimento e seus contrapontos: direito à memória coletiva, ao conhecimento histórico e às garantias constitucionais de liberdade de expressão e de informação**. 2018. 67 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL, **Constituição Federal de 1988**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 20 out 2020.

BRASIL, **Lei n. 10.406/02 (Código Civil)**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 20 out 2020

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2848/40 (Código Penal)**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 23 out 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal)**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em 18 out 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1334097/RJ**, Relator: Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, Julgado em 28/05/2013. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=29381336&sReg=201201449107&sData=20130910&sTipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 18 out. 2020

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1335153/RJ**, Relator: Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, Julgado em 28/05/2013. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1237428&sReg=201100574280&sData=20130910&formato=PDF>. Acesso em: 18 out. 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Notícias: **Para Terceira Turma, direito ao esquecimento não pode impedir publicações sobre crime de repercussão**. 06 mai. 2020. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portallp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Para-Terceira-Turma--direito-ao-esquecimento-nao-pode-impedir-publicacoes-sobre-crime-derepercussao.aspx#:~:text=%E2%80%8B%E2%80%8BN%C3%A3o%20C3%A9%20poss%C3%ADvel,teve%20ampla%20repercuss%C3%A3o%20na%20sociedade>>. Acesso em 12 out 2020

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130/DF**, Relator: Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, Julgado em: 30/04/2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em 20 out 2020.

CALIFÓRNIA (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA), Corte de Apelação da Califórnia - Quarto Distrito. **Melvin v. Reid (112 Cal.App. 285 – Cal. Ct. App. 1931)**, Julgado em

28/02/1931. Disponível em: <<https://casetext.com/case/melvin-v-reid>>. Acesso em 19 out 2020.

DIAS, Ana Rosa Ferreira; SOUSA, Aline Vieira de. ANAIS DA JORNADA DO DIME PUC-SP, 2014, São Paulo. **A referência e o sensacionalismo: um estudo dos textos da coluna jornalística “olhar cidadão”**. São Paulo: PUC-SP, 2014. 1 v. Disponível em:<<https://anaisdodime.wordpress.com/>>. Acesso em: 17 out. 2020

ENUNCIADOS aprovados na VI Jornada de Direito Civil. 2013. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-vi-jornada/at_download/file>. Acesso em 20 out 2020

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque; NUNES; Danyelle Rodrigues de Melo; PORTO, Uly de Camargo Rocha. **Direito ao esquecimento segundo o STJ e sua incompatibilidade com o sistema constitucional brasileiro**. Revista de informação legislativa, Brasília, v. 54, n. 213, p. 63-80, jan./mar. 2017. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/531153>. Acesso em 16.10.2020.

FULLER, Greice Patrícia. **O direito criminal difuso, a dignidade da pessoa humana e a mídia na Sociedade da Informação**. In: Anais do VII Congresso Brasileiro da Sociedade da Informação, São Paulo, vol. 7, nov./2014

FUJITA, Jorge Shiguemitsu; BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. O Direito ao esquecimento e a liberdade de informar na sociedade da informação. Revista de direitos fundamentais & democracia, Curitiba – PR, v. 25, n. 2, p. 5-27, mai./ago. 2020. Disponível em: <<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1392>>. Acesso em 15.10.2020.

GOMIDE, Paula Inez Cunha; TECHE, Ana Maria Freitas; MAIORKI, Simone e CARDOSO, Singra Mara Nadal. Incidência de parricídio no Brasil. *Temas psicol.* [online]. 2013, vol.21, n.1, pp. 283-295. ISSN 1413-389X. <http://dx.doi.org/10.9788/TP2013.1-20>.

INGLATERRA E PAÍS DE GALES. Tribunal de Apelação. **Venables v News Group Newspapers Ltd and Others. Thompson v News Group Newspaper Ltd and others**. Relatora: Elizabeth Butler-Sloss. Julgado em nov. a jan. 2001. Disponível em: <<https://www.ucpi.org.uk/wp-content/uploads/2017/11/Venables-v-News-Group-Newspapers-2001-Fam-430.pdf>>. Acesso em 25 out 2020.

LERMEN, Julio Moraes. **A tutela do direito ao esquecimento na sociedade da informação**. 2016. 48 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande - Furg, Rio Grande, 2016. Disponível em: <<http://repositorio.furg.br/handle/1/7201>> acesso em 23 out 2020;

MARCONDES FILHO, Ciro. **O capital da notícia**. São Paulo: Ática, 1986

MARTINEZ, Pablo Dominguez. **Direito ao esquecimento: A proteção da memória individual na sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MAURMO, Julia Gomes Pereira. **Direito ao esquecimento e condenações penais: outras perspectivas sobre o tema**. 2016. 242 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/19949>>. Acesso em 18 out 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem**. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 31 nº122, mai./jul. 1994.

PEDROSO, R. N. **Elementos para uma teoria do jornalismo sensacionalista**. Revista de Biblioteconomia & Comunicação, v. 6, n. 1, 1994. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/20.500.11959/brapci/99921>>. Acesso em: 25 out. 2020.

ROCHA, Carla. Daniella Perez: **20 anos do assassinato que mudou a lei**. **O Globo Rio**. Rio de Janeiro, n.p., 23 dez. 2012. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/daniella-perez-20-anos-do-assassinato-que-mudou-lei-7125130>>. Acesso em: 20 out. 2020.)

ROXIN, Claus. **Sentidos e limites da pena estatal**. In: Problemas fundamentais de direito penal. Trad. Ana Paula dos Santos e Luis Nastscheradetz. Lisboa: Veja, 1998,

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo penal e mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. **Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal**, vol. 1. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2003.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DISCURSO DE ÓDIO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E CRIMINALIZAÇÃO DA CONDUTA

Lucas Andrei de Oliveira¹

RESUMO: O presente artigo foi elaborado no âmbito de pesquisa desenvolvida no âmbito do Grupo de Pesquisa Crimes, dignidade da pessoa humana e sociedade da informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, São Paulo, Brasil, dentro de linha de pesquisa Sociedade da Informação. No presente artigo teve-se por escopo analisar o discurso de ódio, a liberdade de expressão e a forma ideal de combate à conduta. Para tanto, foram analisados documentos disponibilizados publicamente pela internet, livros, outros artigos científicos sobre o tema, acórdãos e jurisprudências. A pesquisa é de base bibliográfica documental e foi desenvolvida a partir do raciocínio indutivo. Concluiu-se que os mecanismos utilizados pelo Estado para evitar a propagação de discursos de ódio são ultrapassados e não cumprem com seu propósito, bem como a criminalização da conduta não seria a melhor solução. O Estado deveria buscar dar uma definição clara do que é discurso de ódio e unir esforços com os provedores de internet, junto com políticas pedagógicas para evitar a propagação de discursos de ódio.

Palavras-chave: Liberdade de expressão; Discurso de ódio; Criminalização; Direito Criminal. Sociedade da Informação.

FREEDOM OF EXPRESSION, HATE SPEECH IN THE INFORMATION SOCIETY AND CRIMINALIZATION OF CONDUCT

ABSTRACT: The present article was elaborated in the scope of research developed in the scope of the Crimes Research Group, dignity of the human person and information society of the University Center of Faculdades Metropolitanas Unidas, São Paulo, Brazil, within the Information Society research line. This article aimed to analyze hate speech, freedom of expression and the ideal way to combat conduct. To this end, documents made publicly available on the internet, books, other scientific articles on the subject, judgments and jurisprudence were analyzed. The research is based on documentary bibliography and was

¹ Estudante do 9º semestre de Direito do Centro Universitário Faculdades Metropolitanas Unidas. Investigador do Grupo de Pesquisas “Crimes, dignidade da pessoa humana e sociedade da informação” (Centro Universitário Faculdades Metropolitanas Unidas/FMU).

developed based on inductive reasoning. It was concluded that the mechanisms used by the State to prevent the spread of hate speech are outdated and do not fulfill their purpose, and the criminalization of conduct would not be the best solution. The State should seek to give a clear definition of what hate speech is and join efforts with internet providers, along with pedagogical policies to prevent the spread of hate speech.

Keywords: Freedom of expression; Hate speech; Criminalization; Criminal Law. Information Society.

Introdução

Com o desenvolvimento da sociedade, passamos a ter mais facilidade de alcançar o objetivo de conseguir criar uma maior integração entre pessoas de todas as partes do mundo, de forma que fosse possível permitir que pessoas pudessem ver transmissões ao vivo em tempo real e, conseqüentemente, tivessem mais acesso à informação, com menos esforço.

Ocorre que, com o aumento da tecnologia e da globalização das relações civis, contratuais e econômicas, a sociedade da informação passou a exigir a globalização do pensamento jurídico, de modo a encontrar mecanismos que consigam ter eficácia fora da territorialidade de um único país, para lidar com as constantes relações civis, econômicas e criminais, como nos casos dos contratos de uso de redes sociais e o cometimento de crimes na internet.²

O Direito, como instrumento de regulação de condutas, deve buscar se adaptar com as constantes mudanças advindas das relações na internet, o que não é nem um pouco fácil, pois a sociedade atual passou a ter mais pressa pelo desenvolvimento e aumento da tecnologia. Queremos mais responsabilidades e acabamos vivendo de uma forma mecânica e buscamos que as soluções das relações jurídicas também sejam feitas de uma forma mecânica, sem muita reflexão e pensamento.³

Essa dissociação causada pela falta de reflexão e pensamento, permitindo que a máquina domine o ser humano, tem cooperado para um aumento dos discursos de ódio e polarização da sociedade como um todo, pois as pessoas perceberam que possuem muito poder para controlar a vida de outras pessoas, tornando comum o surgimento de temas envolvendo a postura e comportamento das pessoas em mídias sociais, bem como o vazamento de informações confidenciais.⁴

2 PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 67.

3 **ibidem**, p. 73.

4 **ibidem**, 74/75.

Nenhuma dessas dificuldades supera a dificuldade de delimitar o limite entre a liberdade de expressão e os discursos de ódio. Sendo difícil até mesmo para os agentes policiais agirem dentro do dever de vigilância nas redes sociais, pois o anonimato dos usuários também se tornou um grande problema.⁵ Dessa forma, fica evidente a necessidade do Legislativo correr para conseguir evitar uma propagação ainda maior dos crimes de ódio.

Não é incomum encontrar notícias de discurso de ódio na internet. Um caso muito recente envolve a abertura do inquérito das *fake news*, pelo Ministro Dias Toffoli, do STF, para apurar discursos de ódio contra ministros do STF.⁶ Assim, fica evidente a relevância do tema tratado no presente trabalho.

Outro problema advindo da falta de legislação definindo o discurso de ódio e a discussão entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana - já que o discurso do ódio fere este princípio - é se haveria a necessidade de criminalizar a conduta.

O que vemos, porém, é que criminalização da conduta poderia trazer mais problemas do que soluções, tendo em vista que o sistema penal brasileiro privilegia pessoas com maior renda e, sabemos que as pessoas que incentivam o discurso de ódio na internet são pessoas de maior renda, que são, também, a maior parte dos usuários de internet.

Sendo assim é extremamente relevante analisar o entendimento do Judiciário e da Doutrina - que são obrigados a agir sem uma definição do que é o discurso de ódio - para que possamos entender como solucionar a discussão entre o discurso de ódio e liberdade de expressão, bem como entender se seria melhor criminalizar ou não a conduta.

1. DISCURSO DE ÓDIO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Primeiramente, devemos lembrar que a regra é que haja a liberdade de expressão, sem censura ou prévia licença, conforme preceitua o art. 5º, IX da Constituição Federal.⁷

Ocorre que, nenhum direito é absoluto. O próprio ordenamento jurídico já reconhece limitações à liberdade de expressão, como nos casos previstos no art. 17 e no art. 100, V, ambos do ECA, que asseguram que crianças e adolescentes tenham a inviolabilidade da vida privada.

5 *idem*. 75/76.

6 Toffoli abre inquérito para apurar fake news e ameaças contra ministros do STF. **Folha Uol**. Reynaldo Turolo Jr. Data: 14.mar.2019 às 14h52. Atualizado: 14.mar.2019 às 21h56. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/03/toffoli-abre-inquerito-para-apurar-fake-news-e-ameacas-contra-ministros-do-stf.shtml>> Acesso em: 14/10/2020.

⁷ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. - 8. ed. - São Paulo: Atlas, 2019, p. 128.

Na sociedade da informação vemos que a preocupação com os discursos de ódio se tornam ainda maiores, pois a sociedade está pautada na busca por maior acesso à informação, tecnologia e maior facilidade de pessoas terem acesso ao mesmo fato simultaneamente.

Por um lado, essa convergência de ideais de expansão tecnológica auxilia na facilidade de acesso à tecnologia⁸, mas, por outro lado, cria uma interatividade absurda entre as pessoas, que passam a ganhar mais voz, na medida em que aumenta a facilidade de acesso à tecnologia e conseguem dispersar ideais de ódio sem qualquer pudor, o que torna a internet repleta de conteúdos ilícitos.⁹

O Brasil já vinha reconhecendo a necessidade de lutar contra os discursos de ódio desde a ratificação da Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), em 1948, que foi um marco contra os ideais de supremacia, etnocentrismo e ódio.¹⁰ Sendo que no art. 29 da Declaração já ficou entendido que ninguém poderia fazer uso da Liberdade de Expressão para fazer discursos de ódio.¹¹

Ocorre que a Declaração apenas serviu como uma resolução, ou melhor, uma forma de conferir uma definição para as condutas que deveriam passar a ser reprimidas, na mesma medida em que a sociedade estava avançando tecnologicamente, por meio de tratados a serem criados futuramente.¹²

Em 1992, dando o devido reconhecimento de um destes tratados, o Brasil ratificou o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que nos arts. 20 e 27, consagrou a defesa de minorias étnicas, bem como o repúdio a toda forma de ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento a qualquer forma de hostilidade ou violência.¹³ Além de instituir o Comitê de Direitos Humanos, para monitorar se essas práticas de repúdio ao ódio estavam sendo devidamente cumpridas.

A Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, também conhecido como Pacto de San José da Costa Rica, também ratificada pelo Brasil em 1992, no art. 13, repetiu os dizeres do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, também rezando que o

8 PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 67.

9 **ibidem**, p. 523.

10 OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. **Direitos humanos**. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2016, p. 86.

11 **ibidem**, p. 111.

12 **ibidem**, p. 114.

13 **ibidem**, p. 119.

exercício da liberdade de expressão não poderia ser usado como forma de propagar ideais de ódio.¹⁴

O mais interessante é que o Brasil já tinha ratificado a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, em 1967, que já previa, no art. IV, que qualquer difusão de ideais baseadas na superioridade ou ódio racial deveria ser declarado como delito punível por lei, bem como qualquer incitamento à discriminação racial.¹⁵

Podemos ver aqui que nenhum dos diplomas tratados definiu o que é o discurso de ódio e, somente foram tomadas ações por parte do Estado para reprimir os discursos de ódio que configurem discriminação racial, por meio da Lei nº 7.716/89, que passou a definir a conduta no art. 20.

Sendo assim, a falta de atuação do Estado para a repressão destas condutas acaba por gerar uma sensação de que o Brasil não está interessado em reprimir o ódio, de forma que as vítimas, muitas vezes, se sentem compelidas a cometerem uma vingança digital, por não terem apoio do Judiciário¹⁶ e nem dos provedores de sites, que são obrigados a dar uma definição genérica sobre a definição da conduta.

De fato, os provedores de redes sociais apenas utilizam softwares, que usam palavras-chave e expressões pré-determinadas como referência para saber se os conteúdos disseminados na internet violam a política de discurso de ódio em suas plataformas. Porém, como a quantidade de conteúdo postado na internet é muito grande, às vezes, nem os softwares dão conta de fazer a análise, então, em alguns casos, os próprios usuários devem fazer denúncias.¹⁷

Chama a atenção o fato do Estado não estar atento ao fato de que são criados 800 mil websites por dia e mais de mil homepages por dia, criando verdadeiras tribos, de diversas culturas diferentes, de diversas partes do mundo.¹⁸ O Brasil parece inerte ao fato de que alguns desses grupos existem com o objetivo de disseminar o ódio.

Outro fato que chama atenção é a polarização dos ideais políticos, ultranacionalistas e supremacistas, que ocorre porque os provedores de redes sociais utilizam algoritmos de inteligência artificial que fazem a seleção automática do conteúdo que aparece para o

14 *ibidem*, p. 188.

15 *idem*, p. 401.

16 PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito digital*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 523.

17 MARINHO, M. E. P., & Souza, S. R. C. de. (2018). **Discurso de ódio pelo Facebook: transparência e procedimentos de contenção**. Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL], 19(2), 537. Disponível em: <<https://doi.org/10.18593/ejll.v19i2.16496>> Acesso em: 20 de out. de 2020.

18 PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito digital*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 69.

usuário das redes sociais baseado em suas preferências e no que costuma passar mais tempo vendo, de forma que este vê, na maior parte do tempo e com prioridade, conteúdos que apresentam opiniões e ideias similares às suas próprias. Criando o conhecido “efeito bolha” ou “bolha online”¹⁹.

Apesar da ausência e abandono do Estado quanto ao tema, a doutrina não permaneceu inerte e já deu definições, que estão mais ou menos sedimentadas, reconhecendo o discurso de ódio como “exercício da liberdade de expressão para insultar pessoas ou grupos de pessoas, propagando o ódio baseado em motivos como raça, religião, cor origem, gênero, orientação sexual etc.” Também reconhecendo que o “racismo, xenofobia, homofobia, antissemitismo são fenômenos modernos e contemporâneos que constituem, na verdade, variantes do discurso do ódio.”²⁰

O Estado parece temer condenar essas condutas, embora seja evidente que a Constituição Federal permita que a liberdade de expressão seja reduzida, pois, ao mesmo tempo que garante a liberdade de expressão, condena o preconceito, por ferir a dignidade da pessoa humana.²¹

2. DISCURSO DE ÓDIO E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Voltando um pouco no tempo, vemos que durante muito tempo o legislativo e o judiciário brasileiro não deram a devida atenção aos discursos de ódio que eram amplamente propagados em nossa sociedade.

A Constituição Federal de 1946, que foi criada como uma reação à Segunda Guerra Mundial, visando garantir a democracia²², a partir de seu artigo 141, já tinha consagrado alguns direitos e garantias individuais e, de uma certa forma, passou a reprimir discursos de ódio, mas essas medidas foram realmente efetivadas, tendo em vista que a sociedade brasileira da década de 40, apesar de ter convivido com as atrocidades da Segunda Guerra Mundial e do poder destrutivo dos discursos de ódio, não criou mecanismos de repressão destas condutas, que não fossem a prisão.

Deve ser ressaltado que a CF de 1946, no § 5º do art. 141, permitia a censura de espetáculos e diversões públicas, conforme se vê:

19 ALMEIDA, Virgílio; Doneda, Danilo. **Mecanismos invisíveis de polarização política**. Valor Econômico, 8 nov. 2016. Disponível em: <<https://www.pressreader.com/brazil/valor-econ%C3%B4mico/20161108/281754153890359>> . Acesso em: 08/10/2020

20

21 MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. - 8. ed. - São Paulo: Atlas, 2019, p. 64/65.

22 PINHO, Rodrigo Cesar Rebello. **Direito constitucional: da organização do Estado, dos poderes e histórico das constituições**. - 17. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 203. - (coleção sinopses jurídicas; v. 18)

§ 5º É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do poder público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe.

Conforme vemos, a repressão aos discursos de ódio se limitava a propagandas de guerra e a preconceitos de raça ou classe, mas não abrangeu todas as formas de discurso de ódio, como os que são proferidos por conta de credo ou de etnia.

Deve ser salientado que, no § 7º do mesmo artigo 141 da CF/46, colocava impedimento à liberdade religiosa, da seguinte forma:

§ 7º É inviolável a liberdade de consciência e de crença e assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, salvo o dos que contrariem a ordem pública ou os bons costumes. As associações religiosas adquirirão personalidade jurídica na forma da lei civil. (grif)

Sendo assim, podemos ver que, apesar da cultura daquela época já ter uma boa noção do discurso de ódio, se mostrou levemente irresoluta em proteger alguns grupos de pessoas que ainda sofriam, como os praticantes de religiões de matriz africana e os sabatistas, já que tinham o exercício de suas religiões limitados pelo Estado.

Foi somente na Constituição Federal de 1988 que o Brasil começou a prever a dignidade da pessoa humana²³ e passou a adotar condutas que visam desestimular discursos de ódio e passou a firmar seu compromisso em proteger grupos minoritários - que, na maioria absoluta das vezes, são as vítimas dessas atrocidades - conforme podemos ver no art. 3º, IV, da CF/88, que visa promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.²⁴

Apesar da Constituição Federal ser bem abrangente quanto à proteção das pessoas, o Estado brasileiro ainda não tinha realmente se dado conta da importância da conscientização sobre os discursos extremistas e preferia condenar as pessoas que cometessem abusos ao invés de desestimular as pessoas ao sentimento de superioridade.

A visão do judiciário e do legislativo somente começou a mudar a visão que tinha sobre os discursos de ódio com a publicação da Lei 7.716/89, que foi um marco na luta contra todas as formas de preconceito.

²³ *idem*, p. 206.

²⁴ MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. - 8. ed. - São Paulo: Atlas, 2019, p. 64/65.

Vale ressaltar que essa Lei sofreu alterações em 2010 e 2012, mas nenhuma delas buscou especificar o que é discurso de ódio, não buscou modos de evitar que as pessoas continuem propagando ideais de supremacia e o Estado ainda parece inerte com relação a solucionar as diversas formas de preconceito que as pessoas sofrem.

Ainda assim, a Lei foi aplicada em diversos casos de discurso de ódio, em especial, no caso do Processo-crime n.º 1397026988 - 08720, da 8ª Vara Criminal de Porto Alegre do TJRS²⁵, caso em que Sigfried Ellwanger Castan, editor revisionista do Rio Grande do Sul, acusado de prática do crime de racismo contra o povo judeu, em razão do teor de seu livro “Holocausto – Judeu ou Alemão?”. O mesmo foi condenado a um ano e nove meses de reclusão. Sendo que o próprio magistrado reconheceu que os livros, que foram publicados desde 1996, “trazem mensagens racistas, discriminatórias e preconceituosas, incitando e induzindo ao ódio e ao desprezo contra povo de origem judaica.”

Vale ressaltar o que foi dito no Voto do Ministro Maurício Corrêa, no julgamento de Habeas Corpus, pelo STF, impetrado pelo réu, após a condenação em segunda instância:

O preceito fundamental da liberdade de expressão não consagra o 'direito à incitação ao racismo', dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica²⁶

Na verdade, nem mesmo seria correto afirmar haver conflito de direitos fundamentais, pois a dignidade da pessoa humana, conforme preceitua o art. 1º, III, da CF, este princípio é um *fundamento* da República e, conforme dito anteriormente, o *objetivo fundamental* do Estado é promover o bem de todos sem nenhuma forma de preconceito.

Sendo assim, todos os demais direitos são decorrentes dos fundamentos e objetivos fundamentais da República, pois o discurso de ódio, por ser um dos precursores dos ideais de eugenia e superioridade, ofende diretamente a dignidade da pessoa humana, destruindo a igualdade da dignidade social de todos, por meio da discriminação.²⁷

Sempre que estivermos em dúvida sobre a prevalência da liberdade de expressão ou da dignidade da pessoa humana, o Judiciário preza pela prevalência deste último.²⁸

25 **Editor nazista é condenado a quase dois anos de reclusão.** Consultor Jurídico, 10 de setembro de 2004, 11h03. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2004-set-10/editor_nazista_condenado_dois_anos_reclusao>. Acesso em: 05/10/2020.

26 Habeas Corpus 82.424, julgado em 2003 pelo Supremo Tribunal Federal.

27 REALE JÚNIOR, M. (2011). **Limites à liberdade de expressão.** Espaço Jurídico Journal of Law [EJL], 11(2), 374-401. Recuperado de <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1954>. Acesso em: 09/10/2020.

28 STJ, AI 886.698/SP, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 4/9/2007.

Outro Julgamento que nos ajuda a compreender o binômio discurso do ódio e liberdade de expressão, foi o do Sacerdote Jonas Abib, processado por racismo religioso após escrever o livro “Sim, Sim, Não Não!”, onde se referia a religiões Espíritas e religiões de matriz africanas de modo preconceituoso. O STF, porém, reconheceu que não houve crime.²⁹

O Ministro Luiz Edson Fachin afirmou que para configurar um discurso discriminatório, seria necessário que fossem ultrapassadas três etapas. Uma de caráter cognitivo, em que ficasse demonstrada a desigualdade entre os grupos; outra de viés valorativo, em que ficaria demonstrada a relação de superioridade entre eles e, por fim, a última, em que o agente, a partir das fases anteriores, supõe legítima a dominação, exploração, escravização, eliminação, supressão ou redução de direitos fundamentais daquele que julga inferior. Sendo que, no caso concreto, entendeu que a obra não sinalizava a terceira fase, sendo somente um proselitismo religioso, essencial ao exercício da liberdade religiosa.³⁰

Ficando entendido que crítica religiosa, por si só, não gera o discurso de ódio, sendo esta essencial para o reconhecimento da liberdade de expressão e da liberdade religiosa, sendo vedada sua utilização quando utilizada para fazer discursos que visem a *legítima* dominação, exploração, eliminação, supressão ou redução de direitos fundamentais do diferente que se compreende inferior.

Com base em diversos julgados que tratam de casos parecidos, que envolvem discursos de ódio, já deveria ter havido mobilização por parte do Estado para reprimir este tipo de conduta ou a criação de meios de conscientização sobre os efeitos dos discursos de ódio, que se torna cada vez mais comum com o avanço da tecnologia e a maior adesão aos ambientes virtuais como forma principal de comunicação e obtenção de conhecimento.

Outro ponto a ser levantado é que o Brasil possui uma Lei que ficou conhecida como Marco Civil da Internet, aprovada após muita discussão com grupos de classes, provedores de internet e juristas, visando garantir a liberdade de expressão de forma ampla.

A Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), no art. 19, define que os provedores não podem ser responsabilizados por qualquer conduta criminosa por parte dos usuários, pois sua atuação é limitada pela privacidade dos usuários³¹, sendo que somente haverá sua responsabilização quando não obedecer ordem judicial específica, dentro do prazo

29 STF, RO 134682/BA, rel. Min. Edson Fachin, j. 29/11/2016

30 OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. **Direitos humanos**. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2016, p. 85.

31 PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 521/522.

determinado, para tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, resguardadas as hipóteses em que pode agir de forma adversa.

A referida Lei também fez a ressalva de que deve ser respeitada a capacidade técnica do provedor, o que pode acabar criando uma dificuldade de remover conteúdos impróprios da internet, mas afirma que a mesma ressalva não vale para os casos de nudez ou de atos sexuais de caráter privado, que devem ser retirados após notificação extrajudicial, o que pode criar um estímulo à vingança digital, pela vítima se sentir desamparada pelo Judiciário.³²

Porém, a falta de definição do que caracteriza o discurso de ódio por parte da referida Lei, representa um atraso em relação aos recentes crimes ocorridos em ambientes virtuais ou, no pior dos casos, uma falta de interesse do Estado em agir. Sendo que fica a cargo do judiciário agir como se fosse legislador, definindo, em cada caso concreto, o que é o discurso de ódio, com base nas subjetividades do julgador.

3. CRIMINALIZAÇÃO OU NÃO CRIMINALIZAÇÃO DA CONDUTA

Antes de tudo, vale lembrar que a melhor maneira de buscar a solução de disputas é buscando a ponderação e a análise do caso concreto, pois, estabelecer um conceito abstrato de hierarquia, com base, somente, na definição legal, poderia acarretar, em alguns casos, uma aplicação equivocada dos preceitos constitucionais, como a da dignidade da pessoa humana, pois a aplicação de um princípio depende dos que a ele se contrapõem.³³

Como vimos, é muito difícil definir o que é o discurso de ódio, pois ele é, na maioria das vezes, velado. Somente incitando condutas e a desordem, sem, necessariamente, fazer um ataque direto. Pode ser por meio de fake news, piadas, filmes e até livros.

Na sociedade da informação fica ainda mais difícil solucionar esses tipos de conflitos pelo fato de não termos padrões e configurações pré-determinadas, como era antigamente, pois há muitos padrões chocando-se entre si e contradizendo-se com comandos conflitantes. De forma que a própria noção de individualidade e liberdade dos indivíduos acaba por escravizá-los. A sociedade atual não tem conceitos pré-definidos e essa deformidade é o que nos escraviza. Nos torna dependente de dar significados próprios para as coisas.³⁴

32 *idem*, p. 522.

33 REALE JÚNIOR, M. (2011). **Limites à liberdade de expressão**. Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL], 11(2), 374-401. Recuperado de <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1954>. Acesso em: 09/10/2020.

34 BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001, p. 13.

Por este motivo, o Direito deve se adaptar à disformidade da sociedade, buscando dar conceitos que norteiam a nossa sociedade. O que torna imprescindível que o Estado dê uma definição legal ao discurso de ódio, para que seja possível combatê-lo.

Ocorre que a criminalização não necessariamente seria a solução, pois não existem estudos científicos que sustentem o aumento da repressão por parte do Estado como uma forma eficiente da redução da criminalidade.

Na verdade, o Direito Criminal se torna eficiente quando mantém baixos e estáveis os índices de criminalidade com o menor nível de investimento e violência, ou seja, deve haver um ajuste nas estratégias de combate à criminalidade, para que os índices de crimes, os custos financeiros e sociais, bem como a quantidade de detentos diminuam.³⁵

Dessa forma, o Estado deve procurar encontrar os que são reincidentes crônicos, que muitas vezes são vistos como pessoas de baixo risco, bem como deve parar de tentar rotular pessoas como de alto risco - principalmente negros e pessoas da periferia. Porém, seria melhor ainda evitar uma criminalização desnecessária, pois traria ainda mais gastos para a União.

Atualmente o sistema penal funciona de uma forma extremamente mecânica, apenas criando uma seletividade, por meio de instrumentos que visam encontrar pessoas que se encaixam na definição de um criminoso ao invés de encontrar as causas que levaram a pessoas a praticar a conduta delitiva.³⁶

O ideal seria a necessidade da adaptação das ciências criminais no sentido de encontrar as determinações do crime e do criminoso, ao invés de tentar somente encontrar e prender os que apresentam risco à sociedade. Desta forma, seria possível combater a causa do crime, ao invés de simplesmente combater o criminoso.³⁷

Nesse sentido, o Estado deve procurar dar uma definição ao que é o discurso de ódio, não limitando-o ao racismo, mas fazer como foi feito pelo Conselho Europeu, em 1997, que reconheceu o nacionalismo agressivo e o etnocentrismo como formas de discurso de ódio que deveriam ser combatidos:

o termo “discurso de ódio” deve ser entendido como abrangendo todas as formas de expressão que propagam, incitam, promovem ou justificam o ódio racial, a xenofobia, o antissemitismo ou outras formas de ódio baseadas na intolerância, incluindo a intolerância expressa na forma de nacionalismo agressivo e

35 DIETER, Mauricio Stegemann. **Política criminal atuarial**. Curitiba. Universidade Federal do Paraná. 2012, p.215-216.

36 **idem**, 261.

37 **idem**.

etnocentrismo, discriminação e hostilidade em relação a minorias, imigrantes e pessoas de origem imigrante.³⁸

O combate, porém, não deveria ser feito no âmbito do Direito Criminal, pois o discurso de ódio tem origem na falta de conhecimento dos efeitos dessa prática na sociedade. A utilização do discurso de ódio por meio de *fake news* ou por postagens em redes sociais somente escancara o preconceito que existe no Brasil.

Uma das formas de combate a este preconceito pode ser visto pela ong *Safernet*,³⁹ que possui um canal para denúncia de crimes na web e também oferece ajuda e orientação nesses casos. Também podemos ver uma forte atuação do CPECC (Centro de Pesquisa e Extensão em Ciências Criminais, da Universidade de São Paulo), que busca realizar uma investigação empírica e produção científica transdisciplinar no campo das Ciências Criminais, especialmente em Criminologia Crítica, Radical e Cultural, visando viabilizar estratégias de descriminalização a curto, médio e longo prazo. Muitos outros grupos de pesquisa na área do Direito também procuram apresentar formas de combate a essas práticas.

Outro ponto que devemos destacar é que a maior parte dos usuários de internet são pessoas de classe média e alta, conforme a pesquisa denominada “TIC Domicílios: Pesquisa Sobre o Uso das Tecnologias da Informação e Comunicação nos Domicílios Brasileiros 2016” do Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br), que concluiu que 54% dos domicílios brasileiros estão conectados à internet, com 61% da população brasileira sendo usuária de internet. Sendo que a maior parte dos usuários são das classes “C”, “B” e “A”, conforme dito anteriormente.⁴⁰

O que podemos ver é que a criminalização do discurso de ódio, somente manteria o estado atual das políticas criminais, que somente prendem a classe trabalhadora e as classes mais pobres, enquanto nós deveríamos lutar para que as ciências criminais fossem aplicadas de forma crítica.⁴¹ Parando de ver a classe “x” como potencial criminoso e a classe

38 COUNCIL OF EUROPE. Committee of Ministers. **Recommendation No. R (97) 20 of the Committee of Ministers to member states on “hate speech” adopted on 30 October 1997**. Disponível em: <[https://www.coe.int/en/web/freedom-expression/committee-of-ministers-adopted-texts/-/asset_publisher/aDXmrol0vvsU/content/recommendation-no-r-97-20-of-the-committee-of-ministers-to-member-states-on-hate-speech-_101_INSTANCE_aDXmrol0vvsU_viewMode=view#%2216456416%22:\[0\]](https://www.coe.int/en/web/freedom-expression/committee-of-ministers-adopted-texts/-/asset_publisher/aDXmrol0vvsU/content/recommendation-no-r-97-20-of-the-committee-of-ministers-to-member-states-on-hate-speech-_101_INSTANCE_aDXmrol0vvsU_viewMode=view#%2216456416%22:[0])>. Acesso em: 05/10/2020.

39 A SaferNet Brasil é uma associação civil de direito privado, com atuação nacional, sem fins lucrativos ou econômicos, sem vinculação político partidária, religiosa ou racial. Fundada em 20 de dezembro de 2005, com foco na promoção e defesa dos Direitos Humanos na Internet no Brasil. Pode ser contatada pelo site: <https://new.safernet.org.br/>

40 COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL (ORG.). **Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros: TIC domicílios 2016**. São Paulo: Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto Br, 2017. 430 p. Disponível em: <https://cgi.br/media/docs/publicacoes/2/TIC_DOM_2016_LivroEletronico.pdf> Acesso em: 09/10/2020.

41 DIETER, Mauricio Stegemann. **Política criminal atuarial**. Curitiba. Universidade Federal do Paraná. 2012, p.261/262

“y” como inocente, mas enxergando que a luta contra o discurso de ódio está muito mais relacionada com a educação do que com o crime, em si.

Sendo assim, o combate ao discurso de ódio deve se dar, principalmente, no campo do Direito Civil, com uma redução ao direito de liberdade de expressão nos ambientes virtuais e a utilização de campanhas pedagógicas, tendo em vista que a maior parte dos usuários da internet são pessoas com bom grau de instrução, de forma que as ideologias de supremacia e etnocentrismo devem ser superadas, não no campo do Direito Criminal, mas por meio da educação.

O Estado também não deveria deixar o combate aos discursos de ódio nas mãos dos provedores de internet, pois, muitas vezes, os provedores simplesmente dão definições próprias e aplicam de forma mecânica o controle de abuso por parte dos usuários.⁴² Agir dessa maneira, seria permitir que os provedores de redes sociais ou os próprios usuários assumam o dever de fazer justiça com as próprias mãos⁴³, enquanto o “jus puniendi” deveria ser exclusivo do Estado, que segue um processo democrático e não arbitrário, respeitando os direitos da vítima e do réu.⁴⁴

Deve haver uma união de esforços para o combate aos discursos, que muitas vezes estão impregnados à nossa cultura, para que assim possamos diminuir esta prática.

Conclusão

Como vimos, o tema da liberdade de expressão e o discurso do ódio sempre trouxe grandes discussões, pois o Estado sempre se manteve inerte em definir legalmente a conduta.

Apesar da inércia do Brasil, a sociedade da informação não permanece estável. Está em constantes mudanças. Criando grupos e páginas com pessoas que compartilham os mesmos ideais e se tornam suscetíveis a fazer parte desses ideais por conta do “efeito bolha”.

Outra problemática pela falta de definição do que é o discurso do ódio é que os provedores de sites são obrigados a usar softwares que utilizam uma forma mecânica para conseguir definir e reprimir o que configura a conduta, de forma que, muitas vezes, não há um combate correto, mas apenas um incentivo para que os usuários façam justiça com as próprias mãos e criem uma sociedade ainda mais polarizada.

42 MARINHO, M. E. P., & Souza, S. R. C. de. (2018). **Discurso de ódio pelo Facebook: transparência e procedimentos de contenção**. Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL], 19(2), 531-552. <https://doi.org/10.18593/ejll.v19i2.16496>

43 PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 523.

44 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral v.1**. - 25. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 41.

O Estado já deveria ter se atentado para sua inércia e ter visto que terceirizar a responsabilidade não é a solução contra o ódio. Outrossim, desde que ratificou os diversos tratados que se comprometeram em acabar com essa conduta, já deveria ter definido o que é o discurso do ódio com base na própria realidade do Brasil e nossas peculiaridades como povo.

Vemos também que criminalizar a conduta seria um erro, pois (i) as políticas criminais favorecem as pessoas que possuem maior renda; (ii) a maior parte dos usuários de internet e, conseqüentemente, a maior parte dos propagadores de ódio, são da classe “A”, “B” e “C”. Dessa forma a criminalização somente iria buscar prender as pessoas de classes mais baixas e iria deixar de lado a maior parte dos usuários que são os maiores responsáveis pela manutenção do ódio.

O Brasil deve, na verdade, criar políticas de apoio às ONGs e grupos de pesquisa na área do Direito que visam buscar soluções para os problemas advindos da sociedade da informação, bem como criar políticas pedagógicas visando melhorar a educação e a integração entre os usuários de redes sociais, pois a tendência é que o mundo se torne cada vez mais polarizado e repleto de ódio.

Referências

- ALMEIDA, Virgilio; Doneda, Danilo. **Mecanismos invisíveis de polarização política**. Valor Econômico, 8 nov. 2016. Disponível em: <<https://www.pressreader.com/brazil/valor-econ/C3%B4mico/20161108/281754153890359>> Acesso em: 20 de out. 2020
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.
- CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão**. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 18. (Série IDP: Linha Pesquisa Acadêmica)
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral v.1**. - 25. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- COUNCIL OF EUROPE. Committee of Ministers. **Recommendation No. R (97) 20 of the Committee of Ministers to member states on “hate speech” adopted on 30 October 1997**. Disponível em: <[https://www.coe.int/en/web/freedom-expression/committee-of-ministers-adopted-texts/-/asset_publisher/aDXmrol0vvsU/content/recommendation-no-r-97-20-of-the-committee-of-ministers-to-member-states-on-hate-speech-?_101_INSTANCE_aDXmrol0vvsU_viewMode=view#%2216456416%22:\[0\]](https://www.coe.int/en/web/freedom-expression/committee-of-ministers-adopted-texts/-/asset_publisher/aDXmrol0vvsU/content/recommendation-no-r-97-20-of-the-committee-of-ministers-to-member-states-on-hate-speech-?_101_INSTANCE_aDXmrol0vvsU_viewMode=view#%2216456416%22:[0])>. Acesso em: 20 de out. de 2020

DIETER, Mauricio Stegemann. **Política criminal atuarial**. Curitiba: Universidade Federal do Paraná. 2012.

Editor nazista é condenado a quase dois anos de reclusão. **Consultor Jurídico**, 10 de setembro de 2004, 11h03. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2004-set-10/editor_nazista_condenado_dois_anos_reclusao>. Acesso em: 05/10/2020.

MARINHO, M. E. P., & Souza, S. R. C. de. (2018). **Discurso de ódio pelo Facebook: transparência e procedimentos de contenção**. Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL], 19(2), 531-552. Disponível em: <<https://doi.org/10.18593/ejll.v19i2.16496>> Acesso em 20 de out. de 2020.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. - 8. ed. - São Paulo: Atlas, 2019.

OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. **Direitos humanos**. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2016.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

PINHO, Rodrigo Cesar Rebello. **Direito constitucional: da organização do Estado, dos poderes e histórico das constituições**. - 17. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 203. - (coleção sinopses jurídicas; v. 18)

REALE JÚNIOR, M. (2011). **Limites à liberdade de expressão**. Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL], 11(2), 374-401. Recuperado de <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1954>. Acesso em: 09 de out. de 2020.

Toffoli abre inquérito para apurar fake news e ameaças contra ministros do STF. **Folha Uol**. Reynaldo Turolo Jr. Data: 14.mar.2019 às 14h52. Atualizado: 14.mar.2019 às 21h56. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/03/toffoli-abre-inquerito-para-aporar-fake-news-e-ameacas-contraministros-do-stf.shtml>> Acesso em: 14 de out. de 2020.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL (ORG.). **Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros: TIC domicílios 2016**. São Paulo: Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto Br, 2017. 430 p. Disponível em: <https://cgi.br/media/docs/publicacoes/2/TIC_DOM_2016_LivroEletronico.pdf> Acesso em: 09 de out. de 2020.

POSSIBILIDADE DE ADEQUAMENTO TÍPICO AO USO DE TRAPAÇA EM JOGOS ELETRÔNICOS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Ezequiel Anderson Junior¹; Samyra Haydêe Dal Farra Napolini²

RESUMO: O presente trabalho utiliza-se do método lógico dedutivo, partindo da premissa inicial de como as trapaças são feitas, para então compreender como o uso delas pode ser encarado como crime. A revisão bibliográfica mostra-se bastante válida para explorar o uso de trapaça em jogos eletrônicos e em especial para trazer a evolução histórica destes jogos. Com o advento da sociedade da informação diversas condutas passaram a ter um impacto social ainda maior, uma das condutas foi a massificação dos jogos para computador. Neste contexto, analisa-se as principais técnicas para criação de uma trapaça: *Hard-coded hack*; *driver hacks* e por fim *client hook*. Por fim, chega-se à conclusão de que no Brasil já há mecanismos da tutela penal para punição do usuário de trapaça em jogos eletrônicos multijogador.

Palavras-chave: sociedade da informação; videogame, estelionato, direitos do autor, programa de computador

POSSIBILITY OF TYPICAL ADEQUACY FOR THE USE OF CHEATING IN ELECTRONIC GAMES IN BRAZILIAN CRIMINAL LAW

ABSTRACT: The present paper uses the logical deductive method, starting from the initial premise of how cheating is done, to then understand how their use can be seen as a crime. A bibliographic review is quite valid to explore the use of cheating in electronic games and in particular to bring the historical evolution of these games. With the advent of the information society, several behaviors started to have an even greater social impact, one of the behaviors was the widespread use of computer games. In this context, the main techniques for creating a cheat are analyzed: coded hack; driver hacks and finally client

1 Mestre em Direito da Sociedade da Informação - FMU. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

2 É pesquisadora e professora permanente do Programa de Mestrado em Direito na Sociedade da Informação da FMU. É pesquisadora e professora permanente do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípedes Soares da Rocha - UNIVEM

hook. Finally, it is concluded that in Brazil there are already mechanisms of criminal protection for punishing the user of cheating in multiplayer electronic games.

Keywords: information society; video game, swindle, copyright, software.

Introdução

As mudanças sociais ocorrem de maneira fluída e constante, a sociedade pode ser tida como um ser vivo. Na constante mutação social, destaca-se desde o fim da Segunda Guerra Mundial a exponencial crescente do uso de tecnologias como o computador e a informática. diferentes localidades em em um único meio, o digital (TAKAHASHI, 2000, p. 28).

Como parte desta sociedade vida, os jogos fizeram e fazem parte de um contexto mundial importante, seja os jogos olímpicos para a sociedade grega, seja o jogo de computador. Com a Guerra Fria, toda forma de demonstrar poder, em especial poder informacional tornou-se válida, então surge os jogos de computador com uma primeira roupagem simples, mas de um grande avanço na ótica da matemática e da física. Com o avançar do tempo, cria-se então a possibilidade de jogar em *multiplayer online* (BATISTA *et al*, 2007, p. 1-18).

A trapaça também sempre foi um fato social e com o advento da tecnologia ela apenas ganhou um novo *modus operandi*. Se antes, com elaborados recursos de física, química e até mesmo matemática, no século XXI com ciência da computação, programação e demais tecnologias.

Assim sendo, o uso de trapaças em jogos eletrônicos torna-se uma constante no século XXI. Não cabe neste artigo questionar o programador e sim o usuário, diante desta indagação elenca-se possibilidades do direito penal para fornecer um aparato jurídico-penal para o adequamento típico. Em especial, trabalha-se com as possibilidades de violação de direito do autor, violação da lei de software e por fim a figura do estelionato contida no Código Penal de 1944.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS JOGOS ELETRÔNICO EM SÍNTESE

A evolução histórica tem seu passo inicial em 1958 com o jogo *Tennis for Two*, uma inovação para os jogos que se tinha, vez que os jogos eram em tabuleiros, quadras ou com algum aparato que não eletrônico. *Tennis for Two* teve suporte na plataforma de

osciloscópio³ como tela, surgiu para chamar mais atenção dos visitantes na Brookhaven National Laboratory (BNL) em Upton, Nova York.⁴

Superado o primeiro jogo eletrônico, pesquisadores do *Massachusetts Institute of Technology* (MIT) criaram o primeiro jogo de fato de computador em 1961, 'Spacewar!' com uma física robusta, feita utilizando-se de alguns algoritmos. A linguagem de programação utilizada já era *Assembly*, uma linguagem de baixo nível⁵ que ainda é utilizada no século XXI.

Sequenciando o sucesso deste novo modo de jogar, entra-se na 'era fliperama', máquinas de uso público em que se utiliza fichas ou moedas para que a máquina entre em operação, neste período criou-se um suporte para jogar o já conhecido *Spacewar!*, este suporte teve nome de *Computer Space* e também ganhou o título de primeiro fliperama da história em 1971⁶.

Os criadores do *Spacewar!* viram a necessidade se de criar mais jogos para o fliperama, já que devido ao alto custo, teve venda de 1500 unidades. Desta necessidade, surge a empresa *Atari*⁷. Com o Atari teve-se o jogo *Pong* e possivelmente o primeiro 'plágio' de jogos, vez que o mecanismo de jogabilidade do *Pong* se parece muito com o jogo *Tennis for Two*⁸.

Surge então a empresa *Nintendo* e tem sucesso com o jogo *Donkey Kong*:

No final de 1979, eles começaram a desenvolver títulos originais menores, como *Monkey Magic* [agosto de 1979] e *Sheriff* [outubro de 1979], até o lançamento de *Donkey Kong* [agosto de 1981], desenhado por Shigeru Miyamoto sob a supervisão

3 Nota explicativa: osciloscópio é um aparelho que mede variações de tensão elétrica e mostram em uma tela catódica (algo próximo de um monitor) como essas variações atuam.

4 HIGINBOTHAM, William. **Tennis for two**: Analog computer/oscilloscope game. Upton, Stony Brook, Estados Unidos da América: Brookhaven National Laboratory. Disponível em: <https://www.sunysb.edu/libspecial/videogames/tennis.html>. Acesso em: 28. out. 2020.

5 BATISTA, Mônica de Lourdes Souza et al. Um Estudo sobre a Influência dos Jogos Eletrônicos Sobre os Usuários. **Revista Eletrônica da Faculdade Metodista Granbery**, v. 4, 2008. Disponível em: <http://re.granbery.edu.br/artigos/MjQ4.pdf>. Acesso em: 28. out. 2020. p. 2.

6 BATISTA, Mônica de Lourdes Souza et al. Um Estudo sobre a Influência dos Jogos Eletrônicos Sobre os Usuários. **Revista Eletrônica da Faculdade Metodista Granbery**, v. 4, 2008. Disponível em: <http://re.granbery.edu.br/artigos/MjQ4.pdf>. Acesso em: 28. out. 2020. p. 3.

7 **Understanding Media and Culture**: An Introduction to Mass Communication. Minneapolis, Estados Unidos da América: University of Minnesota Libraries Publishing. Disponível em: <https://open.lib.umn.edu/mediaandculture/chapter/10-2-the-evolution-of-electronic-games/>. Acesso em: 28 out. 2020. p. 408.

8 BATISTA, Mônica de Lourdes Souza et al. Um Estudo sobre a Influência dos Jogos Eletrônicos Sobre os Usuários. **Revista Eletrônica da Faculdade Metodista Granbery**, v. 4, 2008. Disponível em: <http://re.granbery.edu.br/artigos/MjQ4.pdf>. Acesso em: 28. out. 2020. p. 4.

de Gunpei Yokoi, que se tornou por de longe o jogo de arcade da Nintendo de maior sucesso [15].⁹

Entretanto o grande sucesso veio com o jogo Capcom Street Fighter II (Figura 1).



Figura 1: *Street Fighter II*¹⁰

O sucesso deriva do modo como o jogo foi animado: com uso de *sprites*. Essa tecnologia pode ser definida como:

Sprites são as imagens que dão vida ao seu personagem. Um sprite é um conjunto de fotos que dão a impressão de movimento do seu personagem. Quanto mais imagens, mais perfeitamente seu personagem andar, mas precisará de um maior processamento, o que pode deixar o game um pouco lento (não muito, pois *Fan Games* em 2D geralmente são muito pequenos). Você terá que fazer uma sequência de imagens pra cada ação que seu personagem irá fazer, desde andar, correr ou atirar objetos.¹¹

Street Fighter II revolucionou e popularizou o gênero de luta, tornando-se o jogo mais popular dessa década¹², considerando que o jogo foi lançado em 1991, ainda há um grande salto aos jogos do ano de 2020.

Têm-se então que há gerações de *consoles* popularmente conhecidos como videogames, não cabe ao presente trabalho esgotar cada uma delas, mas tão somente demonstrar como o videogame fez e faz parte da sociedade.

⁹ Traduzido de: "Towards the end of 1979, they started developing minor original titles such as *Monkey Magic* [August 1979] and *Sheriff* [October 1979], until the release of *Donkey Kong* [August 1981], designed by Shigeru Miyamoto under Gunpei Yokoi's supervision, which became by far the most successful Nintendo arcade game [15]. PICARD, Martin. The Foundation of Geemu: A Brief History of Early Japanese video games. *Game Studies*. v. 13. n. 2. Dez, 2013. Disponível em: <http://www.gamestudies.org/1302/articles/picard>. Acesso em: 28 out. 2020.

¹⁰ CLUA, E., BITENCOURT, J. Desenvolvimento de Jogos 3D: Concepção, Design e Programação. *Anais da XXIV Jornada de Atualização em Informática do Congresso da Sociedade Brasileira de Computação*, pp. 1313-1356, São Leopoldo, Brasil, Jul. 2005.

¹¹ POWER, Miles. *O que são sprites?*. 2007. Disponível em: http://web.archive.org/web/20070901000000*/http://www.powersonic.com.br/outros/fan_games/index.htm. Acesso em: 28 jul. 2020.

¹² Crudo *apud* BATISTA, Mônica de Lourdes Souza et al. Um Estudo sobre a Influência dos Jogos Eletrônicos Sobre os Usuários. *Revista Eletrônica da Faculdade Metodista Granbery*, v. 4, 2008. Disponível em: <http://re.granbery.edu.br/artigos/MjQ4.pdf>. Acesso em: 28. out. 2020. p. 2.

Tal fenômeno se observa a partir da transformação do computador, quando o equipamento passou a ter interface. Mas o que é interface? Em sentido simples, é a relação de interação entre usuário e computador através de um *software*. Interface atua como um intermediador, transformando em imagens conjuntos complexos de comandos, tornando assim uma parte sensível à outra.¹³

Mas, afinal, que é exatamente uma interface? Em seu sentido mais simples, a palavra se refere a softwares que dão forma à interação entre usuário e computador. A interface atua como uma espécie de tradutor, mediando entre as duas partes, tornando uma sensível para a outra.¹⁴ E é por isto que quando o computador passa a ter interface há um grande salto:

Nesse sentido, o termo computador é um tanto inadequado, já que a verdadeira inovação nesse caso não é simplesmente a capacidade de cálculo numérico (afinal, as calculadoras mecânicas precederam a era digital em muitos anos). A ruptura tecnológica decisiva reside antes na idéia do computador como um sistema simbólico, uma máquina que lida com representações e sinais e não com a causa-e-efeito mecânica do descaroçador de algodão ou do automóvel. Sob esse aspecto, os computadores têm certa semelhança superficial com tecnologias mais antigas — a prensa de Gutenberg, por exemplo, ou uma câmara de cinemascópio. Mas há uma diferença importante. Uma máquina impressora ou uma câmera lidam com representações como produtos finais ou resultados; são **máquinas representacionais porquanto imprimem palavras em papel ou registram imagens em filme**, mas os processos subjacentes são de natureza puramente mecânica. Um computador, por outro lado, é um **sistema simbólico sob todos os aspectos**.¹⁵

Seguindo a lógica proposta por Johnson, tem-se que o computador é capaz de trazer um conjunto ainda maior de imagens, vez que se baseia em interface e, portanto, tudo passa a ser parte do sistema simbólico.

Neste cenário, populariza-se a internet e a sociedade da informação se solidifica, criando uma complexa rede de compartilhamento de informações, modificando inclusive a forma como se consome.¹⁶

13 JOHNSON, Steven. **Cultura da interface**: como o computador transforma nossa maneira de criar e comunicar. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. Disponível em: <https://groups.google.com/forum/#!forum/digitalsource>. Acesso em: 28 out. 2020. p. 20.

15 JOHNSON, Steven. **Cultura da interface**: como o computador transforma nossa maneira de criar e comunicar. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. Disponível em: <https://groups.google.com/forum/#!forum/digitalsource>. Acesso em: 28 out. 2020. p. 20-21.

16 BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Atualidade do Conceito de Sociedade da Informação para a Pesquisa Jurídica. In: PAESANI, Liliana Minardi (coord.). **O direito na sociedade da informação**. 1. Ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 61-70.

3 A TRAPAÇA NOS JOGOS ONLINE E A NECESSIDADE DE ADEQUAMENTO TÍPICO

Dada a multidisciplinariedade do tema, opta-se por dividir o tópico 3 em duas etapas, sendo a primeira exclusivamente pra tratar de questões técnicas de programação (3.1) e então o tópico voltado para ciência jurídica com recorte em Direito Penal material (3.2).

3.1 CHEATER: CONCEITOS, TÉCNICAS

Trapaça, segundo o dicionário Michaelis, designa:

- 1 Manobra astuciosa empregada para iludir; cacha, galezia, treta: “Meteu a mão no bolso, tirou os cinco mil-réis que o Querido-de-Deus havia perdido anteriormente: – Toma, batuta. Tinha trapaça, eu não quero embolsar teu cobre...” (JA).
- 2 Acordo fraudulento para prejudicar a quem se empresta dinheiro.¹⁷

Em primeiro momento, sustenta-se a ideia de trapaça ou *chater* como sendo o ato de iludir ou fraudar, para então com o decorrer deste tópico, chegar em um conceito-estaque.

A trapaça em jogos *single-player* (jogador único) pouco afeta o entretenimento de terceiros, entretanto, quando em *multiplayer* (jogos de dois ou mais jogadores) os efeitos tendem aumentar¹⁸. A conduta da trapaça afeta a economia da indústria de jogos em geral e este será o foco deste tópico, os jogos *multiplayer*.

Para a construção desses mecanismos de trapaça, deve-se utilizar de um mecanismo chamado de ‘engenharia reversa’ (ER), apesar da dificuldade em qualificação do que é ER, pode-se dizer que:

Não há uma definição consensual do que seja ER. Mas as definições, variadas que sejam, comportam a observação de pelo menos duas etapas. Uma primeira se constitui na obtenção de informação que caracteriza e especifica o objeto da ação de ER, identificando seus componentes e seu padrão de inter-relacionamento. Na segunda, o objeto é representado em outra forma ou com um mais elevado nível de abstração. É uma atividade que não altera o objeto da ação. É um processo, como norma, não destrutivo, um processo de exame, não de modificação do objeto do exame.¹⁹

17 Verbete: Trapaça. MICHAELIS. Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. Dicionário on-line. 2020. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/trapa%C3%A7a/>. Acesso em: 28. out. 2020.

18 CONSALVO, Mía. **Cheating**: Gaining Advantage in Videogames. Londres: MIT Press, 2007. p. 107-110.

19 DIAS, Adriano Batista . Engenharia reversa: uma porta ainda aberta. **Produto & Produção, Porto Alegre**, v. 2, n. 1, p. 1-7, 1998. p. 2. Disponível em: http://www.abepro.org.br/biblioteca/enegep1997_t6109.pdf. Acesso em: 28 out. 2020.

Para ótica do direito penal, já se deve atentar a um fato, a ER é um mecanismo exploratório, com o fim de conseguir um grande número de informações daquilo que se investiga.

E os *cheater*, como são feitos? Uma boa hipótese e uma divisão precisam ser expostas: as trapaças dividem-se em *Hard-coded hack*; *driver hacks* e por fim *client hook*.

Hard-coded hack é a técnica mais simples de ser aplicada e consiste na alteração dos arquivos do *software* que acabam gerando consequências no jogo.²⁰ Este mecanismo então consiste ao usuário tomar ação de maneira consciente e substituir arquivos para ter benefício próprio.

Os *driver hacks* já são mecanismos de trapaça mais elaborados, trata-se da manipulação de outros *softwares* que processam informações do jogo.²¹ Comumente, utiliza-se ou OpenGL e/ou Direct3D ambos são *softwares* de API (Application Programming Interface, ou em português Interface de Programação de Aplicativos), conceitua-se:

OpenGL é definida como "um programa de interface para *hardware* gráfico". Na verdade, OpenGL é uma biblioteca de rotinas gráficas e de modelagem, bi (2D) e tridimensional (3D), extremamente portátil e rápida. Usando OpenGL é possível criar gráficos 3D com uma qualidade visual próxima de um *ray tracer*. Entretanto, a maior vantagem na sua utilização é a rapidez, uma vez que usa algoritmos cuidadosamente desenvolvidos e otimizados pela *Silicon Graphics, Inc.*, líder mundial em Computação Gráfica e Animação.²²

Ou seja, no *driver hacks* modifica-se a leitura que um terceiro programa faz, dentro do programa principal. Como exemplo, uma simples busca no site www.google.com.br com os termos: 'cheater opengl conter strike' e tem-se como resultado a imagem:

20 ZETTERSTRÖM, Joel. **A legal analysis of cheating in online multiplayer games**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) - School of economics and commercial law. Göteborg University, Gotemburgo - Suécia, 2005. Disponível em: <https://gupea.ub.gu.se/handle/2077/1948>. Acesso em: 20 set. 2020. p. 30.

21 ZETTERSTRÖM, Joel. **A legal analysis of cheating in online multiplayer games**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) - School of economics and commercial law. Göteborg University, Gotemburgo - Suécia, 2005. Disponível em: <https://gupea.ub.gu.se/handle/2077/1948>. Acesso em: 20 set. 2020. p. 30.

22 MANSSOUR, Isabel Harb. **Introdução à OpenGL**. Disponível em: <http://www.inf.pucrs.br/~manssour/OpenGL/index.html>. Acesso em: 28. out. 2020.

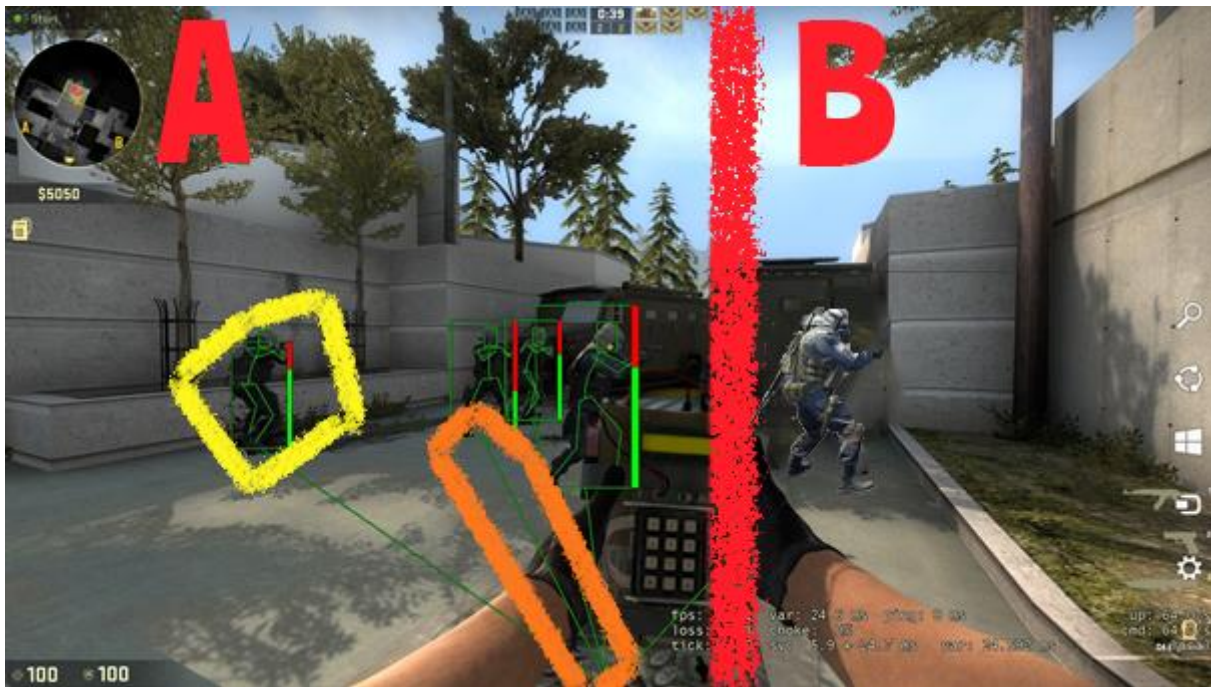


Imagem 2: adaptada do site unknownCheats.me²³

Foram feitas adaptações na imagem para que fique mais evidente o processo de trapaça. Primeiro, dividiu-se a cena em A e B riscando a cena na proporção de 3/5 com uma reta vermelha, sendo A com o uso da trapaça e sendo a B sem o uso da trapaça.

A marcação amarela foi feita pelo autor do artigo, somente para explicações. A marcação amarela representa um outro jogador, nota-se que há um retângulo verde que é o *sprites* (consultar explicação do tópico acima) do outro jogador, isto é feito partindo de um mecanismo de OpenGL. Outro fato importante a se notar é a altura da cabeça, dentro da marcação amarela, ela é feita por uma barra vertical, sendo a marcação verde o corpo do inimigo e a marcação vermelha a cabeça.

Por fim, há uma marcação inserida pelo autor do artigo em laranja para elucidar a respeito de uma linha verde. A linha verde representa a distância e a direção que os outros jogadores se encontram.

A importância de se ter claro o que são os *driver hacks* deriva-se do fato de que cada um desses mecanismos (*Hard-coded hack; driver hacks ;cliente hook*) pode significar um amoldamento penal diferente.

Por fim, a técnica de *client hook*:

Este cheat permite que o jogador carregue um "client-loader" ou um "injetor" quando o jogo é iniciado e injeta linhas de código diretamente na RAM, o que permite que

²³ UnKnoWnCheaTs. **Release| CS:GO OpenGL Overlay ESP**. Disponível em: <https://i.imgur.com/gVGkbY6.jpg>. Acesso em: 28. out. 2020.

os dados do jogo enviados de e para o servidor sejam manipulados diretamente na memória RAM, contornando o próprio jogo. Este hack não altera os arquivos permanentes do jogo, mas sim as cópias dos arquivos do jogo feitas na RAM necessária para executar o jogo.²⁴

Um exemplo deste tipo de aplicação é o *software Cheat Engine*:

um scanner de memória. Essa ferramenta faz uma leitura em toda região de memória da aplicação alvo procurando por valores especificados pelo usuário. Além de trazer os resultados esperados também apresenta uma estrutura do processo carregado na memória bem como o endereçamento de valores de tipo primitivo até estruturas complexas de objetos envolvendo diversos ponteiros.²⁵

No artigo citado acima é possível a completa compreensão de como funciona a técnica. Entretanto, na ótica jurídica deve-se analisar: o jogo é copiado temporariamente, escaneado e posteriormente injetado dentro dos arquivos temporários do jogo o artifício de trapaça.

3.2 O DIREITO PENAL E A DIFICULDADE DE ENQUADRAMENTO TÍPICO

Como explicado anteriormente, cada uma das técnicas pode enquadrar-se em um tipo penal específico. A técnica de *Client Hook* em termos jurídicos consiste no ato de o usuário, através de um *software* de terceiros, realizar (ainda que automaticamente) a engenharia reversa, compreender parâmetros pré-definidos do jogo, copiar, escanear e por fim modificar esses dados.

Trabalha-se então com a possibilidade de violação da Lei 9.609/1998, que “Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências.”²⁶

24 Tradução de: This cheat allows the player to load up a “client-loader” or an “injector” when the game is started, and injects lines of code directly into the RAM, which allows the game data sent to and from the server to be manipulated directly in the memory, bypassing the game itself. This hack does not change the permanent game files, but rather the copies of game files done in the RAM necessary to run the game. ZETTERSTRÖM, Joel. **A legal analysis of cheating in online multiplayer games**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) - School of economics and commercial law. Göteborg University, Gotemburgo - Suécia, 2005. Disponível em: <https://gupea.ub.gu.se/handle/2077/1948>. Acesso em: 20 set. 2020. p. 30-31.

25 CAYRES, Lucas Baltazar; QUERINO FILHO, Luiz Carlos. Demonstração de Técnicas de Manipulação de Memória de Aplicações em Execução. **Revista Eletrônica e-F@tec**. v. 6. n. 1, 2016. Disponível em: <http://fatecgarca.edu.br/ojs/index.php/efatec/article/view/97>. Acesso em: 28 out. 2020.

26 BRASIL. **LEI Nº 9.609, DE 19 DE FEVEREIRO DE 1998**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9609.htm. Acesso em: 28 out. 2020.

Observa-se o tipo penal:

Art. 12. Violar direitos de autor de programa de computador:

§ 2º Na mesma pena do parágrafo anterior incorre quem vende, expõe à venda, introduz no País, adquire, oculta ou tem em depósito, para fins de comércio, original ou cópia de programa de computador, produzido com violação de direito autoral.²⁷

Diante deste tipo penal, há necessidade de algumas ponderações: trata-se de um tipo penal de dolo, vez que não é prevista a figura da culpa. É um crime com a finalidade específica: 'para fins de comércio'.

O sujeito ativo é comum, ainda que se sustente a lógica de sujeito ativo qualificado do programador, tal hipótese aparente ser errônea, vez que como apresentado, diante da técnica *Client Hook*, quem aperta o botão para que aconteça não é (somente) o programador e sim o usuário.

Ao utilizar-se da técnica *driver hacks* torna-se mais complexa a adequação típica, isto porque basicamente o que a conduta do agente faz não modifica o jogo em si e sim um terceiro software, responsável pelo processamento da imagem.

Em uma analogia, seria como se um míope ao invés de usar uma lente para ajustar sua visão, instalasse no óculo um dispositivo para determinado tipo de resultado pretendido. Ele não modifica seu *input* (olhos para o exemplo, jogo para o paper), mas sim o *output* (visão de fato, jogo com alterações para o paper) com uso dos óculos.

Sendo assim, mostra-se ineficiente o mecanismo do artigo 12 apresentado acima, entretanto, o Código Penal brasileiro traz a figura típica do estelionato, prevista no artigo 171, que consiste: "Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:"²⁸ como traz o autor PIRIZATTO,

Estelionato advém de *stellio*, que identifica uma espécie de lagarto ou camaleão, que tem nas costas sinais em forma de estrela e que muda constantemente de cor em vista do ambiente em que se encontra, sendo ágil em suas investidas. Em face dessas constantes mudanças, o lagarto ilude os insetos de que se serve de alimento, enganando-os.²⁹

27 BRASIL. LEI Nº 9.609, DE 19 DE FEVEREIRO DE 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19609.htm. Acesso em: 28 out. 2020.

28 BRASIL. DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 28 out. 2020.

29 PIRIZATTO, João Roberto. **Dos crimes Contra o patrimônio**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 141.

O objetivo jurídico mais evidente é de proteção a inviolabilidade patrimonial, vez que se encontra no título de crimes contra o patrimônio, entretanto também se assegura a boa-fé, existindo segurança, fidelidade e veracidade dos negócios jurídicos, portanto, busca-se confiança nas relações negociais.

A vantagem torna-se ilícita pois há alteração na interpretação de um *software* para que advenha a vantagem, portanto, há ainda assim uma violação de *software* mas não do jogo e sim dos meios para que o jogo funcione corretamente (OpenGL e Direct3D).

Por fim, na técnica *Hard-coded hack* enquadra-se também no artigo 12 da Lei 9609/1998, pois há substituição dos arquivos e processamento original do jogo.

Conclusão

O presente trabalho não busca trazer soluções, mas discutir ainda de maneira inicial a possibilidade do enquadramento jurídico penal do usuário de trapaça em jogos eletrônicos.

Com o advento da sociedade da informação e massificação de consumo, evidencia-se que os jogos *online* são uma tendência mercadológica. Sabe-se que onde há dinheiro, há interesse em fraudes das mais diversas formas.

Defende-se, ao menos neste primeiro trabalho, que os três métodos possuem adequamento típico: no *Hard-coded hack* e no *client hook* há violação do dispositivo 12 da Lei de Proteção ao *Software*. Já para a técnica de *driver hacks*, aparentemente somente é possível o amoldamento na figura do estelionato, artigo 171 do Código Penal.

Por fim, espera-se que o presente trabalho tenha instigado o leitor das possibilidades que o uso de *cheater* possam ter no amoldamento penal, concluindo então que se faz necessário um maior aprofundamento em cada técnica apresentada.

Referências

BATISTA, Mônica de Lourdes Souza et al. Um Estudo sobre a Influência dos Jogos Eletrônicos Sobre os Usuários. **Revista Eletrônica da Faculdade Metodista Granbery**, v. 4, 2008. Disponível em: <http://re.granbery.edu.br/artigos/MjQ4.pdf>. Acesso em: 28. out. 2020.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 28 out. 2020.

BRASIL. LEI Nº 9.609, DE 19 DE FEVEREIRO DE 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19609.htm. Acesso em: 28 out. 2020.

CAYRES, Lucas Baltazar; QUERINO FILHO, Luiz Carlos. Demonstração de Técnicas de Manipulação de Memória de Aplicações em Execução. **Revista Eletrônica e-F@tec**. v. 6. n. 1, 2016. Disponível em: <http://fatecgarca.edu.br/ojs/index.php/efatec/article/view/97>. Acesso em: 28 out. 2020.

CLUA, E., BITTENCOURT, J. Desenvolvimento de Jogos 3D: Concepção, Design e Programação. **Anais da XXIV Jornada de Atualização em Informática do Congresso da Sociedade Brasileira de Computação**, pp. 1313-1356, São Leopoldo, Brasil, Jul. 2005.

CONSALVO, Mia. **Cheating: Gaining Advantage in Videogames**. Londres: MIT Press, 2007. p. 107-110.

DIAS, Adriano Batista . Engenharia reversa: uma porta ainda aberta. **Produto & Produção, Porto Alegre**, v. 2, n. 1, p. 1-7, 1998. p. 2. Disponível em: http://www.abepro.org.br/biblioteca/enegep1997_t6109.pdf. Acesso em: 28 out. 2020.

HIGINBOTHAM, William. **Tennis for two**: Analog computer/oscilloscope game. Upton, Stony Brook, Estados Unidos da América: Brookhaven National Laboratory. Disponível em: <https://www.sunysb.edu/libspecial/videogames/tennis.html>. Acesso em: 28. out. 2020.

JOHNSON, Steven. **Cultura da interface**: como o computador transforma nossa maneira de criar e comunicar. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. Disponível em: <https://groups.google.com/forum/#!forum/digitalsource>. Acesso em: 28 out. 2020.

MANSSOUR, Isabel Harb. **Introdução à OpenGL**. Disponível em: <http://www.inf.pucrs.br/~manssour/OpenGL/index.html>. Acesso em: 28. out. 2020.

MICHAELIS. **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. Dicionário on-line. 2020. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/trapa%C3%A7a/>. Acesso em: 28. out. 2020.

PAESANI, Liliana Minardi (coord.). **O direito na sociedade da informação**. 1. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PICARD, Martin. The Foundation of Geemu: A Brief History of Early Japanese video games. **Game Studies**. v. 13. n. 2. Dez, 2013. Disponível em: <http://www.gamestudies.org/1302/articles/picard>. Acesso em: 28 out. 2020.

PIRIZATTO, João Roberto. **Dos crimes Contra o patrimônio**. São Paulo: Saraiva, 1995.

POWER, Miles. **O que são sprites?**. 2007. Disponível em: http://web.archive.org/web/20070901000000*/http://www.powersonic.com.br/outros/fan_games/index.htm. Acesso em: 28 out. 2020.

Understanding Media and Culture: An Introduction to Mass Communication. Minneapolis, Estados Unidos da América: University of Minnesota Libraries Publishing. Disponível em: <https://open.lib.umn.edu/mediaandculture/chapter/10-2-the-evolution-of-electronic-games/>. Acesso em: 28 out. 2020.

UnKnoWnCheaTs. **Release] CS:GO OpenGL Overlay ESP.** Disponível em: <https://i.imgur.com/gVGkbY6.jpg>. Acesso em: 28. out. 2020.

ZETTERSTRÖM, Joel. **A legal analysis of cheating in online multiplayer games.** 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) - School of economics and commercial law. Göteborg University, Gotemburgo - Suécia, 2005. Disponível em: <https://gupea.ub.gu.se/handle/2077/1948>. Acesso em: 20 set. 2020.

UMA ANÁLISE SOBRE JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA NOS CRIMES CIBERNÉTICOS

Camilla Tavares de Albuquerque¹; João Marcelo Braga Fernandes Pedrosa²

RESUMO: O presente artigo trata dos crimes cibernéticos ou eletrônicos, mais especificamente das questões que giram em torno dos institutos da jurisdição e competência no que se relaciona a estes delitos. Primeiramente, optou-se por realizar uma breve digressão histórica e teórica acerca da sociedade da informação e seus conceitos visando compreender a trajetória da informação, enquanto instrumento para angariar, manter ou buscar poder (e dinheiro) nesta sociedade, até a sua utilização como instrumento da criminalidade. Após, aponta-se a evolução dos delitos para os meios digitais, inclusive apontando o crescimento dos casos de golpes pela internet durante a pandemia. A partir daí, foi feito um estudo por meio de metodologia hipotético-dedutiva, analisando as previsões normativas acerca da jurisdição e competência dos delitos e de sua teleologia por trás delas. Concluiu-se necessidade de fixação objetiva de competência quando em casos desta forma de criminalidade, sem depender do ativismo judiciário, sendo indispensável a internalização do Tratado de Budapeste.

Palavras-chave: Sociedade da Informação. Crimes Cibernéticos. Jurisdição. Competência.

AN ANALYSIS ON JURISDICTION AND COMPETENCE IN CYBER CRIMES

ABSTRACT: This article deals with cyber or electronic crimes, more specifically the issues that revolve around the institutes of jurisdiction and competence in relation to these crimes. First, it was decided to make a brief historical and theoretical digression about the information society and its concepts in order to understand the trajectory of information, as an instrument to gather, maintain or seek power, until its use as an instrument of criminality. Then evolution of crimes for digital media is pointed out, including the growth of cases of scams over the internet during the pandemic. From there, a study was carried

1 Mestranda em Direito na Sociedade da Informação pelas Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU) (2020 - 2021).
Graduada em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2011). Delegada de Polícia de São Paulo.

2 Mestrando em Direito na Sociedade da Informação pela FMU (2020 - 2021). Pós-graduado em Ciências Penais, Direito e Processo Penal pela Uniderp-LFG (2010). Graduado em Direito pela UCAM do Rio de Janeiro (2008). Delegado de Polícia de São Paulo.

out using hypothetical-deductive methodology, analyzing the normative predictions about the jurisdiction and competence of the crimes and their teleology behind them. It was concluded that there is a need for objective determination of jurisdiction when in cases of this form of crime, without depending on judicial activism, it is essential to internalize the Budapest Treaty.

Keywords: Information Society. Cyber crimes. Jurisdiction. Competence.

Introdução

Em uma expressão simples, mas extremamente complexa, Barreto Junior afirma que o direito é um fato social. Sob essa perspectiva, análises voltadas aos estudos do ordenamento jurídico e de seus aspectos dogmáticos e normativos não devem prescindir de perspectivas ou pontos de vistas que façam um recorte do fenômeno jurídico no seu contexto histórico, social, cultural e econômico (2015).

É inegável, deste giro, o fato de que o transcorrer do século XXI tem apresentado ao mundo um novo estágio do desenvolvimento histórico, econômico, cultural, social, jurídico e político, estágio este chamado por Manuel Castells de sociedade em rede (2002).

É, porém, fortemente difundida a visão de que o avanço tecnológico da sociedade em rede propicia inúmeras benesses. O que não se pode olvidar é que, apesar disso, também, dialeticamente, provoca vicissitudes na sociabilidade humana e desafios à normatividade jurídica.

Recorrendo uma vez mais a Barreto Junior, o autor ainda afirma, que a evolução da comunicação permitiu a aproximação humana de maneira nunca antes vista; contudo, há também uma acentuação das desigualdades para os que não se utilizam ou não estão habituados com as ferramentas deste arcabouço tecnológico. Para o autor, este avançar tecnológico irrefreável “provoca novos contornos ao debate sobre a dicotomia entre benefícios da circulação irrestrita de informações e o direito à preservação da intimidade, inclusive o direito a não informação e ao não saber”. (BARRETO JUNIOR, 2015. p. 100-127).

Outro ponto que provoca controvérsia é a necessidade ou não de novas legislações para responder aos conflitos provocados por esta sociedade organizada em rede. Ascensão indagava: perante esta nova realidade, qual deverá ser a posição do Direito e quais os caminhos que o Direito terá que percorrer para permitir que, de uma forma justa, fornecedores de serviços, autores e usuários se beneficiem deste novo mundo? (ASCENSÃO, 1999, p.6)

A pontuar essas questões, temos o fato de que o Brasil é hoje o segundo país no mundo em casos de crimes eletrônicos/cibernéticos (sejam eles próprios ou impróprios), afetando cerca de 62 (sessenta e dois) milhões de pessoas e causando prejuízos na casa dos

22 (vinte e dois) milhões de dólares³, o que, por si só, aponta a necessidade de um estudo aprofundado acerca das alterações legislativas e sociais necessárias com a finalidade de coibir tais práticas delituosas e viabilizar a punição dos criminosos e uma melhor e mais sadia utilização das redes de comunicação, por conseguinte.

Não restam dúvidas de que hoje e, sobretudo no futuro, a vida humana continuará se expandindo sobre o ciberespaço e com isso os órgãos públicos, em especial aqueles destinados à solução de conflitos, como a Polícia Judiciária (investigativa), o Ministério Público, o Legislativo e o Judiciário, terão de estar preparados para tanto, com mecanismos eficazes para atender as demandas que lhes sejam impostas.

O presente estudo tem como escopo inicial, então, compreender a trajetória da informação, enquanto instrumento para angariar, manter ou buscar o poder na sociedade da informação, analisando o contexto especialmente a partir da década de 90, quando a internet se popularizou, até passarmos a investigação de sua utilização como instrumento da criminalidade. A partir daí, pretende-se analisar algumas questões relacionadas à jurisdição e competência no campo penal, no que tange à prática de crimes cibernéticos ou eletrônicos, conforme a terminologia que se prefira adotar.

Epistemologicamente, o estudo adota a linha investigativa jurídico-sociológica, que se propõe a compreender o fenômeno jurídico no ambiente social amplo, em especial, no que se relaciona à análise da informação enquanto fenômeno sociocultural, eis que sob esta perspectiva trata-se de um conceito intimamente ligado à noções da antropologia e, como dissemos, da economia. O que se busca, portanto, é a compreensão do direito como variável dependente da sociedade e do corte temporal em que está inserido, preocupando-se com a facticidade do Direito dentro das relações contraditórias e dialéticas que estabelece com os demais campos do conhecimento, tais como: o sociocultural, o político e o antropológico (GUSTIN; DIAS, 2006, p. 20-25).

1. A CONVERGÊNCIA TECNOLÓGICA, A SOCIEDADE EM REDE E O NOVO PADRÃO DE SOCIABILIDADE HUMANA

Acerca do contexto em apreço, Barreto Junior aduz que o processo do surgimento da sociedade em rede decorreu de três fenômenos inter-relacionados, que responderam pela gênese dessa transformação, quais sejam: a) a convergência da base tecnológica – possibilidade de poder representar e processar qualquer informação de uma única forma, a digital. Essa convergência teve profundas implicações no processo de mundialização da

3 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Crimes pela internet, novos desafios da jurisprudência.** Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-06-17_06-57_Crimes-pela-internet-novos-desafios-para-a-jurisprudencia.aspx Acesso em 20 out. 2020.

economia, das telecomunicações e dos processos sociais, pois, sem uma padronização tecnológica mínima, este novo paradigma de sociedade seria inimaginável; b) a dinâmica da indústria – proporcionou contínua queda nos preços dos computadores, insumos tecnológicos, softwares, componentes de redes, permitindo maior acessibilidade à integração na rede; e c) o crescimento e expansão da internet: aumento exponencial da população mundial com acesso à rede e evolução da conectividade internacional. (BARRETO JUNIOR, 2007).

Sobre essa questão da reorganização do sistema capitalista, os Professores Fiorillo e Oosterbeek (2012) afirmam que o século XIX globalizou a economia. Já o século XX globalizou as finanças e o conhecimento, e viveu as tensões entre estes. Para o século XXI, Castells afirma que experimentaremos um período de substantivas mudanças tecnológicas concentradas nas tecnologias da informação que remodelarão a base material da sociedade, formatando novas formas de relação entre a economia, o Estado e a sociedade, mais do que isso, expandindo as transformações verificadas no cenário mundial com o advento dos avanços tecnológicos para outras searas como a economia, as relações sociais, a cultura, e todas as mais diversas relações que envolvam a humanidade”. (CASTELLS, 2002, p. 54)

Sob a égide deste novo paradigma de sociedade que se desenhava, a partir da década de 90, foi que a internet popularizou-se em todo o mundo e, com o advento da *web*, surgiram questões importantes sobre qual seria a forma ideal de regular esse “novo mundo” denominado naquele momento de ciberespaço. O ponto principal dos questionamentos era permitir que as liberdades individuais fossem garantidas e respeitadas, porém por outro lado, dentro de um ambiente de desenvolvimento e interações constantes, fosse salva-guardada a possibilidade de responsabilização de possíveis ilícitos que viessem a ocorrer.

A formatação da sociedade em rede propiciou a interação em tempo real por intermédio das redes de computadores que crescem de forma exponencial, disseminando formas e canais de comunicação que moldam as relações sociais e, simultaneamente, são moldados e formatados por estas.

As telecomunicações, até então eficazes para aproximar culturalmente nações e indivíduos, foram submetidas a uma abrangente transformação de paradigmas, especialmente no que se refere aos meios de comunicação de massa. Essa mudança não consiste apenas no fato de que, até meados do século XX, as telecomunicações circunscreviam os indivíduos, majoritariamente, ao papel de mero receptor passivo de informações, publicidade e mensagens de cunho publicitário e, mesmo, político e ideológico. Em verdade, com a Internet, essa lógica é significativamente subvertida. Criase, no cidadão usuário da rede, um poderoso polo ativo na produção e disseminação de informações e de conteúdo, em escala planetária, relacionados aos mais diversos assuntos, desde a cultura, religião e lazer, até mesmo em relação à política e cidadania.

O mesmo processo de protagonismo humano se verifica, também, no que concerne à criminalidade, que hoje, em especial em tempos pandêmicos, passa a ter lugar, em grande parte, através de meios eletrônicos. Refere-se, aqui, não só aos crimes propriamente cibernéticos, isto é, aqueles em que o dispositivo informático é imprescindível para o cometimento do delito, sem o qual o crime torna-se impossível (Art.17 do CP), mas também àqueles impropriamente cibernéticos ou eletrônicos, a saber: que podem ser cometidos por meio da internet e através de um dispositivo informático ou não, como é o caso dos crimes patrimoniais de furto e estelionato, tão comuns nos dias atuais.

Sob este prisma, o que se observa é que, as tecnologias da informação podem ser utilizadas em benefício das políticas públicas e das pessoas, tanto quanto é possível que sejam utilizadas para fazer o mal e para o cometimento dos mais variados delitos. Sobre o aspecto positivo, apenas para citar um exemplo, algumas prefeituras já contam com sites e até mesmo páginas em redes sociais, que permitem o controle externo das licitações e contratos públicos pelo cidadão através da internet, em tempo real. Outras entidades contam com bolsas eletrônicas de compras (as BEC's) no sistema de pregão eletrônico ou outras modalidades licitatórias previstas na lei de licitações (Lei nº 8.666/93), as quais permitem lances em ambiente virtual, também pela rede mundial de computadores, com fiscalização *on time* pelos administrados e outros interessados.

Por outro lado, é preciso ressaltar que na sociedade em rede, novo estágio do desenvolvimento do capitalismo, a informação desenvolve o caráter de mercadoria. E essa característica, aliada ao surgimento e disseminação em escala mundial de redes sociais, faz com que o cidadão digital, de forma advertida ou inadvertida, termine por divulgar aspectos da sua esfera íntima em meio eletrônico, situando a vida humana em novos patamares de visibilidade e exposição daquilo que, antes, ficava adstrito ao círculo privado. É a tirania da exposição, que se apresenta não somente pelo prazer de exhibir-se nas redes, mas também é fundada em mecanismos ocultos com objetivo econômico.

Atualmente, muitas de nossas necessárias interações em rede exigem o fornecimento de dados pessoais de altíssimo valor financeiro para as empresas que as possuem – seja para a indústria real, seja para a indústria do crime. O vazamento desses fatos e/ou dados, invariavelmente, se apresentará como um risco, seja à vida, à integridade física ou à higidez econômico-financeira das pessoas, o que demandará atenção do poder público para determinar não apenas formas de solucionar questões da criminalidade eletrônica, mas outras questões com ela relacionadas e indissociáveis destas, tais como a jurisdição, a atribuição e a competência dos órgãos de persecução criminal. Uma vez que os delitos, agora, passam a ser cometidos através da internet.

Segundo Augé, tem-se o cometimento de crimes em um “não lugar” (Augé, 1994)⁴.

2. JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA NOS CRIMES CIBERNÉTICOS: A APLICAÇÃO DA LEI COMO LIMITE AO PODER-DEVER DE DIZER O DIREITO

Chega-se assim, na seara do que, de fato, se propõe a debater neste artigo, uma melhor visão sobre a jurisdição e a competência no espaço virtual. No entanto, para uma melhor compreensão do tema, analisaremos breve e separadamente os institutos da jurisdição e da competência.

A doutrina menciona que o conceito de jurisdição, advindo do latim, provém de uma expressão naquele idioma que seria o *jus dicere* (ou *iures dictio*), isto é, o poder atribuído a uma entidade ou autoridade de proferir uma determinada decisão, firmando o que fosse o certo, correto e direito. Segundo, Távora e Alencar, trata-se, do “poder-dever do Estado-Juiz de aplicar o direito ao caso concreto” (2013, p.239).

Diz, ainda, a doutrina, que “como a autotutela foi banida, em regra, do ordenamento jurídico, coube ao Poder Judiciário, a missão constitucional de certificar o direito, dirimindo as demandas que lhe são apresentadas” (DEMO, 2005, p. 59). E mais, com a jurisdição monopolizada pelo estado, o juiz atua substitutivamente (Chiovenda), isto é, no lugar dos titulares dos direitos conflitantes, aplicando o direito objetivo. É, aliás, por esse motivo que se costuma dizer que a jurisdição está abarcada pelos Princípios da substitutividade e da inafatibilidade das decisões. (*apud*. MARQUES, 2000, p.7).

Mirabete, por sua vez, nos ensina que como poder soberano do Estado, a jurisdição é una (Princípio da Unidade da Jurisdição) e, investido do poder de julgar, o juiz exerce a atividade jurisdicional (MIRABETE, 1999, p. 36). O que, no entanto, não significa dizer que um mesmo juiz possa processar e julgar todas as causas. É sabido que nem todos os juízes podem julgar todas as causas e que a jurisdição não pode ser exercida ilimitadamente por qualquer juiz. O poder de julgar é distribuído por lei entre os vários órgãos do Poder Judiciário, através da competência.

Diz-se, por esse motivo, que todo magistrado é dotado do poder da jurisdição, isto é, detém o poder de julgar, porém, diante da grande variedade de demandas, o legislador

4 Um dos maiores problemas para a Doutrina que cuida da jurisdição e da competência no caso dos chamados crimes cibernéticos/eletrônicos, está no fato de que esses crimes são cometidos em um “espaço” que é: abstrato; sem identidade física; e ausência de fronteiras territoriais. Então, a tratar deste espaço, do chamado “cyberespaço”, temos que levar em consideração o fato de que neste lugar (não-lugar), não vigoram conceitos de: soberania e competência territorial. Augé afirma que a rede promove a diluição das fronteiras geográficas mas também a geração de novos territórios, identidades e práticas sociais. Lugares e Não lugares. (AUGÉ, 1994).

as distribui entre os vários órgãos jurisdicionais, levando em consideração critérios determinados. Essa distribuição, que autoriza e limita o exercício do poder de jurisdição do juiz no caso concreto, é chamada de competência.

A competência, assim, passa a ser um critério legal de administração eficiente da atividade dos órgãos jurisdicionais, definindo previamente a margem de atuação de cada um. Nas palavras de Tourinho Filho, “âmbito legislativamente delimitado, dentro do qual um órgão exerce seu poder jurisdicional” (2003, p. 218).

Ocorre que para determinar a competência e definir a autoridade competente, necessário se faz realizar o estudo e a análise dos parâmetros apontados pelos diplomas legais para distribuir, para cada uma das autoridades judiciais, sua parcela de atuação. Nesse sentido, o legislador processual penal utiliza, na forma do art. 69 do Código de Processo Penal, três critérios principais, quais sejam: o critério *ratione materiae*, *ratione personae* e *ratione loci*.

Os dois primeiros critérios (que não serão objeto de análise), são aqueles que objetivam identificar o juízo competente, respectivamente, levando-se em conta a matéria ou natureza da infração (v.g. um crime eleitoral será processado e julgado perante a Justiça Eleitoral) e a “pessoa” ou a função desempenhada pelo sujeito ativo do delito. Este último critério aquele que se convencionou chamar foro por prerrogativa de função (a exemplo da previsão do art. 102, I, “b” da CF/88) que determina ser da alçada do Supremo Tribunal Federal o julgamento do Presidente da República, no caso da prática de infrações penais comuns).

Já o terceiro critério, aquele que será efetivamente analisado (previsto nos incisos I e II do art. 69 do CPP), visa identificar o juízo territorialmente competente, considerando como parâmetros o local da ação ou omissão, o local da consumação do delito, o domicílio ou residência do réu ou até mesmo a prevenção.

Nesta toada, o Código Penal, em seu art. 6º, determina que se considera praticado o crime no lugar em ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado. Pela leitura do artigo, observa-se que a teoria adotada pelo referido código foi a teoria da ubiquidade, que considera como lugar do crime tanto o local da ação quanto da consumação.

Não se pode olvidar, no entanto, que o artigo 70 do CPP (e seus parágrafos), define que a competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução. É a clássica aplicação da teoria do resultado, para a qual adquire grande relevância a apuração precisa do momento consumativo do crime e, por consequência, do local onde o agente preencheu todas as elementares do tipo (art. 14, I do CP).

Quanto à aparente divergência constatada da redação dos referidos dispositivos, a doutrina é mais ou menos pacífica em afirmar a ausência de conflito real. Nesse sentido, aponta-se que o Código Penal, em seu art. 6º, estabelece uma regra para delitos transnacionais, enquanto, para crimes nacionais, ou seja, praticados totalmente no interior do território brasileiro, aplica-se, como regra, o art. 70 do Código de Processo Penal. A construção interpretativa é sistemática e juridicamente sustentável, sobretudo por questões de soberania nacional, ou seja, para fins de admitir que delitos possam ser apurados pelo país ainda que parcialmente praticados fora do território nacional. Assim, reconhece-se que, ainda que um crime tenha apenas um de seus atos executórios ou tão somente seu resultado em território nacional, poderá submeter-se à lei interna, admitindo a persecução penal pelo Estado brasileiro.

Nesse sentido é o entendimento de Eugenio Pacelli de Oliveira, ao apontar que “em relação às leis processuais, nenhuma dificuldade: aplica-se, por óbvio, o princípio da *territorialidade*. As hipóteses de *extraterritorialidade* constituem matéria de Direito Penal (...) *Processo* é instrumento da jurisdição. Assim, somente se aplica o nosso processo penal em sede da jurisdição *brasileira*”. (OLIVEIRA, 2010, p. 23). Renato Brasileiro de Lima é ainda mais claro nesse sentido, informando que “enquanto o dispositivo do art. 70, do CPP tem como destinatário os crimes praticados, integralmente, dentro do território brasileiro, o art. 6º do CP funciona como uma regra para a aplicação da norma penal no espaço, ou seja, quando o crime atingir mais de uma nação” (LIMA, 2013, p. 493).

Delimitado o tema com os argumentos e as explanações sobre como se dá a aplicação da lei penal no espaço físico, passamos, então, a analisar como cerne deste artigo, o tema do chamado espaço virtual (ou ciberespaço), para assim determinar como aplicar a lei penal sobre ele.

3. COMPETÊNCIA E CIBERESPAÇO: ENTRE A DOCTRINA E A PRÁTICA

Se, no entanto, uma definição teórica é possível e se alicerça em institutos razoavelmente sólidos, é de se reconhecer a existência de enormes dificuldades inerentes à aplicação de tais conceitos ao contexto da atual modernidade líquida (BAUMAN, 2001). É que nessa sociedade o direito se depara com a complexidade das tecnologias digitais e as inúmeras possibilidades de condutas humanas dela decorrentes, como releva Wendt (2015, p. 255):

E é justamente essas múltiplas possibilidades que preocupam, pois que as decisões judiciais e, previamente, as regras normativas, não consigam acompanhar/compreender o ritmo das inovações da sociedade digital, sucessora ou

integrante da denominada “Sociedade da Informação”, onde as relações sociais são medidas pela tecnologia digital.

Marcia Regina Sawaya, em seu *Dicionário de Informática e Internet*, define espaço virtual (cyberspace, na versão norte americana), como sendo um espaço virtual criado por sistemas de computador. Para a autora, o ciberespaço tem como uma de suas características a sua elasticidade ou extensão, uma vez que abrange desde os mundos da realidade virtual até simples mensagens de correio eletrônico (SAWAYA, 1999, p. 110).

Diversamente é a definição do doutrinador espanhol Ramón J. Mole, que desconhece a abrangência da rede de comunicações pela ideia de território (2000, p. 22):

(...) o espaço virtual em si mesmo obviamente não é um território, é na realidade um fluxo de informações que se configura na forma de uma rede de comunicações. (...) Na idéia de território não está implícita a idéia de rede, pois a rede, como território, se configura na idéia de localização de informações, isto é, a idéia de onde buscar tais informações. A informação na rede é a base da idéia deste território, deste ciberespaço.

Da mesma forma, reconhecendo as dificuldades advindas da fixação de competência nos cibercrimes, releve-se o posicionamento de Christiany Pegorari Conte (2014, p. 157):

Nesse sentido, surge a problemática da fixação da competência nos crimes informáticos, tendo como fator inovador e relevante o ciberespaço, que extrapola as demarcações territoriais dos Estados, carreando na dificuldade em se definir qual a lei aplicável, bem como qual país poderá exercer a jurisdição, quando estamos diante de um delito perpetrado em ambiente virtual, cujo iter criminis tenha se desenrolado em diversos lugares do mundo, através da rede mundial de computadores.

Para além dos vazios normativo-típicos e dos malabarismos de subsunção para reconhecer a ilicitude de condutas praticadas por meio da internet ou no bojo desta, é de se ver as inúmeras problemáticas que surgem ao se tentar determinar o lugar em que se dará a persecução penal dos crimes virtuais.

A competência dos crimes informáticos é uma questão tão sofisticada quanto pouco explorada e, além de conhecimento teórico do instituto processual penal, exige um esforço de raciocínio que tenha por base não só o direito objetivo e subjetivo, suas fontes e hermenêutica, mas, sobretudo, a consciência acerca da necessidade de reler ou reinventar o ordenamento à luz da Sociedade da Informação.

Não é novidade que a premissa fundamental que deve ser encabeçada pelos aplicadores da lei – já há muito denunciada pelo escopo social do processo (como alardeado por Cândido Rangel Dinamarco) – é a da pacificação social, elemento indissociável da efetividade da jurisdição. Ainda assim, os desafios são inúmeros e, para demonstrá-los, será

brevemente exposto um exemplo corriqueiro de crime informático, mas cuja definição de competência pode gerar inúmeras controvérsias.

É o caso do crime de estelionato praticado por meio de plataformas virtuais bancárias, em que um valor é obtido a partir da conta bancária da vítima, dirigindo-se a uma conta bancária destinatária em outro local. A depender do modo de obtenção da vantagem indevida, sendo ela concedida pela vítima, mediante fraude ou subtraída pelo agente delitivo, a conduta praticada poderá se subsumir aos tipos penais de furto qualificado pela fraude ou estelionato. Supõe-se, no caso em apreço, observou-se que a conduta do agente melhor se encaixa nas definições do estelionato, delito que, neste caso, adentra a classificação dos crimes impropriamente eletrônicos, já que pode ser praticado tanto no mundo “real” como no mundo virtual, valendo-se da *web* como meio.

Necessário será, então, ponderar que o processo de obtenção da vantagem ilícita pode ter sido realizado totalmente de modo virtual, enquanto que o valor pode vir a ser sacado fisicamente em local diverso. É possível, porém, que antes do efetivo saque – se esta for a hipótese – o valor tenha sido objeto de processos de lavagem, passando por diversas contas bancárias fantasmas ou não, de pessoas físicas ou jurídicas, em diferentes locais (em uma das técnicas possíveis, chamada de “*smurfing*”). Sopesse-se, ainda, a hipótese de ocorrência de lavagens de capitais mais sofisticadas, em cujo curso o valor costuma ser transferido para empresas estrangeiras ou bancos em paraísos fiscais. Em tais casos, o valor retornaria ao país posteriormente, por meio de doleiros ou de obtenção de patrimônio imobilizado, ou de investimento de qualquer natureza. Nessa situação, pergunta-se: qual será o foro competente para investigar, processar e julgar o crime?

Ainda que afastada a hipótese de delito transnacional, é de se reconhecer absolutamente insuficiente invocar a regra do art. 70, do Código de Processo Penal, que adota a teoria do resultado, como se verá adiante. Advirta-se, de antemão, que o Superior Tribunal de Justiça recentemente tentou uniformizar a orientação de competência em tais casos, estabelecendo como foro competente aquele do local da obtenção da vantagem indevida (CC 169.053/DF, j. 11/12/2019), o que parece, outrossim, pouco elucidativo. Em verdade, o entendimento do STJ foi hesitante por muito tempo e se alterou substancialmente com o passar dos anos a esse respeito, sendo certo que a simples adequação típica de condutas aparentemente similares ao crime de furto mediante fraude ou estelionato tem sido condição suficiente para alterar a competência.

Insta considerar, ademais, como já dito, que a vantagem indevida, nos delitos de estelionato perpetrados por meio de transferência bancária, normalmente é objeto de diversas transferências bancárias antes de um eventual saque ou utilização pelo autor, que se dá após a estruturação do capital ou a utilização de outro (ou outros) mecanismo de lavagem. Dada esta circunstância, ainda que o crime tenha se consumado quando da

transferência para a conta de um terceiro, de nada interessa à investigação o local desta conta fantasma, onde não se situa nem o prejuízo da vítima, nem a vantagem do autor. Estabelecer como competente o local da primeira conta bancária ou da transferência seria, de fato, um desserviço à persecução penal.

Nada obstante, ao que tudo indica, o próprio STJ, ao firmar seu entendimento, não pretendia que essa fosse a solução do dilema, ao declarar que “só há falar em consumação, nas hipóteses de transferência e depósito, quando o valor efetivamente ingressa na conta bancária do *beneficiário da fraude*” (CC 169.053/DF, j. 11/12/2019, grifo nosso). De fato, o titular da primeira conta bancária em que o valor foi creditado não é o beneficiário da fraude, ainda que a ela possa ter acesso. Na prática, a regra é que esta conta que primeiro suporta o recebimento dos valores são muitas das vezes titularizadas por pessoas que delas sequer tem conhecimento.

Vamos além. Ainda que se suponha que o beneficiário da fraude foi quem abriu a conta bancária, dada a atual possibilidade de fazê-lo remotamente, por meio da internet, dificilmente isto ficará comprovado. Por mais que, num estado ideal de coisas, isto venha a ser comprovado em dado momento, não é de se esperar que a investigação do delito seja condicionada a outra investigação prévia acerca da conta beneficiária, num retorno ao infinito – ou até a prescrição.

Considere-se, ainda, a possibilidade de que a transferência bancária para fins de lavagem tenha sido quase instantânea, ou seja, logo após ter acesso ao valor, tenha ele sido transferido imediatamente para três contas bancárias, e assim sucessivamente, no intuito de ocultar a vantagem. Ainda que seja possível afirmar que o estelionato, em si, já tenha se consumado com a primeira transferência, o certo é que a exiguidade temporal aponta para a necessidade de se reconsiderar a regra de que se aplicaria à competência *in casu*, ao local da obtenção da vantagem ilícita. Se o fim último da teoria do resultado exposta no art. 70 do CPP é favorecer a coleta probatória, não há sentido em admitir como local do crime aquele de contas bancárias que são claramente “de passagem”. Não fosse isso, ainda que assim se entenda, por mera exegética, outra celeuma se imporá: onde será apurado o delito de lavagem de capitais? Em foro diverso do estelionato (ainda que se tratando de seu crime antecedente)? O crime é instantâneo e se consuma com a mera ocultação, portanto, qual seria o local competente para persegui-lo criminalmente?

Se a prática dos criminalistas é tormentosa por si, o certo é que se torna ainda mais árdua na tentativa de reduzir complexidades fáticas num mundo hipercomplexo e de tão numerosas possibilidades. O exemplo dado é corriqueiro e nem sequer adentra as searas dos crimes mais sofisticados e que exigem grande conhecimento técnico, tais como é o caso daqueles praticados por meio de invasões hackers ou mesmo aqueles praticados em larga

escala e envolvendo bens jurídicos ainda mais valiosos, como é o caso dos tão discutidos crimes de ciberterrorismo ou de ciberguerra.

Como já apontava Nelson Hungria estelionato é um crime que existe, faticamente, tal como descrito, há muito⁵, assim como a lavagem de capitais e, ainda hoje, sob o ponto de vista da competência, não ostenta soluções prontas – ou, para ser menos otimista, solução alguma.

Na ausência de regulamentação sólida acerca da matéria, a solução tem sido buscada a nível jurisprudencial. É o caso, por exemplo, do entendimento firmado pelo STJ no Conflito de Competência nº 145.576/MA, em que se pacificou que, em casos de furto mediante fraude mediante transferência bancária realizada pela internet, sem o consentimento da vítima, a consumação do delito se dá no local da agência onde o correntista possui a conta fraudada, a isto significa dizer, no local onde ocorreu a subtração da *res*, numa aplicação direta da teoria do resultado (na forma do art. 14, I do CP). O intuito da fixação do local consumativo, no presente, foi justamente delimitar a competência para a persecução penal correspondente.

Ocorre que analisados outros precedentes do STJ, como aquele do Conflito de Competência nº 156.284/PR, observa-se a aplicação de outras regras de competência, sem qualquer uniformidade, como no julgado em questão, no qual foi definido que o foro competente para a apuração de delito de ameaça praticado por meio do aplicativo WhatsApp ou da rede Facebook é aquele do local em que a vítima tomou conhecimento do teor das mensagens. Do caso concreto se depreende a incidência da Lei nº 11.340/06 (Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher) e, no seu bojo, restou decidida a competência para o conhecimento das medidas protetivas de urgência, levando em conta, sobretudo, o intuito do legislador não apenas em repreender o agressor, mas mormente de dotar a mulher, como parte vulnerável, de mecanismos de céleres e protetivos, preventivos e assistenciais. E em que pese a boa vontade do órgão julgados, não se pode ignorar que neste mundo altamente globalizado, a vítima pode tomar conhecimento das ameaças em qualquer lugar, inclusive em local distante de sua residência, o que prejudicaria enormemente a aplicação dos institutos de proteção.

Já no Conflito de Competência 133.534/SP, o tribunal superior firmou posicionamento acerca da conduta de criação de sites na internet para comercializar mercadorias que jamais seriam entregues. Primeiramente, optou-se pela adequação típica da conduta a crime contra a economia popular (art. 2º, IX, da Lei nº 1.521/51) e associação

5 Nas palavras do criminalista, “as relações multiformes do mundo econômico da civilização moderna propiciam a proliferação de criminosos astutos que, sem se utilizarem de violência, lesam o patrimônio de outrem, de forma sagaz, com o emprego dos mais variados meios fraudulentos” (HUNGRIA, 1954, p.162).

criminosa (art. 288, CP). A partir daí, verificada a conexão teleológica, aplicou-se a regra do art. 78, II, *a*, do CPP, qual seja, a fixação da competência no local da infração à qual é cominada pena mais grave.

É de se ressaltar, ainda, a tentativa de solucionar eventuais conflitos de competência assentada por Vladimir Aras⁶:

Se o agente atribui a outrem um fato tido como criminoso e lança essa declaração na Internet, a ofensa à honra poderá ser lida e conhecida em qualquer parte do mundo. Qual será então o foro da culpa? O local de onde partiu a ofensa? O local onde está o provedor por meio do qual se levou a calúnia à Internet? O local de residência da vítima ou do réu? Ou o local onde a vítima tomar ciência da calúnia?

Por equiparação, poder-se-ia aplicar ao fato a solução dada pela Lei de Imprensa (art. 42 da Lei Federal n. 5.250/67), que considera competente para o processo e julgamento o foro do local onde for impresso o jornal.

(...)

Esse dispositivo resolve conflitos de competência entre juízos situados em comarcas diferentes, no mesmo Estado ou em Estados diversos, a partir da consideração do provedor (de acesso ou de conteúdo) como ente equiparado a empresa jornalística. Bem trabalhado, o princípio pode ser adequado aos crimes transnacionais, ainda que cometidos por meio da Internet, bastando que se considere como local do fato aquele onde estiver hospedado o *site* com conteúdo ofensivo.

(...)

Como alternativa à fórmula da Lei de Imprensa, assinale-se o art. 72 do Código de Processo Penal que estabelece a competência do foro de domicílio do réu, quando não for conhecido o lugar da infração

Assim, vê-se que os critérios utilizados para fixação da competência são os mais diversos, variando conforme as especificidades do caso concreto. O que não se pode perder de vista, no entanto, é que a fixação de entendimentos jurisprudenciais *a posteriori* e de forma tão assistemática – como parece vir ocorrendo – não é causa, apenas, de insegurança jurídica e de demora na persecução penal. Problema de maior relevo é que tais entendimentos não se prestam a resolver o problema, mas apenas convertem o julgador pátrio em órgão legiferante. No mais, não oferecem regras seguras, cogentes e amplas o suficiente a reduzir a complexidade das condutas sociais criminosas praticadas na Sociedade da Informação. Em vez de buscar a cura da doença, parece que, com a fixação de precedentes tão específicos, damos apenas uma muleta ao doente, esperando, que, com isso, ele convalesça.

No campo da transnacionalidade criminosa, a questão problemática parece se deslocar para o campo da efetividade da jurisdição estatal. Embora se reconheça a aplicabilidade da teoria da ubiquidade, vide art. 6^o do Código Penal, a questão não se torna mais simples. Para além dos problemas de conflitos entre os diversos ordenamentos

6 ARAS, Vladimir. **Crimes de Informática**: uma nova criminalidade. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/2250/crimes-de-informatica/3>. Acesso em 20 out. 2020.

jurídicos, já característicos do direito penal, tem-se que, no ambiente virtual, um só crime pode ser praticado em inúmeros países. As variáveis de análise são inúmeras e os “especialistas” fazem, através de suas respectivas opiniões, referência ao local do servidor (provedor) de internet, à sede da empresa de uma rede social, ao local do resultado, ao local dos sites de hospedagem, bem como à alocação de autores, vítimas e partícipes em locais diversos do mundo, a exemplo do que se dá com as organizações criminosas transnacionais.

A internet é um ambiente minimamente regulado, que se pretende aberto ao protagonismo humano – e isto, é de se notar, vale para o bem e para o mal – e, por isso mesmo, aumenta sobremaneira as possibilidades criminosas. A exigência de aplicação do art. 6º do CP apresenta-se, no caso dos crimes virtuais ou eletrônicos, como mais uma exigência de soberania, viabilizando a punibilidade de condutas que tenham sido praticadas, ainda que parcialmente, dentro do território nacional ou daquelas que tenham nele o seu resultado.

A nível prático, no entanto, a questão não se mostra tão simplória tal como a mera arguição de soberania como fundamento. Se, de um lado, reconhece-se como do Estado o monopólio da jurisdição penal e da consequente imposição desta por meio da força, de outro é preciso admitir que de nada ou muito pouco vale a simples afirmação formal deste poder-dever. Neste sentido, Christiany Pegorari Conte ressalta (CONTE, 2014, p. 155):

...é inegável a necessidade de cooperação internacional entre os Estados, independentemente de qual será o responsável pela aplicação da legislação (a exemplo da União Européia). Isso porque a sociedade contemporânea já não concebe mais a idéia de soberania nos moldes dos séculos passados, ou seja, a sociedade pós-moderna exige uma transformação da soberania de regional para inclusiva, promovendo uma soberania orgânica de cooperação entre os Estados.

(...)

Somente um modelo de Estado transnacional será capaz de conter ou, ao menos minimizar, os efeitos nocivos da criminalidade transfronteiriça. Ademais, os instrumentos de cooperação devem ser ágeis para que possam ser eficazes. Atualmente, os instrumentos de cooperação internacional existentes, em sua maioria, não funcionam a contento, tais como as cartas rogatórias e o MLAT (tratado de assistência judiciária mútua), pois demoram muito para serem cumpridos, fato este que, muitas vezes, impede a investigação e punição do crime informático.

Seguindo a linha de raciocínio da autora, numa perspectiva de efetividade jurisdicional, é fundamental questionar se o Estado está pronto para, não só declarar-se competente para a persecução penal de crimes cibernéticos transnacionais, mas, sobretudo, para levar a cabo a necessária cooperação internacional para fins de obter os elementos probatórios que julgar necessários e suficientes para a investigação (e eventual responsabilização). Esta, talvez, se afigure como a questão principal, que se sobrepõe à simples declaração de competência a nível nacional. Ultrapassados todos os eventuais

dilemas acerca do local dentro do território nacional em que se dará a investigação e o processamento do delito, cumpre fornecer meios efetivos para apuração de materialidade, autoria e demais circunstâncias delitivas.

Essa cooperação internacional, no entanto, que vem sendo hodiernamente chamada pelo vulgo de diplomacia judicial, depende de uma série de requisitos, dentre os quais, normalmente, se incluem um prévio acordo entre os Estados ou a promessa de reciprocidade. Requisitos adicionais podem ser exigidos, como é o caso de dupla tipicidade e vedação do *bis in idem*, critérios comumente invocados para afastar o exercício da jurisdição nacional. Não se pretende, aqui, esmiuçar tais conceitos de direito internacional e de aplicação extraterritorial da lei penal. O tema, complexo e tormentoso, de certo, não cabe neste artigo. No entanto, dado o objeto desta pesquisa, qual seja, a competência dos crimes cibernéticos, insta dar relevo aos tópicos abordados pela Convenção de Budapeste.

O referido Tratado Internacional, também conhecido como Convenção sobre Crimes Cibernéticos, fora celebrado em novembro de 2001 pelo Conselho da Europa e teve, originariamente, a adesão de 43 países signatários. Atualmente, há um total de 68 países signatários em todo o mundo, sendo que apenas 3 destes não ratificaram os termos da Convenção⁷.

Para David Augusto Fernandes, a Convenção de Budapeste deixou evidente “a atualidade desta nova modalidade de crime [cibernético] e a necessidade de ele ser combatido por toda a sociedade mundial, visto que não só atinge a Europa, mas todo o mundo” (2013, p. 144). Nestes termos, a Convenção afirma, já em seu preâmbulo, a necessidade de cooperação internacional para a luta eficaz e segura contra a cibercriminalidade e, além de propor inúmeros mecanismos para facilitá-la, possui seção própria e específica a fim de fomentar e tentar compatibilizar regras de competência internas e internacionais (art. 22º, Seção 3, Título 5, Capítulo II).

Em julho de 2018 o Brasil manifestou interesse na adesão à referida convenção, mas o processo legal para tanto caminha a passos lentos. Se é certo que a Convenção não resolverá todas as demandas de cooperação internacional, é inegável que apresentará um avanço legislativo significativo, ou ao menos um primeiro passo para a sistematização da matéria a nível interno e, quiçá, global – como, aliás, exige o caráter global da *web*.

7 COUNCIL OF EUROPE. **Chart of signatures and ratifications of Treaty 185**. Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/185/signatures>. Acesso em 20 out. 2020.

Conclusões

O crescimento frenético na criminalidade cibernética/eletrônica no Brasil, colocando o país como o segundo no mundo em casos de crimes dessa natureza, afetando cerca de 62 (sessenta e dois) milhões de pessoas e causando prejuízos na casa dos 22 (vinte e dois) milhões de dólares, conforme mencionado, justifica com folgas a necessidade de um estudo aprofundado acerca das alterações legislativas e sociais necessárias com a finalidade de coibir tais práticas delituosas.

É sabido que, neste novo paradigma de sociabilidade humana, a vida continuará a se expandir sobre o ciberespaço e com isso o Estado e, especialmente, seus órgãos de persecução penal, terão que estar preparados para enfrentar este desafio com mecanismos eficazes, tendentes a solucionar os problemas da Sociedade da Informação e não apenas remediar paliativamente essas questões.

Como essa missão deverá ser desempenhada ainda não está claro, entretanto, seja como for, ao menos neste momento, acredita-se que a evolução deve trilhar o caminho da criação de diplomas penais voltados a novas condutas típicas especificamente desenhadas para os crimes cibernéticos; diplomas processuais dirigidos à criação de varas especializadas em crimes eletrônicos, como já ocorreu no Estado de Minas Gerais; da fixação objetiva de competência quando em casos desta forma de criminalidade, sem depender da boa vontade de juízes e tribunais, na análise de casos concretos (e do chamado ativismo judiciário); bem como da criação de uma nova teoria do crime, capaz de abarcar novos conceitos para sujeitos ativos e passivos e novas penas; além da internalização, sem demora, do Tratado de Budapeste, medida de urgência, não apenas para uma melhor e mais apurada investigação criminal, mas para viabilizar uma melhor prestação jurisdicional em casos que tenham aderência a questões dessa natureza.

O fato é que não existem soluções mágicas. O mundo extremamente dinâmico da Sociedade da Informação exige passagem e o desenvolvimento das novas tecnologias não irá pausar no aguardo das soluções jurídicas para as questões em comento nesta pesquisa ou em outras situações atinentes a este cenário da pós-modernidade. Como se disse, existem muitas benesses e vantagens nesta nova sociedade e em suas ferramentas. A criminalidade informática, todavia, é um efeito adverso, um ônus inevitável com o qual se terá que lidar.

Uma revolução digital deste quilate exige dos juristas e da sociedade o desafio do enfrentamento, de forma ágil e adequada. Insta questionar, no entanto, que tipo de solução será aceita pelo direito e legitimada pela sociedade. Cumprirá tão somente aos juristas, na aplicação da lei em concreto desvelar soluções criativas? De certo esse papel não pode – e não deve – ser exclusivamente a eles atribuído. É necessário que os três poderes (e a sociedade como um todo), se engajem nesta busca, cada qual com sua função, na tarefa de

coibir a criminalidade informática e solucionar estes (e outros) novos problemas destes novos tempos.

Referências Bibliográficas

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Sociedade da Informação**: estudos jurídicos. 1 ed. Coimbra: Almedina, 1999.

ARAS, Vladimir. **Crimes de Informática**: uma nova criminalidade. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/2250/crimes-de-informatica/3>. Acesso em 20 out. 2020.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Atualidade do Conceito Sociedade da Informação para a Pesquisa Jurídica. *In*: PAESANI, Liliana Minardi (coord.). **Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 62.

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

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. MARGATO, Luís Roberto Soares; QUEIROZ, Maurício Veloso. Eficácia dos Direitos Humanos na Sociedade da Informação. **Revista Constituição e Garantia de Direitos. Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte**. v. 7, n. 1, p. 1-15, 2014.

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

CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação: economia, sociedade e cultura**: a sociedade em rede. 6 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

CONTE, Christiany Pegorari. Jurisdição e competência nos crimes informáticos. **Revista Brasileira de Meio Ambiente Digital e Sociedade da Informação**. v.1, n.1, p. 49-208, 2014.

COUNCIL OF EUROPE. **Chart of signatures and ratifications of Treaty 185**. Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/185/signatures>. Acesso em 20 out. 2020.

FERNANDES, David Augusto. Crimes Cibernéticos: o descompasso do Estado e a realidade. **Rev. Fac. Direito UFMG**. n. 62, p. 139-178, jan-jun, 2013.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Princípios constitucionais do Direito da Sociedade da Informação**: A tutela jurídica do meio ambiente digital. São Paulo: Saraiva, 2015.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; OOSTERBEEK, Luiz. **Tutela jurídica das “cidades digitais” na sociedade da informação como instrumento de inclusão cultural, social, econômica e ambiental, em face do direito ambiental constitucional brasileiro.**

Disponível em:

[http://www.saraivajur.com.br/menuesquerdo/doutrinaArtigosDetalhe.aspx?](http://www.saraivajur.com.br/menuesquerdo/doutrinaArtigosDetalhe.aspx?Doutrina=1145)

Doutrina=1145. Acesso em 05 set. 2012.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal.** v.7, 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1954.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal.** Niterói: Impetus, 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal (LGL\1940\2) interpretado.** São Paulo: Atlas, 1999.

MOLES, Ramón J. **Territorio, tiempo y estructura del ciberespacio.** Derecho y control en internet. Madrid: Ariel, 2000.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal.** 13 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SAWAYA, Márcia Regina. **Dicionário de informática e internet.** São Paulo: Nobel, 1999.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Crimes pela internet, novos desafios da jurisprudência.** Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/>

Noticias-antigas/2018/2018-06-17_06-57_Crimes-pela-internet-novos-desafios-para-a-jurisprudencia.aspx. Acesso em 20 out. 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **STJ divulga jurisprudência sobre conceitos de crimes pela internet.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-17/stj-divulga-jurisprudencia-conceitos-crime>. Acesso em 20 out. 2020.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

WENDT, Emerson. Marco Civil da Internet no Brasil e Regulação e/ou Governança da Internet no Mundo *In*: De Lucca, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; DE LIMA, Cíntia Rosa Pereira (Coords) **Direito & Internet III – Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014).** pp. 253-274. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL EM SISTEMAS DE RECONHECIMENTO FACIAL E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO PENAL

Maria Luisa Penteado Martins¹

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar novas tecnologias, em especial os aplicativos biométricos de reconhecimento facial, confrontando sua aplicação com os axiomas constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis.

Busca-se verificar quais os reais perigos da captura de imagens faciais humanas e seu armazenamento em bases de dados para o uso em sistemas de reconhecimento facial, nos quais se aplicam a inteligência artificial, objetivando através do cruzamento dos dados pessoais, fornecer informações detalhadas sobre os cidadãos, não só às empresas interessadas, mas principalmente aos órgãos governamentais de segurança.

Palavras-Chave: dados pessoais; direito da personalidade; inteligência artificial; reconhecimento facial.

ARTIFICIAL INTELLIGENCE USE IN FACIAL RECOGNITION SYSTEMS AND THEIR APPLICATION IN CRIMINAL LAW

ABSTRACT: This article aims to analyze new technologies and biometric facial recognition comparing with constitutional fundamental applications, to verify the real dangers of capturing human facial images and their storage in database for use in facial recognition systems, in which artificial intelligence is applied, aiming through the crossing of data provide detailed information about citizens, not only to the companies concerned, but mainly government security agencies.

Keywords: personal data; personality right; artificial intelligence; facial recognition.

¹ Engenheira Elétrica/Eletrônica, Pós-graduada em Direito Digital e Compliance – Instituto Damásio/ IBMEC/SP; Pós-Graduada em Gestão de Tecnologia da Informação- Fundação Getúlio Vargas/SP; Pós-graduada em Análise de Sistemas– Fundação Alvares Penteado/SP; Especialista Tecnologia -Microsoft Technical Center; Especialista em Hardware-EPUSP; Experiência na área de Tecnologia da Informação, como Engenheira de Software e de Segurança, Diretora de TI. Bacharel em Direito – FMU.

Introdução

No Brasil, os dados pessoais encontram proteção em nossa Constituição Federal de 1988, como direito fundamental e no Código Civil Brasileiro que protege os direitos da personalidade impedindo seu uso indevido.

A não observância dos limites legais de proteção aos direitos da personalidade trazem sérios perigos para toda a sociedade, em especial por serem direitos relativos à integridade psíquica, como liberdade, intimidade e privacidade, e à integridade moral, como honra, imagem e identidade do ser humano.

Caracteriza-se como invasão da privacidade e da intimidade, a coleta, tratamento e extração de informações pessoais, sem o consentimento de seu titular, que deve obter informação claras, compreensíveis e acessíveis sobre como os seus dados serão processados e para quais finalidades.

Deste modo, será realizada uma análise jurídico-penal sobre as novas tecnologias digitais, com especial atenção às técnicas de reconhecimento facial, e quais os resultados e consequências aos direitos da personalidade, ao princípio da dignidade da pessoa humana, à proteção de dados, ao uso de dados biométricos, às provas inominadas e em especial às condutas criminais em face da legislação penal.

Por fim, busca-se a reflexão sobre os limites impostos pelos regulamentos específicos, se estes são suficientes ou serão necessários novos meios de controle mais rígidos para o uso e processamento dos dados pessoais genéticos ou biométricos e, dentre estes, quais os requisitos de proteção serão cabíveis à captação de imagens de face humana, os quais possibilitam identificar uma pessoa de forma inequívoca, trazendo potencial perigo a toda a sociedade.

Este estudo foi baseado no método de abordagem dedutivo, sobre um tipo de pesquisa exploratória em procedimento de coleta de dados, através de pesquisa bibliográfica, baseada em teorias encontradas em livros e artigos, em meio físico e eletrônico, bem como na legislação brasileira e internacional pertinente ao tema, buscando através de uma análise jurídica sobre as possíveis violações de direitos pelo o uso das bases de dados pessoais, principalmente os caracterizados como especiais, portanto buscando resposta a um problema prescritivo através de pesquisa de *lege data (segundo a lei)*.

1 A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL APLICADA AO RECONHECIMENTO FACIAL

Os dados pessoais são importantes para o seu titular, substituindo-o com frequência em muitas situações, portanto especial atenção deve ser reservada à segurança destes dados pelos riscos que podem trazer ao seu proprietário em caso de acesso ou uso indevido.

Danilo Doneda em seu artigo, também enfatiza a importância dos dados pessoais para o seu titular:

Os dados pessoais chegam a fazer às vezes da própria pessoa em uma série de circunstâncias nas quais a sua presença física seria outrora indispensável. O tratamento de dados pessoais, em particular por processos automatizados, é, no entanto, uma atividade de risco. Risco que se concretiza na possibilidade de exposição e utilização indevida ou abusiva de dados pessoais, na eventualidade desses dados não serem corretos e representarem erroneamente seu titular, em sua utilização por terceiros sem o conhecimento deste.²

Ainda segundo Danilo Doneda, deve-se observar a diferença entre dados e informações, “a informação alude a algo além da representação contida no dado”³

O valor intrínseco dos dados decorre por formarem o início da base de encadeamento que resultará em informações necessárias para que se obtenha conhecimento e os dados são simplesmente elementos e fatos, que após serem organizados, processados e interpretados resultarão em informações, as quais ao serem devidamente processadas e analisadas, resultarão em conhecimento, que é uma capacidade resultante do processamento de informações relevantes, possibilitando a tomada de decisão com maior assertividade.

Para que se chegue a este resultado, os dados deverão passar por processamento ou tratamento, com a utilização de aplicativos de software executados sobre um determinado conjunto de dados armazenadas em banco de dados, com o objetivo de extrair o máximo de informações que levem ao conhecimento, como Stefano Rodotà⁴, já em 1973, observava a importância do tratamento dos dados pelos computadores e enfatizava que “[...] a novidade fundamental introduzida pelos computadores é a transformação de informação dispersa em informação organizada.”

2 DONEDA, Danilo. **A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental**. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/1315/658>> Acesso em: 05 jun. 2019.

3 DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.152.

4 RODOTÀ, Stefano. *Elaboratori elettronici e controllo sociale*. Bologna: II Mulino, 1973. p. 14.

O GDPR - *General Data Protection Regulation*- Regulamento Geral sobre Proteção de Dados entrou em vigor na União Europeia em 2016 e a legislação brasileira, o Decreto 8.771/2016: Regulamentador do Marco Civil da Internet em seu art. 14^o, de modo semelhante, define o tratamento dados como:

O tratamento de dados abrange um amplo conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais, por meios manuais ou automatizados. Inclui **a recolha, o registo, a organização, a estruturação, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a divulgação por transmissão, difusão** ou qualquer outra forma de disponibilização, **a comparação ou interconexão, a limitação, o apagamento ou a destruição** de dados pessoais.⁵

Este tratamento de dados é aplicado aos Bancos de Dados que são definidos na legislação brasileira, pela Lei nº 13.709/2018, Lei de Proteção de Dados Pessoais, em seu art. 5^o, porém de forma bastante simplificada, como “conjunto estruturado de dados pessoais, estabelecido em um ou em vários locais, em suporte eletrônico ou físico” ⁶.

Entretanto, deve-se observar que os *DataBase* tradicionais diferem dos novos bancos de dados, pois seus requisitos exigem menor capacidade de armazenamento e de processamento, diferentemente das necessidades dos novos sistemas de *Big Data*⁷ que necessitam suportar um *streaming*⁸ de dados com grande volume e alta velocidade. Não existe uma definição exata do que é *Big Data*, pois dependem dos objetivos e de seu uso a ser definido pelos profissionais da área, podendo ter características diferentes dependendo da área de negócios, dos objetivos de *marketing* ou dos projetos.

As informações biológicas humanas, denominadas “identificação biométrica” ou Biometria, é um método de autenticação tecnológica e científica baseada na biologia exclusiva de uma pessoa, que através da coleta de informações biométricas como impressão digital, impressão de voz, reconhecimento facial, DNA, por exemplo, garantem a veracidade da identidade e, por conseguinte, das informações, servindo de base a uma grande variedade de aplicativos, seja para autenticação de acesso a dados, acesso físico seguro ou mesmo para a simples identificação de pessoas.

5 UNIÃO EUROPÉIA. GDPR - *General Data Protection Regulation*- Regulamento Geral sobre Proteção de Dados. Disponível em: < https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/what-constitutes-data-processing_pt >. Acesso em: 14 jan. 2020.

6 BRASIL. Lei nº 13.709 de 2018: **Dispõe sobre proteção de dados pessoais**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm > Acesso em: 06 jul.2019.

7 O termo **Big Data** descreve conjuntos de dados que estão crescendo exponencialmente e são muito grandes, **brutos** e **não estruturados** para análise usando técnicas novas e tradicionais para banco de dados. Disponível em: < <https://www.techopedia.com/definition/31746/> >. Acesso em: 22 set.2019.

8 **Streaming** é o fluxo ou a quantidades de dados estão constantemente fluindo através das redes de dados. Disponível em: < <https://www.techopedia.com/definition/31746/streaming-analytics> >. Acesso em: 22 set.2019.

Entre estes aplicativos de software, destaca-se em especial, o reconhecimento facial, que também tem como sua base a Biometria, pois coleta pontos faciais, ou seja, objetiva o mapeamento da face através de valores de medida em relação aos pontos entre os olhos, queixo, boca e contorno entre outros, formando a denominada *mask* ou *template*, que após processados e comparados, através do uso de algoritmos, com imagens previamente coletadas e armazenados em *big data*, obtém-se um padrão numérico único de identificação facial, que pertencerá exclusivamente a uma pessoa específica.

Para um melhor entendimento sobre o processamento digital de imagens, é necessário antes descrever como de forma a imagem digital, ou seja, a “discretização” de uma cena de imagem, foto ou vídeo, que nada mais é que a representação por uma função bidimensional, função(x,y), onde x e y são coordenadas espaciais no plano e f é a amplitude, também denominada intensidade. Essas técnicas estão evoluindo rapidamente, com o uso da modelagem 3D de função $f(x,y,z)$ e da inteligência artificial superando os problemas apresentados pelas técnicas anteriores, aumentando não só a rapidez na entrega do resultado, como também a precisão na identificação em até 99%, dependendo do número de ponto faciais coletados, do volume de dados utilizado para aprendizagem e da estratégia eficiente do algoritmo utilizado.

A inteligência artificial⁹ (AI) é uma área da ciência da computação fundamental na criação de máquinas inteligentes, para que funcionem e reajam semelhante aos humanos, executando várias atividades através de bases computacionais, as quais são projetadas para, entre outras atividades, reconhecer a fala, auto aprender e planejar, solucionar problemas, manipular e mover objetos, porém tendo os projetos atuais como principal objetivo absorver e aplicar conhecimento.

George Luger¹⁰ apresenta uma visão mais técnica ao definir inteligência artificial, como “o estudo da representação (composta pela abstração, expressividade e eficiência dos algoritmos) e da busca (a estratégia inteligente para resolver o problema)”. A inteligência artificial apresenta várias subáreas de estudo de grande importância como a Engenharia do Conhecimento (*Knowledge Engineering*), o aprendizado de Máquina (*Machine Learning*), e o Aprendizado Profundo (*Deep Learning*), entre outras.

Para o reconhecimento facial, a subárea mais importante é o aprendizado de máquina (*Machine Learning*)¹¹, utilizando-a na análise, classificação e previsão de dados,

9 TECHOPEDIA. Disponível em : <<https://www.techopedia.com/definition/190/artificial-intelligence-ai>> Acesso em: 04 ago. 2019.

10 LUGER, George F.; **Inteligência Artificial**. [tradução: Daniel Vieira]. 6^o ed.- São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013. P 29.

11 TECHOPEDIA. Disponível em : <<https://www.techopedia.com/definition/8181/machine-learning>> Acesso em: 10 ago.2019.

sendo portanto uma abordagem orientada a dados, através de processo que utiliza algoritmos para coletar e aprender a relação entre as variáveis através de cálculo e estatística, definindo padrões que forneçam classificações das informações, e mais, com revisões que possibilitem a tomada de decisões ou a escolha sobre assunto de interesse.

Conforme os conceitos de Geron e Chollet¹², algoritmos de *Machine Learning* são definidos em categorias, baseadas na quantidade e tipo de supervisão humana que recebem durante o treinamento: O aprendizado supervisionado (modelo de aprendizado preditivo) consiste em mapear dados de entrada para rótulos conhecidos fornecidos por humanos, por exemplo, utilizados para a classificação de imagens.

O aprendizado do tipo não supervisionado (modelo de aprendizado descritivo), caso em que os dados de entrada não são rotulados e o sistema tenta aprender a estrutura a partir desses dados automaticamente, sem nenhuma orientação humana, utilizados para a detecção de anomalias, como transações de cartão de crédito incomuns, objetivando evitar fraudes. Por último, a aprendizagem semisupervisionada combina as duas primeiras abordagens, pois o sistema treina em dados de entrada parcialmente rotulados, tendo como exemplo de aplicação prática desta técnica, o reconhecimento facial em serviços de fotos do *Facebook* e do *Google*.

Os algoritmos, pela sua importância em servir de base para esta tecnologia digital, devem ser também, destacados e entendidos, podendo simplificadaamente ser definidos como uma sequência de etapas ou procedimentos computacionais específicos que gerem uma relação entre a entrada do dado e a saída.

Segundo, Thomas Cormen¹³, " algoritmo é um método operacional para resolver problemas através de uma série detalhada de instruções executadas uma a uma, utilizado o processamento computacional de dados para cálculos e outras operações matemáticas relacionadas".

Sabemos que todas estas tecnologias podem trazer grandes benefícios para a humanidade, como é o caso do uso da inteligência artificial com aplicação dos algoritmos de *Machine Learning*, porém para que seu resultado seja satisfatório, esta tecnologia necessita de um enorme volume de dados de aprendizagem, pois quanto maior o volume de dados, maior será a precisão deste resultado, e aí está o perigo que não pode ser ignorado.

12 GERON, Aurélien. (**Hands-on Machine Learning** com Scikit-Learn e TensorFlow) e François Chollet (Deep Learning com Python). Disponível em:< https://www.safaribooksonline.com/library/view/hands-on-machine-learning/9781491962282/?utm_source=oreilly&utm_medium=newsite&utm_campaign=machine-learning-quick-and-simple-definition-body-text-cta >Acesso em : 15/08/2019.

13 CORMEN, Thomas et al.; **Algoritmos** [tradução: Arlete Marques]. RJ; Elsevier, 2012. p.3 e 4.

As pessoas devem ter conhecimento sobre o potencial real de vulnerabilidade de seus dados pessoais, inclusive os sensíveis, que após disponíveis em redes sociais, em sites de compra ou até mesmo em cadastrados de órgãos governamentais, formam os big data, facilmente acessíveis não só pelos *cibercriminosos*¹⁴, mas por empresas privadas, com uso para os mais variados fins, e em especial pelos órgãos governamentais de segurança.

2 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Sociedade da Informação tem como sua principal característica o acesso a todo tipo de dado de seus usuários, facilitando assim a captação de dados pessoais e mais, dados pessoais sensíveis, o que resulta na obtenção de informações sigilosas, muitas vezes violando os direitos fundamentais, ligados que estão diretamente à personalidade da pessoa humana, como a honra, nome, imagem, privacidade, intimidade, todos direitos interconectados.

O termo personalidade, definido por Catão, “a análise etimológica do termo personalidade nos remete ao latim, *personalitas*, de persona, que significa o conjunto de elementos que são inerentes a pessoa”.¹⁵

Caio Mário da Silva Pereira, destaca a personalidade como sendo um atributo inseparável da pessoa humana: “A personalidade, como atributo da pessoa humana, está a ela indissolúvelmente ligada. Sua duração é a da vida. Desde que viva e enquanto vive, o ser humano é dotado de personalidade.”¹⁶

Apesar de a Lei nº 13.709/2018, Lei de Proteção de Dados Pessoais, ainda não estar vigente, tem como seu fundamento a proteção dos dados pessoais, definindo dado pessoal como a informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável, e dado pessoal sensível, os dados pessoais relativos à origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.

A proteção destes dados, principalmente os dados pessoais sensíveis, seja quanto aos armazenados em bases de dados ou em circulação pelas redes de comunicação, é um

¹⁴**Cibercriminoso**: pessoa que recorre a sistemas eletrônicos e novas tecnologias informação para cometer crime. Dicionário infopédia da Língua Portuguesa. Porto: Porto Editora, 2018. Disponível em: <<https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/cibercriminoso>. > acesso: 30 ago.2019.

¹⁵CATÃO, Marconi do Ó. **Biodireito**: Transplante de Órgãos Humanos e Direitos de Personalidade. São Paulo: Madras, 2004; p.83.

¹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v.1.26 ed. Rio de Janeiro. Forense. 2013, p.183.

desafio constante, pois caso ocorra o acesso indevido, esses dados após tratados e processados, possibilitarão a extração de informações relevantes sobre cada pessoa, as quais possuem um alto valor econômico, resultando em uso e destinação incerta, em geral ilegal.

Os direitos da personalidade são valores fundamentais para a dignidade da pessoa humana, resguardando a intimidade, a privacidade e a vida privada, portanto direitos intrínsecos ao ser humano e exercidos pelo próprio indivíduo sobre si mesmo, que começa com o nascimento com vida e vai até a sua morte.

Segundo Diniz, “os direitos da personalidade são direitos subjetivos da pessoa para defender o que lhe é próprio.”¹⁷ e Luís Roberto Barroso¹⁸, referindo-se à aplicação dos princípios, enfatiza que:

princípios são normas jurídicas que não se aplicam na modalidade tudo ou nada, como as regras, possuindo uma dimensão de peso ou importância, a ser determinada diante dos elementos do caso concreto.

Ainda segundo Barroso, deve-se estabelecer um conteúdo mínimo relativo ao princípio da dignidade da pessoa humana, para que haja unicidade e objetividade na sua interpretação e aplicação.

A dignidade da pessoa humana, para Ingo Sarlet¹⁹, não possui o status de direito fundamental como sendo concebido pelo ordenamento jurídico, pois é característica intrínseca da pessoa humana, portanto o Direito é apenas uma forma de garantir o respeito, a proteção, a promoção e desenvolvimento desta dignidade.

Em síntese, o rol de direitos da personalidade é ilimitado, definindo o direito à vida, à integridade física, à intimidade, à honra, à liberdade, à imagem, à identidade, à privacidade, dentre outros, pois é um direito que objetiva proteger os direitos inerentes ao ser humano, em todos os seus aspectos e principalmente, o direito constitucionalmente definido, a dignidade da pessoa humana.

“A dignidade humana não se consiste em um conceito de aplicação matemática.” determina Anderson Schreiber²⁰, pois acredita que

a própria percepção do que é ou não essencial ao ser humano varia conforme a cultura e a história de cada povo, e também de acordo com as concepções de vida de cada indivíduo. E mais, o uso indevido de imagem, a discriminação genética, a

17 DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico** 2^o. Ed. Rev. Saraiva.2005, p.138.

18BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013.p.38

19 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

20 SCHREBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. – São paulo: Atlas, 2014. p.8.

invasão da privacidade, o furto de dados pessoais e a agressão física ou psicológica são exemplos de outros perigos que cercam a condição humana.

Deste modo, dados inerentes aos direitos da personalidade deveriam estar protegidos de fraudes ou de acessos indevidos, sob guarda e atenção constante não só pelas autoridades, mas por toda a sociedade, e em especial pelos seus proprietários, conforme ainda destaca Anderson Schreiber, “tais perigos dão ensejo a um conjunto amplo de impasses e conflitos que não podem ser enfrentados e resolvidos com uma simples alusão ao princípio da dignidade da pessoa humana.”

A doutrinadora Greice Patrícia Fuller²¹ observa com precisão que é:

imprescindível que os direitos de expressão, informação e comunicação encontrem limites na dignidade do outro e não que se reduza à prática do alheamento humano. Para além disso, é de suma importância que se afirme que tais direitos, especialmente, instrumentalizados pela mídia encontram limites e não podem gerar condutas imponderáveis e antissociais sob o falacioso pensamento de ser o mundo virtual sinônimo de mundo anômico.

Bem define ainda Nader²² “os direitos da personalidade intransmissíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis e, conforme análise supra, absolutos, pois decorrem diretamente da personalidade.”

Por fim, depara-se com direitos garantidos constitucionalmente, os quais enfrentam um conflito quanto à sua aplicação fática, como é o caso da liberdade aos direitos de expressão, informação e comunicação, contrapondo-se com os princípios fundamentais da personalidade, da intimidade e da dignidade da pessoa humana, sendo que estes direitos são violados no espaço digital de modo frequente e impune, sendo crescente necessidade da tipificação legal específica de condutas criminosas praticadas no meio digital.

3 LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E O USO DE DADOS BIOMÉTRICOS

O projeto de lei de proteção de dados brasileira, após anos de tramitação no Congresso Federal foi finalmente aprovada e sancionada, em 14 de agosto de 2018, a Lei nº 13.709, entrando em vigor em 2020, contendo dez capítulos com 65 (sessenta e cinco) artigos que determinam como dados pessoais podem ser coletados e tratados no Brasil, com especial destaque aos meios digitais. A Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais,

21 FULLER, Greice Patricia. **O Direito Criminal Difuso, a Dignidade da Pessoa Humana e a mídia na Sociedade da Informação**. Disponível em: <<http://www.revistaseletronicas.fmu.br/index.php/CBSI/article/view/539>> acesso em: 05 mai.2020

22 NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. Rio Janeiro: Forense, 2007. v-5; p.211.

tendo como objetivo principal regulamentá-lo, definindo principalmente os parâmetros para a coleta, armazenamento e tratamento para elementos fundamentais como os dados pessoais, dados pessoais sensíveis e determinando ainda como estes dados devem ser anonimizados, ou seja, despersonalizados para que possam ser usados em caso de coleta e tratamento, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais dos seus proprietários, como a liberdade e de privacidade, além de garantir o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa humana.

Em seu art. 5^o, a Lei em comento define dados, diferenciando-os em 3 categorias, sendo a primeira o Dado Pessoal, definido como qualquer informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável, ou seja, qualquer dado que isoladamente ou agregado a outro, possa permitir a identificação de uma pessoa natural, como por exemplo o CPF (certificado de pessoa física), RG (registro geral), entre outros. A segunda categoria são os Dados Pessoais Sensíveis, definidos como os que pela sua própria natureza, podem sujeitar o seu titular a práticas discriminatórias, tais como dados sobre a origem racial ou étnica, a convicção religiosa, a opinião política, referentes à saúde, ou ainda, à vida sexual. E por fim, se o titular dos dados não puder ser identificado mesmo com a utilização de técnicas de cruzamento de dados ou de engenharia reversa, estes dados não serão considerados dados pessoais e sim dados anonimizados.

Qualquer atividade de tratamento de dados, além da boa-fé deve observar os princípios gerais de proteção a estes dados, como da finalidade, necessidade, transparência, segurança, não discriminação, responsabilização e prestação de contas. A LGPD estabelece, ainda, regras sobre coleta, armazenamento, tratamento e compartilhamento de dados pessoais, exigindo maior segurança e governança dos dados, com a aplicação de multas pesadas para o caso de seu não cumprimento.

Portanto, semelhante às exigências da Lei europeia, deverá ser aplicado nos projetos de segurança as mesmas técnicas de *Privacy by Design e by Default*, que é o fazer certo desde o começo e agora está na Lei.

Assim, os princípios gerais da LGPD e os padrões de segurança devem ser observados desde a concepção até a execução e oferecimento do produto e serviço, ou seja, pensadas desde o começo de um projeto, garantindo o direito dos usuários. Em geral, os usuários desconhecem o fato de seus movimentos serem constantemente monitorados e que uma simples busca sobre determinado assunto ou produto de seu interesse, é coletado e armazenado em base de dados, para cruzamento com outras diversas bases de dados existentes, como as pertencentes à provedores, comerciantes, empresas de cartões de crédito e de marketing, entre outras. O objetivo principal é sempre obter o perfil pessoal específico deste usuário, com informações sobre os produtos de interesse e quais os últimos adquiridos, segmentando-os em grupos específico, cujas informações serão utilizadas,

como “moeda de troca” pelo mercado, podendo estas informações serem trocadas, vendidas ou cruzadas com outras bases de dados, visando a obtenção de lucro.

Destaca Luiz Costa²³ a importância da caracterização do perfil (profiling) dos usuários, formado com todas as informações relevantes sobre seus hábitos de vida, baseadas em seus gostos e tendências, além de informações sobre os aspectos financeiros, físicos, étnicos, religiosos, políticos, entre outros e que formam amostras por grupos semelhantes, separados por perfis de consumo (*customer profiling*), perfis étnicos (*racial profiling*), perfis médicos (*health profiling*) ou qualquer outro de interesse do cliente.

Por este simples detalhamento do processo de obtenção de profiling de usuário, pode-se facilmente antever o perigo latente para a sociedade, não só pelo direcionamento de conhecimento para grupos restrito e separados em perfis determinados, mas principalmente pelo desrespeito aos direitos da personalidade, algo inerente e inseparável aos seres humanos, definindo características próprias que os diferenciam entre si, devendo o sujeito de direito ter todos os seus bens protegidos, especialmente a vida, a honra, a intimidade e a liberdade.

4 O RECONHECIMENTO FACIAL E AS PROVAS INOMINADAS

O sistema do livre convencimento está previsto no art. 155, caput do Código de Processo Penal(CPP), e dispõe que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Nesse sentido ensina Norberto Avena²⁴, que o juiz não se limita aos meios de prova regulamentados em lei, ou seja, sendo lícitas e legítimas, mesmo as provas inominadas, as quais não estão previstas taxativamente no CPP, ou seja, sem regulamentação, como as filmagens, fotografias, gravações e outras, poderão ser admitidas, segundo o princípio da liberdade das provas, na formação da convicção do julgador. Em outro capítulo, Avena, define as interceptações ambientais *lato sensu* como toda e qualquer forma de captação de sons, imagens ou sinais eletromagnéticos que não se utilizem da linha telefônica, ou seja, são aquelas captações realizadas por meio de filmadoras, gravadores acústicos, transmissores e outros equipamentos digitais, que se classificam, dependendo do procedimento de captação em 3 tipos diferentes, sendo o primeiro tipo denominado

23 COSTA, Luiz. **Profiling e Direitos**. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI210783,31047-Profiling+e+Direitos>. > Acesso em: 22 mai.2019.

24 AVENA, Norberto - Processo Penal – 11. ed. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2019. p.450 e p.502.

intercepção ambiental *stricto sensu*, hipótese em que uma terceira pessoa registra sons ou imagens de conversa ou de comportamento de outras pessoas sem que haja o conhecimento prévio. O segundo tipo é a escuta ambiental, ocorrendo quando uma terceira pessoa registra sons ou imagens envolvendo outras pessoas, com conhecimento de pelo menos uma delas. E por último, a gravação ambiental, em que uma das partes captura a conversa ou a imagem mantida com outra pessoa, sem que esta tenha conhecimento do fato.

A Constituição Federal não tutela intercepção ambiental *lato sensu*, como as comunicações de dados ou telefônicas de modo específico, e em seu art. 5.º, XII, exige em caso específico, ordem judicial. Deste modo, a licitude ou ilicitude dos registros ambientais de sons e imagens deverão observar a regra tutelada pela Constituição Federal no art. 5.º, X, que protege explicitamente a intimidade e o Código Civil Brasileiro reserva um capítulo próprio para tratar sobre o Direito da Personalidade e em seu artigo 20, define os parâmetros de utilização e divulgação, que tem como finalidade proteger entre outros direitos o direito de imagem.

Apesar da autorização ampla permitida pelas legislações infraconstitucionais penais, as limitações constitucionais ao direito à prova devem ser respeitadas, como a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, além da inviolabilidade ao domicílio, do sigilo de correspondência e das telecomunicações, destacando-se a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito.

Eliane Abrão²⁵, destaca a importância da imagem pessoal para o indivíduo:

A imagem, em virtude de sua importância no mundo contemporâneo, foi contemplada com três artigos do art.5º (V, X, XXVIII). Não há como negar a crescente exposição pública da pessoa humana, ou jurídica, em virtude do progresso dos meios de comunicação, por meio de empresas de comunicação, de publicidade, e da rede virtual. Nada mais individual que a imagem.

Os sistemas de identificação buscam obter constantemente os melhores resultados, ou seja, a maior precisão para os diferentes tipos de Biometria, como a impressão digital, *scanning* de íris, reconhecimento de voz, gravações de vídeos, e em especial o DNA considerado o melhor e mais preciso identificador.

Entretanto, o reconhecimento facial vem se destacando, pois proporciona uma identificação rápida, com alto grau de precisão e sem qualquer intervenção física.

25 ABRÃO, Eliane Y. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. São Paulo: Migalhas, 2014; p.41.

Fahad Nabeel²⁶ define a tecnologia de reconhecimento facial (*FRT-facial recognition technology*), como sendo a habilidade do *software* em identificar faces humanas de forma específica após serem coletadas de fotos ou vídeos. A rápida evolução tecnológica trouxe características especiais à coleta de imagens digitais, antes um processo difícil, não só sua coleta, mas principalmente devido ao valor dos equipamentos necessários que apresentavam alto custo.

Atualmente, a tecnologia de reconhecimento facial utiliza câmeras de alta resolução, mas com baixo custo para captar uma foto ou um quadro de vídeo, neste caso, utilizando a tecnologia em 3D, em um processo descrito resumidamente como:

- a. Detecção que é a captura da imagem por *scanning* ou imagem de vídeo;
- b. Alinhamento que é a identificação da posição e do tamanho da cabeça;
- c. Medição que é a obtenção dos pontos nodais da face pelas medidas milimétricas das curvas e saliências da face, como distâncias entre os olhos, largura do maxilar, da testa e da boca, além de outros pontos, que podem variar de 80 até 180 pontos dependendo da precisão exigida, sendo criado através da análise geométrica o *template* ou *mask*.
- d. Representação é a fase em que a *mask* é transformada em um código único, a assinatura facial;
- e. Correspondente (*Matching*) em que a imagem 3D é comparada com a imagem na base de dados;
- f. Verificação em que finalmente a pessoa é identificada.

O processo descrito acima é muito rápido, podendo obter precisão de até 98% na identificação do indivíduo, registrando ainda o local e o horário. As informações obtidas são importantes para a segurança pública na prevenção de crimes, com a rápida identificação do autor e a comprovação do delito. Outro ponto positivo é o controle pelas empresas de segurança da gestão de entrada, saída ou de circulação em geral de pessoas de modo remoto e sem necessidade de qualquer contato direto, trazendo resultados positivos para a sociedade.

Porém, os resultados negativos são inúmeros, conforme destaca Ròdota²⁷:

We are confronted with changes that have to do with the anthropological features of individuals. We are confronted with a stepwise progression: from being "scrutinised" by means of video surveillance and biometric technologies, individuals can be "modified" via the insertion, direct or indirect, of chips or "smart" tags in a context that is increasingly turning us precisely into "networked persons" - persons

26 NABEEL Fahad. <https://cscr.pk/explore/themes/politics-governance/regulating-facial-recognition-technology-in-public-places/>. Acesso em: 18 set. 2019

27 RODOTÀ, Stefano. Some Remarks on Surveillance today. *European Journal of Law and Technology*, Vol. 4, No. 2, 2013. Disponível em: <http://ejlt.org/article/view/277/388>. Acesso em: 20 ago. 2019.

who are permanently on the net, configured little by little in order to transmit and receive signals that allow tracking and profiling movements, habits, contacts, and thereby modify the meaning and contents of individuals' autonomy.

Por fim, diante da demanda crescente por dados pessoais pelo seu alto valor, que proporcionam um retorno financeiro certo, pois informam medidas sobre comportamentos fundamentais para gerir as estratégias publicitárias voltadas ao mercado, sendo que estas informações interessam não só às grandes corporações, mas também às empresas de marketing, aos centros comerciais e de mídia, entre outros. Se faz urgente a aplicação da legislação, no caso brasileiro a Lei Geral de Proteção de Dados, com objetivo de impedir a venda, compartilhamento ou uso indevido dos dados pessoais sem a específica autorização.

5 ANÁLISE DE CONDUTAS CRIMINAIS EM FACE DA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

A era digital atual trouxe infinitas nuances às relações sociais e suas consequências afetam todas as áreas do Direito, criando a necessidade urgente de regras legislativas que possam fazer frente às novas atividades digitais no âmbito nacional. Deste modo, entende também a pesquisadora Sarita Albagi²⁸:

processos de geração, acesso, fluxo, disseminação e uso de informações e conhecimentos, bem como que regulem as novas práticas e relações que se estabelecem em torno dessas atividades. ... Tal dinâmica define-se a partir da criação de uma série de institutos normativos bem como da reformulação ou adaptação daqueles preexistentes, os quais irão incidir, direta ou indiretamente, sobre as atividades de informação e conhecimento. Ao mesmo tempo, à medida que o processo de globalização avança, recoloca-se o papel dos aparatos e instrumentos reguladores.

Apresentar soluções para os delitos praticados através dos meios digitais, pelos denominados *cybercriminosos*, é uma tarefa árdua. O Direito Digital não se apresenta como sendo um ramo autônomo do direito, mas conecta-se diretamente com diversos ramos do direito, por exemplo, com o Direito Civil, Penal, Comercial e Internacional entre outros, sendo imprescindível sua harmonização aos princípios constitucionais, fundamentais na resolução dos conflitos que envolvam o meio digital.

O Professor Marcelo Crespo²⁹, define dois tipos de crimes digitais, sendo o primeiro os próprios ou puros, delitos de risco informático, como o *hacking*, a criação e disseminação

28 ALBAGLI, Sarita. **Informação e globalização na era do conhecimento**. Rio de Janeiro: Campus, 1999, p, 290.

29 CRESPO, Marcelo. **As Leis nº 12.735/2012 e 12.737/2012 e os crimes digitais: acertos e equívocos legislativos**. <<http://canalcienciascriminais.com.br/artigo/as-leis-no-12-7352012-e-12-7372012-e-os-crimes-digitais-acertos-e-equivocos-legislativos/>> Acesso em: 30-01-2018.

de vírus e a interferência ao funcionamento dos sistemas, entre outros, e o segundo tipo os impróprios ou mistos, em que a tecnologia é o *modus operandi* voltados contra os bens jurídicos não tecnológicos.

De modo cronológico, podemos destacar as legislações aplicáveis no Brasil:

- **Constituição Federal** de 1988 (artigos 5º, §2º, 170, 215, 218, 220)
- **Lei nº 7.232/1984** - Dispõe sobre a Política Nacional de Informática;
- **Lei nº 9609/1998** - (*Lei do Software*): regulamenta a utilização de programas e aplicativos digitais; Proteção intelectual de programas de computador;
- **Lei nº 9.983/2000** - Art. 313 - A trata da inserção de dados falsos nos sistemas de informações e o 313-B trata da modificação ou alteração não autorizada de sistemas de informações.
- **Lei nº 10.683/2003** - Prevê a competência do GSIPR de coordenar a atividade de segurança da informação.
- **Lei nº 12.527/2011** - (*Lei de Acesso à Informação*): dispõe sobre os procedimentos a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com o fim de garantir o acesso a informações. A Lei 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, entre outras providências.
- **Lei nº 12.735/2012** - Principal referência foi a obrigação da guarda dos logs de acesso dos usuários pelos provedores. (*Lei Azeredo*)
- **Lei nº 12.737/2012** - (*Lei de Crimes Digitais*). Dispõe sobre a tipificação criminal dos delitos informáticos. (*Lei Carolina Dieckmann*)
- **Lei nº 12.850/2013** - (*Lei de Provas Digitais*)
- **Lei nº 12.965/2014** - (*Marco Civil da Internet*) Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.
- **Decreto nº 8.771/2016** - (*Regulamenta o Marco Civil da Internet*): Define os requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada de serviços e aplicações devem ser observados pelo responsável de atividades de transmissão, de comutação ou de roteamento, no âmbito da sua respectiva rede, e têm como objetivo manter sua estabilidade, segurança, integridade e funcionalidade".
- **Lei nº 13.188/2015** - Dispõe sobre o direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social)
- **Lei nº 13.709/2018** - (*Lei Geral de Proteção de Dados*): Dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade, privacidade para o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

A tramitação legislativa no Brasil segue sempre um caminho longo e tortuoso, tornando-se incompatível com a velocidade do desenvolvimento das tecnologias digitais,

deste modo, sua aplicação prática e sua efetividade não alcançam resultados concretos. Dentre as leis listadas anteriormente, duas tem tipificação definida no Código Penal, porém apresentando pouca efetividade prática, a Lei nº 9609/1998, Lei do Software, que dá proteção à propriedade intelectual de programas de computador e tipifica o crime de falsificação de programas de computador (pirataria) em seu “Art. 12. Violar direitos de autor de programa de computador: Pena – detenção de seis meses a dois anos ou multa.” e a Lei nº 12.735/12 que é a mais específica sobre crimes digitais próprios do ordenamento jurídico brasileiro, tendo como principal inovação a tipificação de um novo tipo penal: a invasão de dispositivo informático, por meio da inclusão do art. 154-A e 154-B no Código Penal:

Porém, para que a invasão seja considerada crime, não deverá existir autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo, e ainda que haja o interesse de obter, adulterar, destruir dados ou ainda instalar vulnerabilidades.

Não é pacífico o entendimento da doutrina e da jurisprudência, sobre a necessidade de se introduzir novas legislações tipificando os crimes digitais, com opiniões diferentes, como a defendida pelo Doutrinador Alexandre Daoun³⁰:

Podemos afirmar e definir que condutas praticadas por meios eletrônicos não constituem, via de regra, nova modalidade de crimes. Majoritariamente, já há tipificação em leis vigentes - Código Penal e Legislação Penal Especial - trata-se de bens jurídicos já tutelados no nosso ordenamento, praticados por meios eletrônicos. A inovação se restringe ao modus operandi do crime. Assim não há que se admitir a criação de novos dispositivos legais para o que já está tutelado em matéria penal.

Muito ainda se tem a analisar e ponderar sobre a regulamentação e aplicação da lei aos crimes digitais no caso concreto, por exemplo, o uso e a captação de informações pessoais, como localização, trajetos e objetos adquiridos entre outras.

Por fim, uma legislação para os crimes digitais, que seja atual, específica, com penas compatíveis à conduta criminosa e ao potencial lesivo, tornou-se necessária e urgente para coibir e punir atos criminosos, visando o bem de toda a sociedade.

Conclusão

A busca pelo conhecimento de novas técnicas e inovações acompanharam a evolução humana, porém a partir do final do século XIX, o desenvolvimento tecnológico alterou o convívio entre as pessoas de modo marcante e em velocidade impossível de ser

30 DAOUN, A. J. **Crimes Informáticos e o Papel do Direito Penal na Tecnologia da Informação**. In: Newton de Lucca e Adalberto Simão Filho. (Org.). *Direito & Internet - Aspectos Jurídicos Relevantes*. 1ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008, v. II, p. 173-184.

acompanhada pelas legislações, que são materializadas como consequência dos atos praticados e que necessitem regulamentação, como é o caso da Legislação Penal.

Assim, frequentemente o homem atinge o seu limite tecnológico e é contido, em princípio, pelas consequências do fato praticado, como é o caso do uso da energia nuclear com objetivos militares, e somente então surgem tratados e legislações limitantes.

A base da tecnologia atual de comunicação de dados, a Internet, teve seu uso incrementado com o objetivo de ser uma rede livre e aberta, porém encontra-se absolutamente controlada e direcionada para os mais diferentes fins, como é o caso do controle de informações, ideias e opiniões.

Novas tecnologias como reconhecimento facial, inteligência artificial e novos bancos de dados, os chamados Big Datas, alimentados com todo tipo de informação sobre as pessoas, em especial seus dados pessoais sensíveis, possibilitam melhorar a segurança pública contra atos criminosos, facilitando o reconhecimento e a obtenção de provas, mas também podem resultar em invasão de privacidade, uso indevido dos dados e atos contra a dignidade da pessoa humana.

Autoridades governamentais, legisladores e a própria sociedade optam em defender benefícios, os quais lhes pareça conveniente, porém para cada ação haverá uma reação com consequências imprevisíveis, com exemplos de fácil constatação como é o caso do uso de aplicativos de comunicação que trazem velocidade e eficiência à comunicação interpessoal, mas podem causar danos irreparáveis à imagem e a honra, direitos constitucionalmente protegidos.

Por fim, buscar parâmetros limitantes, de modo correto e adequado, para a aplicação de novas tecnologias, em especial às grandes bases de dados em conexão com o reconhecimento artificial e aplicações de inteligência artificial, não deve ser somente uma preocupação nacional, mas sim, uma preocupação global.

BIBLIOGRAFIA

ABRÃO, Eliane Y. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. São Paulo: Migalhas, 2014; p.41.

ALBAGLI, Sarita. **Informação e globalização na era do conhecimento**. RJ: Campus, 1999, p, 290.

AVENA, Norberto. **Processo Penal** – 11. ed. – RJ: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2019. p.450 e 502.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013.p.38

BRASIL. Lei nº 13.709 de 2018: **Dispõe sobre proteção de dados pessoais**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm > Acesso em: 06 jul.2019.

big data Disponível em: < <https://www.techopedia.com/definition/31746/> >. Acesso em: 22 set.2019.

CATÃO, Marconi do Ó. **Biodireito**: Transplante de Órgãos Humanos e Direitos de personalidade. São Paulo: Madras, 2004; p.83.

Cibercriminoso:<<https://www.infopedia.pt/dicionarios/linguaportuguesa/cibercriminoso>> acesso: 30 ago. 2019

COSTA, Luiz. **Profililing e Direitos**. Disp: < <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI210783,31047-Profiling+e+Direitos>. > Acesso em: 22 mai.2019.

CORMEN, Thomas et al.; **Algoritmos** [tradução: Arlete Marques]. RJ; Elsevier, 2012. p.3 e 4.

CRESPO, Marcelo. **As Leis nº 12.735/2012 e 12.737/2012 e os crimes digitais: acertos e equívocos legislativos**. < <http://canalcienciascriminais.com.br/artigo/as-leis-no-12-7352012-e-12-7372012-e-os-crimes-digitais-acertos-e-equivocos-legislativos/>> Acesso em: 30-01-2018.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico** 2^o. Ed. Rev. Saraiva.2005, p.138.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. RJ: Renovar, 2006, p.152.

_____ **A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental**. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/1315/658>. Acesso em: 05 jun. 2019.

DAOUN, A. J. **Crimes Informáticos e o Papel do Direito Penal na Tecnologia da Informação**. In: Newton de Lucca e Adalberto Simão Filho. (Org.). **Direito & Internet - Aspectos Jurídicos Relevantes**. 1ed.São Paulo: Quartier Latin, 2008, v. II, p. 173-184.

FULLER, Greice Patricia. **O Direito Criminal Difuso, a Dignidade da Pessoa Humana e a mídia na Sociedade da Informação**. Disponível em: <<http://www.revistaseletronicas.fmu.br/index.php/CBSI/article/view/539>.> acesso em:05 mai.2020.

GERON, Aurélien. **Hands-on Machine Learning** (com Scikit-Learn e TensorFlow) e François Chollet (Deep Learning com Python). Disponível em:<
https://www.safaribooksonline.com/library/view/hands-on-machine-learning/9781491962282/?utm_source=oreilly&utm_medium=newsite&utm_campaign=machine-learning-quick-and-simple-definition-body-text-cta> Acesso em : 15/08/2019.

LUGER, George F.; **Inteligência Artificial**. [tradução: Daniel Vieira]. 6^o ed.- São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013. P 29.

NABEEL Fahad.< <https://cscr.pk/explore/themes/politics-governance/regulating-facial-recognition-technology-in-public-places/>> Acesso em:18 set.2019

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v-5; p.211.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v.1.26 ed. Rio de Janeiro. Forense. 2013, p.183

RODOTÀ, Stefano. *Elaboratori elettronici e controllo sociale*. Bologna: Il Mulino, 1973. p. 14

_____. Some Remarks on Surveillance today. **European Journal of Law and Technology**, Vol. 4, No. 2, 2013. Disponível em: <http://ejlt.org/article/view/277/388> . Acesso em: 20 ago. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SCHREBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. – São paulo: Atlas, 2014. p.8.

Streaming é o fluxo ou a quantidades de dados estão constantemente fluindo através das redes de dados. Disponível em: <
<https://www.techopedia.com/definition/31746/streaming-analytics>>. Acesso em: 22 set.2019.

TECHOPEDIA. Disponível em : <<https://www.techopedia.com/definition/190/artificial-intelligence-ai>> Acesso em: 04 ago. 2019.

_____. Disponível em :< <https://www.techopedia.com/definition/8181/machine-learning>> Acesso em: 10 ago.2019.

UNIÃO EUROPÉIA. GDPR - **General Data Protection Regulation**- Regulamento Geral sobre Proteção de Dados. Disponível em: < https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/what-constitutes-data-processing_pt>. Acesso em: 14 jan. 2020.

VIDA DIGITALIZADA E DISCURSO DE ÓDIO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Luis Delcides Rodrigues da Silva¹; Marilene Afonso Carneiro²

RESUMO: Este artigo tem por objeto a reflexão e a análise da vida digitalizada e o discurso do ódio na sociedade da informação bem como seus efeitos a partir do uso das tecnologias e da aderência de grupos afins, ao contribuir com o fortalecimento deste discurso, promove um *devoir* e ao mesmo tempo uma diáspora no campo social e humano. Apresentará a intolerância e as diferenças ideológicas que marcam um cenário instrumentalizado pelas novas tecnologias, mas, também pelos novos padrões comportamentais que fortalecidos pelos discursos de ódio tomam forma, invadem grupos, ruas, sociedades e por fim vidas, que inseridas no ambiente digital se tornam vítimas ou algozes na sociedade informacional. A metodologia apresentada foi realizada a partir da revisão bibliográfica em obras de autores, artigos e sites relacionados à matéria. Concluindo-se que é necessário uma mudança comportamental baseada na educação digital e na utilização de leis que tenham como princípios a preservação da vida, da dignidade humanas e dos ideais democráticos.

Palavras-chave: Discurso. Informação. Digital. Vida.

LIFE SCANNED AND HATE SPEECH IN INFORMATION SOCIETY

ABSTRACT: This article aims at reflecting and analyzing digitalized life and the hate speech in the information society, as well as its effects from the use of technologies and the adherence of similar groups, that contributing to the strengthening of this speech, promotes a future and the at same time a diaspora in the social and human fields. It will present the intolerance an ideological differences that mark a scenario instrumentalized by new technologies, but also by the new behavioral patterns that, strengthened by hate speech, take shape, invade groups, streets, societies and ultimately lives, which become inserted in the digital environment become victims or executioners in the information society. The methodology presented was based on the bibliographic review of works by authors, articles

1 Graduado em Jornalismo pelas Faculdades Integradas Alcântara Machado (2011), Pós -graduação "lato sensu" em Marketing e Comunicação Integrada pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2014) e Graduando em Direito pela Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Membro do Grupo de Pesquisa Crimes, Dignidade da Pessoa Humana e Sociedade da Informação. Jornalista. <http://lattes.cnpq.br/5456750358720852> e-mail: luisdelcides@gmail.com

2 Bacharel em Direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU – Mestranda em Direito na Sociedade da Informação. <http://lattes.cnpq.br/2560933638972252> e-mail: marafonso.2019@gmail.com

and websites related to the subject. In conclusion, a behavioral change based on digital education and the use of laws that have as principles the preservation of life, human dignity and democratic ideals is necessary.

Key-words: Speech. Information. Digital. Life.

Introdução

Há uma preocupação jurídico-científica ao tratar sobre o discurso de ódio. Em um primeiro plano o avanço da denominada Sociedade da Informação, especialmente ao perceber o avanço tecnológico e a sua caracterização pela desterritorialização, retroalimentação, conteúdo livre e difusão de conhecimento. Por outro lado, existem novos sujeitos de direitos e os grupos identitários ao fixar as minorias perante as complexidades da sociedade pós-moderna.

O presente estudo aborda a vida digitalizada e como o *modus operandi* dessa conduta pode gerar danos, especialmente em relação à criticidade e a percepção ao selecionar informações e ser uma potente fonte de combustão para o discurso de ódio e as manipulações através de memes, informações duvidosas, de origem insegura e sem referências seguras.

A base teórica deste artigo utiliza as teorias de Gilles Deleuze, Paolo Virno, Manuel Castells, entre outros autores que tratam do tema. Para reforçar os conceitos jurídicos com base na Constituição Federal, doutrinadores e pensadores do Direito como Norberto Bobbio, Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Estado Brasileiro é signatário e na Declaração Universal dos Direitos Humanos aqui serão estudados. Não se pretendendo aqui esgotar o assunto, mas, colaborar com a reflexão e a realização de pesquisas mais aprofundadas que certamente contribuirão com as análises e resolução dos desafios dos novos tempos.

1. O DE VIR DA INDUMENTÁRIA

Primeiramente é preciso apresentar o significado da palavra *de vir* e o quanto esta palavra representa para o atual momento do sujeito homem pós-moderno. A sua origem, é do latim *devenire*, chegar³. Ao tomar base na filosofia aristotélico-escolástica é a passagem por geração, destruição, por alteração, pelo aumento ou movimento local – da potência ao ato. Em Hegel, o *de vir* constitui a síntese dialética do ser e não ser, pois tudo o que existe é

³ Vir a ser; tornar-se; transformar-se; Movimento permanente e progressivo pelo qual as coisas se transforma.
DICIONÁRIO ENCICLOPÉDICO LAROUSSE. São Paulo. Larousse, 2007.

contraditório estando, por isso mesmo, sujeito a desaparecer, ao constituir um elemento constante de renovação⁴.

Alicerçado nos conceitos dos pré-socráticos coloca-se que o problema do devir à existência do ser é incompatível com a mudança própria do devir – que não passa de ilusão – para Heráclito, tudo o que nasce se transforma e o devir encontra-se sujeito produzido da metamorfose perpétua das coisas que evoluem, não de modo linear, mas de acordo com um ciclo que realiza a coincidência dos contrários (JAPIASSU; MARCONDES, 2001, p. 53).

Conforme os ensinamentos de Deleuze (1974, p.1), o devir rouba o presente e não suporta a separação e nem a distinção do antes e do depois, do passado e do futuro. A sua essência está em avançar, puxar ao mesmo tempo nos dois sentidos. É um vai e vem e o bom senso é a afirmação de um sentido determinável em todas as coisas. Já, o paradoxo, é a afirmação bidirecional ao mesmo tempo.

Logo, ao extrair minuciosamente os ensinamentos acerca do devir, especialmente ao tratar dos paradoxos, ao observar a sua capacidade de se furtar ao presente e a capacidade bidirecional em um instante, há uma busca ao passado, especialmente aos referenciais da tradição, da força do discurso e das simbologias tradicionais ao mencionar os antepassados, referências familiares e escolares.

Para Deleuze (1974, p.2), há um esquivar do presente especialmente ao fazer referências a esses movimentos como a inversão do mais e do menos, quando o sujeito faz uma associação negativa ao grupo X e diz que Y é da paz. Portanto, trata-se de uma escolha maléfica, uma preferência no grupo, e um contrato de aliança, de pacto tenebroso com a preferência, a instauração de um agenciamento, máquina de guerra, máquina criminoso e esta pode levar à autodestruição; uma circulação de afetos impessoais, uma corrente alternativa, que tumultua os projetos significantes. (DELEUZE; GUATARRI, 1997, p.13).

Portanto, para Deleuze (1974, p.2) ao descrever sobre a dualidade oculta dos corpos no devir:

Reconhecemos a dualidade platônica. Não é, em absoluto, a do inteligível e a do sensível, da ideia e da matéria, das Ideias e dos corpos. É uma dualidade mais profunda, mais secreta, oculta nos próprios corpos sensíveis e materiais; dualidade subterrânea entre o que recebe a ação da Ideia e o que subtrai a esta ação. Não é a distinção do modelo e da cópia, mas a das cópias e dos simulacros. O puro devir, o ilimitado, é a matéria do simulacro, na medida em que se furta a ação da ideia, na medida em que contesta tanto com o modelo quanto a cópia.

4 JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário Básico de Filosofia**. 5 ed.. Rio de Janeiro, Zahar, 2008.

Logo esta dualidade encontra guarida dentro dos corpos onde há uma relação bastante singular com o devir e a linguagem. Para Deleuze (1974, p.2) quando há fusão de substantivos e adjetivos, quando os nomes de parada e repouso são arrastados pelos verbos de puro devir e resvalam na linguagem dos acontecimentos, toda a identidade se perde para o eu.

Há uma ambiguidade na política dos devires, especialmente no devir da indumentária. Há uma relação de movimento e repouso, de velocidade e lentidão ao agrupar uma infinidade de partes ao corresponder a um grau de potência e as relações equivalem às intensidades afetadas e estas aumentam ou diminuem a potência de agir, vindo das partes exteriores ou de suas próprias partes. Logo, os afetos são devires e a indumentária adotada nos tempos pós-modernos é um movimento bidirecional, um vai e volta diante do oposto.

1.1 O Paradoxo da Vida Digitalizada

A vida digitalizada é composta de paradoxos e devires. O primeiro por assaltar e privar o indivíduo de momentos de convivência, vida externa e momentos de lazer e o segundo por oferecer informação, conhecimento, facilidade e ao mesmo tempo medo e preocupação, especialmente ao tratar do compartilhamento de informações e principalmente dos dados sensíveis.

A extração de dados pessoais dos usuários de tecnologias é vendida aos anunciantes e através das postagens é possível analisar e apresentar uma previsão comportamental dos indivíduos ao concentrar esforços para a captação de potenciais consumidores. Logo, se a empresa não corresponde à altura em relação ao fornecimento de um serviço, o público, por intermédio das redes sociais, posta reclamações. Muitas vezes com um juízo de valor denso a ponto de causar uma ruptura na relação entre a empresa e o cliente podendo manchar a reputação desta companhia.

De acordo com Deleuze (1974, p.91) os paradoxos são apenas recreações ao serem considerados como iniciativas do pensamento e a sua força reside na não contrariedade e seu principio é aplicado ao real e ao possível. Não ao impossível onde os paradoxos são representados e tornam-se a subdivisão do infinito (sempre passado-futuro e jamais presente) e faz uma representação nômade (reparte-se em um espaço aberto ao invés de dividir-se em um espaço fechado).

A díade do tão perto, tão longe, citada por Silva e Silva (2011, p.102), remete à situação brasileira referente à educação durante a pandemia, especialmente quando o assunto é a evasão escolar e a exclusão digital. O país é desafiado a construir um novo modelo educacional com fundamento na democratização do acesso e da permanência do

aluno na escola. Logo, há um paradoxo entre a disponibilidade técnica para o serviço de internet e a democratização do acesso global da rede pela comunidade.

1.2 Rede Social: Um espaço aberto para opiniões?

A vida digitalizada permite compartilhar opiniões, difundir informações e compartilhar momentos de felicidade, lazer, fotos com amigos. Ou seja, são reações positivas, negativas e neutras diante de um cenário jovem, peculiar e facilitador do dia a dia do indivíduo.

É um espaço aberto, a princípio, mediante ao respeito e a moderação da linguagem, especialmente da forma como é comunicada para o receptor. Contudo, este local tomou forma para os diversos tipos de comentários permitindo à multidão pautar os seus discursos, transformando-se em uma imensa plataforma de debates democráticos, por vezes educados, outras vezes desrespeitosos e coléricos.

Para Bergson (2006, p.109) a inteligência representa a origem e a evolução da realidade como um arranjo e um rearranjo de partes que não fariam mudar mais de lugar. Já, Gilsogamo (2017, p.2) leciona sobre a importância da não generalização e idealização do sistema de comunicação digital, especialmente ao tratar-se de redes sociais como um espaço plural, em que todos têm voz e esta não é induzida ao ponto de passar a sensação errada de que aquilo que é comentado, publicado e compartilhado possui maior representatividade.

A partir da edição e criação de normas pelo Poder Legislativo estabelecendo limites aos ânimos mais inflamados e acirrados, não existe óbice para a liberdade de expressão que por sua vez é amparada pela Constituição Federal. Portanto, antes da força da lei é preciso uma educação digital para o indivíduo exercer o seu direito de opinião com sensatez e polidez.

2. DISCURSO DE ÓDIO

2.1 Multidão

Conforme o entendimento de Virno (2003, p.45) a multidão é associada às redes sociais, a massa e a experiência de um ativismo interativo. O seu objetivo é fortalecer a ignorância e a opinião *sui-generis* do costumeiro “todo mundo faz”. Logo, esta ocupa uma região intermediária entre “individual” e “coletivo”. A distinção entre “público” e “privado” já não é mais válida e não é mais possível tratar sobre povo convergente na unidade estatal, pois a união não se contrapõe ao “uno”, ela determina.

Desde as manifestações de 2013⁵, o descontentamento com a qualidade do serviço de transporte coletivo, as políticas tarifárias impostas pelas administrações municipais, os primeiros sinais da crise política e financeira causada pelos mercados mundiais e as ações da administração federal da época contribuíram para a eclosão dos movimentos digitais que tomaram forma e invadiram as ruas das capitais brasileiras.

Por outro lado, conforme as observações de Mendonça e Daemon (2014, p.39) os acontecimentos como os de 2013, ao afetar com desestabilizações a vida social, foram interpretados como ameaças a serem reprimidas, especialmente para os meios de comunicação e os governantes como múltiplas formas de violência. Ou seja, para Orlandi (2002, p.52, apud Mendonça e Daemon,2014) há um discurso unificado nos meios de comunicação e este processo discursivo reduz a pluralidade de leituras ao colocar como inaceitável, politicamente, ao movimento tomar sentido para a mobilização social.

Contudo, os efeitos da linguagem nas jornadas de junho de 2013 são sutis. Apenas os olhares atentos perceberam a mudança de pautas, pois a imprensa na época apenas focalizou os casos de violência e não suas reivindicações. Os paradoxos ganharam destaque em meio à mudança repentina de rota: a pauta inicial era a súplica por maiores investimentos na área pública e o movimento tomou outro rumo e este resultou em mais investimentos no segmento privado. Enfraqueceu partidos políticos tradicionais e abriu espaço para os movimentos sociais. (GALILEU, 2018, web).

2.2. Díade de pensamento

A primeira pergunta feita durante uma troca de opiniões a respeito de um político ou personalidade e se é de direita ou esquerda? Bobbio (1995, p.13) faz uma provocação: “Pergunta sem sentido?” (BOBBIO,1995,p.13).

Entre as respostas possíveis esteja até que tal político não seja nem de esquerda ou direita. Pois, Bobbio (1995) conclui que tais argumentos conseguem mostrar a confusão entre as ideias abstratas e os compromissos que as conformam nas aplicações práticas. E a célebre díade não teria mais nenhum sentido exatamente em um período onde a terminologia tradicional permanece designando lados ou períodos opostos.

Goulart (2019,p.20, apud, REVELLI, 1990,) os conceitos direita e esquerda são relativos e não absolutos, e podem referir-se a diferentes discursos e ideais dependendo do contexto histórico o qual são inseridos em debate. Portanto, Goulart (2019, p.20) é claro:

5 Também conhecido como as “jornadas de junho”. Logo, não cabe ser denominado desta forma, por ter avançado ao período mencionado.

(...)...chamar alguém de “direitista” ou “esquerdista” difere substancialmente de chamar alguém de “liberal” ou de “comunista”, pois, enquanto esses dois últimos termos se referem a um pacote de características ideológicas imutáveis e atemporais, “direita” e “esquerda” podem se referir a diferentes discursos e ideais dependendo do contexto histórico, não sendo conceitos fixos, mas mutáveis e temporais.

Portanto, Bobbio (1995, p.13) conclui que o pensamento por díades é divergente e se opõe uns aos outros. São termos excludentes no sentido de que nenhuma doutrina ou nenhum movimento pode ser simultaneamente de direita e de esquerda. Qualquer campo do saber está dividido de termos antiéticos e dá uma representação sintética de duas partes em conflito; axiológico para exprimir um juízo de valor positivo ou negativo. Em um universo político cada vez mais complexo, torna-se mais inadequada a separação muito nítida entre duas partes contrapostas, sempre mais insuficientes a visão dicotômica da política.

2.3 *Hackativismo e Ativismo Digital*

Para Barreto Júnior, Auler e Barbosa (2016, p.131) é o uso da força para exercer fins políticos utilizando-se de conhecimentos de informática. E seus efeitos já são sentidos aquém do espaço digital. Há uma distinção entre *hackativismo* e ativismo digital no uso das ferramentas diretas e transgressivas onde as táticas de confronto são mais eficazes que as convencionais. As atitudes dos hackativistas buscam o bem-estar humano.

Logo, é preciso desmembrar a palavra Hackativismo: Primeiro, o radical *Hack* significa uma tentativa de usar a tecnologia de uma maneira original, não ortodoxa e inventiva⁶. Depois, a palavra ativismo, o uso da força para fins políticos⁷. Contudo, ao mencionar a denominada Declaração do Hackativismo está a defesa da liberdade de expressão e garantia do acesso a informação. Porém, há uma mudança do ativismo indireto para um caráter de extremo confronto. (BARRETO JUNIOR et. al, 2016, p.131)

Ao mencionar sobre o poder garantidor das novas mídias, Fuller (2016, p 175) esclarece sobre a permissão da divulgação e esclarecimento de direitos ao possibilitar a ampliação de debates e a manifestação de opiniões dos cidadãos ao expressar suas críticas, soluções na consecução de objetivos comuns. Logo, há uma categoria do ativismo *hacker*, ao

6 De acordo com o Dicionário MICHAELIS, (reker) (inglês), Indivíduo que se dedica a entender o funcionamento interno de dispositivos, programas e redes de informática com o fim, entre outras coisas, de encontrar falhas em sua segurança ou conseguir um atalho inteligente que possa vir a resultar em um novo recurso ou ferramenta.

7 MICHAELIS, dicionário. Ação intencional que decorre de uma grande variedade de motivações políticas e pode assumir diversas modalidades de expressão, como, por exemplo, o envio de cartas à mídia impressa e eletrônica, comícios, greves, sabotagem, resistência passiva ao governo, manifestações de rua e, nos casos mais extremos, táticas de guerrilha e terrorismo.

abranger ações diretas por meio da internet ao deixar sites fora do ar, criação e publicação de sites falsos ou invasão de sites para a divulgação de informações confidenciais e outras formas de ação (VILLELA, 2012, apud, VEGH, 2003, p.30).

2.3 Conceito e Objetivo

De acordo com Freitas e Castro (2013, p.344) o discurso de ódio é uma variável da Liberdade de Pensamento e seus propósitos são: calar, excluir e alijar. É uma assimetria entre duas posições: uma supostamente superior, de quem expressa e outra inferior, daquele contra o qual a rejeição é dirigida.

Rir, deplorar e detestar tem em comum a maneira de conservar um objeto a distância, se diferenciar ou de se colocar em ruptura com este. Ao se proteger dele pelo riso ao desvalorizá-lo pela deploração, afastá-lo e eventualmente ser destruído pelo ódio (FOUCAULT, 2002, p.21).

Para Freitas e Castro (2013, p.344):

Ao buscar um conceito operacional para o discurso do ódio, este apresenta como elemento central a expressão do pensamento que desqualifica, humilha e inferioriza indivíduos e grupos sociais. Esse discurso tem por objetivo propagar a discriminação desrespeitosa para com todo aquele que possa ser considerado “diferente”, quer em razão de sua etnia, sua opção sexual, sua condição econômica ou seu gênero para promover a sua exclusão social.

Portanto, o discurso de ódio ignora as diferenças, assimila as coisas entre si sem nenhum fundamento e tem o foco em atingir maldosamente e agressivamente os indivíduos, coisas e situações. O objetivo é regular a própria defesa – oral ou escrita – de políticas e instruções discriminatórias e o foco central na desvalorização do outro (FREITAS; CASTRO, 2013, p.345).

3. O DISCURSO DE ÓDIO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Já não é segredo para ninguém que o advento da Sociedade da Informação trouxe grandes transformações para a coletividade em geral. Grandes avanços são experimentados a todo instante. Importantes melhorias em todos os setores da sociedade são alcançadas e aprimoradas a todo momento. A influência das tecnologias na saúde, educação, nas comunicações, no lazer, nas profissões e economia muito contribuem para a manutenção e melhoria da vida em sociedade. Porém, a revolução tecnológica que, apesar de possuir o potencial de levar o bem, o equilíbrio, o avanço e o progresso a todos os cantos do mundo, também pode promover através de seu uso e manuseio inadequados, problemas de grandes

proporções a humanidade. Sendo, portanto, uma diáde que pode ser utilizada por dois polos: o bem ou o mal, o amor ou o ódio.

Manuel Castells (2020, p. 61) explica que uma revolução tecnológica concentrada nas tecnologias da informação começou a remodelar a base material da sociedade em ritmo acelerado.

Seguramente, este novo formato da vida em sociedade também possui suas mazelas e desafios que precisam ser considerados.

O discurso do ódio na sociedade da informação se apresenta como um dos assuntos negativos mais comentados da era informacional. Mostrando que algo precisa ser feito em relação ao processo negativo gerado pelo desenvolvimento tecnológico que, por sua vez ocasiona a fragmentação e a desestruturação social em todo o globo. Afinal de contas o ódio é de capaz por meio de suas “redes” induzir e conduzir grupos de pessoas a destruição de seu alvo, normalmente o próprio ser humano e tudo o que ele é capaz de produzir, bem como a si mesmo. Mas, de onde nasce o ódio, qual seria sua fonte?

René Descartes em “As paixões da alma”⁸ apresenta a seguinte perspectiva:

O ódio é uma emoção causada pelos espíritos que incita a alma a querer estar separada dos objetos que se lhe apresentam como nocivos. Eu digo que tais emoções são causadas pelos espíritos a fim de distinguir o amor e o ódio, que são paixões e dependem do corpo, tanto dos juízos que levam também a alma a se unir voluntariamente às coisas que ela considera boas e a separa daquelas que ela considera más como das emoções que só esses juízos excitam na alma.

Nietzsche em “Genealogia da moral” (item 7) ao discorrer sobre o ódio argumenta que “na sua impotência o ódio toma proporções monstruosas e sinistras, torna-se a coisa mais espiritual e venenosa. Na história universal, os grandes odiadores sempre foram sacerdotes, também os mais ricos de espírito – comparado ao espírito de vingança sacerdotal, todo espírito restante empalidece”.

Não resta dúvida que, entre as capacidades existentes no ser humano estão o ódio e o amor. Lado a lado. Estes dois importantes sentimentos dotados de uma poderosa força são capazes de construir, reunir e gerar vida. Em contrapartida, também são capazes de destruir, afastar e aniquilar vidas. Dois universos que existem desde os primórdios da humanidade até os dias pós-modernos. Apontando sempre uma dupla condição ou possibilidade às jornadas do ser humano.

⁸ As paixões da alma. Obra de René Descartes. Disponível em:
<http://professordiegodelpasso.files.wordpress.com/2016/05/rene-descartes-as-paixões-da-alma.pdf>.

David Harvey (2016, p. 9) em sua tese pondera que está ocorrendo uma mudança abissal nas práticas culturais, bem como político-econômicas desde 1972. Esta mudança abissal está vinculada à emergência de novas maneiras dominantes pelas quais experimentamos o tempo e o espaço.

Mas, como será que a sociedade da informação enfrentará as complexas e profundas mudanças juntamente com os seus discursos?

Os discursos disseminados a partir do uso das ferramentas tecnológicas têm sido o grande abismo que a humanidade tem conhecido a partir do mundo virtual que por sua vez influenciam vidas, desta vez digitalizadas, e que podem criar, disseminar, e destruir vidas, sistemas e mundos a partir da força do ódio. Pois, é com a velocidade e a instantaneidade do mundo virtual e seus instrumentos, que o ódio ataca seus alvos escolhidos, promovendo a destilação de conteúdos que amparados na “palavra clicada” e na “imagem desconfigurada” deturpam, contaminam e destroem tudo o que acreditam ser necessário destruir.

O discurso do ódio com o seu poder e capacidade de atacar grupos considerados mais vulneráveis já fez muitas vítimas na Sociedade da Informação. Entre elas: os negros, os pertencentes ao grupo LGBT, mulheres, pessoas que possuem algum tipo de deficiência, dentre outros considerados ameaças às suas ideologias daqueles que contrários à democracia, a paz e o respeito fazem uso das redes e ambientes virtuais para atacar quem eles julgam necessário atacar.

O Globo.com em matéria publicada⁹ em 03/08/2016 informa que a cada 23 minutos, um negro é assassinado no país, a cada 11 minutos, uma mulher é estuprada (...). A referida reportagem ainda informa que “as redes sociais nada mais fazem que amplificar esse ódio”.

Temos visto que a partir da utilização indevida das tecnologias da informação, o cenário de violência aumentou tanto no físico como no virtual. A vida parece ser pouco considerada quando o assunto é a aniquilação e destruição total do outro, do diferente, do frágil. Um meme aparentemente inofensivo, pode se tornar uma grande ameaça percorrida por vias eletrônicas, gerando uma onda aterrorizante do ódio que preenche os espaços vazios com o desrespeito, a raiva e a violência. Sendo, portanto, imprescindível que os ideais democráticos e a educação ocupem as mentes e as vidas dos novos ambientes gerados pelas benesses da tecnologia.

⁹ O Globo.com. O Brasil cultiva o discurso do ódio. Por Sérgio Matsuura. Matéria publicada em 03/08/2006. Disponível em: globo.globo.com/sociedade/brasil-cultiva-discurso-de-odio-nas-redes-sociais-mostra-pesquisa-19841017.

4. IDEAIS DEMOCRÁTICOS, EDUCAÇÃO, DIREITO E DISCURSO DO ÓDIO

A democracia tem sido profundamente desafiada na sociedade da informação. Suas vidas, desta vez digitalizadas ganham novas dimensões. Mas, também novos riscos. A luta pelo respeito e a dignidade humana é uma batalha que vai além do virtual e do tecnológico.

Como vimos, os discursos de ódio tem sido muito utilizados por diferentes personalidades e perfis com múltiplos interesses. Estes por sua vez com o poder comprometer o Estado Democrático de Direito e os seus princípios fundamentais como um todo. Privando inclusive a sociedade da liberdade de expressão, do exercício do direito a participação democrática e, conseqüentemente de uma existência digna, nobre, honrada e soberana.

Muitos são os autores dedicados ao tema. Diversas são as teses, ideias e opiniões acerca do assunto aqui tratado. Soluções ainda estão por ser encontradas e tratadas. Contudo, sabe-se também que a educação é uma dos elementos capazes de transformar vidas. Sendo inexoravelmente capaz de cooperar com a transformação dos comportamentos humanos. Uma tarefa seguramente desafiadora para o mundo virtual e as vidas que nele transitam.

Mas, seria possível reverter-se um comportamento gerado pelo ódio em um comportamento baseado no respeito e nas diferenças? Uma diferença baseada em princípios norteadores e fundantes para a vida em sociedade? Poderia o Direito ser o conciliador dos conflitos nesta nova jornada humana?

Na visão de Gilberto Dupas (2000, p. 105),

O novo princípio da responsabilidade para a sociedade pós-moderna corresponde, pois, à idade do pós-dever, à sociedade corresponde, pois, à sociedade pós-moralista, ao minimalismo ético. Trata-se de uma ética “razoável”, um esforço de conciliação entre valores e interesses. É preciso emergir um “tu deves” como horizonte da ciência e obedecer a algumas normas éticas fundamentais.

De acordo com Miguel Reale (2014, p. 129),

O Direito é sempre voluntas. Os romanos já diziam que o Direito é uma *constans ac perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*, o que quer dizer, é uma vontade permanente e constante de dar a cada um o seu direito, vontade essa que não é a dos governantes, mas da coletividade através de um processo axiológico de opções e preferências.

Se o Direito é uma vontade permanente e constante de dar a cada um o seu direito, então podemos dizer que cabe ao Direito intervir e conciliar as partes e situações que trazem desarmonia e desequilíbrio para a sociedade. No caso dos discursos de ódio, que ferem a

dignidade e os princípios do Estado Democrático de Direito, cabe pois ao Direito auxiliar a sociedade na organização e aplicação dos instrumentos que coíbem práticas delitivas e criminosas. Afinal de contas, estas sempre ferem a dignidade da vida humana. De acordo com José Afonso da Silva (2013, p. 107) a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.

O artigo 205 da Constituição Federal de 1988 preceitua:

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (BRASIL, 1998).

A partir do importante mandamento constitucional podemos entender que a educação é um instrumento importante para a efetividade de medidas preventivas que apoiem e ajudem a combater ao discurso do ódio.

Educação como um meio preventivo que impede a proliferação não apenas da ignorância e suas consequências nas sociedades humanas. Também o conjunto de instrumentos que podem direcionar os cidadãos às boas práticas de convivência em sociedade a partir do bom uso das tecnologias e seus ambientes virtuais.

Mas, voltemos ao Direito apresentando as ideias de Mariá Brochado: “O direito nasce do mesmo espírito do qual nascem os deveres, para conservar e desenvolver as relações morais, ou seja, os bens éticos, protegendo as condições, onde se realiza, através da força, tudo o que é ético (BROCHADO 2006, p.47). A manutenção e o equilíbrio social encontra no direito a base da transformação de comportamentos que ferem o interesse da coletividade. Pois, quando o assunto é discurso do ódio toda a coletividade corre risco. Estando esta em constante e permanente ameaça de grupos ou pessoas que ao fazer mal uso do espaço virtual e suas tecnologias invadem vidas, violando não apenas as regras de convivência e respeito. Mas, agredindo os ideais de igualdade, dignidade e paz previsto na Constituição Federal de 1988. Sendo importante que o Direito a partir de seu poder e atuação iniba os comportamentos que ofendem os ideais do Estado Democrático de Direito, sem deixar de considerar a importância das tecnologias, sem contudo deixar de fortalecer o diálogo, o respeito e os relacionamentos nos novos cenários da Sociedade da Informação.

Conclusão

O devir avança e puxa em sua bidirecionalidade. Ao mesmo instante que foge ao presente, há uma relação de movimento e repouso entre as relações digitalizadas e seus paradoxos entre o tão perto, tão longe ao repartir-se em um espaço aberto como as redes sociais ao se tornar um campo de hostilidade e violência digital.

A multidão em sincronia com a massa humana e a vida digitalizada, por intermédio das redes sociais, fortalece o discurso imposto pela imprensa e gestores públicos como múltiplas formas de violência. Portanto, há uma leitura superficial de ambos os entes, por haver exposições das dificuldades sociais e a insatisfação com o aumento do transporte público e o quanto este interfere na economia das famílias menos abastadas. Logo, as linguagens produzidas por gestores e meios de comunicação resultaram na formação de pensamentos, díades, conceitos divergentes, uso desenfreado de mídias sociais ao ignorar diferenças, calar, excluir e alijar indivíduos.

A superação do discurso do ódio, e a convivência harmônica em sociedade é um trabalho que pertence a todos. O Estado, a partir de seu poder e da sociedade civil organizada com o potencial de reivindicar ações deste Estado para a promoção de medidas que tenha por objeto principal o bem de todos indistintamente. À coletividade cabe a utilização de recursos e disponíveis (inclusive os tecnológicos) para a efetiva apropriação do exercício democrático e de cidadania.

Um novo modo de viver e uma nova visão precisam ser considerados partindo do princípio de que somos diferentes uns dos outros. E que o ódio é um sentimento que apesar de destruidor, sempre acompanhou as sociedade humanas através dos séculos. As tecnologias precisam utilizadas para desintegrar as fronteiras de cor, raça, preferências políticas, credos, gêneros e diferenças. Somos apenas uma raça humana. Não temos outra. A fronteira da ignorância precisa ser vencida com o amparo da educação, das leis e do Direito. Promovendo porquanto em uma sociedade onde a dignidade humana seja o princípio que sobrevivendo a onda do ódio, permanece intacta não apenas na era informacional para as futuras e vindouras era e suas gerações.

Referências Bibliográficas

BARROS, Bruno Mello Correia; CURRY, Scheila Patrícia de Borba. **Discursos de Ódio e novas tecnologias: Um olhar para os limites do direito à liberdade de expressão nas redes sociais.** Anais da 10^a Jornada de Pesquisa e 9^a Jornada de Extensão do curso de Direito – FAMES. Organizadores: Bruno Mello Correia de Barros, Karina Schuch Brunet. Santa Maria, RS. 23 a 26 de abril de 2018. Disponível em: <
<http://metodistacentenario.com.br/jornada-de-direito/anais/10a-jornada-de-pesquisa-e-9a-jornada-de-extensao-do-curso-de-direito/artigos/6-as-novas-midias-e-os-direitos-na-sociedade-informacional/discursos-de-odio-e-novas-tecnologias.pdf/view>> Acesso em: 18 out. 2020.

BARRETO JÚNIOR, Irineu F.; AULER, Henrique; BARBOSA, Marco A. **Hackativismo e Ativismo Digital na Sociedade da Informação.** Redes – Revista Eletrônica Direito e

Sociedade, vol.4, n. 2, Canoas-RS, novembro, 2016. Disponível em: <
<https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/3143>> Acesso em: 09 out.
2020.

BOBBIO, Norberto. **Direita e Esquerda: razões e significados**. 2^o Reimpressão. Editora da
Universidade Estadual Paulista, São Paulo, 1995.

BROCHADO, Mariá. & **Ética: a etnicidade do fenômeno jurídico**. Landy Ed.. São Paulo,
2006.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Paz e Terra. 21^a e. Rio de Janeiro/São Paulo,
2020.

DELEUZE, Gilles. **A Lógica do Sentido**. _Ed. Perspectiva, Editora da Universidade de São
Paulo, São Paulo, 1974.

DELEUZE, Gilles; GUATARRI, Felix. **Mil Platôs – Capitalismo e Esquizofrenia vol-1**.
_Ed., Editora 34, Rio de Janeiro, 1995.

DESCARTES, René. **As paixões da alma**. Disponível em:
<[http://professordiegodelpasso.files.wordpress.com/2016/05/rene-descartes-as-paixões-da-
alma.pdf](http://professordiegodelpasso.files.wordpress.com/2016/05/rene-descartes-as-paixões-da-alma.pdf). > Acesso em: 20 out. 2020.

DUPAS, Gilberto. **Ética e poder n sociedade da informação**. 2^a e. UNESP. São Paulo, 2000.

FREITAS, Riva Sobrado; CASTRO, Matheus Felipe de. **Liberdade de Expressão e Discurso
de Ódio: um exame sobre as possíveis limitações a liberdade de expressão**. Revista
Sequência: Estudos jurídicos e políticos. V. 34.n. 66. P.327-355.UFSC, Florianópolis,
2013.Publicado em 23 de julho de 2013. Disponível em: <
<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v34n66p327>>
Acesso em: 07 out. 2020.

FULLER, Greice Patrícia; MACEDO, Caio Sperandeo de. **Cidadania, Movimentos Sociais
e Crimes na Sociedade em Rede**. Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias.v.2
n.1. p.167-185. Jan/ Jun, Brasília, 2016. Disponível em: <
<https://www.indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/827>> Acesso em: 09 out
2020.

FOUCAULT, Michel. **As Verdades e as Formas Jurídicas**._Ed. NAU Editora, Rio De
Janeiro, 2002.

GILSOGAMO, Ana Paula. **Há Opinião Pública Nas Redes Sociais Digitais?**. Artigo
escrito pela Publicitária Ana Paula Gilsogamo publicado no site da Fundação Escola de
Sociologia e Política de São Paulo. São Paulo, 27 de julho de 2017. Disponível em: <

<https://www.fespsp.org.br/upload/usersfiles/H%C3%81%20OPINI%C3%83O%20P%C3%9ABLICA%20NAS%20REDES%20SOCIAIS%20DIGITAIS.pdf>> Acesso em: 04 out 2020.

HARVEY, David. **Condição Pós-Moderna**. Uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. Edições Loyola. São Paulo, 2016.

O Globo.com. O Brasil cultiva o discurso do ódio. Por Sérgio Matsuura. Matéria publicada em 03/08/2006. Disponível em: globo.globo.com/sociedade/brasil-cultiva-discurso-de-odionas-redes-sociais-mostra-pesquisa-19841017. Acesso em: 20 out 2020.

MENDONÇA, Kleber; DAEMON, Flora. Os “outros” da rua: o acontecimento discursivo das manifestações de 2013. Revista CMC – Comunicação, Mídia e Consumo. Ano 11. Vol.11. N.30. P. 37-55. Jan/Abr 2014. Disponível em: <http://revistacmc.espm.br/index.php/revistacmc/article/view/676> Acesso: em 09 out. 2010.

NIETSCHE, Friedrich. **Genealogia da moral**. Disponível em: <http://filosofia.com.br/figuras/livros_inteiros/290.txt.> Acesso em: 20 out 2020 .

SHECAIRA, Fabio Perin. **The Harm in The Hate Speech. Seção Resenha Extra**. Teoria Jurídica Contemporânea. 3:1. Janeiro-Junho,2018. PPGD/UFRJ, p.230-237. Disponível em :< <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/download/22486/12574>> Acesso em: 04 out. 2020.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo, 37^a e. Malheiros Editores. São Paulo, 2014.

SILVA, Maria Aparecida; SILVA, Vânia Maria Galdino. **Tão Longe, Tão Perto: O paradoxo brasileiro na sociedade da informação**. Revista Científica do IFAL, v.1, n. 3, jul-dez,2011.Disponível em: < <https://periodicos.ifal.edu.br/educte/article/view/45>> Acesso em: 04 out 2020.

VILELLA, Marina Cruz Vieira. **Ativismo Digital: Um Estudo Sobre Blogs Ativistas**. Dissertação apresentada ao instituto de Ciência Política da Universidade de Brasília –UNB como requisito para obtenção do título de Mestre em Ciência Política. Orientador: Professor Alexandre Araújo Costa. Brasília, 2012. Disponível em: < https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/11658/1/2012_MarinaCruzVieiraVillela.pdf> Acesso em: 14 out 2020.

VIRNO, Paolo. **Gramática da Multidão: Para uma análise das formas de vida contemporânea**. Distribuído pela MIT Press, Cambridge, Mass and London, England. Tradução de Leonardo Retamoso Palma. Santa Maria-RS, Brasil, Setembro, 2003.

3^o Information
Society and Law
FMU
CENTRO UNIVERSITÁRIO

GT - DIREITO CONSTITUCIONAL NA SOCIEDADE DA
INFORMAÇÃO

DISCURSO DE ÓDIO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO DISCURSO DE ÓDIO E A FALTA DE ATUAÇÃO DO ESTADO NO SEU COMBATE

Ronny Max Machado¹; Lucas Andrei de Oliveira²

RESUMO: O presente artigo foi elaborado no âmbito de pesquisa desenvolvida no âmbito do Grupo de Pesquisa Crimes, dignidade da pessoa humana e sociedade da informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, São Paulo, Brasil, dentro de linha de pesquisa Sociedade da Informação. O escopo adotado é investigar a origem do discurso de ódio e como a forma de propagação desta forma de violência mudou com o tempo. Para tanto, foram analisados documentos disponibilizados publicamente pela internet, livros, outros artigos científicos sobre o tema, acórdãos e jurisprudências, bem como o documentário “Arquitetura da Destruição”. A pesquisa será realizada através da metodologia da revisão bibliográfica especializada. A compreensão dos mecanismos utilizados pelo Estado para evitar a propagação de discursos de ódio são ultrapassados e não cumpre com seu propósito é ponto fundamental deste estudo. Ademais, a criminalização da conduta não seria a melhor solução, bem como o estudo sobre o papel do Estado que deveria buscar dar uma definição clara do que é discurso de ódio e unir esforços com os provedores de internet, junto com políticas pedagógicas para evitar a propagação de discursos de ódio.

Palavras-chave: Liberdade de expressão; Discurso de ódio; Nazismo; Direito Criminal. Sociedade da Informação.

1 Mestre em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. São Paulo. Estado de São Paulo. Brasil. Coordenou o Grupo de Pesquisa em Privacidade de Dados junto ao Programa Empreendedorismo da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Estado de São Paulo. Brasil. 2018-2019. Pesquisador junto ao Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, São Paulo. Estado de São Paulo. Brasil. Professor Universitário dos Cursos de Pós Graduação EAD da Faculdade Damásio. Advogado em São Paulo e Brasília. Relator na 1 Turma de Benefícios da CAASP. Colunista do site Ramo Jurídico. Parecerista Avaliador na Revista Direito em Debate.

2 Graduando do 9º semestre de Direito do Centro Universitário Faculdades Metropolitanas Unidas. Membro do Grupo de Pesquisas “Crimes, dignidade da pessoa humana e sociedade da informação” pelo Centro Universitário Faculdades Metropolitanas Unidas/FMU.

HATE SPEECH IN THE INFORMATION SOCIETY: THE HISTORICAL DEVELOPMENT OF HATE SPEECH AND THE STATE'S LACK OF ACTION IN ITS COMBAT

ABSTRACT: The present article was elaborated in the scope of research developed in the scope of the Crimes Research Group, dignity of the human person and information society of the University Center of Faculdades Metropolitanas Unidas, São Paulo, Brazil, within the Information Society research line. The scope adopted is to investigate the origin of hate speech and how the form of propagation of this form of violence has changed over time. To this end, documents made publicly available on the internet, books, other scientific articles on the subject, judgments and jurisprudence, as well as the documentary "Architecture of Destruction" were analyzed. The research will be carried out using the specialized bibliographic review methodology. The understanding of the mechanisms used by the State to prevent the spread of hate speech is outdated and does not fulfill its purpose is a fundamental point of this study. Furthermore, the criminalization of conduct would not be the best solution, as well as the study of the role of the State, which should seek to give a clear definition of what hate speech is and join efforts with internet providers, together with pedagogical policies to avoid spread of hate speech.

Keywords: Freedom of expression; Hate speech; Nazism; Criminal Law. Information Society.

Introdução

O presente trabalho visa buscar a origem do discurso do ódio e entender como se modificou com o tempo até poder ser usado como *fake news* em campanhas políticas, mas a função principal do artigo é mostrar como os discursos de ódio são falaciosos e as pessoas que partilham desses ideais são vítimas de uma verdadeira cilada ideológica, que culmina com o abalado da democracia e do Estado Democrático de Direito. Na sociedade da informação os discursos de ódio se tornam ainda mais preocupantes pelo fato da característica principal dessa sociedade ser a ausência de rigidez e ordens bem definidas.³ A qualquer momento tudo pode mudar. Ideais e vestimentas retrógradas voltam à moda e na semana seguinte são novamente descartados.

Outro problema é que, assim como o Holocausto se deu de uma forma que os Europeus somente se deram conta da gravidade quando o genocídio teve início⁴, o Estado parece olhar para os discursos de ódio da internet como se fossem normais. Em alguns casos,

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

4 BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e holocausto**. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1998, p. 19/20.

parece até incentivar esses discursos permitindo o uso de *fake news*. Ocorre que conhecer o passado e a origem desses discursos de ódio é a única forma de encontrarmos as melhores formas de combate ao ódio. Somente assim poderemos dar uma definição clara do que é o discurso de ódio e como ele tem sido utilizado em campanhas políticas, como no caso do nazismo.

Por fim, poderemos conhecer algumas possíveis formas de combate aos discursos de ódio. Algumas práticas como a utilizada por Alexandre o Grande na dispersão da cultura helênica e reconhecidas por Bauman no combate ao nazismo pós-holocausto, que envolviam o reconhecimento de que o homem não evoluiu de um bárbaro à um ser superior, mas é, na verdade, um ser complexo em si mesmo, que deve ser compreendido como diferente dos outros, mas nunca como inferior.⁵

1.ORIGEM DO DISCURSO DE ÓDIO

Não sabemos ao certo quando os discursos de ódio começaram, mas sabemos que a xenofobia era algo comum nas culturas antigas. Como por exemplo com os gregos, que se achavam superiores e retalhavam os povos vizinhos, que eram vistos como "bárbaros", por não compartilharem dos mesmos valores cívicos e culturais.⁶

Cabe ressaltar que a origem do termo "bárbaro" é do grego, que significava, em síntese, a forma pela qual os gregos entendiam os sons produzidos pelos povos persas ao se comunicarem e teria sua origem no fonema "bar bar bar"⁷. Posteriormente passou a ser entendido como uma pessoa não civilizada de uma maneira claramente pejorativa. O preconceito grego chegava ao ponto de estes afirmarem que quem não era grego, era bárbaro e menosprezar a cultura destes, criando oposição entre os povos.⁸

Esse pensamento de superioridade os levou à crença de que o povo grego e sua cultura era superior a todas as outras e à conclusão de que os outros povos deveriam ser escravizados. Este ideal somente mudou com Alexandre o Grande, que passou a dispersar a cultura helenística e gerou uma maior integração e cooperação entre as nações, principalmente, no comércio, por meio da criação de cidades, bibliotecas e estradas.⁹

5 BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e holocausto**. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1998, p. 22/26.

6 LEÃO, Delfim Ferreira. **Cidadania e exclusão: mecanismos de gradação identitária**. In: FIALHO, Maria do Céu; SILVA, Maria de Fátima; ROCHA PEREIRA, Maria Helene (Coords.). **Gênese e consolidação da ideia de Europa, v.1: de Homero ao fim da época clássica**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2005. p. 64.

7 BARBAROUS, in Oxford English Dictionary, 2.^a Edição, 1989.

8 LEÃO, Delfim Ferreira; FERREIRA, José Ribeiro; FIALHO, Maria do Céu. **Cidadania e paideia na Grécia Antiga**. São Paulo: Annablume Clássica; Coimbra: CECH, 2001, p. 117.

9 FREEMAN, P. **Alexandre, o Grande**. Barueri: Amariyls, 2014, p. 253/254.

Os romanos também passaram a ver os povos vizinhos como bárbaros, mas de uma forma menos preconceituosa que os gregos. Os romanos usavam o termo para se referir mais especificamente aos germânicos e os outros povos que realizaram as invasões bárbaras, que, na verdade, foi muito mais um processo de migração do que uma real invasão, pois a maior parte do contato entre os povos foi pacífico.¹⁰

Mesmo assim, os romanos ainda se referiam a alguns povos invasores como criaturas temíveis, ferozes, violentas e desumanas. Um exemplo pode ser visto na forma como qualificaram os hunos, que eram vistos como animais de duas patas, que não sabiam cozinhar, comiam carne crua e que dormiam no chão sujo.¹¹ O interessante é que, apesar dos hunos serem vistos como animais, os romanos preferiam se refugiar entre eles para fugir das diversas desumanidades cometidas pelos governantes de Roma. Chegou a tal ponto que Salviano, historiador romano, parece descrever um pesadelo. Uma das maiores desumanidades já descritas por uma cultura:

Os pobres estão despojados, as viúvas gemem e os órfãos são pisados a pés, a tal ponto que muitos, inclusive gente de bom nascimento e que recebeu educação superior, se refugiam junto dos inimigos. Para não perecer a perseguição pública vão procurar entre os bárbaros a humanidade dos romanos, pois não podem mais suportar entre os romanos, a desumanidade dos bárbaros¹²

Pode-se ver que o historiador se refere aos romanos como bárbaros e aos bárbaros como humanos. Aparentemente, uma mudança de visão causada pela integração e maior conhecimento entre os povos.¹³ Assim, foi-se construindo e desconstruindo o ideal de superioridade, como se os diferentes não fossem humanos. Os discursos de ódio podiam ser vistos na arte, literatura e educação. Estava enraizado na cultura a ponto de ser visto como normal. Hoje, o termo bárbaro mudou de conotação. Segundo Ronaldo do Amaral o Dicionário de *Oxford* define a palavra como quem ou o que é cruel, desumano, feroz e não mais como as pessoas que tem uma cultura diferente da nossa, mas os ideais de eugenia e superioridade ainda permanecem, mas de forma mascarada¹⁴, como o que foi feito pelos nazistas, o maior exemplo dos efeitos da propagação dos discursos de ódio.

10 AMARAL, Ronaldo. O bárbaro como construto. uma rediscussão historiográfica das migrações germânicas à luz dos conceitos de cultura, civilização e barbárie. **Revista de História Comparada**, UFRJ, v. 8, n. 2, 2014.

11 AMIANO MARCELINO. **Histórias**. Madrid: Akal, 2002. p. 845.

12 Citado por LE GOFF, Jacques. **A Civilização do Ocidente Medieval**. Lisboa: Estampa, 1995. p. 36.

13 AMARAL, Ronaldo. **O bárbaro como construto. uma rediscussão historiográfica das migrações germânicas à luz dos conceitos de cultura, civilização e barbárie**. Revista de História Comparada, UFRJ, v. 8, n. 2, 2014. p. 22/23.

14 AMARAL, Ronaldo. **O bárbaro como construto. uma rediscussão historiográfica das migrações germânicas à luz dos conceitos de cultura, civilização e barbárie**. Revista de História Comparada, UFRJ, v. 8, n. 2, 2014, p. 26/27.

1.1 O MAIOR EXEMPLO DE DISCURSO DE ÓDIO DA HISTÓRIA¹⁵

Nenhuma forma de discurso de ódio foi tão violenta como a praticada pelos nazistas. Eles acreditavam que o nazismo tinha a ver com pureza e que sua característica principal era a abnegação.¹⁶ Na verdade, toda a nação alemã tinha essa crença.¹⁷

O sonho nazista era criar um mundo belo e harmonioso, através da pureza e abnegação pessoal. Para isso, eles afirmavam conhecer a origem do mau do mundo e assumiram a responsabilidade para erradicá-lo, por meio do desenvolvimento científico.¹⁸

O partido nazista era um grande apoiador da arte e afirmava que a arte era a mais nobre aspiração humana.¹⁹ Chegava ao ponto de Hitler dizer que só quem entende Richard Wagner (compositor alemão do séc XIX d.C.) conhece o real nazismo.

As ideias de pureza, antissemitismo, o mito do puro sangue e o culto ao nórdico foram advindos dos ideais de Wagner e do evolucionismo de Charles Darwin, que foram incorporados ao movimento nazista por Hitler, que deu forma e origem ao símbolo, às vestimentas e toda arte do partido. Tais imagens, impregnadas aos ideais nazistas, geraram um senso de repúdio a tudo que não fosse alemão e deu origem à queima de livros por estudantes universitários de 19 cidades universitárias.²⁰ O ponto de partida para isso foi o decreto *Wider die Negerkultur für deutsches Volkstum* (Contra a cultura negra, a favor do nacionalismo alemão), emitido pelo Ministro da Educação Nacional-Socialista da Turíngia, bem como outras ações contra o que chamavam de “arte degenerada”, também foi o ponto de partida para o ataque a influências artísticas definidas como “não alemãs”.

Tudo que não fosse de acordo com os ideais alemães era uma forma de degeneração cultural. Uma ameaça ao povo e à sua cultura. O “bolchevismo cultural”, em particular, era visto como uma das maiores formas de decadência, que eles acreditavam que tinha sido inspirada pelos judeus. Afirmavam que os judeus criaram uma evidente depravação espiritual e intelectual em forma de arte.²¹

Em setembro de 1933 foi criada a “Câmara de Cultura do Reich”. Tal mudança apenas realçou os ideais nazistas, que alegavam que iriam “purificar” a cultura alemã,

15 Ver *Arquitetura da Destruição*, de Peter Cohen (Architektur des Untergangs - Suécia/1989).

16 EVANS, Richard J. *A chegada do Terceiro Reich*; tradução Lúcia Brito. – São Paulo : Editora Planeta do Brasil, 2010, p. 21/22.

17 *idem*, p. 158/159.

18 *idem*, p. 68.

19 *idem*, p. 64/65.

20 *idem*, p. 453/454.

21 EVANS, Richard J. *A chegada do Terceiro Reich*; tradução Lúcia Brito. – São Paulo : Editora Planeta do Brasil, 2010, p. 152/153.

reprimindo toda forma de arte moderna, sob alegação de que os artistas modernos demonstravam doenças mentais e perversão em suas formas de arte.²² Paul Schultze-Naumburg, arquiteto, artista, publicitário e político nazista, afirmava que a arte é um espelho da saúde racial. Afirmava que a arte moderna alemã, era uma referência à doença e degeneração, pois os quadros eram mais parecidos com pessoas deformadas e doentes, do que com pessoas “perfeitas” e saudáveis, que era o ideal nazista.

O ideal de expurgo por tudo que julgavam como imperfeito deu origem às Leis de Nuremberg, de 1933, que visando eliminar a doença do meio do povo, determinou a esterilização das pessoas que tinham doenças hereditárias, bem como retirou os direitos civis de todos os judeus, sob o fundamento de que estavam protegendo o sangue e a honra alemã.

Em 1935 a exposição, “O Milagre da Vida”, mostrava as comparações do nazista e arquiteto, Paul Schultze, entre a arte moderna e as doenças físicas. A exposição mostrava os indigentes, a teoria de raça, os ideais de eugenia e hereditariedade, tendo como base a ideia de que as doenças mentais e físicas seriam passadas para os descendentes, em contrapartida com os ideais de saúde e preservação de raça defendidos pelos nazistas.²³

A exposição foi precursora das mortes em massa ocorridas na Alemanha, pois passou a valorizar o ideal estético do que julgavam como saudável e bom, tornando problemas estéticos em problemas médicos. Tornando o médico em um guerreiro biológico, que deveria lutar para eliminar os “doentes” – ou os que eram julgados como não tendo o padrão estético ariano – do meio do povo. Para dar início à “purificação” do povo alemão, os médicos judeus passaram a ter suas funções removidas, enquanto os demais médicos passaram a ser cada vez mais adeptos dos ideais nazistas, já que as escolas passaram a oferecer cursos de medicina nazistas e programas de ascensão de carreira médica.²⁴ Em 1935 Hitler dá início aos discursos de extermínio e genocídio, por meio de publicação de novas leis que permitiam e aprovavam tais condutas, bem como pelo apoio de Gerhard Wagner, primeiro médico de Hitler, que afirmou em seu discurso, que “as leis de Nuremberg protegerão o sangue alemão”, por meio da proibição do casamento entre judeus e o afastamento dos judeus da sociedade, por conta da “doença judaica”²⁵

22 SHIRER, William L. Ascensão e queda do Terceiro Reich, volume I: triunfo e consolidação (1933 - 1939); Tradução de Pedro Pomar. Rio de Janeiro: Agir, 2008, p. 300.

23 EVANS, Richard J. A chegada do Terceiro Reich ; tradução Lúcia Brito. – São Paulo : Editora Planeta do Brasil, 2010, p. 155/156.

24 EVANS, Richard J. A chegada do Terceiro Reich ; tradução Lúcia Brito. – São Paulo : Editora Planeta do Brasil, 2010, p.414/415.

25. EVANS, Richard J. A chegada do Terceiro Reich ; tradução Lúcia Brito. – São Paulo : Editora Planeta do Brasil, 2010, p 402/403.

De acordo com os ideais nazistas, no passado, o mundo era belo, mas a miscigenação e degeneração poluíram o mundo e a única forma de fazer a humanidade desabrochar e prosperar seria se o mundo voltasse aos antigos ideais de busca pelo belo e perfeito.

A ambição do embelezamento nazista chegava ao ponto de controlar as fábricas e escritórios, com o "Bureau de Beleza do Trabalho", era uma ideia de que os trabalhadores deveriam ter mais reconhecimento e valor, mas escondia os ideais de ódio nazista, mas escondia só mais uma forma de propagar o ódio entre os trabalhadores.

Em 1938 Hitler passou a indicar que seu médico, Karl Bradt, indicasse a eutanásia para deficientes, sendo a prática apoiada por médicos que reconheciam pessoas que sofriam de esquizofrenia, epilepsia e "imbecilidade", como portadores de doenças incuráveis e hereditárias. A esterilização também foi sugerida para o alcoolismo crônico e outras formas de desvio social.²⁶

Com o início da 2^o Guerra Mundial, a Alemanha vence a Polônia e inicia o programa de eutanásia, visando erradicar todas as pessoas deficientes, por médicos escolhidos por Karl Bradt e o chefe de estado maior. Sendo que a Polônia seria o campo de teste para o experimento de eutanásia. A forma da morte seria por meio de gás carbônico (monóxido de carbono).²⁷

Muito se discute sobre o porquê de suas políticas de extermínio terem funcionado e sobre o fato da sociedade alemã, aparentemente, não ter feito nada contra isso. Ocorre que os ideais de extermínio funcionaram porque a sociedade, como um todo, foi reconstruída sobre os discursos de ódio e extermínio. *O assassinato em massa dos judeus da Europa pelos nazistas não foi apenas realização tecnológica de uma sociedade industrial, mas também sucesso de organização de uma sociedade burocrática.*²⁸ Um novo objetivo surge para Hitler e é passado para os alemães; a eliminação dos judeus e dos poloneses. Em 1942, na Conferência de Wannsee, decidiu-se pela morte e extinção do povo e sua história.²⁹ Os nazistas acreditavam que não bastava a extinção, o povo deveria ser apagado da história.

A nação continuou apoiando os ideais de eugenia e de extermínio. Talvez pelo fato de estarem em uma sociedade tão burocrática que acabaram perdendo sua personalidade,

26 EVANS, Richard J. **O Terceiro Reich em guerra**; tradução: Lúcia Brito e Solange Pinheiro. - São Paulo : Planeta, 2012, p. 109/110.

27 *idem*, p. 110/112.

28 BROWNING, Christopher R.. **The German Bureaucracy and the Holocaust**, in Grobman & Landes, Genocide, p.148.

29 EVANS, Richard J. **O Terceiro Reich em guerra**; tradução: Lúcia Brito e Solange Pinheiro. - São Paulo : Planeta, 2012, p. 197/198.

pois, conforme afirma Max Weber, o excesso de burocracia em um trabalho retira o senso moral e a personalidade da pessoa:

Precisão, rapidez, clareza, conhecimento dos arquivos, continuidade, discrição, unidade, estrita subordinação, redução do atrito e dos custos materiais e pessoais — tudo isso é levado a um grau de otimização na administração estritamente burocrática... A burocratização oferece acima de tudo a possibilidade ótima de realizar o princípio das funções administrativas especializadas de acordo com considerações puramente objetivas... O desempenho “objetivo” de um negócio significa basicamente um desempenho segundo regras mensuráveis e “sem consideração com pessoas”³⁰

Conforme afirma Zygmunt Bauman, o holocausto foi aceito porque havia dependido da disponibilidade de especializações bem desenvolvidas e firmemente arraigadas e de hábitos de meticulosa e precisa divisão do trabalho. Hitler comandava até mesmo o fluxo de informação a nível pessoal, de forma que o trabalho de extermínio era dividido por ações autônomas - como apertar um botão ou puxar uma alavanca - embora complementares.³¹

Não havia um plano concreto para a eliminação dos judeus e dos outros povos vítimas dos discursos de ódio nazistas. Hitler agiu pouco a pouco, apontado sempre, a cada momento, para posições diferentes, como forma de superar as crises que apareciam em seu caminho.³²

A política de extermínio passou a ser mais encoberta, porém, mais violenta. Os judeus passaram a ser mortos por fuzilamento, mas este extermínio foi, posteriormente, passado à SS, que recebeu ordens diretas de exterminar os judeus do Leste Europeu usando um furgão com gás, que serviam como câmaras de gás e transporte. Os corpos mortos nos furgões eram jogados em valas comuns.³³

No mesmo ano de 1942, um novo método foi criado, usando gás de inseticida. Mais uma vez, o método usado foi apenas um fato já evidenciado pelos filmes, discursos e artes usadas pelos nazistas, que chamavam os judeus de insetos, vermes, bactérias ou ratos, bem como afirmava que estes eram responsáveis por doenças infecciosas, que seriam tratadas pelo uso de inseticida.³⁴

30 citado por BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e holocausto**. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1998, p.23.

31 **idem**.

32 **idem**, p.24.

33 EVANS, Richard J. **O Terceiro Reich em guerra; tradução**: Lúcia Brito e Solange Pinheiro. - São Paulo : Planeta, 2012, p. 313/314.

34 , EVANS, Richard J. **O Terceiro Reich em guerra; tradução**: Lúcia Brito e Solange Pinheiro. - São Paulo : Planeta, 2012, p. 377.

No ano de 1945, Auschwitz é tomada pela Rússia. A imprensa alemã deveria comparar a batalha entre a Alemanha e os Aliados com as Guerras Púnicas.³⁵ Deveria ser exaltado o padrão nazista e as batalhas deveriam ser contadas como contos heróicos.³⁶ Ainda que a derrota fosse iminente.

Com o fim da guerra fica provado que os ideais de Hitler não passavam da loucura de um megalomaniaco, que até hoje influenciam discursos e campanhas políticas, além de atrair adeptos.³⁷

Até hoje é extremamente difícil enquadrar o nazismo no campo político, pois suas ações eram preponderantemente estéticas. Da morte de pessoas com deficiências físicas e mentais até a morte de judeus, o nazismo não teve um motivo político. Sua única razão era exterminar o que achava fora de seu padrão estético “perfeito”.

1.2 DISCURSO DE ÓDIO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

A origem do discurso de ódio está relacionada às formas de expressão artísticas, sexuais e religiosas, ou melhor, está relacionada ao repúdio a outras culturas. O repúdio a elas é oriundo do culto ao passado e do sentimento de que o retorno às práticas tradicionais de uma nação é a solução dos problemas da sociedade. Primeiramente, devemos esclarecer que a sociedade se modificou muito com o tempo. Hoje vivemos na dita “sociedade da informação”, que pode ser definida como a sociedade atual, momento que a informação se torna um material de fácil acesso e o elemento fundamental para o desenvolvimento das pessoas.³⁸

Esse crescimento desenfreado da tecnologia e informação foi realizado de uma forma parecida com a que foi utilizada pelos nazistas. Se deu pela essência da estrutura e do processo burocrático, que passou a manter o controle sobre a racionalidade das pessoas, alcançados pela civilização atual graças ao desenvolvimento da administração burocrática, que causou dissociação, a perda do conceito moral. A dissociação foi possível, de modo geral, por conta da (i) meticulosa divisão do trabalho, que pode ser vista nos modelos de subordinação e graduação de poder nos ambientes empresariais; e da (ii) substituição da responsabilidade moral pela técnica, de forma que a pessoa no menor grau de subordinação

35 As Guerras Púnicas consistiram numa série de três conflitos que opuseram a República Romana e a República de Cartago, cidade-estado fenícia, no período entre 264 a.C. e 146 a.C. Depois de um século de lutas, ao fim das Guerras Púnicas, Cartago foi totalmente destruída e Roma passou a dominar o mar Mediterrâneo.

36 EVANS, Richard J. **O Terceiro Reich em guerra**; tradução: Lúcia Brito e Solange Pinheiro. - São Paulo : Planeta, 2012, p. 798/799.

37 SHIRER, William L. Ascensão e queda do Terceiro Reich, volume I: triunfo e consolidação (1933 - 1939); Tradução de Pedro Pomar. Rio de Janeiro: Agir, 2008, p. 312/313.

38 BAUMAN, Zygmunt. Modernidade líquida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001, p. 162.

exerce tarefas que necessitem de menor conhecimento técnico.³⁹ Dessa forma, as pessoas não ficam cientes dos efeitos dos seus trabalhos. Não é atoa que os trabalhadores são vistos como máquinas sem consciência.

Na sociedade atual nós também criamos uma certa repulsa pela violência e o ódio, mas a violência não deixou de existir, apenas tomou formas diferentes. Tornou-se inacessível aos membros “comuns” da sociedade. Passou para fora dos interesses da maioria da sociedade, criando, assim, uma concentração da violência. Dessa forma, a violência passou a criar armas mais mortais, com o governo e o exército assumindo o controle da violência.⁴⁰

Ocorre que essa dissociação aliada à quantidade absurda de informação que é disponibilizada por meio dos ambientes virtuais concede formas muito mais bem mascaradas de propagação do ódio, pois as pessoas não ficam cientes dos reais efeitos de suas postagens na internet. Logo, o que foi criado para facilitar a comunicação, se transformou em meios de incentivo à intolerância.⁴¹ Hoje usamos a internet para exercer poder sobre a vida das pessoas. Ganhar eleições sem precisar assassinar adversários, apenas assassinando sua reputação por meio da internet. Verdadeiras guerras econômicas e ideológicas são travadas nos ambientes virtuais.

Assim, o discurso de ódio foi se transformando e passou a ser utilizado para fazer campanhas políticas e desestabilizar as estruturas do Estado Democrático de Direito, como no recente inquérito das Fake News, aberto pelo ministro do STF, Dias Toffoli.⁴²

2. DEFINIÇÃO DE DISCURSO DE ÓDIO

Primeiramente, não há uma definição clara sobre o que é o discurso de ódio, porém toda a ideia formulada atualmente em torno da definição desta conduta está atrelada aos diversos métodos e ideais nazistas sobre a superioridade de um grupo sobre outro.

39 BAUMAN, Zygmunt. Modernidade e holocausto. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1998, p.84.

40 *idem.*, p.83.

41 SANTOS, Marco Aurélio Moura dos; VARALLI, Janaina Thais Daniel. O “discurso do ódio”, meio ambiente digital e a saúde ambiental. Atas de Saúde Ambiental - ASA. v.3, n.3 São Paulo: FMU, 2015, 26-47. Disponível em:

<<https://revistaseletronicas.fmu.br/index.php/ASA/article/view/1042>> Acesso em: 14/10/2020

42 TUROLLO JUNIOR, Reynaldo. **Toffoli abre inquérito para apurar fake news e ameaças contra ministros do STF.**

Reynaldo Turollo Jr. Data: 14.mar.2019 às 14h52. Atualizado: 14.mar.2019 às 21h56. Disponível em:

<<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/03/toffoli-abre-inquerito-para-apurar-fake-news-e-ameacas-contraministros-do-stf.shtml>> Acesso em: 14/10/2020.

Devemos entender que a liberdade de expressão é a regra dentro de nosso ordenamento jurídico e a exceção deve estar prevista e positivada em Lei.⁴³

Um dos poucos casos em que há a exceção à regra da liberdade de expressão podem ser encontradas, no art. 20, §§2º ao 4º, da Lei 7.716/89, que prevê a possibilidade de desde o recolhimento de materiais e publicações que estimulem o discurso de ódio, cessação de transmissões radiofônicas, televisivas, eletrônicas até a interdição de mensagens e páginas da internet que estimulem essas condutas. Sendo que os materiais apreendidos devem ser destruídos após o trânsito em julgado Este é o único artigo do ordenamento jurídico brasileiro que trata da questão do discurso de ódio, mas não tipifica a conduta do discurso de ódio, apenas retrata como prática, induzimento ou incitação à discriminação ou preconceito.

Ocorre que, se levarmos em consideração os métodos usados pelos nazistas para propagação de discursos de ódio, vemos que este artigo não teria impedido as práticas empregadas pelos nazistas para estimular os alemães a aceitar os ideais responsáveis pelo maior genocídio da história humana, pois muitas vezes os discursos de ódio ocorrem de forma velada, como obras de arte, programas de comédia, músicas, romances ou filmes.⁴⁴ Hoje, o discurso de ódio pode vir de formas ainda mais veladas, como o uso de uma estatística, *fake news*, ou uma notícia tirada do contexto, que vira pretexto para a utilização de discursos que visam atrair seguidores de uma ideologia específica.

O preconceito exposto através do discurso proferido nos ambientes virtuais⁴⁵ é frequentemente visto como brincadeira, dificultando um posicionamento contrário, pois as pessoas se sentem menos estimuladas a questionar as piadas estereotipadas sobre as características físicas ou comportamentais típicos de um grupo que fazem parte da nossa sociedade, exigindo um debate no sentido de entendermos as diferenças e começarmos a aceitá-las.

Visando evitar esse tipo de conduta, deveria ter havido uma maior atuação do legislativo para que a própria Lei determinasse o que é o discurso de ódio, visando minorar

43 MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. - 35. ed. -São Paulo: Atlas, 2019, p.56/57.

44 SANTOS, Marco Aurélio Moura dos; SILVA, Mônica Tereza Mansur. **Discurso do Ódio na Sociedade da Informação Preconceito, Discriminação e Racismo em Redes Sociais**. In: XXII Congresso Nacional do CONPEDI/UNINOVE - São Paulo-SP, 2013, São Paulo. Sociedade global e seus impactos sobre o estudo e a efetividade do Direito na contemporaneidade. Florianópolis: FUNJAB, 2013, 82-99.

45 SANTOS, Marco Aurélio Moura dos; SILVA, Mônica Tereza Mansur. **Discurso do Ódio na Sociedade da Informação Preconceito, Discriminação e Racismo em Redes Sociais**. In: XXII Congresso Nacional do CONPEDI/UNINOVE - São Paulo-SP, 2013, São Paulo. Sociedade global e seus impactos sobre o estudo e a efetividade do Direito na contemporaneidade. Florianópolis: FUNJAB, 2013, 82-99.

seus efeitos. Tendo em vista que dependemos de critérios mais subjetivos para definir a conduta sem que a Lei a defina, de forma a evitar julgamentos com ideais políticos.⁴⁶

Na verdade, o Brasil ainda precisa de uma maior atuação no sentido de garantir a efetividade da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que já previa direitos e garantias, bem como formas de respeito à dignidade da pessoa humana e o combate às práticas supremacistas.⁴⁷ A Declaração foi uma resposta às atrocidades cometidas nas duas guerras mundiais, mais especificamente pelos nazistas, na Segunda Guerra Mundial. Foi, também, o estabelecimento de um ideal que foi construído com muita luta visando garantir condições mínimas de sobrevivência e crescimento, ou melhor, um mínimo de dignidade, para que as pessoas vivam em um ambiente de respeito, paz, igualdade e liberdade.

O mundo todo parece muito atrasado em relação ao discurso de ódio, mas isso não é de se estranhar, já que, por conta dos diversos conflitos ocorridos no século XX, acabaram tomando muita atenção das pessoas, em especial os conflitos atômicos que ameaçavam a própria destruição do mundo. O Brasil, por exemplo, mesmo tendo ratificado o documento, somente teve a dignidade da pessoa humana verdadeiramente reconhecida com a Constituição Federal de 1988, logo após ter passado pela ditadura militar.⁴⁸

O Conselho da Europa foi o primeiro a dar relevância aos discursos de ódio entendendo que essa conduta estava ameaçando todos os Estados-membros, de forma que deveriam ser tomadas medidas visando reprimir essas atitudes. Sendo assim, “emitiu uma recomendação aos Estados com linhas diretrizes sobre o tratamento a ser conferido às mídias no que se refere à propagação do discurso de ódio.”⁴⁹

A definição dada pelo grupo de estados membros⁵⁰, foi no sentido de abranger toda forma de expressão que propagam, incitam, promovem ou justifique o ódio baseado na intolerância, incluindo o nacionalismo agressivo e etnocentrismo, discriminação e hostilidade em relação a minorias.

46 CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 186. (Série IDP: Linha Pesquisa Acadêmica)

47 MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. - 35. ed. - São Paulo: Atlas, 2019, p.148.

48 MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. - 8. ed. - São Paulo: Atlas, 2019, p. 63.

49 MARINHO, M. E. P.; SOUZA, S. R. C. DE. **Discurso de ódio pelo Facebook: transparência e procedimentos de contenção**. Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL], v. 19, n. 2, p. 531-552, 16 ago. 2018.

50 COUNCIL OF EUROPE. Committee of Ministers. **Recommendation No. R (97) 20 of the Committee of Ministers to member states on “hate speech” adopted on 30 October 1997**. Disponível em: <[3º Congr. Intern. Information Society and Law - FMU - SP - 4/11 a 6/11 - 2020 • 276](https://www.coe.int/en/web/freedom-expression/committee-of-ministers-adopted-texts/-/asset_publisher/aDXmrol0vvsU/content/recommendation-no-r-97-20-of-the-committee-of-ministers-to-member-states-on-hate-speech-?101_INSTANCE_aDXmrol0vvsU_viewMode=view#%2216456416%22:[0]}>>. Acesso em: 05/10/2020.</p></div><div data-bbox=)

Sendo assim, fica entendido que o discurso de ódio deve ser da forma mais abrangente possível, pois cria uma situação perigosa para as instituições democráticas de direito. Surgindo, assim, uma necessidade de renovar os projetos de defesa da democracia, visando as novas formas de comunicação em massa. Respeitando a história. Aprendendo com o passado.

Na doutrina o termo já parece relativamente sedimentado como “conjunto de palavras que traz o potencial de insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião; ou que tem a capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação.”⁵¹

O discurso de ódio, não necessariamente, ataca somente uma pessoa, mas visa atingir um grupo de pessoas que compartilham de uma mesma característica ou crença. “Desse modo, a violência se dá de forma difusa inclusive a outros membros do próprio grupo, sendo ofendida especificamente a característica que os categoriza como tal”.⁵²

Pode se perceber que o discurso de ódio se diferencia da injúria, tipificada no 140, §3º do Código Penal Brasileiro, pois a injúria ataca somente uma única pessoa, em virtude de suas características pessoais. Seja a crença, cor, raça, etnia, origem, condição social ou idade. O objetivo da injúria é atingir a vítima e não o grupo ao qual ela pertence.

Um ponto que chama atenção é que o discurso de ódio pode se dar tanto de forma direta, quando uma pessoa afirma emite afirmações violentas contra outro grupo, quanto de forma indireta, quando há somente uma incitação, por meio de publicações ou expressões que estimulem o sentimento de que há uma disputa entre duas culturas.

Logo, pode-se perceber que a repressão às ações que visam garantir direitos às minorias sociais também se enquadra como discurso de ódio, por se dar de forma ofensiva, visando manter o *status quo* de desigualdade social, tornando o grupo vítima das ofensas cada vez mais segregado, mas de forma indireta.

A tipificação do discurso de ódio deveria tutelar a existência de grupos humanos diversos, mais precisamente, a dignidade da pessoa humana, com diferenças de raças,

51 BRUGGER, W. **Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio? Algumas Observações sobre o Direito Alemão e o Americano**. Revista de Direito Público n.º 15, Jan-Fev-Mar/2007. P. 118.

52 MARTINS, Andressa Freitas; VILELA, Gabriel Oliveira; SOARES, Marina Agapito. **As perspectivas da jurisprudência sobre o discurso de ódio nas redes sociais**. In: IX ENCONTRO DA ANDHEP, 9., 2016, Vitória. Direitos Humanos, Sustentabilidade, Comunidades Tradicionais e Circulação Global. Belo Horizonte: Ufes, 2016. p. 11.
Disponível em:

<<http://www.andhep2016.sinteseeventos.com.br/arquivo/downloadpublic?q=YToyOntzOjY6InBhcmFtcyI7czoZNDoiYT0xOntzOjEwOiJRRF9BUiFVSVZPIjtzOjM6IjYzNiI7fSI7czo0OiJ0IjtzOjMyOiJINjEyMTQ3MGJkMDZmMThmYWMyY2U2NTdjMjFhMjk3NCI7fQ>> Acesso em: 07/10/2020.

etnias, origem ou religiões, já que os discursos de ódio estão atrelados à eugenia e ao genocídio, que se consubstancia na própria negação do direito à existência do grupo.⁵³

Um exemplo de genocídio que demonstra a proximidade do genocídio com o discurso de ódio é o etnocídio, que pode ser definido como atentados contra o direito ao uso da própria língua, destruição de monumentos e instituições de arte, história ou ciência de uma cultura. Sendo assim, "constitui-se, efetivamente, em crime contra a humanidade e a ordem internacional porque visa eliminar a diversidade e a pluralidade que caracterizam o gênero humano."⁵⁴ De forma que, o discurso de ódio não é uma forma de genocídio, por não visar a morte do grupo, mas o sentimento de disputa, ódio e superioridade, que, inclusive, pode se dar por meio do nacionalismo agressivo e etnocentrismo.

Portanto, a configuração do discurso se dá por alguns requisitos imprescindíveis: "1. Abuso de direito oriundo da posição de poder hegemônico do falante; 2. Espaço amplo de difusão de ideias aptas ao enfraquecimento ou destruição de grupos historicamente vitimizados; 3. Existência de um "sobredireito" não igualado pela somatória de outros direitos fundamentais (por exemplo, quando o direito de liberdade de expressão vem alimentado pelo direito de liberdade religiosa, não se pode dizer que exista um sobredireito que os anulem completamente); 4. Aproveitamento da fragilidade da audiência para disseminação das ideias de ódio."⁵⁵

Outra problemática é que, indiretamente, os próprios provedores de redes sociais cooperam para a propagação de discursos de ódio, pois possuem algoritmos de inteligência artificial que fazem a seleção automática do conteúdo que aparece para o usuário baseado em suas preferências, de forma que este vê, prioritariamente, conteúdos que apresentam opiniões e ideias similares às suas próprias. O que acaba sendo conhecido como "efeito bolha" ou "bolha online"⁵⁶. Em alguns casos, porém, as pessoas usam isso em seu próprio favor.

Um exemplo pode ser visto nas eleições de 2018, em que foram disparadas *fake news* mostrando mamadeiras com o formato do órgão genital masculino, alegando que seria a "mamadeira do PT, distribuída na creche para combater a homofobia". Todo a matéria foi

53 WALDROM, J. **The harm in hate speech**. London: Harvard University Press, 2012, p. 5.

54 GARCIA, Maria. "Limites da Ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade". São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 289

55 ZILIO, Jacson. **Direito penal e discurso de ódio**. Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 9, n. 16, p. 181-204, jan./jun. 2017, p.12.

56 ALMEIDA, Virgílio; Doneda, Danilo. **Mecanismos invisíveis depolarização política**. Valor Econômico, 8 nov. 2016. Disponível em: <<https://www.pressreader.com/brazil/valor-econ%C3%B4mico/20161108/281754153890359>> . Acesso em: 08/10/2020

construída de uma forma a mostrar que havia um sério ataque do referido partido político e da comunidade LGBTQI+, visando a destruição da “família tradicional brasileira”.

Por conta da *fake news* as denúncias de discurso de ódio por homofobia aumentaram 350,2% no segundo turno das eleições de 2018, de acordo com levantamento da ONG SaferNet.⁵⁷ Vale ressaltar que o objetivo das *fake news*, num geral, não é de gerar ódio e discriminação, pois, são definidas como “disseminação, por qualquer meio de comunicação, de notícias sabidamente falsas com o intuito de atrair a atenção para desinformar ou obter vantagem política ou econômica.”⁵⁸

Porém, chama a atenção o fato de que, muitas vezes, o Estado parece não se importar com a utilização de discursos de ódio como formas de obter vantagens políticas. De forma que é essencial uma definição do que é discurso de ódio, para que possamos encontrar as melhores formas de combate à conduta.

Conclusão

Conforme vimos, o presente trabalho debateu as possíveis origens do discurso de ódio e como seu significado mudou com o tempo, bem como a forma em que esses discursos são propagados pela internet passaram a ser mascaradas por *fake news*, piadas, livros ou por outras formas veladas. O discurso de ódio, porém, mantém sua estrutura de repulsa a tudo aquilo que não é típico ou de acordo com a cultura do agressor. Dessa forma, o discurso de ódio é um precursor do genocídio, por visar apagar ou eliminar tudo aquilo do qual discorda.

A forma mais lógica para combater os discursos de ódio é dar uma definição clara do que é essa conduta para que possam ser criadas políticas públicas que visam uma maior integração entre os grupos vulneráveis e os agressores, para que ambos possam se ver como humanos, ainda que diferentes. Afinal de contas, apesar das nações estarem em constantes mudanças, a história nos mostra que a integração entre diferentes culturas foi a melhor forma de combate aos discursos de ódio. Claro que não foi uma solução mágica, mas foi a que deu melhores resultados a longo tempo, comparado com as políticas de repressão que o Estado vem tentando nos últimos tempos.

A definição do discurso do ódio também seria o ponto fulcral para o combate às *fake news*, pois, embora sejam condutas diversas, não muda o fato delas terem cooperado para

57 Denúncias de discurso de ódio online dispararam no 2º turno das eleições, diz ONG. BBC News Brasil, Lígia Mesquita. Data: 09/09/2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-46146756>> Acesso em: 08/10/2020.

58 BRAGA, Renê Moraes da Costa. **A indústria das fake news e o discurso de ódio**. In: PEREIRA, Rodolfo Viana (Org.). **Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio: volume I**. Belo Horizonte: Instituto para o Desenvolvimento Democrático, 2018. p. 203-220

uma maior disseminação do ódio na sociedade da informação. Isso porque os próprios algoritmos que criam o efeito bolha são ludibriados para disseminar o ódio nos ambientes virtuais, que atingem pessoas completamente vulneráveis, que não sabem mais diferenciar a tecnologia do mundo real e a mentira da verdade.

Referências

ALMEIDA, Virgílio; Doneda, Danilo. **Mecanismos invisíveis de polarização política**. Valor Econômico, 8 nov. 2016. Disponível em: <<https://www.pressreader.com/brazil/valor-econ/C3%B4mico/20161108/281754153890359>> . Acesso em: 08/10/2020

AMARAL, Ronaldo. **O bárbaro como construto. uma rediscussão historiográfica das migrações germânicas à luz dos conceitos de cultura, civilização e barbárie**. Revista de História Comparada, UFRJ, v. 8, n. 2, 2014, p. 6-28.

AMIANO MARCELINO. **Histórias**. Madrid: Akal, 2002.

BARBAROUS, em **Oxford English Dictionary**, 2.^a Edição, 1989.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e holocausto**. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1998.

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

BRAGA, Renê Moraes da Costa. **A indústria das fake news e o discurso de ódio**. In:

PEREIRA, Rodolfo Viana (Org.). **Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio**: volume I. Belo Horizonte: Instituto para o Desenvolvimento Democrático, 2018. p. 203-220

BRUGGER, W. **Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio? Algumas Observações sobre o Direito Alemão e o Americano**. Revista de Direito Público n.º 15, Jan-Fev-Mar/2007

BROWNING, Christopher R., **"The German Bureaucracy and the Holocaust"**, in Grobman & Landes, Genocide.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Série IDP: Linha Pesquisa Acadêmica)

COUNCIL OF EUROPE. Committee of Ministers. **Recommendation No. R (97) 20 of the Committee of Ministers to member states on "hate speech" adopted on 30 October 1997**. Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/freedom-expression/committee-of-ministers-adopted-texts/-/asset_publisher/aDXmrol0vvsU/content/recommendation-no-r-97-20-of>

the-committee-of-ministers-to-member-states-on-hate-speech-
?_101_INSTANCE_aDXmrol0vvsU_viewMode=view#{%2216456416%22:[0]}>. Acesso em:
05/10/2020.

EVANS, Richard J. **A chegada do Terceiro Reich** ; tradução Lúcia Brito. – São Paulo :
Editora Planeta do Brasil, 2010.

EVANS, Richard J. **O Terceiro Reich em guerra**; tradução: Lúcia Brito e Solange Pinheiro.
- São Paulo : Planeta, 2012

FAKE NEWS, **Cambridge Dictionary**. 2020. Disponível em:
<<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/fake-news>>. Acesso em: 08/10/2020

FREEMAN, P. **Alexandre, o Grande**. Barueri: Amariyls, 2014.

GARCIA, Maria. "**Limites da Ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da
responsabilidade**". São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

LE GOFF, Jacques. **A Civilização do Ocidente Medieval**. Lisboa: Estampa, 1995.

LEÃO, Delfim Ferreira. **Cidadania e exclusão: mecanismos de gradação identitária**. In:

FIALHO, Maria do Céu; SILVA, Maria de Fátima; ROCHA PEREIRA, Maria Helene
(Coords.). **Gênese e consolidação da ideia de Europa, v.1: de Homero ao fim da época
clássica**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2005. p. 43-75.

LEÃO, Delfim Ferreira; FERREIRA, José Ribeiro; FIALHO, Maria do Céu. **Cidadania e
paideia na Grécia Antiga**. São Paulo: Annablume Clássica; Coimbra: CECH, 2001.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. - 8. ed. - São Paulo: Atlas,
2019.

MARINHO, M. E. P.; SOUZA, S. R. C. DE. **Discurso de ódio pelo Facebook: transparência
e procedimentos de contenção**. Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL], v. 19, n. 2, p. 531-
552, 16 ago. 2018.

MARTINS, Andressa Freitas; VILELA, Gabriel Oliveira; SOARES, Marina Agapito. **As
perspectivas da jurisprudência sobre o discurso de ódio nas redes sociais**. In: IX
ENCONTRO DA ANDHEP, 9., 2016, Vitória. **Direitos Humanos, Sustentabilidade,
Comunidades Tradicionais e Circulação Global**. Belo Horizonte: Ufes, 2016. p. 11.

Disponível em:

<<http://www.andhep2016.sinteseeventos.com.br/arquivo/downloadpublic?q=YToyOntzOjY6InBhcmFtcyI7czozNDoiYT0xOntzOjEwOiJJRF9BUiFVSZPIjtzOjM6IjYzNiI7fSI7czoxOiJoIjtzOjMyOjIjNjEyMTQ3MGJkMDZmMThmYWMyY2U2NTdjMjFhMjk3NCI7fQ>>
Acesso em: 07/10/2020.

MESQUITA, Lígia. **Denúncias de discurso de ódio online dispararam no 2º turno das eleições, diz ONG.** BBC News Brasil, Lígia Mesquita. Data: 09/09/2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-46146756>> Acesso em: 08/10/2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** - 35. ed. -São Paulo: Atlas, 2019.

SANTOS, Marco Aurélio Moura dos; SILVA, Mônica Tereza Mansur. **Discurso do Ódio na Sociedade da Informação Preconceito, Discriminação e Racismo em Redes Sociais.** In: XXII Congresso Nacional do CONPEDI/UNINOVE - São Paulo-SP, 2013, São Paulo. **Sociedade global e seus impactos sobre o estudo e a efetividade do Direito na contemporaneidade.** Florianópolis: FUNJAB, 2013, 82-99.

SANTOS, Marco Aurélio Moura dos; VARALLI, Janaina Thais Daniel. **O “discurso do ódio”, meio ambiente digital e a saúde ambiental.** Atas de Saúde Ambiental - ASA. v.3, n.3 São Paulo: FMU, 2015, 26-47. Disponível em: <<https://revistaseletronicas.fmu.br/index.php/ASA/article/view/1042>> Acesso em: 14/10/2020.

SHIRER, William L. **Ascensão e queda do Terceiro Reich, volume I: triunfo e consolidação (1933 - 1939);** Tradução de Pedro Pomar. Rio de Janeiro: Agir, 2008.

TUROLLO JUNIOR, Reynado. **Toffoli abre inquérito para apurar fake news e ameaças contra ministros do STF.** Reynaldo Turolo Jr. Data: 14.mar.2019 às 14h52. Atualizado: 14.mar.2019 às 21h56. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/03/toffoli-abre-inquerito-para-apurar-fake-news-e-ameacas-contra-ministros-do-stf.shtml>> Acesso em: 14/10/2020.

WALDROM, J. **The harm in hate speech.** London: Harvard University Press, 2012.

ZILIO, Jacson. **Direito penal e discurso de ódio.** Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 9, n. 16, p. 181-204, jan./jun. 2017.

O DIREITO DOS JUDEUS AO PLENO EXERCÍCIO DA IDENTIDADE CULTURAL: BASE CONSTITUCIONAL PARA A PROIBIÇÃO DO ANTISSEMITISMO

Pedro Lima Marcheri¹

RESUMO: A aplicação do mandado constitucional de criminalização do racismo aos diversos fatores discriminatórios dependerá de uma abordagem cultural e identitária do impacto do racismo no que tange o povo judeu. O presente trabalho analisa os influxos constitucionais no exercício da multifacetada identidade judaica no campo cultural, relacionando-a com a composição do mandado constitucional de criminalização do racismo. **Palavras-chave:** antissemitismo; identidade cultural; mandado constitucional de criminalização.

THE RIGHT OF JEWS TO FULL EXERCISE OF CULTURAL IDENTITY: CONSTITUTIONAL BASIS FOR THE PROHIBITION OF ANTI- SEMITISM

ABSTRACT: The application of the constitutional injunction to criminalize racism to various discriminatory factors will depend on a cultural and identity-based approach to the impact of racism on the Jewish people. The present work analyzes the constitutional inflows in the exercise of the multifaceted Jewish identity in the cultural field, relating it to the composition of the constitutional mandate to criminalize racism.

Keywords: anti-Semitism; cultural identity; constitutional criminalization warrant.

Introdução

Uma antiga anedota, criada durante a Primeira Guerra Mundial, retratava o prelúdio do ódio que, mais tarde, viria a ser incorporado pelos nazistas na gênese do

1 Doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru – ITE. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM. Professor na graduação em Direito Penal no Centro Universitário Católico Salesiano "Auxilium" – UniSALESIANO, Lins. E-mail: pedrolimaadvogados@hotmail.com

Terceiro *Reich*²: Em um discurso perante sua tropa, o capitão do exército prussiano declara: ‘Os judeus são responsáveis por todos os males do mundo’. Então, um de seus subalternos complementa: ‘Assim como também são os ciclistas’. Perplexo, outro soldado questiona: ‘Por que os ciclistas?’.

A piada reflete o considerável grau de naturalização que o antissemitismo ostenta em tantos lugares ao redor do mundo. Esta irreflexão sobre o ódio contra judeus gera a falsa percepção que o fenômeno prescindia de maiores explicações. Não obstante, para um entendimento adequado sobre sua atual feição nos meios eletrônicos, é necessário, em primeiro lugar, compreender qual a relação entre o antissemitismo e a identidade judaica.

Uma compreensão adequada para salvaguardar o povo judeu contra o discurso de ódio deve, necessariamente, perpassar pela ressignificação dos pressupostos principiológicos desta proteção, como o direito à identidade cultural e os limites da liberdade de expressão.

Para tanto, será necessário inicialmente realizar a análise da identidade dos judeus, bem com o antissemitismo moderno à luz das mudanças ocorridas com as inovações tecnológicas; deste modo, utilizar-se-á a revisão crítica da bibliografia constitucional e histórica especializada.

1. Judaísmo e Identidade Cultural

A identidade nacional é também muitas vezes simbolicamente baseada na ideia de um povo ou “volk” puro, original. [...] O discurso da cultural nacional se equilibra entre a tentação por retornar a glórias passadas e o impulso por avançar ainda mais em direção à modernidade. As culturas nacionais são tentadas, a se voltar para o passado, a recuar defensivamente para aquele “tempo perdido”, quando a nação era “grande” [...]. Mas frequentemente esse mesmo retorno ao passado oculta uma luta para mobilizar as pessoas para que purifiquem suas fileiras, para que expulsem os “outros” que ameaçam sua identidade³

A identidade cultural foi definida pela Unesco na Recomendação sobre a Salvaguarda da Cultura Tradicional e Popular como sendo o conjunto de criações de uma comunidade cultural, fundadas na tradição, expressas por um grupo ou por indivíduos e

2 Denominação conferida ao Império Nazista que, capitaneado por Adolf Hitler, subsistiu na Europa entre 1933 e 1945. Ficou conhecido pela gênese de um sistema de extermínio de minorias indesejadas e pela sistematização de uma doutrina de superioridade racial e culto axiomático ao *Führer*.

3 HALL, Stuart. **A Identidade Cultural na pós-modernidade**. Tradução Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. São Paulo: Lamparina, 2013, p. 33.

que reconhecidamente atendem às expectativas da comunidade como expressão de sua identidade cultural⁴.

Considerando o caráter único do ser humano e, ao mesmo tempo, traços comuns que insere cada indivíduo em grupos sociais distintos, a identidade pessoal constitui um direito integrante da personalidade humana. Esta, por sua vez, ganha sentido no direito de toda pessoa significar ou resignificar sua existência como insculpida em certos pressupostos, valores e símbolos⁵. Trata-se de direito que vai além do campo da honra e da identidade civil, compreendendo o devido respeito pela imagem, ideias, experiências sociais, convicções religiosas, cívicas, morais e sociais, que diferenciam a pessoa e, simultaneamente, a qualificam⁶.

A Constituição Federal menciona em uma única oportunidade a questão da identidade. A norma do artigo 216 classifica como integrantes do patrimônio cultural brasileiro os bens materiais ou imateriais portadores de referência à identidade dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

Essa notação garante à sociedade o compromisso do Estado com a garantia do pleno exercício dos direitos culturais (art. 215). Desde logo verifica-se uma indissociável vinculação explicitada pelo texto constitucional entre a cultura e a identidade, fazendo com que uma análise adequada da identidade dos segmentos étnicos nacionais perpassa, necessariamente, pelo direito à identidade cultural.

No artigo 216 são arrolados, a título exemplificativo, os elementos que compõem a identidade dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, a saber: *I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.*

As denominadas "formas de expressão" e "os modos de criar, fazer e viver", associados à ideia de grupos sociais, estreitam as conexões entre a noção de povo e cultura. Logo, os diferentes estilos de vida e os modos como estes são internalizados e expressados trazem para a esfera do direito uma importância da preservação do pleno gozo dessa identidade como uma obrigação do Estado, que deverá prover os meios para tanto.

4 UNESCO. **Recomendação sobre a Salvaguarda da Cultura Tradicional e Popular**. Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. 17. out. 1989. Paris. 1989.

5 ALVES, Pedro Henrique de Almeida. **Direito à Identidade Pessoal**. DireitoNet. 26. jul. 2012. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7399/Direito-a-identidade-pessoal>. Acesso em: 05. out. 2020.

6 CHOERI, Raul Cleber da Silva. **O Direito à Identidade na Perspectiva Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

Para Cascudo⁷, essa interpretação de cultura como direito à identidade cultural de um povo abrange todo o complexo determinado pelo modo de existir, bem como os produtos dessa existência (as ações e estilos) e os valores atribuídos a estes elementos.

A identidade cultural foi conceituada por Chiriboga⁸ como o conjunto de referências por meio do qual uma pessoa ou um grupo se define, se manifesta e deseja ser reconhecido. Também implica as liberdades inerentes à dignidade da pessoa e integra, em um processo permanente, a diversidade e a memória cultural. Diz respeito a uma representação intersubjetiva que orienta o modo de sentir, compreender e agir das pessoas no mundo.

Desse modo, o autor conclui que o direito à identidade cultural consiste no direito de todo grupo social e seus membros a pertencer a uma determinada cultura e ser reconhecido como diferente, a não ser forçado a pertencer a uma cultura diferente ou a ser assimilado⁹, involuntariamente, por ela.

Mais do que isso, complementa-se que o direito à identidade abrange também o respeito a este conjunto de referências e seu reconhecimento como de idêntico valor aos demais e de não ser ridicularizado ou discriminado por este conjunto de valores e expressões.

Salienta-se que, por sua própria natureza, trata-se de um direito autônomo, dotado de singularidade própria, ao menos no campo conceitual, todavia, ao mesmo tempo, corresponde a um "direito síntese", que abrange e perpassa tanto direitos individuais como transindividuais. Para sua realização demanda o efetivo exercício de um complexo de direitos fundamentais como a dignidade, a igualdade (não discriminação), a educação, o lazer e a cultura propriamente dita¹⁰.

7 CASCUDO, Luiz da Câmara. **Cultura e Civilização**. São Paulo: Global, 2004.

8 CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz. **O direito à identidade cultural dos povos indígenas e das minorias nacionais**: um olhar a partir do Sistema Interamericano. Revista Internacional de Direitos Humanos. v. 3. n. 5. São Paulo. dez. 2006.

Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452006000200004&lng=en&nrm=iso&tlng=pt#nt6. Acesso em: 05. out. 2020.

9 "Entretanto, a identidade cultural de um grupo não é estática e tem constituição heterogênea. A identidade é fluida e tem um processo de reconstrução e revalorização dinâmico, resultado de contínuas discussões internas ou de contatos e influência de outras culturas. Em cada grupo étnico-cultural há subgrupos (idosos, mulheres, jovens, pessoas com deficiências) que continuamente retomam, readaptam ou rejeitam certos traços tradicionais culturais de seu grupo [...]. Do mesmo modo, ao entrar em contato com outras culturas, os grupos culturais tomam certas práticas ou traços da cultura alheia e os incorporam à sua própria identidade." (CHIRIBOGA, 2006)

10 CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz. **O direito à identidade cultural dos povos indígenas e das minorias nacionais**: um olhar a partir do Sistema Interamericano. Revista Internacional de Direitos Humanos. v. 3. n. 5. São Paulo. dez. 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452006000200004&lng=en&nrm=iso&tlng=pt#nt6. Acesso em: 05. out. 2020.

O conceito de identidade cultural insculpido na Constituição Federal de 1988 encontra-se atrelado à consolidação de instrumentos de proteção a seu pleno exercício, consolidado após sucessivas gerações e edições de instrumentos constitucionais e infraconstitucionais¹¹. Tal qual um conceito vanguardista de democracia deverá contemplar o controle de constitucionalidade, a definição moderna do direito à identidade também incorporará os mecanismos jurídicos que evitem a supressão desta identidade. Ações afirmativas, demandas judiciais coletivas e os incentivos públicos para a valorização de culturas são alguns exemplos. Contudo, a eficiência na repressão ao *hate speech* destaca-se como um dos pontos mais importantes - mandados constitucionais de criminalização e adoção de modelos penais adequados.

Sarmiento¹² salienta a necessidade da composição de um sistema adequado para evitar o *hate speech*, justificando o execrável dano psicológico a que se submetem os integrantes de grupos discriminados às manifestações de ódio e desprezo que podem abalar suas sensibilidades e levá-los a buscar anular as suas características distintivas para fugirem ao preconceito (*chilling effect*).

Esta desnaturação identitária releva ser uma das principais consequências negativas atribuíveis ao discurso de ódio, de modo que "a intensidade com que a criminalização do *hate speech* compromete os principais objetivos" inerentes a constituição de uma sociedade promocional em que minorias e majorias possam exercer e expressar suas identidades sem medo ou perseguição¹³. O fortalecimento da identidade cultural não visa apenas à conservação de identidades, mas abrange outros campos como a proteção à discriminação e o gozo dos demais direitos culturais, estabelecendo canais mais democráticos de diálogo e participação.

Assumir para si uma identidade, de maneira consciente ou inconsciente, representa um processo de equilibrar-se entre os diferentes tipos de sistemas culturais, rechaçando ou buscando uns com mais afinco que outros¹⁴.

Para Giddens¹⁵, a modernidade traz consigo estereótipos morais e de conduta que formam uma identidade previsível ou esperada para cada grupo social. Essa identidade, a

11 PEREIRA, Júlio Cesar. **O Conceito de Cultura na Constituição Federal de 1988**. IV ENECULT - Encontro de Estudos Multidisciplinares em Cultura. mai. 2008. Faculdade de Comunicação da Universidade Federal da Bahia. Disponível em: <http://www.cult.ufba.br/enecult2008/14112.pdf>. Acesso em: 01. out. 2020.

12 SARMENTO, Daniel. **A Liberdade de Expressão e o Problema do Hate Speech**. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <http://www.dsarmiento.adv.br/content/3-publicacoes/18-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmiento.pdf>. Acesso em: 05. ago. 2020.

13 SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia**. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 17.

14 GIDDENS, Anthony. **Modernidade e Identidade**. São Paulo: Zahar, 2002, p. 91.

15 Idem.

qual o autor denomina de “cultura de segurança”, campo abstrato no qual os sujeitos assumiriam estilos de vida que contrastariam menos na vida social coletiva, divergiria da “cultura de risco”, uma faceta identitária mais exótica e de alguma forma antagônica às culturas padronizadas.

Os adotantes da *cultura de risco* (como no caso dos judeus) estariam sujeitos a um sentimento refratário advindo de outras culturas, que, por sua vez, seria corporificado no ódio ou afastamento (a exemplo do antissemitismo).

A partir da ideia de uma *identidade moderna* proposta por Giddens extrai-se a função do Direito na construção de uma sociedade promocional e inclusiva, colocando a salvo tanto as culturas de risco, quanto aqueles que as incorporarem. Nisso se fundamenta o direito à identidade.

Um conjunto de fatores de individualização, como as preferências pessoais, cultura, aparência física, religião, etc, compõem o elemento central da identidade juridicamente tutelada. Esses fatores padronizam o indivíduo dentro de certos grupos na sociedade (religioso ou ateu, rico ou pobre, latino ou saxão, jurista ou médico) ao mesmo tempo em que o “despadronizam”, diferenciando-o dos demais. Destarte, uma percepção adequada do direito fundamental à identidade reside na compreensão dela tanto no âmbito coletivo, quanto no individual – adjetivada de auto-identidade. Veja-se, por exemplo, que a proibição à discriminação deve contemplar o preconceito contra características comuns de minorias ou grupos sociais e, também, aquele que atinge as peculiaridades únicas de uma pessoa.

Veja-se que a Corte Constitucional Colombiana reconheceu a projeção do direito à identidade cultural em duas dimensões distintas - uma individual e outra coletiva. Nos termos da Sentença T-778/2005¹⁶ qualquer comunidade dotada de singularidade própria é reconhecida como o sujeito da identidade cultural, ao mesmo tempo em que se deve garantir as "as manifestações individuais desta identidade, uma vez que a proteção do indivíduo pode ser necessária para a materialização do direito coletivo do povo ao qual pertence".

A conclusão indicada pelos ministros da Corte diz respeito à existência de dois tipos de proteção ao direito à identidade cultural: um direto, que ampara o grupo social como sujeito do direito, e outro indireto, que resguarda a individualidade das pessoas que compõem a identidade deste grupo.

Para além disso, Giddens¹⁷ enfatiza a “liquidez da identidade”. Nela, a identidade acaba sendo influenciada por uma postura cambiável, na medida em que o indivíduo deve

16 Sentencia de Tutela nº 778/05. 27. jul. 2005. **Corte Constitucional da Colômbia**. Requerente: Ati Seygundiba Quigua Izquierdo, Demandado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca. VLex.

17 GIDDENS, Anthony. **Modernidade e Identidade**. São Paulo: Zahar, 2002, p. 96-97.

estar preparado para interagir com grupos distintos nos espaços públicos, onde se espera que ele atenda certos critérios de competência e uma postura apropriada. Há um amoldamento desta identidade (coletiva e individual), na medida em que pessoas e grupos percebem as demandas do ambiente em que estão inseridos.

Esse fenômeno tem um impacto direto no direito à identidade. A diversificação dos contextos de interação na modernidade, fortemente influenciada pela *Internet*, faz com que multipliquem-se os padrões de adequação/normalidade em que as pessoas estão expostas, podendo gerar problemas bastante próprios da globalização, como o acirramento do ódio. Ao se expor a uma miríade de grupos estranhos, o indivíduo torna-se mais susceptível à discriminação.

Para evitar esse trauma, há um nivelamento: a identidade com características mais exóticas acaba por se uniformizar¹⁸. Reiterando a tese argumentativa de Sarmiento¹⁹, há a ocorrência de uma espécie de *chilling effect* na identidade cultural das vítimas do discurso de ódio: o medo e o trauma podem fazer com que elas abandonem sua identidade originária e passem a adotar modelos culturais padronizados. Essa inautêntica personalidade faz com que a pessoa sinta-se estável em sua auto-identidade na medida em que os outros reconhecem seu comportamento como razoável ou apropriado.

Fromm²⁰ descreve com precisão este processo:

O indivíduo deixa de ser ele mesmo; adota inteiramente o tipo de identidade que lhe é oferecida pelos padrões culturais; e, portanto, torna-se exatamente igual a todos os outros e ao que os outros esperam que ele seja [...]. Esse mecanismo pode ser comparado à coloração protetora que alguns animais assumem. Eles parecem tão semelhantes ao seu entorno que só podem ser distinguidos dele com grande dificuldade.

O professor Stuart Hall²¹ publicou seus estudos sobre a identidade cultural na pós-modernidade. Ele descreve

Hall²² explica que as culturas nacionais se constituem em “uma das principais fontes da identidade cultural”. Segue-se que a identidade cultural perfaz uma entidade que

18 Em alguns segmentos religiosos, como o cristianismo e o judaísmo, esse movimento de adaptação aos valores modernos é denominado de *secularização*.

19 SARMENTO, Daniel. **A Liberdade de Expressão e o Problema do Hate Speech**. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <http://www.dsarmiento.adv.br/content/3-publicacoes/18-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmiento.pdf>. Acesso em: 05. ago. 2020, p. 20.

20 FROMM, Erich. **The Fear of Freedom**. Londres: Routledge, 1960, p. 160.

21 HALL, Stuart. **A Identidade Cultural na pós-modernidade**. Tradução Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. São Paulo: Lamparina, 2013, p. 25.

22 HALL, Stuart. **A Identidade Cultural na pós-modernidade**. Tradução Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. São Paulo: Lamparina, 2013, p. 29-30.

produz sentidos em um sistema de representação cultural, podendo promover valores de lealdade e identidade ou desembocar em um nacionalismo xenofóbico, se supervalorizadas. Este paradoxo é o que Homi Bhabha²³ chama de “a ambivalência particular que assombra a ideia da nação” na medida em que o preconceito baseado nesta identidade “tais como as narrativas, perdem suas origens nos mitos do tempo”.

O direito à identidade deve ser repensado de modo a fornecer meios jurídicos de proteção dos dispositivos discursivos que representem a diferença como identidade cultural. Gilroy²⁴ indica uma clara relação entre o racismo cultural e as ideias de nação, nacionalismo e pertencimento nacional:

Enfrentamos [...] um racismo que tomou uma distância necessária das grosseiras ideias de inferioridade e superioridade biológica e busca, agora, apresentar uma definição imaginária da nação como uma comunidade cultural unificada (identidade nacional). Ele constrói e defende uma imagem de cultura nacional - homogênea, embora precária e eternamente vulnerável ao ataque dos inimigos internos e externos [...]. Este é um racismo que responde à turbulência social e política de crise e à administração da crise através da restauração da grandeza nacional na imaginação. Sua construção onírica de nossa ilha coroada como etnicamente purificada propicia um especial conforto contra as devastações do declínio [de identidade cultural]

Note-se que o direito à identidade cultural segmenta-se em duas modulações, o direito à perpetuação desta identidade e também que o direito das pessoas em expressar e vivê-la livre de qualquer molestamento ou preconceito. Majoritariamente, os grupos de intolerância visam não só atingir suas vítimas por meio do discurso do ódio, mas de implementar sistematicamente meios de eliminar as identidades que consideram como inferiores.

Este projeto de exclusão de identidades baseadas na discriminação apresentou às minorias étnicas consequências brutais, como a rejeição às diferentes identidades culturais. Isso fez com que os grupos hegemônicos se livrassem daqueles que, por uma ou outra razão, distinguíssem da identidade padronizada. De tal sorte, a estratégia da exclusão ou eliminação das partes aparentemente inaceitáveis e indissolúveis da população tinha uma função: era empregada como meio de separar culturalmente grupos ou categorias de pessoas consideradas exóticas e apegadas demais a seus próprios costumes ou resistentes demais à mudança para perder o estigma da alteridade²⁵.

23 BHABHA, Homi (Org.). **Narrating the Nation**. Londres: Routledge, 1990, p.1.

24 GILROY, Paul. **There ain't no black in the union jack**. Londres: Hutchinson, 1987, p. 87.

25 BAUMAN, Zygmunt. **A Cultura no Mundo Líquido Moderno**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 2013.

Emergem-se identidades culturais que não são fixas, é o que se denomina de tradução. Esse conceito descreve formações de identidades que transpõem e intersectam as fronteiras naturais e são internalizadas por pessoas que foram dispersas por período considerável de sua terra natal. Estes integrantes retêm fortes vínculos com sua nacionalidade de origem e suas tradições, mas sem a ilusão de um retorno ao passado. Obrigados a negociar com as novas culturas em que vivem, para evitar a assimilação e a perda de sua identidade. Carregando os traços culturais e das histórias peculiares pelas quais foram marcadas, como a discriminação, a guerra e a perseguição. Implicam em um produto de várias histórias e culturas interconectadas e híbridas, como no caso dos judeus²⁶.

O reconhecimento dessa narrativa como componente indispensável para a formação de um povo culturalmente unificado, ainda que territorialmente desligado, corresponde ao núcleo argumentativo²⁷ utilizado pela Suprema Corte de Israel nos julgamentos envolvendo o conflito entre liberdades civis e a violação das sensibilidades inerentes à identidade judaica.

[...] garantias individuais, tutelada por cláusula pétrea, o que significa que a *vis directiva* do constituinte foi dar estabilidade e permanência a um sistema integrado de valores de convivência coletiva, que tem como valor-fonte a dignidade da pessoa humana, ao qual a Constituição atribuiu supremacia axiológica. [...] O conteúdo jurídico do preceito constitucional consagrado pelo art. 5º, LXII, do crime da prática do racismo, tipificado pela legislação infraconstitucional, reside nas teorias e preconceitos que estabelecem diferenças entre grupos e pessoas, a eles atribuindo as características de uma “raça” para discriminá-las. Com efeito, os judeus não são uma raça, mas também não são raça os negros, os mulatos, os índios e quaisquer outros integrantes da espécie humana que, no entanto, podem ser vítimas da prática do racismo (LAFER, 2004, p. 85)^{28 29}

O ressurgimento do antissemitismo na era moderna demanda uma densificação nas bases constitucionais que ancoram sua proibição. A reformulação do bem jurídico-penal no paradigma constitucional apresenta um campo progressivo de assistência aos judeus, de modo que, no contexto atual, torna-se imprescindível garantir o pleno exercício da sua identidade cultural.

26 HALL, Stuart. **A Identidade Cultural na pós-modernidade**. Tradução Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. São Paulo: Lamparina, 2013, p. 37.

27 Conforme os precedentes *Lubin v. Tel-Aviv-Jaffa Municipality*, *Solodkin v. Beit Shemesh Municipality* e *Axel v. Mayor, Council Members and Residents of the Netanya Area*.

28 Parecer apresentado e aceito pelo STF na condição de *amicus curiae*, no julgamento do caso Ellwanger – HC 82424/RS (dezembro de 2002 a setembro de 2003).

29 LAFER, Celso. **A Internacionalização dos Direitos Humanos**: Constituição, Racismo e Relações Internacionais. Barueri: Manole, 2005, p. 85.

2. Mandado Constitucional de Criminalização do Racismo Aplicável ao Antissemitismo

Até a formação da República brasileira as normas constitucionais que vedavam a discriminação eram deficitárias ou inexistentes. Conforme ensina Brandão³⁰ (2002, p. 96), a Constituição do Império de 1824 trazia o artigo 179, XIII: “A lei será igual para todos”. Embora, oficialmente, não admitisse a legalidade da escravidão, era certo que “todos” não incluía os escravos negros e seus descendentes. Tal omissão permitia aos governos provinciais criarem leis discriminatórias, como no exemplo de um Decreto da Província do Sergipe outorgado em 1838, que proibia “os africanos, quer livres quer libertos” de frequentar as escolas públicas.

Com a modificação da Constituição de 1946 pelo Ato Institucional nº 2, que entrou em vigência a partir de 1965, notou-se o primeiro avanço no combate constitucional à discriminação (Art. 141 §5º)³¹ – a não tolerância dos preconceitos de raça e classe³². O aprimoramento se deu justamente no esforço realizado pelo constituinte ao inserir a vedação explícita a condutas discriminatórias de cunho racial. Todavia, o comando constitucional era baseado em norma programática, já que inexistia mandamento específico para regulamentação infraconstitucional posterior.

Horta³³ explicita que a Constituição brasileira de 1946 trouxe aprimoramentos técnicos de temas que refletiam as mais latentes exigências da época, principalmente levando-se em conta o contexto do pós-guerra. Dentre estas demandas, estava a vedação de propaganda de conteúdo odioso, que veio a ser efetivamente implementada no texto constitucional com a ascensão do regime militar. O tratamento isonômico das tropas, pilar ideológico das Forças Armadas, transcendeu na Constituição para abarcar a criminalização do preconceito e do racismo.

³⁰ Sentencia de Tutela nº 778/05. 27. jul. 2005. **Corte Constitucional da Colômbia**. Requerente: Ati Seygundiba Quigua Izquierdo, Demandado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca. VLex.

³¹ “É livre a manifestação do pensamento [...]. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou preconceitos de raça ou de classe”.

³² SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. **Da Criminalização do Racismo**: aspectos jurídicos e sociocriminológicos. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 42.

³³ HORTA, Raul Machado. **Constituição e Direitos Individuais**. Revista de Informação Legislativa do Senado Federal. a. 20. n. 29. jul./set. Brasília, 1983.

O esboço iniciado em 1946 foi complementado com a Carta Constitucional de 1967³⁴, trazendo, de forma direta e expressa em seu artigo 150 §1^o³⁵, punição para o preconceito racial a ser instituída por norma infraconstitucional superveniente: uma norma constitucional de eficácia limitada no combate ao racismo.

A Constituição de 24 de janeiro de 1967, finalmente, abordou o tema do preconceito racial de forma explicitamente repressiva, consoante o art. 150 §§ 1^o e 8^o. A expressão "será punido pela lei" facultava ao legislador infraconstitucional a descrição de contravenções penais ou de crimes, como quer que escolhesse. Evidentemente, na falta de movimentação legislativa, recepcionada estava a Lei Afonso Arinos [...] não contribuindo, pois, com sensíveis inovações no tratamento da matéria.³⁶

Neste patamar, a implementação do combate ao racismo foi relegada ao legislador ordinário, embora não houvesse expressa referência à legislação criminal, bastando que o racismo fosse "punido pela lei" de forma genérica. Com efeito, a previsão penal era exercida pela Lei Afonso Arinos.

Pode-se classificar os institutos previstos pelas Constituições de 1946 e 1967 como *protomandados* de criminalização, já que não mencionavam expressamente a legislação penal como condição mínima de satisfatividade, diferentemente do que ocorre com o texto atual da Lei Maior.

A vigência do mandato constitucional de criminalização do racismo trouxe as seguintes funções no sistema constitucional: *a) normal/princípio* – com a edição de do mantamento, há a intenção de se demonstrar, em nível constitucional, que tal prática não será tolerada naquela ordem jurídica. Os mandados constitucionais de criminalização são, em tese, utilizados apenas para as condutas que trazem maior repúdio à determinada

34 Nos debates da assembleia constituinte sobre a elaboração da Carta de 1967, o então deputado Brito Velho, referindo-se ao preconceito, proferiu os seguintes dizeres na discussão do art. 150 §1^o: "Responderão, talvez, que está superado, que são velharias, o que eu aqui trago, que há um Direito moderno, que as condições de vida se modificaram profundamente. Digo-lhes que não e não, que há coisas que perduram apesar de tão velhas como o homem propriamente com a sua natureza. Mudam os aspectos acidentais, mas o que há de essencial o que há naquilo que Chesterton, com tanta beleza, chama de "O homem eterno" não se muda. E é exatamente isto que eu exijo ver dentro de nossa Constituição" (ANAIS, 1967, p. 117).

Veja-se que a construção de um arcabouço constitucional de direitos fundamentais ainda se relacionava diretamente com preocupação ante as ideologias de extrema direita. Neste sentido, declarou o então deputado Getúlio Moura "[...] o mundo caminhava no sentido da direita, o mundo estava sob ditaduras totalitárias. Hoje, entretanto, terminada a Grande Guerra, sepultadas as teorias de Hitler e Mussolini [...] o mundo só tem uma preocupação, que é a de preservar a democracia, a dignidade humana e os direitos individuais. (ANAIS, 1967, p. 71)

35 "Todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei".

36 SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. **Da Criminalização do Racismo**: aspectos jurídicos e sociocriminológicos. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 65-66

sociedade³⁷ e, portanto, acabam por mostrar de modo enfático que o bem jurídico tutelado pelas condutas apontadas no mandado é resguardado pela ordem constitucional. Ainda que não fosse estabelecida expressamente, a inferência do princípio da igualdade humana estaria contemplada na *Lex Legum* indiretamente pelo mandado de criminalização; *b) criminalização propriamente dita* – a função evidente do mandado constitucional de criminalização é criar o vínculo de compulsoriedade entre o legislador ordinário e a matéria contemplada no mandado.³⁸

Deste modo, cabe ao legislativo nacional contemplar, em um projeto futuro, a consistente tipificação penal das práticas descritas. A penalização deverá ser eficaz e adequada à violação criminal, de modo a tutelar, de fato, o bem jurídico que a Constituição pugna de notável importância.

A imposição de mandado de criminalização restringe a discussão do legislador ordinário sobre a conveniência da edição de leis penais. Logo, os mandados de criminalização funcionam como meio de limitação direta da atuação do legislador ordinário, tanto no aspecto material (quais condutas criminalizar), quanto no aspecto formal (como criminalizar e qual o tratamento penal do assunto).

Com a edição do mandado de criminalização, extingue-se a conjectura acerca da licitude ou não de determinado tema, devendo ser, compulsória e integralmente, cumprida pelo legislativo.

No Direito brasileiro, o emprego do termo *racismo* pode ser considerado redundante na Carta Federal de 1988 ao relacionar a *prática do racismo* (Art. 5º, XLII) com a expressão dos objetivos fundamentais da República (Art. 3º), a saber, a promoção do *bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*. Uma vez mencionado o preconceito de raça, a prática do racismo e outras formas de discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (Art. 5º, XLIII), estaria o constituinte referindo-se ao mesmo evento ou as nuances do discurso de ódio ressaltariam a necessidade do relevo das diversas espécies de discriminação?

Baseando-se no fato de que a Constituição atual é mais ampla que suas antecessoras com relação à criminalização do racismo, a mais desatenta leitura da Lei Maior infere a

37 O legislador constituinte acaba por, de certa forma, exercer a função que é ordinariamente relegada ao legislador ordinário. A conjectura acerca da licitude ou não de determinado tema é extinta com a edição de um mandado de criminalização, que deverá compulsoriamente e integralmente ser cumprido pelo legislativo. Isto importa dizer que deve haver a edição de normas penais sobre determinado tema e que estas normas deverão satisfatoriamente sancionar as condutas recriminadas.

38 MARCHERI, Pedro Lima. **O Nazismo, Neonazismo e Outras Espécies de Discriminação no Sistema Penal Brasileiro**. 224 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação Eurípides Soares da Rocha, 2014.

aparente sinonímia dos termos preconceito, diferença de tratamento, racismo e discriminação. Destarte, deve-se considerar que o constituinte assegurou o relevo à *prática do racismo*, condensando o núcleo do mandado no referido termo³⁹.

Santos⁴⁰ explica que “a lei não define preconceito. Os brasileiros às vezes usam os termos preconceito, discriminação, racismo e desigualdade permutavelmente”. O senso comum confere ao racismo múltiplos significados no Brasil: ódio, intolerância, generalizações preconcebidas ou metodicamente sedimentadas sobre outras pessoas. No campo do Direito, é preciso que estes termos, tão distintos entre si, sejam devidamente compreendidos e diferenciados. Em outras palavras, um estudo profundo sobre o tema deve primeiramente enfrentar uma adequada composição de um “dicionário jurídico do ódio”.

O texto constitucional veda a *prática do racismo* nos termos da lei, de modo que a referida lei coverter-se-ia, mais tarde, na norma penal específica sobre o preconceito e a discriminação. Logo, a Constituição, a partir de sua publicação, impôs ao Estado a elaboração de uma legislação própria sobre o racismo, exigindo, assim, a atuação do Direito Penal sobre esse tema⁴¹. Rothenburg⁴² disserta que: “A determinação constitucional ao legislador de instituir crime específico para a prática do racismo (art. 5º, XLII), embora não confira um imediato direito subjetivo, é um modo de tutela institucional da igualdade no campo étnico”.

Tomaremos como ponto de partida a premissa de que a discriminação odiosa representa o gênero de uma prática, sendo o racismo uma de suas espécies. Apesar de a legislação penal brasileira estabelecer os *fatores de discriminação* criminalizáveis (raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, origem, condição de pessoa idosa e com deficiência) e, conseqüentemente, sua abrangência, não há definição clara de quais destes *fatores* correspondam à *prática do racismo*, sobre os quais recairia o mandado contido no artigo 5º, XLII.

No âmbito do direito constitucional moderno, o constituinte formulou mandados de criminalização com reduzida densidade normativa, ou seja, não descrevem profundamente a conduta que desejam reprimir e limitam-se a indicar alguns elementos do fato típico e o *nomen iuris* do delito. Dois exemplos: o artigo 236 §1º determina a configuração da responsabilidade criminal dos notários, sem qualquer indicação substancial sobre as

39 BORNIA, Josiane Pilau. **Discriminação, Preconceito e Direito Penal**. Curitiba: Juruá, 2008.

40 SANTOS, Ivair Augusto Alves dos. **Direitos Humanos e as Práticas de Racismo**. Brasília: Câmara dos Deputados - Edições Câmara, 2013, p. 238.

41 Idem.

42 ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos Fundamentais e Suas Características**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Revista dos Tribunais, São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, ano 7, n. 29, out./dez. 1999, p. 60.

práticas e penas aplicáveis; da mesma forma, o art. 5º, XLI também o fez com relação à discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, sem, para tanto, apontar parâmetro algum⁴³.

Esta baixíssima densidade normativa gera duas consequências. Primeiramente, confere amplíssimo poder discricionário ao legislador infraconstitucional para criminalizar tais condutas e, concomitantemente, limita a possibilidade de o judiciário vir a censurar tal escolha. Em segundo lugar, as normas constitucionais que concretizam tais mandamentos não recebem justificativa constitucional automática e definitiva, ao contrário do que ocorreria se houvesse maior densidade normativa⁴⁴.

Na hipótese de a Constituição não explicar o que vem a ser *prática do racismo*, cabe ao legislador delimitar com grande margem de discricionariedade a conduta, tanto em sua esfera formal (meio de execução), quanto no campo material (tipos de discriminação). Dimoulis⁴⁵ questiona se é possível entender por racismo opiniões pseudocientíficas de hierarquização biológica de pessoas, piadas racistas, ofensas verbais, ameaças ou tão somente a violência física com motivação racial.

Para além disto, veja-se que as leis penais vigentes que combatem a discriminação não estão restritas à tipificação do mero preconceito racial – criminalizam-se outros *fatores* como a discriminação religiosa, de procedência nacional, étnica, contra pessoa idosa ou com deficiência.

Com base no raciocínio proposto por Dimoulis⁴⁶, *da relação entre a baixa densidade normativa do mandado e a discricionariedade de criminalização do racismo*, é possível que se chegue a uma conclusão ainda mais verticalizada. Considerando que a diminuta densidade normativa do mandado de criminalização não permite aferir de pronto a extensão do racismo quanto à sua forma (práticas segregatórias, xingamentos, piadas racistas), simetricamente resta prejudicada a delimitação quanto aos tipos de preconceito que poderiam ser entendidos como racismo (aspecto material ou epistemológico). Logo, ao não indicar critérios claros ou quais as espécies de preconceitos são reconhecidos como racismo (religioso, xenofóbico, cultural ou apenas étnico-racial), a função de arrolamento dos fatores discriminatórios ou minorias foi transferida ao legislador infraconstitucional e ao judiciário. Naquele, a tarefa de tipificação destas práticas e, neste, o mister de aplicar ou não os

43 DIMOULIS, Dimitri. **Direito Penal Constitucional: Garantismo na Perspectiva do Pragmatismo Jurídico-Político**. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2016.

44 Idem

45 Idem.

46 Idem, p. 86.

gravames contidos no mandado (imprescritibilidade, inafiançabilidade e sujeição à pena de reclusão).

Ilustramos a ponderação: suponha-se que, em virtude da baixa densidade normativa do mandado de criminalização do racismo, a construção legislativa caminhe no sentido de admitir a criminalização de piadas preconceituosas. Neste caso, há a liberdade quanto à forma do racismo, ou seja, quanto ao seu meio de execução. Mas que tipo de piada? A eleição das categorias de vítimas que, uma vez ridicularizadas pela brincadeira serão protegidas pelo Direito Penal, revela o segundo aspecto da reduzida densidade normativa. Pode-se, por exemplo, determinar como racista a piada sobre o judeu avarento (critério econômico), ao passo que não racista a menção jocosa do baiano preguiçoso ou do português estúpido (critério xenofóbico). Este espaço de liberdade do mandado também enseja a discricionariedade quanto ao conteúdo ou inspiração de tais práticas.

A expressão “prática do racismo” cunhada pela Constituição atual não requer uma ciência plena, por parte do perpetrador, das retóricas ou teoremas racistas, muito menos um lastro duradouro com afiliações políticas ou ideológicas que defendam a segregação ou superioridade racial. Igualmente, não é necessário que a prática tenha sido motivada por uma discriminação odiosa nos termos da lei penal, ou seja, direcionada para uma coletividade⁴⁷.

Com relação aos judeus, o tema ganha uma dimensão mais específica: considerando que as diferentes formas de discriminação odiosa contra o povo judaico baseiam-se em critérios distintos (econômico, racial, religioso, político), poder-se-ia interpretar qualquer forma de antissemitismo, independentemente do fator discriminatório base, como *prática de racismo*?

Dois exemplos: aquele que, repetindo os dizeres do *Mein Kampf*, sustentar a ideia de que os judeus são uma raça astuta que se apodera dos meios de comunicação, claramente pratica discriminação odiosa com base em critério racial. Já outro, ao afirmar que os judeus são praticantes de uma religião falida e, por isso, deveriam queimar todas as sinagogas, comete crime com inspiração na intolerância religiosa. Embora a tipificação criminal pareça óbvia, seria possível aplicar os gravames do artigo 5º, XLII, no segundo caso?

A intensificação dos bens jurídicos transindividuais (como o respeito à identidade cultural e à igualdade de uma coletividade) transformou toda a dogmática constitucional-penal. As peculiaridades desses interesses exigem um tratamento diferenciado da

⁴⁷ CERD. Reports Submitted by States parties under article 9 of the Convention. Seventeenth periodic reports of States parties due in 2002. Addendum BRAZIL. Committee on the Elimination of Racial Discrimination. International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination. United Nations. Disponível em: <http://www.bayefsky.com/reports/brazil_cerd_c_431_add_8_2003.pdf>. Acesso em: 07. jun. 2020.

criminalizada, implicando em alterações profundas na hermenêutica incriminadora (MORAES, 2016)⁴⁸.

Sob a ótica do princípio da legalidade é difícil sustentar a extensividade do termo “prática de racismo” para todas as formas de preconceito sem esbarrar no argumento da rampa escorregadia (*slipery slope*), especialmente pelo fato de que a própria Constituição acaba por distinguir a prática do racismo (XLII) com a punição destinada à discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (XLI).

Noutro giro, não se pode subverter a ordem de importância normativa. A adequada assistência ao bem jurídico-penal e seu conseqüente acervo principiológico deve partir da ordem constitucional para a criminal, e não o contrário. O grande entrave nesse tipo de problemática proposta reside na ausência de uniformização em um conceito juridicamente aplicável de racismo. Conforme já desenvolvido neste capítulo, as aborgens jurídicas que tem obtido maior sucesso são aquelas que o percebem como “racismo cultural”, abrangendo os aspectos mais fundamentais da identidade de cada minoria discriminada.

Defende-se, neste trabalho, a adoção de um modelo distinto de criminalização daquele posto e a superação conceitual do paradigma, cambiando-o pelo sistema de criminalização conglobante de discriminação odiosa.

Se, por um lado, o Estado deve evitar o uso dos mandados de criminalização para impingir aos cidadãos excessos e arbítrios (garantismo no sentido negativo), denominado pela literatura penal de proibição do excesso – *Übermassverbot*, esse mesmo Estado é vinculado pelo poder constituinte evitar uma proteção deficiente pela ausência ou laxismo na criminalização (garantismo positivo ou princípio da proteção deficiente – *Üntermassverbot*)⁴⁹.

Deste modo, a aplicação do mandato constitucional de criminalização do racismo aos diversos fatores discriminatórios dependerá de uma abordagem cultural e identitária do impacto do racismo naquele grupo em específico. Se houver violação importante sobre a sensibilidade ou aspecto da identidade da coletividade em questão, autoriza-se a interpretação extensiva do termo “prática do racismo”.

O desfecho é claro: múltiplos elementos compõem a identidade do povo judeu atualmente, a exemplo das relações de aquisição e transmissão de cultura, e do sentimento de unidade não exclusivamente religioso. Por sua vez, estes elementos distanciam-se do conceito clássico de racismo (que apenas considerava aspectos fenotípicos) empregado na

⁴⁸ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Direito Penal Racional: Propostas para a Construção de uma Teoria da Legislação e para uma Atuação Criminal Preventiva. Curitiba: Juruá, 2016.

⁴⁹ Idem.

legislação brasileira, a qual necessita de uma revisão dos registros linguísticos *raça, racismo e discriminação racial*.

Para além do estereótipo físico do judeu (olhos redondos, lábios grossos e nariz adunco), o título de “raça inferior” lhes é imputado preponderantemente por critérios não biológicos, a exemplo de sua “irrefreável ganância” ou “irreversível tendência de enganar e manipular os povos honestos”.

Há uma relação muito clara entre a identidade judaica e o antissemitismo, já que as características que definem um judeu como tal são justamente aquelas que devem ser alvo da proteção jurídica. Se para a comunidade judaica não fosse importante o respeito à memória de seus antepassados ou à relação frutífera com o Estado de Israel, a eventual violação destes sentimentos também não teria relevância para o Direito Penal.

Por mais difícil que seja aferir os limites entre o racismo e as inúmeras expressões do *antissemitismo moderno*, esta percepção é fundamental para a correta criminalização da discriminação odiosa contra os judeus.

De outra banda, estas relações entre identidade judaica e antissemitismo projetaram-se para o campo da *Internet* com características próprias. A formação do perfil virtual judaico pode tanto reforçar os velhos estereótipos que sobre ele recaem ou integrá-lo de forma benéfica na sociedade.

Ademais, a rede mundial de computadores agudizou a formação de grupos e doutrinas com inspiração nazista e neonazista, elevando a importância da questão pesquisada a um patamar sem precedentes. O ambiente virtual trouxe não só novas formas de se cometer o antissemitismo, mas também novas linguagens e interações com o conteúdo disponível.

Conclusões

A discriminação odiosa em face dos judeus deve dar conta das qualidades práticas e ideológicas do antissemitismo, suas descontinuidades e conexões com fenômenos análogos, a exemplo do antissionismo. Principalmente, é fundamental que exista uma relação bem definida entre a discriminação odiosa antisemita e seu papel na construção da identidade judaica individual e coletiva.

Diante dos múltiplos fatores em que o antissemitismo pode ser propalado, a personificação do judeu como um “inimigo culturalmente desviado” implica em um importante óbice no direito dos judeus ao pleno exercício de sua identidade cultural, já que tais manifestações de ódio violam as sensibilidades e podem levá-los a anular suas características distintivas para evitar o preconceito.

Não obstante, é preciso que o legislador tenha acatele-se nesse sentido, dando relevo às situações em que Constituição determinou uma atuação mais incisiva, reconhecendo a prática do racismo como crime inafiançável, imprescritível e sujeito à pena de reclusão.

Resolver as questões de derivação direta da Constituição demanda realizar definitiva aplicação da norma constitucional na hipótese de conflitos internos ou transconstitucionais que envolvam seus princípios. Esta tarefa envolverá, em maior ou menor grau, a ponderação do sistema de garantias e direitos fundamentais. No caso específico do racismo no Brasil, tal análise ganha importância, tendo em vista a necessidade de compatibilização de uma seara de fundamentos conflitantes, dentre os quais se destacam a o direito à identidade cultural, a liberdade de opinião e expressão, a igualdade e a legalidade.

Referências

ALVES, Pedro Henrique de Almeida. **Direito à Identidade Pessoal**. DireitoNet. 26. jul. 2012. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7399/Direito-a-identidade-pessoal>. Acesso em: 05. out. 2020.

ANAIS da Constituição de 1967: Projeto de Constituição; Tramitação no Congresso (1ª Fase); Discussão e Votação do Projeto. **Diretoria de Informação Legislativa do Senado Federal**. v. 2. Brasília, 1967. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/Anais_Republica/1967/1967%20Livro%2002.pdf. Acesso em: 16. out. 2020.

BAUMAN, Zygmunt. **A Cultura no Mundo Líquido Moderno**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 2013.

BHABHA, Homi (Org.). **Narrating the Nation**. Londres: Routledge, 1990.

BORNIA, Josiane Pilau. **Discriminação, Preconceito e Direito Penal**. Curitiba: Juruá, 2008.

BRANDÃO, Adelino. **Direito Racial Brasileiro: teoria e prática**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CASCUDO, Luiz da Câmara. **Cultura e Civilização**. São Paulo: Global, 2004.

CERD. **Reports Submitted by States parties under article 9 of the Convention. Seventeenth periodic reports of Stats parties due in 2002. Addendum BRAZIL**. Committee on the Elimination of Racial Discrimination. International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination. United Nations. Disponível em:

<http://www.bayefsky.com/reports/brazil_cerd_c_431_add_8_2003.pdf>. Acesso em: 07. jun. 2020.

CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz. **O direito à identidade cultural dos povos indígenas e das minorias nacionais**: um olhar a partir do Sistema Interamericano. Revista Internacional de Direitos Humanos. v. 3. n. 5. São Paulo. dez. 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452006000200004&lng=en&nrm=iso&tlng=pt#nt6. Acesso em: 05. out. 2020.

CHOERI, Raul Cleber da Silva. **O Direito à Identidade na Perspectiva Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

COLOMBIA. Sentencia de Tutela nº 778/05. 27. jul. 2005. **Corte Constitucional da Colômbia**. Requerente: Ati Seygundiba Quigua Izquierdo, Demandado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca. VLex. Disponível em: <<https://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/-43623668>>. Acesso em: 01. ago. 2020.

DIMOULIS, Dimitri. **Direito Penal Constitucional: Garantismo na Perspectiva do Pragmatismo Jurídico-Político**. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2016.

FROMM, Erich. **The Fear of Freedom**. Londres: Routledge, 1960.

GIDDENS, Anthony. **Modernidade e Identidade**. São Paulo: Zahar, 2002.

GILROY, Paul. **There ain't no black in the union jack**. Londres: Hutchinson, 1987.

HALL, Stuart. **A Identidade Cultural na pós-modernidade**. Tradução Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. São Paulo: Lamparina, 2013.

HORTA, Raul Machado. **Constituição e Direitos Individuais**. Revista de Informação Legislativa do Senado Federal. a. 20. n. 29. jul./set. Brasília, 1983.

ISRAEL. Axel v. Mayor, Council Members and Residents of the Netanya. HCJ 122/54. IsrSC 8 1524. **Supreme Court of Israel**. 1954.

ISRAEL. Lubin v. Tel-Aviv-Jaffa Municipality. HCJ 163/57. IsrSC 12. **Supreme Court of Israel**. 1958.

ISRAEL. Solodkin v. Beit Shemesh Municipality. HCJ 953/01; HCJ 1355/01; HCJ 7406/01; HCJ 2283/02. **Supreme Court of Israel**. 14. jun. 2004. Elyon. Disponível em: <http://elyon1.court.gov.il/files_eng/01/530/009/A19/01009530.a19.pdf>. Acesso em: 20. set. 2015.

LAFER, Celso. **A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais**. Barueri: Manole, 2005.

MARCHERI, Pedro Lima. **O Nazismo, Neonazismo e Outras Espécies de Discriminação no Sistema Penal Brasileiro**. 224 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Eurípedes de Marília, Fundação Eurípides Soares da Rocha, 2014.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal Racional: Propostas para a Construção de uma Teoria da Legislação e para uma Atuação Criminal Preventiva**. Curitiba: Juruá, 2016.

PEREIRA, Júlio Cesar. **O Conceito de Cultura na Constituição Federal de 1988**. IV ENECULT - Encontro de Estudos Multidisciplinares em Cultura. mai. 2008. Faculdade de Comunicação da Universidade Federal da Bahia. Disponível em: <http://www.cult.ufba.br/enecult2008/14112.pdf>. Acesso em: 01. out. 2020.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos Fundamentais e Suas Características**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Revista dos Tribunais, São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, ano 7, n. 29, out./dez. 1999.

SANTOS, Ivair Augusto Alves dos. **Direitos Humanos e as Práticas de Racismo**. Brasília: Câmara dos Deputados - Edições Câmara, 2013.

SARMENTO, Daniel. **A Liberdade de Expressão e o Problema do Hate Speech**. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/18-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>. Acesso em: 05. ago. 2020.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia**. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. **Da Criminalização do Racismo: aspectos jurídicos e sociocriminológicos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

UNESCO. **Recomendação sobre a Salvaguarda da Cultura Tradicional e Popular**. Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. 17. out. 1989. Paris. 1989.

3^o Information Society and Law

FMU
CENTRO UNIVERSITÁRIO

**GT - DIREITO DE AUTOR, FAMÍLIA, GRUPOS SOCIAIS E
INFORMAÇÃO**

AS CAUSAS DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO BRASIL E SEUS IMPACTOS NA QUARENTENA

Mari Stephanie de Los Remedios Machado Sanchez¹
Jade Aparecida Borges de Almeida²

RESUMO: O desenvolvimento deste artigo objetivou principalmente a observação dos fatores que levaram ao aumento significativo da violência doméstica contra a mulher na República Federativa do Brasil nesse período contemporâneo de extrema complexidade ocasionado pelo isolamento social em vista do vírus COVID-19. Desse modo, para esta análise utilizamos o método de pesquisa bibliográfico, explicativo e de dedução lógica com base em artigos, legislações passadas e casos contemporâneos, sendo importante ressaltar também a consulta de dados fornecidos por instituições federais. Os principais resultados obtidos são a conclusão de que a cultura da violência no Brasil é existente hodiernamente e é um fator que prejudica de forma gravosa a contenção das agressões no ambiente doméstico em geral e desse aumento. Além disso, a quarentena causou também uma maior tensão familiar, devido à constante convivência entre os indivíduos, o que também contribuiu para esse aumento do número de casos de violência doméstica contra a mulher no Brasil, ressaltando também a inserção das mulheres negras nesse contexto, as quais são as mais prejudicadas.

Palavras-chave: violência doméstica, cultura da violência, quarentena, tensão familiar.

THE CAUSES OF DOMESTIC VIOLENCE IN BRAZIL AND THE IMPACT IN QUARANTINE

ABSTRACT: The development of this article was mainly aimed at observing the factors that led to the significant increase in domestic violence against women in the Federative Republic of Brazil in this contemporary period of extreme complexity caused by social isolation in view of the COVID-19 virus. Thus, for this analysis we used the method of bibliographic research, explanation and logical deduction based on articles, past legislation and contemporary cases. It is also important to highlight the consultation of data provided by federal institutions. The main results obtained are the conclusion that the culture of violence in Brazil is existing today and is a factor that seriously hinders the containment of

1 Graduada do 2º semestre de Direito na Faculdade Metropolitanas Unidas, fluência na língua inglesa.

2 Graduada do 2º semestre de Direito na Faculdade Metropolitanas Unidas, Inglês intermediário.

aggression in the domestic environment in general and this increase. Moreover, quarantine has also caused greater family tension, due to the constant coexistence of individuals, which has also contributed to this increase in the number of cases of domestic violence against women in Brazil. Reinforcing black women insertion in this context.

Keywords: domestic violence, cultural violence, quarantine, family tension.

Introdução

Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde declarou estado de pandemia³ devido ao coronavírus e após esse fato, no dia 13 de março, foram regulamentados pelo Ministério da Saúde os critérios de isolamento e quarentena. Sendo assim, os brasileiros começaram a permanecer em suas respectivas casas na maior parte de seus dias, aumentando a convivência familiar. Posteriormente, por volta de um mês após a declaração de quarentena, no dia 16 de abril, foi publicada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública uma série de dados⁴ que indicavam o aumento da violência doméstica. Exemplificando, o Estado de São Paulo teve um aumento em 44,9% de chamadas direcionadas à Polícia Militar do Estado de São Paulo devido a agressões contra a mulher realizadas em sua residência comparadas ao ano de 2019. Outrossim, pode-se citar estados como o Rio Grande do Norte, no qual as denúncias de lesão corporal aumentaram em 54,3%. Ademais, deve-se citar o aumento de 37,6% no Brasil de denúncias de agressões, de acordo com dados publicados pelo Ministério da Mulher, Família e dos Direitos Humanos em Abril. Logo, observa-se que, desde o início do isolamento social, houve um crescimento significativo no número de casos, o que pode ser associado com a quarentena e o impacto do convívio frequente entre familiares, o qual não era muito comum anteriormente, e fatores culturais que auxiliam na dificuldade de dissolução dos ideais que levam às agressões.

A priori, há uma cultura enraizada no Brasil relacionada à visão da mulher como um ser inferior, citando também os crimes praticados contra a mesma no ambiente doméstico devido a essa visão de inferioridade e à impunidade em relação ao agressor. Essa visão e essa impunidade permaneceram no âmbito estatal até o ano de 1979, em que o Brasil assinou e ratificou a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres, ou seja, até então esses casos não recebiam tanta atenção por parte do Estado. Consequentemente, deve-se afirmar que, ao longo de 479 anos de Brasil, houve uma

3 Dados fornecidos por Sanar Saúde. "Linha do tempo do Coronavírus.", Disponível em: <https://www.sanarmed.com/linha-do-tempo-do-coronavirus-no-brasil> Acesso em 11 de outubro de 2020.

4 O Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) é uma organização não-governamental, sem fins lucrativos, que se dedica a construir um ambiente de referência e cooperação técnica na área da segurança pública. Esse Fórum desenvolveu uma cartilha sobre violência doméstica na pandemia, da qual foram retirado os referidos dados. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-v3.pdf> Acesso em 11 de outubro de 2020

fixação de conceitos e ideais acerca das mulheres que acarretavam suas agressões na sociedade. Além disso, é importante citar também que, até o surgimento do Código Civil de 2002, as mulheres também eram vistas juridicamente como seres humanos que necessitavam de uma espécie de domínio dos homens. Os fatos citados anteriormente, juntamente com outros argumentos, contribuem para a demora de mudança nessa questão cultural, visto que, por muitos anos, houve uma razão para a qual não haveria problema os respectivos cônjuges ou pais agredirem as mulheres residentes em suas casas. Evidentemente, esse aspecto é de suma importância e principal razão para os desafios de impedir a violência doméstica e conseqüentemente seu aumento em tempos de pandemia. Ademais, deve ser considerado também o ponto de vista sobre as mulheres negras nessas circunstâncias, as quais também sofrem devido à cultura de racismo e misoginia, que será abordado em um tópico exclusivo para elas.

Em segundo lugar, pode-se citar o aumento de tensão entre os familiares causado pelo crescimento do convívio, visto que, de acordo com o Sistema de Monitoramento Inteligente (SIMI),⁵ 51% da população de São Paulo, por exemplo, estavam cumprindo o isolamento, estando em casa na maior parte dos dias. O reflexo dessa problemática pode ser visualizado também em outros países, como a Itália, que ocasionou aumento significativo no número de divórcios. Destarte, verifica-se que o vírus provoca um acréscimo significativo nas preocupações dos brasileiros, combinado com a crise econômica também gerada pelo mesmo, que se reflete nas famílias e traz à tona sentimentos que talvez não se manifestassem, caso não houvesse essa inquietação. Esse fato pode ser justificado a partir do caso de Flávia Parreira⁶, moradora de Ribeirão Preto (São Paulo), que no mês de Junho denunciou seu namorado por agredi-la. Flávia afirmou que a discussão foi iniciada devido a ciúmes de seu namorado e que em um ano de namoro ele nunca a havia agredido. Desse modo, pode-se levantar a hipótese da influência de um clima de constante estresse devido ao isolamento social que também pode ter sido um dos fatores para a explosão do respectivo namorado.

Segundo Leonora Walker e sua teoria sobre o Ciclo de Violência⁷, que será aprofundada posteriormente, a primeira fase desse ciclo seria o Acúmulo de Tensão. Ora, se o ponto de partida dessa teoria é o aumento do nível de tensão em situações como a atual,

5 A pesquisa foi publicada na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Disponível em <https://www.al.sp.gov.br/noticia/?09/06/2020/relacoes-familiares-podem-sofrer-desgaste-durante-quarentena> Acesso em 12 de outubro de 2020

6 O fato publicado no site de notícias da Rede Globo, G1, discorre sobre os acontecimentos e repercussões dos fatos citados. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/noticia/2020/06/08/arquiteta-que-denunciou-namorado-a-policia-por-agressoes-recebe-mensagens-de-apoio-em-redes-sociais.ghtml> Acesso em 12 de outubro de 2020.

7 WALKER, Leonora. *The Battered Woman Syndrome*, 3ª edição, Página 91, Nova Iorque: Springer Publishing Company, 2009

que proporciona esse maior convívio e esse aumento de estresse, conseqüentemente surgirão novos casos de violência, os quais irão se agravar, se considerarmos o período de 6 (seis) meses em que se prolonga a situação de quarentena. Sendo assim, conclui-se que a cultura da violência e o aumento de tensões provocados pelo isolamento foram os principais fatores para o aumento e dificuldade de contenção da violência doméstica no Brasil.

1. A cultura da violência

A violência contra a mulher, em especial a violência doméstica, é algo cultural, visto que pode ser observada se originando desde a antiguidade e se desenvolvendo com o passar do tempo. Essa violência está enraizada na cultura brasileira, a qual apresenta muitos obstáculos para ser extinta, devido à reação tardia do país.

Primordialmente, deve-se observar que a violência se dá por causa de um conceito pré-estabelecido de inferioridade da mulher. Esse fato é presente desde a Antiguidade, em países como a Grécia, que tinha como um de seus mitos o de Pandora, no qual uma mulher abre uma caixa e conseqüentemente traz seres e sentimentos maléficos para o mundo. Essa essência de que a mulher é um ser que traz caos ao mundo devido à sua falta de intelecto ou desobediência às normas pode ser observado séculos depois no Catolicismo, como é o caso de Adão e Eva, no qual a mulher foi quem desobedeceu a uma ordem divina, trazendo com essa decisão o caos para os humanos, tornando-os capazes de sentir dor, pecadores e mortais (Puleo, 2004)⁸. Ademais, essa visão também é presente nas épocas seguintes, como na Idade Média em que, além da violência doméstica ser comum, ela também ocorria por parte de Senhores Feudais, os quais tinham o direito passar a primeira noite junto com a serva do feudo que se casasse. Outro ponto a ser ressaltado é a partir da Revolução Industrial, a qual contribuiu para a fundamentação da misoginia, a qual implantou ainda mais o conceito de inferioridade em relação à mulher, estabelecendo de forma mais rígida as concepções em relação ao poder dos homens sobre a mulher. Sendo assim, é perceptível que, desde os primórdios da ideia de civilização já era presente o conceito da inferioridade da mulher, que é essencial para a justificativa das agressões realizadas por seus familiares, visando a concretizar a figura da masculinidade e também como uma forma de puni-las por seus respectivos erros. Logo, a essência dessas histórias em conjunto com os fatos históricos ocorridos no exterior, bem como o conceito atribuído a elas estariam presentes em toda a Europa e logicamente seria reproduzida nos países colonizados e influenciados por ela, como o Brasil.

⁸ Tese desenvolvida em artigo acadêmico feito por Alicia H. Puleo e publicado em “Políticas Públicas e Igualdade de Gênero Caderno n° 8 da Coordenadoria Especial da Mulher”. Disponível em <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/05630.pdf> Acesso em 14 de outubro de 2020

Desse modo, quando se fala sobre violência doméstica em território brasileiro, é evidente a implantação dessas convicções na desenvoltura da sociedade e seu reflexo em ambiente caseiro. Esse fato é visto no período colonial, nas Ordenações Filipinas, especificamente em seu livro IV, título LXI, em que é claramente expresso que as mulheres possuem uma fraqueza de entendimento. Logo, decorrente disso, vê-se expresso no livro V, título XXXVI, a autorização para o marido castigar sua respectiva mulher, utilizando uma arma da corte sem risco de efeitos penais. Dessa forma, é viável a afirmação de que se enxerga a mulher de modo inferior ao homem, levando ao ponto dele poder deferir agressões físicas como castigos por seus erros. No ano de 1830, observa-se no Código Penal a amenização para crimes hoje caracterizados como abuso sexual por meio do casamento com a vítima. Logo, se havia essa posição acerca do abuso sexual para com outrem, o abuso sexual cometido entre cônjuges não seria classificado como tal, visto que, obedecendo a toda a cultura implantada e às normas anteriores, não haveria o entendimento de que tal ato seria considerado uma espécie de abuso. Ademais, nota-se novamente a permanência dessa convicção de obediência da mulher ao homem no ano de 1889, como é descrito no Anteprojeto ao Código Civil analisado no livro “Direito de Família”:

Ao marido, em virtude do poder marital, compete: i.º O direito de exigir obediência da mulher, a qual é obrigada a moldar suas ações pela vontade d'elle em tudo que fór honesto e justo.

(RODRIGUES PEREIRA, 1889, p. 107)

Além disto, no período colonial houve a captura e escravização das mulheres africanas, que foram trazidas para o Brasil e sofreram por décadas abusos diversos. Segundo a obra “Mulheres, Raça e Classe”, escrita por Angela Davis⁹, publicada em 1981, as mulheres negras eram prejudicadas duplamente, por serem mulheres e por serem negras, como pode-se extrair do seguinte trecho:

Mas as mulheres também sofriam de forma diferente, porque eram vítimas de abuso sexual e outros maus-tratos bárbaros que só poderiam ser infligidos a elas. A postura dos senhores em relação às escravas era regida pela conveniência: quando era lucrativo explorá-las como se fossem homens, eram vistas como desprovidas de gênero; mas, quando podiam ser exploradas, punidas e reprimidas de modos cabíveis apenas às mulheres, elas eram reduzidas exclusivamente à sua condição de fêmeas.

(Davis, 1981, p. 29)

⁹ Angela Davis é uma professora e filósofa estadunidense que alcançou notoriedade mundial na década de 1970 como integrante dos Panteras Negras, símbolo de resistência negra, e posteriormente desenvolveu o livro “Mulheres, Raça e Classe” que demonstra o sofrimento e a luta das mulheres negras dos Estados Unidos da América.

Desse modo, era perceptível que o conceito de inferioridade atingia fortemente a mulher negra, visto que no Brasil as condições vividas por elas eram análogas às retratadas pela autora nos Estados Unidos da América.

Sendo assim, observa-se na evolução histórica da mulher negra, uma piora em relação a essa fixação de cultura de inferioridade, principalmente no período posterior à escravidão, o qual levou a mulher negra a procurar alternativas de trabalho, como a prostituição, que contribuiu ainda mais para a fixação da concepção de que mulheres negras eram apenas objetos. Desse modo, o tema será mais aprofundado a seguir.

Posteriormente, no diploma civil sucessor das Ordenações Filipinas (aqui denominadas Ordenações do Reino), o Código Civil de 1916, possui estes também artigos que reforçam essa possibilidade de violência doméstica. É importante ressaltar que quando se pensa em violência doméstica também se abrange a violência psicológica e patrimonial. Com efeito, no Código Civil de 1916, em seu artigo 233, inciso II, a administração de bens comuns e particulares da mulher eram obrigação de seu respectivo marido, ou seja, justificando a hipótese de violência patrimonial. Além disso, a mulher também deveria pedir autorização para litigar em juízo, de acordo com o artigo 242, inciso IV, e era considerada relativamente incapaz de acordo com o artigo 6º, inciso II. Em outras palavras, tudo isso gerava dificuldades de denúncia de lesões corporais, agressão psicológica, entre outros. Outrossim, deve-se atenuar o fato de que é indubitável que a permanência desses princípios no âmbito social e jurisdicional formou um aspecto cultural vinculado aos brasileiros de que a violência doméstica era algo normal. Essa questão é reforçada quando prosseguimos analisando o desenvolvimento dessa cultura nos anos seguintes.

Essa violência incessante continuou existindo e sendo amenizada e ignorada socialmente, considerando-a como cultura e normalizando-a, durante os anos seguintes. Além disso, deve-se ressaltar que, no ano de 1948, surgiu a Declaração Universal dos Direitos Humanos, mas essa problemática contra a mulher era algo tão fixo no Brasil que, mesmo tendo a declaração como fundamentos a preservação dos direitos humanos, a mulher ainda assim não tinha direitos suficientes para realizar uma denúncia de abuso recorrente em sua residência. Apenas em 1979 houve a “Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres”, a qual o Brasil assinou e ratificou e por conseguinte começou o processo de implantação de medidas para a contenção do problema.

Em 2006 houve a implantação da Lei Maria da Penha, a qual regulou e previu a violência doméstica como crime, sendo a maior conquista brasileira em relação à temática. Contudo, nos anos seguintes o contratempo da violência doméstica ainda era persistente. No ano de 2013, sete anos após a aprovação da lei, notou-se que, apesar da conquista, os números em relação a morte de mulheres decorrente da violência doméstica não sofreram

muito impacto. As taxas de mortalidade tiveram apenas um pequeno decréscimo no ano de 2007, imediatamente após a vigência da lei, voltando a crescer depois, devido a um estudo publicado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada¹⁰. Desse modo, nota-se que, mesmo com medidas de políticas públicas, o problema persiste, devido ao processo cultural anteriormente citado. Ademais, os efeitos da lei são menores ainda para as mulheres negras, visto que também houve uma cultura de racismo e inferioridade contra as mesmas. As consequências da permanência dessa cultura ocasionam uma maior violência em relação a essas mulheres, o que será discutido posteriormente.

Logo, entende-se que houve uma formação de uma cultura em relação a violência doméstica, a qual iniciou-se nos primórdios da humanidade. Esse fato estendeu-se ao Brasil, o qual aderiu essa concepção em vista de sua colonização e influências externas, desenvolvendo uma sociedade baseadas em princípios e leis que auxiliaram para o desenvolvimento, aumento e fixação no cotidiano dessa espécie de abuso. Indubitavelmente os direitos adquiridos posteriormente foram de suma importância para o combate ao tema, entretanto o aspecto cultural ainda se encontra forte e visivelmente presente hodiernamente.

2. Tensão familiar e suas causas

Para abordar um problema social que gera tensão familiar e que se perpetua até os dias atuais, deve-se primeiramente explicitar a origem de tal comportamento repulsivo que se encontra enraizado na sociedade.

Como já dito outrora, deve-se à Era Vitoriana no século XIX, explicitamente após a Revolução Industrial, o ideal masculino, aquele que deveria ser exaltado por sua masculinidade, de modo a construir uma hegemonia comum a todos os homens. Em virtude disso há a consequente aversão ao que não é masculino, logo, a feminilidade tornou-se algo repulsivo na visão desses homens, o que desencadeou uma enorme preocupação quanto a uma possível feminilização, de modo a erradicar qualquer igualdade ao sexo feminino. Daí foram criados traços e características que faria com que o homem destoasse, como: A forma de falar, entonação de voz, a repressão da exteriorização de sentimentos, sua força e a supremacia no âmbito familiar.

Ao comparar os aspectos do século XIX ao século XXI, ainda podem-se encontrar grandes semelhanças quanto ao comportamento masculino ao repelir qualquer traço que seja considerado feminino. Fato é que esses atributos estão fortemente ligados ao aumento

10 O estudo foi feito pela Instituição com base no Sistema de Informações de Mortalidade no dia 24 de setembro de 2013 e publicado no site jornalístico G1 e também disponível em seu site oficial. Disponível em <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2013/09/lei-maria-da-penha-nao-reduziu-morte-de-mulheres-por-violencia-diz-ipea.html> Acesso em 13 de outubro de 2020.

da violência doméstica em meio à pandemia, pois ao encontrar-se em isolamento com alguém considerado inferior, há a necessidade da reafirmação da supremacia masculina no âmbito familiar. Com isso há o abuso psicológico, abuso sexual, agressões físicas e, conseqüentemente, o feminicídio.

Pode-se atribuir esse crescimento também ao fato de a misoginia encontrar-se presente nos lares brasileiros. A misoginia é a aversão doentia inconsciente a mulheres. Esse sentimento pode ter sido nutrido durante a infância mediante algum trauma envolvendo uma figura feminina que espelhava segurança. O homem misógino, inconscientemente, arma-se de todos os artifícios para constranger ou se sobrepor de forma autoritária a uma mulher, seja de forma a destratar as mulheres em ambientes de trabalho ou sociais e, até mesmo, a constranger e ferir a dignidade sexual da mesma. Ao abordar o abuso sexual em uma união estável, é evidente que o companheiro misógino enxergue o ato de copular como dever e obrigação da mulher, o que o leva a constrangê-la à prática de conjunção carnal mesmo sem a vontade e autorização dela. Segundo o *site* de notícias G1, o crime de importunação sexual contra mulheres aumentou 600% em apenas 14 dias de isolamento social no Mato Grosso. É de suma importância ressaltar que nenhum cônjuge tem o direito de exigir à força carícias lascivas um do outro, e que a coação mediante violência constitui crime contra a dignidade sexual do parceiro, sendo necessário a partir disso o reconhecimento de direito por meio de ações civil e penal.

Além disso, não bastasse o fato das recorrentes agressões, seja ela psicológica, física ou sexual, as mulheres encontram dificuldades na hora de denunciar as agressões e abusos que sofrem mediante a impossibilidade de sair de casa devido à pandemia. Com isso foram criados diversos meios para que a denúncia fosse feita *online*. O *site* da Magazine Luiza desenvolveu um botão do pânico no ambiente virtual da loja, onde a vítima pode fazer a denúncia sem que o agressor desconfie. Só em maio de 2020, já em período de pandemia, o aumento de uso do botão aumentou em 450%, segundo o G1. Outro meio de denúncia desenvolvido foi o X de batom vermelho estampado na mão, modo esse que obteve grande repercussão nas redes sociais, onde houve o incentivo à vítima de fazer a denúncia em farmácias, mercados e outros estabelecimentos que pudessem vir a oferecer a ajuda necessária. Entretanto, esses dois meios de denúncias mencionados outrora foram alcançados mediante o acesso à *internet*. Segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios,¹¹ cerca de 63,4 milhões de pessoas com 10 anos ou mais de idade não utilizaram a *internet* em 2016, por não saberem utilizar a ferramenta, por falta de interesse ou por considerarem o serviço caro. Logo, conclui-se que, por mais eficientes que sejam as

11 A pesquisa realizada foi publicada no jornal "Estadão", disponível em <https://link.estadao.com.br/noticias/cultura-digital,um-terco-da-populacao-brasileira-nao-utiliza-a-internet-aponta-o-ibge,70002197906> Acesso em 12 de outubro de 2020

plataformas e comoções sociais *online*, ainda há uma grande parcela da sociedade impossibilitada e que desconhece esses meios de fazer a denúncia, continuando assim vítimas e cativas de seus agressores em um ambiente que deveria lhe proporcionar conforto e segurança.

Além disso, ressalta-se que devido a esses fatores, no ambiente de pandemia houve uma piora das tensões. Esse fato pode ser justificado devido à permanência dessas mulheres no mesmo ambiente de seu agressor, devido à quarentena em conjunto com o desemprego e o confinamento. Esses fatores podem ser observados por meio de uma pesquisa realizada pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro¹², publicada no *site* oficial da universidade, a qual afirma que os níveis de estresse e ansiedade aumentaram no período de pandemia.

A prevalência de pessoas com estresse agudo na primeira coleta de dados foi de 6,9% contra 9,7%, na segunda. Para depressão, os números saltaram de 4,2% para 8,0%. Por último, no caso de crise aguda de ansiedade, vimos sair de 8,7% na primeira coleta para 14,9%, na segunda coleta (Filgueiras, 2020).

Logo, há uma relação direta entre o aumento de estresse pelos motivos anteriormente citados e a violência doméstica. Esse fato pode ser comprovado ao analisar o Panorama da violência contra as mulheres no Brasil, publicado pelo Senado Federal, o qual inclui a teoria de Leonora Walker,¹³ que desenvolveu a teoria do Ciclo de Violência, anteriormente citada e aprofundada a seguir. Essa teoria possui três fases que ocasionam um ciclo de violência doméstica:

- a. Acúmulo da tensão: Significa o acúmulo de estresse provocado por pequenas discussões iniciadas pelo casal, as quais se intensificam com o passar do tempo.
- b. Explosão: Ocorre quando o momento de tensão chega ao seu limite e há a explosão de uma das partes, o que ocasiona agressões verbais, psicológicas e físicas
- c. Lua-de-mel: Neste caso, há a tentativa de reparação do conflito por meio de promessas de não repetição do erro, entre outros fatores.

Relacionando com a hipótese apresentada, há o acúmulo de tensão devido ao estresse provocado pela pandemia, pela ausência de emprego e pelo convívio frequente derivado da mesma. Esses fatores ocasionam um convívio mais perigoso entre o casal que está sendo vítima de todo o caos proveniente do momento da pandemia. Logo, há a

12 O professor Alberto Figueira do Instituto de Psicologia da Universidade do Estado do Rio de Janeiro realizou uma pesquisa observando o comportamento dos brasileiros durante o isolamento. Disponível em <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2013/09/lei-maria-da-penha-nao-reduziu-morte-de-mulheres-por-violencia-diz-ipea.html> Acesso em 14 de outubro de 2020

13 Lenore Edna Walker é uma psicóloga americana que fundou o Instituto de Violência Doméstica, documentou o Ciclo de Abusos e escreveu *A Mulher Maltratada*, pelo qual ganhou o Distinguished Media Award em 1979. Ela foi incluída no Hall da Fama das Mulheres do Colorado em 1987. Sua teoria sobre o ciclo da violência foi publicada em 1979 e está disponível em <https://www.institutomariadapenha.org.br/violencia-domestica/ciclo-da-violencia.html>

explosão, com a qual ocorrem as agressões, que esbarram nos obstáculos, como a dificuldade do acesso à denúncia ou à desistência por parte da mulher, devido à restrição de acesso causada por condições precárias e à desistência de denúncia causada por causa do envolvimento no ciclo de violência e também pela mencionada fase Lua-de-mel. Outrossim, devido à misoginia anteriormente citada em conjunto com os aspectos culturais, há uma dificuldade de quebrar esse ciclo. Esse fato ocasiona outro ciclo, no caso a ausência de reação popular em face desses abusos, como observa-se no livro *Violência de Gênero: Poder e Impotência*¹⁴

Embora estas condutas estejam tipificadas no Código Penal brasileiro, são extensamente toleradas pela sociedade simplesmente por se tratar de violência cometida por homens. Com relação a mulher a sociedade revela muito menor ou nenhuma complacência. Isto equivale a dizer que o inimigo da mulher não é propriamente homem, mas a organização social de gênero cotidianamente alimentada não apenas por homens mas também por mulheres (SAFFIOTI, ALMEIDA, 1995, p.1).

Desse modo, é perceptível que a pandemia intensificou o Ciclo da Violência e a ausência de reação perante os abusos, tendo colaboração inconsciente das mulheres para que se perpetue, por causa dos fatos anteriormente citados.

Outrossim, é importante salientar que, mesmo com as políticas públicas citadas anteriormente para a amenização dessa problemática no período de pandemia, ela ainda persiste devido aos argumentos citados, a tensão familiar e principalmente devido à convivência constante com seu agressor. Esse fato pode ser demonstrado tendo em vista um caso recente envolvendo um morador da Bahia. O caso foi filmado pelos moradores e publicado em redes sociais. No caso em questão, o homem desferiu 9 (nove) socos na vítima que estava pedindo para ele se afastar: o caso foi parar na Polícia Civil e descobriu-se que ele já tinha contra si 11 (onze) ocorrências por agressão a ex-namoradas. Esse fato pode ser analisado com base nos argumentos anteriormente desenvolvidos sobre tensão familiar, visto que, segundo a reportagem do site jornalístico UOL:¹⁵

O homem afirmou que vivia com a vítima uma "relação muito conturbada, eivada de inúmeros casos de ciúme doentio, diversas agressões físicas e morais" (GAMA, 2020).

14 As autoras dessa obra publicada em 1995 são Heleieth Iara Bongiovani Saffioti, uma socióloga, professora, estudiosa da violência de gênero e militante feminista brasileira e Suely Souza de Almeida Mestre em serviços sociais e doutora em Ciências Sociais.

15 Reportagem feita por Aliny Gama em outubro de 2020. Disponível em <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2020/10/15/homem-socos-mulher-bahia-depoimento.htm> Acesso em 15 de outubro de 2020

Desse modo, nota-se que os conflitos estabelecidos previamente podem ter sido agravados durante a pandemia, que ocasionou um aumento de tensão e piora de uma situação que já estava presente na relação do casal. Além disso, nota-se o fato da dificuldade de denúncia, pois, apesar da vítima ameaçá-lo com a possibilidade de levar o caso à delegacia, o agressor não ficou significativamente abalado com a ameaça, visto que já haviam ocorrido situações semelhantes outrora. Essa concepção do agressor de ser “impunível” também se engloba na tese de dificuldade de denúncia, muitas vezes devido ao demorado processo judicial, principalmente na quarentena provocada pela pandemia, a qual afetou diretamente o andamento dos processos estabelecidos durante esse período.

Ademais, para dificultar ainda mais o acesso e sendo um agravante para a tensão familiar já existente em casos como o citado, observa-se que, em algumas regiões de São Paulo, por exemplo, que consistem em grandes áreas, há apenas uma delegacia da mulher. No município de Guarulhos, por exemplo, há apenas uma delegacia direcionada à mulher, a qual, por absurdo, fica aberta apenas até as 18h. Considerando que Guarulhos é o segundo maior município do estado de São Paulo¹⁶, e 13^o em população no Brasil, o fato de haver apenas uma delegacia especializada da mulher acaba sendo desproporcional à quantidade de população e a quantidade de território disponível nas cidades. Logo, nota-se que há ainda mais uma dificuldade de acesso à justiça e um fator facilitador em relação ao Ciclo da Violência, visto que a fase da “lua-de-mel” combinada com a dificuldade de acesso, garante uma maior permanência da vítima no ambiente doméstico no qual se concretizam as agressões.

Sendo assim, conclui-se que o aumento da tensão familiar em meio à pandemia dá-se por inúmeros fatores, como a presença da misoginia nos lares brasileiros, onde o abuso sexual, agressões físicas e psicológicas são recorrentes na vida das mulheres que se encontram em isolamento com seus agressores. Outro fator que gera essa tensão é a impossibilidade de efetuar a denúncia, seja pela falta de mobilidade devido à pandemia ou pela falta do acesso à informação sobre métodos alternativos de denúncias criados especialmente para o período de isolamento social. É de suma importância e relevância ressaltar que o acúmulo de tensão vividos em meio a esse período anômalo é o principal fator dessa violência familiar, pois vivenciar um momento como esse já é de grande estresse para todos os indivíduos, mas o convívio constante só confirma a teoria do Ciclo da violência, onde cada dia a mais que se passa em quarentena os estresses e tensões diários,

16 Disponível em <https://www.guarulhos.sp.gov.br/estatisticas-e-geografia#:~:text=Guarulhos%20é%20o%20segundo%20maior,área%20de%20319%2C19%20km²>. Acesso em 16 de outubro em 2020

por mais ínfimos que sejam, aumentam substancialmente os índices de violência doméstica no Brasil.

4. Mulheres Negras, as maiores vítimas da violência doméstica

É evidente e indubitável o impacto desses aspectos históricos e culturais no caso da mulher negra e é viável abordar esse tema, visto que a maior parte da população brasileira hodiernamente é negra.

Desse modo, a mulher negra sofre duplamente as consequências, por ser mulher e por ser negra. Ao abordar essa temática, é de suma importância que os fatos históricos que envolvem essa problemática sejam bem analisados e repassados. Ao afirmar que as mulheres negras e pobres são as maiores vítimas de violência doméstica, expõem-se os efeitos da escravidão no Brasil que foram vergonhosamente cultivados e, infelizmente, ainda são visíveis hodiernamente.

A desumanização das mulheres negras e a forma de como elas foram usadas como “incubadoras humanas” no período da escravidão foram exemplos que expõem o machismo e racismo quando se trata da violência doméstica para com essas mulheres. A cor da pele é usada para a submissão, humilhação, desumanização e a preservação do controle das mulheres negras, onde cônjuges misóginos e racistas encontram uma forma de exercer sua soberania masculina e racial ao usarem do estereótipo de que essas mulheres foram feitas unicamente para a procriação, satisfação sexual e a plena submissão. Esse e outros fatores citados anteriormente contribuíram para uma visão de misoginia e racismo em relação à mulher negra, visto que, ao observar-se a situação das mulheres negras após a escravidão, nota-se uma vida de pobreza que ocasiona medidas desesperadas em busca de emprego como as citadas no artigo “A história das mulheres negras no Brasil, no enfrentamento da discriminação e violência”¹⁷ direcionado a uma produção didático-pedagógica:

Havia ainda o problema da prostituição; devido à pobreza extrema, ela foi a base para a sobrevivência. Era comum enteadas, filhas, irmãs, cunhadas e esposas se prostituírem para sustentar as famílias (VARGAS, 2016, p. 9).

17 Caderno didático pedagógico produzido pela autora Márcia de Vargas e direcionado ao Ensino Fundamental e Ensino Médio visando a implementação da lei 10639/03 e a importância de evidenciar e explorar a História da Mulher Negra no Brasil. Disponível em http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/cadernospede/pdebusca/producoes_pde/2016/2016_pdp_hist_ufpr_marcia_devargas.pdf Acesso em 15 de outubro de 2020

Logo, observamos que há inúmeros contribuintes históricos para a formação e fixação dessa concepção acerca das mulheres negras. Essa situação reflete diretamente na violência domiciliar que elas sofrem, como pode ser visto em outro trecho do mesmo estudo

As mulheres negras ainda sofriam com casamentos, com maridos violentos e exploradores, que se legitimava na lei do branco, onde afirmava que tudo deveria ser dos dois, mas apenas as mulheres negras trabalhavam e ainda apanhavam (VARGAS, 2016, p. 11).

Sendo assim, notam-se os reflexos imediatamente após o fim da escravidão. Outrossim, é importante ressaltar que, atualmente no Brasil, a maior parte da população é constituída por pessoas negras, como observado num estudo feito em 2015 realizado pelo IBGE:¹⁸ a população negra era a maioria no país e nesse mesmo estudo notou-se que 76% dos mais pobres também eram formados por negros. Se relacionarmos essa situação com as justificativas apresentadas nos tópicos anteriores, de maneira lógica, afirmamos que as mulheres fazem parte dessa população negra e pobre, conseqüentemente com dificuldades de acesso às denúncias sobre violência doméstica, violência a qual é sustentada por um histórico anteriormente citado de uma cultura que as classifica como sendo duplamente inferiores. Essa afirmação pode ser observada na publicação na obra “Mulheres Negras e Violência Doméstica, Decodificando números”¹⁹ sobre Mapa da Violência de 2015 que afirma

No período 2003-2013, as principais vítimas da violência de gênero foram meninas e mulheres negras, com queda na evolução das taxas de homicídio de mulheres brancas – de 3,6 para 3,2 por 100 mil – e crescimento nas taxas de mulheres negras – de 4,5 para 5,4 por 100 mil –, com prevalência entre 18 e 30 anos de idade e maior incidência de mortes causadas por força física, objeto cortante/penetrante ou contundente, e menor participação de arma de fogo (CARNEIRO, 2017, p. 20).

Ademais, é encontrada na mesma obra a informação de que dados fornecidos pela Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres afirmaram que

a situação das mulheres negras no campo da violência doméstica manteve a posição nos números de vitimização. Dados do primeiro semestre desse ano, referentes ao atendimento do Ligue 180, indicaram de um total de 555.634 ligações, quase 68 mil dos atendimentos eram relatos de violência, assim distribuídos: Violência física (51,06%); Violência psicológica (31,10%); Violência moral (6,51%); Cárcere privado

18 Pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, noticiado pelo site jornalístico UOL e publicado em 2015. Disponível em <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2015/12/04/negros-representam-54-da-populacao-do-pais-mas-sao-so-17-dos-mais-ricos.htm> Acesso em 15 de outubro de 2020

19 Mulheres Negras e Violência Doméstica, Decodificando números, 1ª edição, Suelaine Carneiro, 2017. Disponível em <https://www.geledes.org.br/wp-content/uploads/2017/03/e-BOOK-MULHERES-NEGRAS-e-VIOLÊNCIA-DOMÉSTICA-decodificando-os-números-isbn.pdf> Acesso em 15 de outubro de 2020

(4,86%); Violência sexual (4,3%); Violência patrimonial (1,93%); Tráfico de pessoas (0,24%) Desses atendimentos, 59,71% das mulheres que relataram casos de violência eram negras e a maioria das denúncias foi feita pela própria vítima (67,9%) (CARNEIRO, 2017, p. 20).

Em período pandêmico, esse fato não poderia ser diferente desde que está enraizado na sociedade, logo há inúmeros fatores, incluindo históricos, que influenciam no aumento substancial da tensão e violência doméstica contra mulheres negras. Um deles é a tensão econômica, segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, há uma visível disparidade entre a taxa de empregos de mulheres negras (17%) e mulheres brancas (11%)²⁰, o que gera conflitos no âmbito familiar pois, ao encontrar-se desempregada e em isolamento, essas mulheres estão expostas a agressões físicas, psicológicas, abusos sexuais e até mesmo ao feminicídio por parte do cônjuge. A desigualdade no mercado de trabalho afeta diretamente essas mulheres que, na falta de autonomia financeira, são prejudicadas na tentativa de se desvencilharem de lares abusivos. Além disso, é importante ressaltar que no período de Setembro, de acordo com um levantamento de dados realizados pelo site G1 em conjunto com o Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública²¹, os quais apontam que, em casos de homicídio doloso, estupro, feminicídio e violência corporal decorrente de violência doméstica, as mulheres negras lideram a posição de vítimas.

Logo, percebe-se que as mulheres negras brasileiras acabam sendo visivelmente mais afetadas devido aos fatores anteriormente comentados.

Conclusão

Do modo apresentado preliminarmente, o presente artigo teve como objetivo analisar as causas da violência doméstica no Brasil e seu impacto em meio à quarentena.

Concluimos que, historicamente, o ideal da superioridade masculina na Era Vitoriana, explicitamente após a Revolução Industrial, fundamentou o que temos hoje, no século XXI, o chamado machismo estrutural, que nega todo e qualquer traço da personalidade feminina, de modo a acentuar sua personalidade de ser dominante e superior, o que inclui a necessidade constante da auto afirmação do poder, tanto físico, quanto psicológico, que exerce sobre a mulher e a família, a completa falta de exteriorização de sentimentos que causa a divisão familiar, gerando ainda mais tensões em meio à

20 <https://www.google.com.br/amp/s/azmina.com.br/reportagens/entre-machismo-e-racismo-mulheres-negras-sao-as-maiores-vitimas-de-violencia/amp/> Acesso em 15/10/2020

21 Disponível em <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2020/09/16/mulheres-negras-sao-as-principais-vitimas-de-homicidios-ja-as-brancas-compoem-quase-metade-dos-casos-de-lesao-corporal-e-estupro.ghtml> Acesso em 15 de outubro de 2020

quarentena. Entende-se também que uma das principais causas que geram situações de conflitos que resultam em agressões físicas, psicológicas, abuso sexual e até mesmo o feminicídio, é a misoginia enraizada na sociedade. Sabe-se que é uma característica psicológica onde se age de modo inconsciente, porém, de maneira a não apresentar injustiça mediante possíveis causas para o desenvolvimento da personalidade de um misógino, concluímos que é possível o restabelecimento de comportamento adverso ao de misoginia, através de acompanhamento psicológico e psiquiátrico, muito embora, mesmo sendo maneira árdua, a recuperação não seja algo garantido. Indubitavelmente, ao colocar o machismo e a misoginia sob o mesmo ponto de vista, é evidente a enorme construção social por trás da aceitação e normalização da sociedade mediante os atos repulsivos como os que são noticiados todos os dias, em face das estatísticas que evidenciam a expansão da violência doméstica durante o período da quarentena é inevitável deparar-se com mulheres que se encontram cativas 24 horas por dia, 7 dias por semana com seu agressor, onde são expostas a agressões físicas, psicológicas, abusos sexuais e ao feminicídio.

Por consequência das causas apresentadas, foram criados inúmeros meios para que haja a proteção dos direitos fundamentais, direitos da dignidade humana e o direito à preservação da vida dessas mulheres vítimas de violência doméstica, como a Lei nº 11.340, conhecida como a Lei Maria da Penha, que estabelece como crime qualquer tipo de ação feita contra uma mulher com o intuito de lhe causar morte, lesão, sofrimento físico, sexual e psicológico. Cabe ressaltar que, ao deparar-se com um cenário de pandemia e isolamento social, há uma grande impossibilidade e a falta de recursos e opções, para que seja feita a denúncia de violência doméstica. Com isso, foram criados meios que permitem que a mulher faça a denúncia de forma discreta virtualmente, como o botão de pânico em *sites* de compras, porém sabe-se que infelizmente essas informações não chegam ao alcance de todas as pessoas devido à inacessibilidade da *internet*. Com isso, concluímos que, por mais bem intencionado e eficiente que esses métodos possam ser, não são todas as mulheres que podem usufruir desse recurso, continuando assim vítimas e cativas de seus agressores em um ambiente que deveria lhe proporcionar segurança, abrigo e conforto.

Em relação ao impacto sobre as mulheres negras, conclui-se, portanto, que elas são significativamente afetadas, visto que compõem uma parte da população que possui baixa renda. Além disso, os outros fatores são os culturais e históricos, devido à construção de uma imagem racista e misógina sobre a mulher negra brasileira, classificando-a como objeto e muitas vezes com um grau de submissão maior em comparação ao da mulher branca, levando em consideração todo o histórico da época escravista e suas consequências. Desse modo, as agressões domésticas direcionadas a elas compõem a maior parcela dos casos de violência doméstica.

Outrossim, chega-se à conclusão também de que para a população negra, a violência doméstica e as dificuldades de acesso à justiça acabam sendo maiores, em virtude da baixa renda, que se torna um obstáculo na contratação de um advogado para a propositura e acompanhamento de um processo, em conjunto com as demoras processuais ou a desistência devido às dificuldades em relação à distância para se realizar uma denúncia.

Referências bibliográficas

AMORIM, Daniela. **Um terço da população não utiliza a internet em 2016, aponta o IBGE**. Estadão, São Paulo, 21 de fevereiro de 2018. Disponível em <<https://link.estadao.com.br/noticias/cultura-digital,um-terco-da-populacao-brasileira-nao-utiliza-a-internet-aponta-o-ibge,70002197906>> Acesso em 12 de outubro de 2020

Arquiteta que denunciou namorado à polícia por agressão recebe mensagens de apoio em redes sociais. G1, 08 de junho de 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/noticia/2020/06/08/arquiteta-que-denunciou-namorado-a-policia-por-agressoes-recebe-mensagens-de-apoio-em-redes-sociais.ghtml>> Acesso em 12 de outubro de 2020.

CARNEIRO, Suelaine. **Mulheres negras e violência doméstica, decodificando números**. 1ª Edição, São Paulo, 2017. Disponível em <<https://www.geledes.org.br/wp-content/uploads/2017/03/e-BOOK-MULHERES-NEGRAS-e-VIOLÊNCIA-DOMÉSTICA-decodificando-os-números-isbn.pdf>> Acesso em 15 de outubro de 2020

Ciclo da violência, saiba como identificar as primeiras três partes do ciclo e entenda como ele funciona. Instituto Maria da Penha. Disponível em <<https://www.institutomariadapenha.org.br/violencia-domestica/ciclo-da-violencia.html>> Acesso em 14 de outubro de 2020

D'AGOSTINO, Rosane. **Lei Maria da Penha não reduziu morte de mulheres por violência, diz IPEA**. G1, São Paulo, 23 de setembro de 2013. Disponível em <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2013/09/lei-maria-da-penha-nao-reduziu-morte-de-mulheres-por-violencia-diz-ipea.html>> Acesso em 13 de outubro de 2020.

DAVIS, Angela. **Mulheres, raça e classe**, 1ª edição, São Paulo, Jinkings Editores Associados Ltda. 2016.

FILGUEIRAS, Alberto. **Pesquisa da Uerj indica aumento de casos de depressão entre brasileiros durante a quarentena**. UERJ, 05 de maio de 2020. Disponível em <<https://www.uerj.br/noticia/11028/>> Acesso em 14 de outubro de 2020

GAMA, Aline. **Homem que espancou mulher na BA presta depoimento; ele se diz 'arrependido'**. UOL, 15 de outubro de 2020. Disponível em <<https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2020/10/15/homem-socos-mulher-bahia-depoimento.htm>> Acesso em 16 de outubro de 2020

GARCIA, Leila et al. **Violência contra a mulher: feminicídios no Brasil**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2013. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/130925_sum_estudo_femicidio_lei_lagarcia.pdf> Acesso em 13 de outubro de 2020.

Linha do tempo do Coronavírus. Sanar Saúde, 20 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.sanarmed.com/linha-do-tempo-do-coronavirus-no-brasil>> Acesso em 11 de outubro de 2020.

PEREIRA, Laffyate. **Direitos de Família**, edição fac-similar. Brasília, Conselho Editorial 2004.

PULEO, Alicia. **Filosofia de gênero: da memória do passado ao projeto de futuro**. Políticas Públicas e igualdade de gênero, 2004. Disponível em <<https://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/05630.pdf>> Acesso em 14 de outubro de 2020>

SAFFIOTI, Heleith; ALMEIDA, Suzy. **Violência de gênero: Poder e Impotência**. Rio de Janeiro: REVINTER Ltda. 1997

SÃO PAULO, Prefeitura de Guarulhos. **Estatísticas e Geografia**. Disponível em <<https://www.guarulhos.sp.gov.br/estatisticas-e-geografia#:~:text=Guarulhos%20é%20o%20segundo%20maior,área%20de%20319%2C19%20km%2>> Acesso em 16 de outubro de 2020

SILVA, Ariane et al. **Entre machismo e racismo, mulheres negras são as maiores vítimas de violência**. AzMina, 20 de novembro de 2019. Disponível em <<http://azmina.appcivico.com.br/reportagens/entre-machismo-e-racismo-mulheres-negras-sao-as-maiores-vitimas-de-violencia/>> Acesso em 15 de outubro de 2020

SOUZA, Arthur. **Relações familiares podem sofrer desgaste durante quarentena**. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 09 de junho de 2020. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/noticia/?09/06/2020/relacoes-familiares-podem-sofrer-desgaste-durante-quarentena>> Acesso em 12 de outubro de 2020

VARGAS, Marcia. **A história das mulheres negras no Brasil, no enfrentamento da discriminação e violência**. Os Desafios da Escola Pública Paranaense na perspectiva do professor PDE, Paraná, 2016

VELASCO, Clara et al. **Mulheres negras são as principais vítimas de homicídios; já as brancas compõem quase metade dos casos de lesão corporal e estupro.** G1, 16 de setembro de 2020. Disponível em <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2020/09/16/mulheres-negras-sao-as-principais-vitimas-de-homicidios-ja-as-brancas-compoem-quase-metade-dos-casos-de-lesao-corporal-e-estupro.ghtml>> Acesso em 15 de outubro de 2020.

Violência doméstica durante a pandemia de COVID-19. Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 16 de abril de 2020. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-v3.pdf>> Acesso em 11 de outubro de 2020

WALKER, Leonora. *The Battered Woman Syndrome*, 3^a edição, Nova Iorque: Springer Publishing Company, 2009

Negros representam 54% da população do país, mas são só 17% dos mais ricos. UOL, 04 de dezembro de 2015

Disponível em <<https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2015/12/04/negros-representam-54-da-populacao-do-pais-mas-sao-so-17-dos-mais-ricos.htm>> Acesso em 15 de outubro de 2020.

FAMÍLIA NA SOCIEDADE PÓS-MODERNA: A EVOLUÇÃO DO PAPEL DA MULHER NAS ESTRUTURAS FAMILIARES E DIREITOS REPRODUTIVOS

Luis Filipe Fernandes Ferreira¹; Deise Santos Curt²

RESUMO: O núcleo da entidade familiar sofreu grandes transformações ao longo da evolução da sociedade. Do sistema feudal aos dias atuais, vimos muitas mudanças provocadas por avanços tecnológicos e por pressões sociais por maior inclusão social. A sociedade sofreu transformações à medida em que vimos a substituição do modelo patriarcal de poder familiar, o surgimento de novas concepções de estruturas familiares, a inserção da mulher no mercado de trabalho, a criação da pílula e de outros métodos anticoncepcionais e a formação de núcleos familiares cada vez menores. E nessa evolução da sociedade, as mulheres têm papel de elevada importância. Se antes a elas estava reservado o futuro de casar e ser mãe, cuidar dos filhos, do marido e da casa, hoje, as mulheres são pessoas de direitos e deveres sendo donas de seus destinos e tendo uma participação elevada como chefe de família em 37,3% dos lares brasileiros. Usamos o método dedutivo e a consulta bibliográfica para analisar o papel das mulheres nas famílias e o surgimento de seus direitos na legislação brasileira até à emancipação atualmente.

Palavras-Chave: Família na pós-modernidade; Direitos das mulheres; Direitos de concepção.

FAMILY IN POSTMODERN SOCIETY: THE EVOLUTION OF THE WOMAN'S ROLE IN THE FAMILY STRUCTURES AND REPRODUCTIVE RIGHTS

ABSTRACT: The core of the family entity has undergone significant changes throughout the evolution of society. From the feudal system to nowadays, we have seen many changes

1 Mestre em Direito da Sociedade da Informação (FMU/SP). Especialista em Direito de Família e Sucessões (IBMEC). MBA em Gestão Empresarial (FGV-SP). Especialista em Análise de Sistemas (Mackenzie). Graduado em Direito (UNIP). Graduado em Tecnologia de Processamento de Dados (FATEC). Atuou como docente nas Faculdades FASP. Advogado. E-mail: Phillfernandes.adv@gmail.com

2 Mestra em Direito da Sociedade da Informação pelas Faculdades Metropolitanas Unidas- FMU; Especialista em Direito Médico, Hospitalar e da Saúde pela Escola Paulista de Direito- EPD; Bacharela em Direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas- FMU; Bacharela em Enfermagem pela Universidade de Mogi das Cruzes-UMC. Advogada. E-mail: deise Curt@gmail.com

brought about by technological advances and social pressures for greater social inclusion. The society has undergone transformations as we have seen the replacement of the patriarchal model of family power, the emergence of new concepts of family structures, the insertion of women in the labor market, the creation of the pill and other contraceptive methods and the formation of family smaller than before. And in this evolution of society, women have a very important role. If the future of marrying and becoming a mother, taking care of children, husband and home was reserved in the past for them, today, women are owners of rights and duties, being the owners of their destinies and having a high participation as head of household in 37,3% of Brazilian households. We use the deductive method and the bibliographic consultation to analyze the role of women in families and the emergence of their rights in Brazilian legislation up to the emancipation nowadays.

Keywords: Postmodernity family; Women's rights; Conception rights.

Introdução

Ao longo do tempo, o núcleo familiar foi sofrendo alterações provocadas pelos avanços tecnológicos e pela pressão de grupos sociais em busca de seu espaço. Durante o feudalismo, as famílias eram numerosas, significando mão de obra para trabalhar nas propriedades rurais, e com a revolução industrial, surgia uma possibilidade mais rentável que era a mão de obra ser usada nas fábricas. Atualmente na Sociedade da Informação ou na pós modernidade, percebemos que as mudanças nessa estrutura familiar continuam existindo.

A invenção da pílula anticoncepcional e a inclusão da mulher no mercado de trabalho implicaram na redução do tamanho das famílias e auxiliaram na substituição do modelo de poder patriarcal e na revisão do conceito da família tradicional, incorporando novas estruturas familiares que foram sendo desenvolvidas. Em particular, o papel das mulheres na sociedade mudou bastante, deixando de serem consideradas apenas alguém que se submetia ao papel de procriadora, e evoluindo para uma autonomia que lhes permite traçar seus destinos, baseados em suas capacidades e vontades.

Ainda assim, as mulheres encontram-se pressionadas entre escolher seguir suas vontades e sonhos mesmo com a cobrança pela sociedade versus buscar uma maior emancipação para ter alternativas verdadeiras de escolha quanto aos seus sonhos de liberdade de opção quanto à vida profissional, sexual e até sobre querer ou não ser mãe. O artigo analisa, através do método dedutivo a evolução das estruturas familiares, suas características e impactos desde os primórdios até os modelos atuais, destacando a trajetória de evolução dos direitos das mulheres brasileiras através das alterações na legislação, e buscando uma relação entre a autonomia delas e a maternidade.

1. Evolução das Famílias na sociedade

Nas sociedades antigas defende-se que existia igualdade de gênero e cada um desenvolvia um trabalho dentro das tribos: os homens caçavam e mulheres desenvolveram a agricultura e pecuária. Com o desenvolvimento de instrumentos com cobre pelos homens, estes passaram a plantar e criar os animais e as mulheres foram reduzidas aos trabalhos não produtivos (domésticos), de modo que as relações familiares passaram a ser hierarquizadas já que como os homens providenciavam a alimentação e produziam os instrumentos necessários, que acabavam sendo de sua propriedade, assim como o que era produzido.³

Para as mulheres restou apenas a participação no consumo, não na produção e nem na propriedade. Seu trabalho perdeu a sua importância já que o trabalho doméstico era considerado de insignificante contribuição enquanto o trabalho do homem era tudo.⁴ Simone de Beauvoir concorda com este pensamento e acrescenta que o desenvolvimento dessas ferramentas, associado à criação da escravidão de homens para cultivo e desbravamento de terras, houve a necessidade de demarcação destas e, aí então, a mulher tornou-se, também, propriedade do homem.⁵

Engels defende a ideia de que essa é uma prova de que enquanto a mulher for excluída do trabalho social (considerado produtivo) e confinada no trabalho doméstico, sua emancipação e equiparação ao homem estarão distantes de ocorrer. O trabalho doméstico deveria ocupar-lhe um tempo insignificante, condição alcançada com o advento da indústria moderna que, além de permitir o trabalho feminino, ainda o exige e acaba transformando o trabalho doméstico em uma indústria pública.⁶

Bauman, comenta que a estrutura familiar era regida pela produção agrícola, de modo que, quanto maior o número de filhos, maior o núcleo familiar, mais riqueza, maior proteção à propriedade, maior força de trabalho, lembrando que também havia alta taxa de mortalidade infantil, então o nascimento constante era necessário. Existia apenas a ideia de dever trabalhar, não de satisfação. Ainda cita o autor a passagem de Deus a Abraão: “Vossa mente somente haverá de multiplicar-se como as estrelas do céu e como a areia sobre as praias do oceano”, que fazia crer que os filhos eram bênçãos de Deus (a fortuna).⁷

Aquilo que era adquirido pelas famílias eram repassado através das gerações, de modo que os filhos homens significavam a imortalidade de uma família. Morrer sem filhos

3 ENGELS, Friederich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984. p. 177-182.

4 ENGELS, *Ibidem*, p.182.

5 BEAUVIOR, Simone de. **O segundo sexo I: fatos e mitos**. 4. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro. 1970. p.63.

6 BEAUVIOR, *Ibidem*, p.182.

7 BAUMAN, Zigmunt. **Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

era inconcebível já que extinguiria esta linhagem familiar, seria como “negligenciar o mais importante dos deveres, descumprir a mais imperativa das tarefas”.⁸

O diálogo de Xenofonte contido em *A econômica*, contém um tratado de vida matrimonial grego exemplificar a relação entre o homem e a mulher como pontos primordiais da economia, onde a mulher gere em casa aquilo que o homem conquistou fora dela, de modo que era obrigação do homem ensinar sua esposa e direcioná-la nessa gestão doméstica. Desse modo, a responsabilidade pela má gestão era do marido, já que a esposa era comparada a um carneiro em mau estado. Em relação aos filhos, a ideia era que deveriam tê-los para que os pais encontrassem apoio na velhice e era obrigação das mulheres criá-los, pois, entendia-se que elas possuíam mais facilidade para tal.⁹

Não foi tratado sobre uma premente necessidade de fidelidade de um homem ou sobre a sexualidade da mulher ou do casal como algo necessário para um relacionamento duradouro. Apenas trata dos deveres inerentes a cada um dos cônjuges e sobre deveres que são inerentemente femininos, como permanecerem sempre com aparência bela e atraente, com postura ativa de “donas da casa”, mesmo se houvessem concubinas e escravas e, jamais, deixarem se colar numa posição inferior a qualquer outra mulher dentro do lar. Aliás, o medo de perder essa posição que era considerado o conceito de traição.¹⁰

Em relação a sexualidade feminina, esta era vista como tabu. Por conta de uma influência cristã, o sexo para a mulher somente deveria ser realizado para fins de procriação. As mulheres deveriam reprimir-se para não caírem e nem criarem tentação, como Eva, no Jardim no Éden. Não poderiam demonstrar prazer no ato sexual (somente se fossem amantes), deveriam ser apenas mães e cuidadoras do lar.¹¹

A função principal das mulheres acabava sendo, realmente, a procriação, já que homens não podem engravidar mas podem trabalhar. Estabeleceu-se, então, na sociedade uma concepção de gênero, que traz uma espécie de determinação social que relaciona a maternidade ao papel feminino, sua “única significação de existência”, seu destino, o papel central de sua vida.¹²

Simone Beauvoir comenta que nessa conjectura de maternidade como significação da vida feminina, ter um homem ao seu lado era visto como essencial, já que viviam

8 *Ibidem*, p.43.

9 FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade 2: O uso dos prazeres**. 8. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998, p. 139.

10 *Ibidem*, p. 137-148.

11 OLIVEIRA, Edicleia Lima; REZENDE, Jaqueline Martins; GONÇALVES, Josiane Peres. História da Sexualidade Feminina no Brasil: Entre Mitos e Verdades. **Revista Ártemis**, v. 26, n. 1, p.305, jul-dez. 2018.

12 CARLOS, Paula Pinhal de. Gênero, Maternidade e Direitos Sexuais e Reprodutivos. **Revista Jurídica Luso-brasileira**, Lisboa, v. 5, n. 1, p. 1745-1781. 2019.

grávidas, porém, para os homens, ter uma mulher ao seu lado era mero desejo, já que poderiam almejar outras coisas da vida. Somente com o casamento que uma mulher poderia se realizar como mulher e mãe: “O casamento não é apenas uma carreira honrosa e menos cansativa do que muitas outras: só ele permite à mulher atingir a sua dignidade social integral e realizar-se sexualmente como amante e mãe”.¹³

Para a autora, isso fez com que as conquistas das mulheres fossem apenas aquilo que os maridos conquistavam e, ter um marido, era uma espécie de empreendimento. Para eles, elas eram não essenciais; para elas, eles eram essenciais. Elas se libertam do lar paterno não para abrirem um futuro para si, mas para ativamente se entregarem nas mãos de um novo senhor.¹⁴

Algumas até tentavam, no início dos anos 50 o que se considerava como “liberdade positiva”, mas poucas perseguiam nos estudos e profissões. Quando trabalhavam, seu salário tinha apenas caráter suplementar, mas jamais conseguiam sustentar uma casa num pé de igualdade com um homem. Algumas encontravam independência financeira, mas a maioria consideravam o trabalho externo apenas como um fardo a mais para carregar, já que não tinham uma verdadeira liberdade e, então, quando engravidavam, se sentiam com plena autonomia para dispensarem qualquer trabalho que não fosse educar um filho.¹⁵

Conciliar maternidade com trabalho era muito difícil e entende-se que, “Se como esposa não é um indivíduo completo, ela se torna esse indivíduo como mãe: o filho é sua alegria e sua justificação. É por ele que ela acaba de se realizar sexual e socialmente; é, pois, por ele que a instituição do casamento assume um sentido e atinge seu objetivo”.¹⁶

A igreja católica também exerceu forte influência na concepção de maternidade e planejamento familiar o que corroborava para que houvesse essa justificação de papel feminino na maternidade e sobre a decisão de terem ou não filhos, de modo a excluir a realização da satisfação sexual feminina.

A principal finalidade do casamento no século XX era ter filhos. O Papa Pio XI, na Carta Encíclica *Casti Connubii*, disse que a “prole ocupa o primeiro lugar dentre os bens do matrimônio”.¹⁷ A partir de 1924, foram publicados estudos acerca da descoberta do período

13 BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo II**: A experiência vivida. 2. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1967, p. 67.

14 *Ibidem*, p. 67.

15 *Ibidem*, p. 247.

16 *Ibidem*, p. 247.

17 SANCHES, Mário Antônio; CASAGRANDE, Castorina Honorato Vidal; FERNANDES, Márcio Luiz; SIMÃO-SILVA, Daiane Priscila. Influência católica no planejamento familiar: estudo sobre parentalidade responsável. **Rever**, v. 18, n. , p. 131-144. mai/ago 2018.

infértil da mulher, aí, em 1951, o Papa Pio XII permitiu que houvesse um intercuro sexual nos dias férteis, e essa era a única forma de contraceção permitida pela igreja.

Chegou a se criar comissões para discutir se a igreja permitiria ou não outros métodos contraceptivos artificiais, como por exemplo a *comissão papal para o estudo da população, da família e da natalidade*, instituída pelo Papa João XXIII, através do Concílio Vaticano II. Esta comissão defendia o uso desses métodos contraceptivos artificiais, porém, o papa Paulo VI rejeitou as recomendações e promulgou a encíclica *Humanae Vitae*, que reafirmava as posições dos papas Pio XI e Pio XII.

Conforme o tempo foi passando, a igreja perdeu bastante influência acerca da decisão sobre uso de métodos contraceptivos artificiais, mas manteve a influência sobre o planejamento familiar consensual no sentido de os casais desejarem e amarem seus filhos.¹⁸

2. Modificação das estruturas familiares e evolução da legislação no Brasil

As famílias ao longo dos tempos foram sofrendo mudanças em sua constituição e na quantidade de membros. Inicialmente na sociedade constituída no meio rural, uma prole numerosa permitia melhor manejo do campo e a continuidade da propriedade dentro da mesma família, porém, aos poucos as famílias passaram e ter menor quantidade de pessoas.

Dois fatores auxiliaram a redução no tamanho das famílias: a Revolução Industrial em um momento e o desenvolvimento de novos métodos de contraceção¹⁹. Assim, as famílias que antes eram numerosas e com muitos parentes, passaram a ser constituídas apenas pelos pais e filhos. Nos dias atuais também encontramos muitas famílias com apenas um dos genitores (monoparental). “Estas famílias são decorrentes de divórcios ou separações, onde um dos pais assume o cuidado dos filhos e o outro não é ativo na parentalidade, ou famílias onde um dos pais é solteiro e o outro nunca assumiu a parentalidade.”²⁰

Para acompanhar as mudanças na sociedade e na família as legislações foram sendo alteradas também como fruto de movimentos de grupos minoritários. Vamos abordar algumas dessas mudanças desde a Constituição de 1824 até hoje. Na primeira Constituição não havia o casamento civil, pois o Brasil era considerado um país católico e apenas o casamento religioso tinha força, como declara o artigo 5º. “A Religião Católica Apostólica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras Religiões serão permitidas

18 Ibidem.

19 MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na pós-modernidade**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 3.

20 HINTZ, Helena Centeno. Novos tempos, novas famílias? Da modernidade à pós-modernidade. **Pensando Famílias**, v. 3, p.8-19. 2001, p.15.

com seu culto doméstico ou particular, em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior de Templo”²¹

A separação entre a Igreja e o Estado veio com a proclamação da República e conforme o decreto no. 1818 de 24/01/1890, o casamento válido passou a ser o civil, sendo permitido que os noivos também celebrassem o casamento religioso (art. 108, parágrafo único). As regras para a celebração encontravam-se nos artigos de 23 a 46²².

Em função de pressões de grupos religiosos que queriam que apenas o casamento religioso fosse válido, o Decreto n. 521, de 26/07/1890, pelo qual o casamento civil era o único a ter validade: : “O casamento civil, único válido nos termos do artigo 108 do Decreto 181, de 24 de janeiro último, precederá sempre as cerimônias religiosas de qualquer culto, com que desejam solenizá-lo os nubentes”.²³

Na Constituição de 1891, o art. 72, §4^o dispunha: “A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”, e já previa a separação em casos específicos como: adultério, sevícia ou injúria grave, abandono voluntário do domicílio conjugal por dois anos contínuos e mútuo consentimento dos cônjuges, se fossem casados há mais de dois anos.²⁴

Já a Constituição de 1937 reiterou que a família era reconhecida apenas com o casamento indissolúvel, mas não informava sobre a sua forma (artigo 124) e no artigo 126, previa que “aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade entre os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem os pais”.²⁵ Com a decretação da Consolidação das Leis do trabalho, foi dado à mulher casada o direito de trabalhar fora de casa sem a necessidade da autorização do marido, mas apenas nos casos em que o marido não pudesse prover subsistência dela ou da

21 IMPÉRIO DO BRAZIL. **Constituição Política do Império do Brazil (de 25 de março de 1824)**. Disponível em: www.planalto.gov.br/constituicao24.htm. Acesso em: 24 out. 2020.

22 ESTADOS UNIDOS DO BRAZIL. Decreto 181, de 24 de janeiro de 1890. **Promulga a lei sobre o casamento civil**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D181.htm. Acesso em: 24 out. 2020.

23 ESTADOS UNIDOS DO BRAZIL. **Decreto n. 521 de 26 de Junho de 1890. Prohibe ceremonias religiosas matrimoniaes antes de celebrado o casamento civil, e estatue a sanção penal, processos e julgamento applicáveis aos infractores**. Disponível em: www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-521-26-junho-1890-502476-publicacaooriginal-1-pe.htm. Acesso em: 24 out. 2020.

24 ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. (de 24 de fevereiro de 1891)**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 24 out. 2020.

25 ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 24 out. 2020.

prole. Porém cabe ressaltar que o marido podia proibir a mulher de trabalhar dizendo que o trabalho da mulher era uma “ameaça aos vínculos da família”, por exemplo.²⁶

Na Constituição de 1946, o casamento era declarado civil, mas o casamento religioso podia ser equivalente ao civil se o ato tivesse o registro público. Era possível também fazer-se a inscrição civil posteriormente no registro público, mediante habilitação depois do casamento religioso. (art. 163, §§1º e 2º).²⁷ As Constituições de 1946 (artigo 163)²⁸ e de 1967²⁹ mantiveram o tratamento da indissolubilidade do casamento.

A mulher casada era considerada relativamente incapaz para os atos da vida civil, como informava o Código Civil de 1916, no artigo 6º³⁰, e essa incapacidade só foi removida com o Estatuto da Mulher Casada, de 1962.

Mas mesmo com o Estatuto citado, o homem continuava a ser declarado como chefe da sociedade conjugal, podendo administrar os bens da esposa, além de decidir onde seria o domicílio da família, e era obrigação do homem garantir o sustento e atendimento das necessidades da família. A mulher ao casar tinha que assumir o sobrenome do marido e não poderia empenhar sequer um bem seu (particular) sem a anuência do marido. Os rendimentos do trabalho da mulher eram exclusivos dela e não podiam ser usados para pagar dívidas do marido, porém podiam ser usados para quitar dívidas do casal se o marido não tivesse rendimentos suficientes para tal. O Estatuto ainda tratava do dote do casamento, e que não entrava na partilha de bens, e tratava da guarda dos filhos nos casos de desquite, e a guarda era concedida ao cônjuge “inocente” pela separação. Abordava ainda o pátrio poder dos pais, mas deixava claro que, se houvesse divergência, a decisão do pai (marido) era a vitoriosa.³¹

Apesar da previsão legal quanto à separação, havia o estigma na sociedade quanto à mulher desquitada, que era marginalizada e motivo de embaraço para a família, talvez

26 Art. 446- presume-se autorizado o trabalho da mulher casada e do menor de 21 anos e maior de 18. Em caso de oposição conjugal ou paterna, poderá a mulher ou o menor recorrer ao suprimento da autoridade judiciária competente. Parágrafo único. Ao marido ou pai é facultado pleitear a rescisão do contrato de trabalho, quando a sua continuação for suscetível de acarretar ameaça aos vínculos da família, perigo manifesto às condições peculiares da mulher ou prejuízo de ordem física ou moral para o menor. (BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho – Decreto-lei n. 5.452, de 1º de Maio de 1943**. Disponível em: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao-das-leis-do-trabalho-decreto-lei-5452-43>. Acesso em: 24 out. 2020).

27 ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 24 out. 2020.

28 *Ibidem*.

29 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 24 out. 2020.

30 ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 24 out. 2020.

31 BRASIL. **Estatuto da Mulher Casada. Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm. Acesso em: 24 out. 2020.

por representar a quebra do estereótipo de “mulher casada é mulher feliz”. Por não haver ainda o divórcio, no início dos anos 70, a mulher desquitada era considerada um problema na sociedade, visto que o desquite não autorizava um novo casamento.

Os motivos das separações eram diversos, e assim como hoje podiam envolver situações de violência e exploração contra a mulher, busca da mulher pelo seu próprio potencial diante de modelo machista de domínio, dentre outras causas. Para a quebra desses padrões de comportamento, a mídia em geral exerceu um importante papel ao divulgar os problemas que muitas mulheres passavam no seu relacionamento familiar. Apesar disso, havia mulheres que apoiavam a violência do marido contra a esposa por entender que era papel do homem educá-la para ser uma mulher de família.³²

Em 1977 com a Emenda Constitucional nº 9 decretou-se o fim da indissolubilidade do casamento civil, criando-se a figura do divórcio no Brasil. O artigo 1º dessa emenda modificou o artigo 1º e o art. 175 da EC nº1 de 1969³³, prevendo que: “o casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos”. O prazo era de cinco anos para caso de separação anterior à emenda (artigo 2º).³⁴

Com a promulgação da Lei nº. 6.515, de 26/12/1977 (Lei do Divórcio), o divórcio tornou-se uma das possibilidades de extinção do casamento, mas ele só era permitido aos cônjuges casados há mais de dois anos e tinha que ser homologada pelo juiz. Com o divórcio a mulher voltava a ter o nome de solteira no caso de perder a ação de judicial ou se a separação tivesse sido iniciada por ela, e só manteria o nome de casada caso vencesse a ação judicial. Cabe ressaltar que só era permitido um divórcio, conforme o artigo 38: “o pedido de divórcio, em qualquer de seus casos, somente poderá ser formulado uma vez”.³⁵

No início de 1980, uma série exibida na Rede Globo chamada *Malu Mulher* retratou os problemas sofridos pela mulher divorciada. A série ajudou a lançar luz sobre problemas como a infelicidade no casamento, agressões físicas e verbais, desarmonia no lar envolvendo os filhos, além de mostrar as dificuldades de uma mulher recém divorciada para se manter

32 SOUZA, Lení Maria de. “Mulher Desquitada” Violência de Gênero e estigma – década de setenta vista através do seriado *Malu Mulher*. **VI Seminário Pensar Direitos Humanos: Educação e(m) direitos humanos: pensar as violências**. Anais, p. 334-344.

33 BRASIL. **Emenda Constitucional n.1, de 17 de outubro de 1969**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 24 out. 2020.

34 CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Emenda Constitucional n. 9, de 28 de Junho de 1977**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc09-77.htm. Acesso em: 24 out. 2020.

35 BRASIL. **Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6515.htm. Acesso em: 24 out. 2020.

sozinha superando os preconceitos. O seriado foi um meio de divulgação junto ao público ao mostrar uma outra face do divórcio e da violência doméstica contra a mulher.³⁶

A Constituição de 1988 trouxe várias melhorias quanto ao casamento e às relações familiares, e no artigo 226 declara que o casamento considerado válido é o civil, e o casamento religioso somente terá efeito civil nos termos da lei. Declarou a validade da união estável como entidade familiar e permitiu a conversão desta em casamento. Também reconheceu como unidade familiar aquela em que só há um dos pais e seus filhos, e trouxe a igualdade de direitos e deveres entre o homem e a mulher na constância do casamento; e ainda informava que o casamento civil podia ser dissolvido pelo divórcio mas apenas nos casos de prévia separação judicial por mais de um ano, nos casos expressos em lei, ou se comprovada a separação de fato por mais de dois anos.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]
§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.
§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.”³⁷

Em 17/10/1989, a Lei 7.841 revogou o artigo 38 e §1º do artigo 40 da Lei do Divórcio, de 1977 e passou a permitir mais de um divórcio por pessoa, e previa que a união estável fosse convertida em casamento se os interessados não tivessem impedimentos.³⁸

No Código Civil de 2002, o concubinato é tratado como uma união entre homem e mulher que tem impedimentos para o matrimônio civil, e não reconhece a união estável como entidade familiar, como expressa o artigo 1.727: “Esse caso será considerado como de uma sociedade de fato, não entidade familiar, não se aplicando as regras do direito de família.”³⁹

A lei n. 11.441, de 4 de janeiro de 2007⁴⁰, veio permitir o divórcio e a separação consensuais pela via extrajudicial, através de procedimento em um cartório de notas, desde que não haja filhos menores ou incapazes e os cônjuges estiverem acordados quanto aos termos.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 out. 2020.

³⁸ BRASIL. **Lei n. 7.841, de 17 de outubro de 1989**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7841.htm. Acesso em: 24 out. 2020.

³⁹ BRASIL. **Lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Institui o Código Civil**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 24 out. 2020.

⁴⁰ BRASIL. **Lei n. 11.441, de 4 de Janeiro de 2007. Alteradispósitos da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa**. Disponível em: <http://jusbasil.com.br/legislacao/95030/lei-11441-07>. Acesso em: 24 out. 2020.

O artigo 1511 do Código Civil, informa que a entidade familiar é aquela advinda do casamento e constituída por pai, mãe e filhos: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direito e deveres dos cônjuges.”

Já para Maria Helena Diniz, o casamento é: “o vínculo jurídico entre o homem e a mulher, livres, que se unem, segundo as formalidades legais, para obter o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica, e a constituição de uma família”.⁴¹

Sobre o artigo 1.630, a mesma doutrinadora define que o poder familiar é aquele exercido pelos entes da família: “Um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do **filho** menor não emancipado, exercido em igualdade de condições por ambos os **pais**, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção dos **filhos**”.⁴²

Na 169ª Sessão Plenária do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), foi elaborada a Resolução nº 175, de 14/05/2013, proibindo os cartórios do Brasil recusarem-se a celebrar casamentos ou converter a união estável de casais homoafetivos em casamento.

3. Direitos Sexuais e Reprodutivos

Flávia Piovesan diz que os direitos sexuais e reprodutivos “apresentam uma dimensão própria tanto dos direitos civis (a não-discriminação, o espaço da autonomia e da autodeterminação no exercício da sexualidade e reprodução), quanto dos direitos sociais (o direito à saúde, mediante a implementação de políticas públicas positivas pelo Estado)”.⁴³

eles tratam, de um lado, do direito de autodeterminação, privacidade, intimidade, liberdade e autonomia individual, clamando-se pela não-interferência do Estado, bem como ao seu exercício livre de discriminação, coerção e violência; de outro lado, a interferência estatal faz-se essencial, pois é preciso a implementação de políticas públicas que assegurem a saúde sexual e reprodutiva.⁴⁴

O termo “*direitos reprodutivos*” surgiu com a criação da Rede Mundial de Defesa dos Direitos Reprodutivos das Mulheres, em 1979. Assim, esses iriam além da decisão sobre a fertilidade e o momento para exercê-la, e trouxe o questionamento da maternidade como projeto de vida “obrigatório” para as mulheres.

41 DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 32 ed. v. 5. São Paulo: Saraiva Jur, 2018, p. 25-26.

42 *Ibidem*, p. 25-26.

43 CARLOS, *Op. cit.*

44 *Ibidem*.

Na realidade estas discussões engendraram o questionamento da maternidade como projeto compulsório das mulheres, mais além de suas conseqüências numéricas ou da época de sua concretização. Ou seja, tratava-se da discussão do desejo ou não de ser mãe e da discriminação social se este desejo fosse o de não o ser, ou seja, de imposição às mulheres. A discussão dos direitos reprodutivos no âmbito de direitos humanos significou um avanço no sentido de que não importava o sexo/gênero da pessoa, sua religião, idade, raça/etnia, grupo social de pertença e, sim, que qualquer um deve ser reconhecido como sujeito de direitos neste campo e deveria ter asseguradas as condições para o exercício pleno destes direitos.⁴⁵

Algumas normas constitucionais estão de acordo com esta ideia de direitos sexuais e reprodutivos começando pela dignidade da pessoa humana; a cidadania (artigo 1^o. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] II –a cidadania; III –a dignidade da pessoa humana”); e a promoção do bem de todos sem qualquer forma de discriminação (artigo 3^o. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV –promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.⁴⁶

A Carta Magna ressalta a igualdade entre mulheres e homens no artigo 5^o, inciso I –“homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”; a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, no inciso X –“são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”; a punição de discriminações atentatórias dos direitos e liberdades fundamentais no inciso XLI –“a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”; a garantia às presidiárias da permanência com seus filhos durante a amamentação, no inciso L –“às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”; e a inserção dos tratados internacionais nos quais nosso país figura como Estado-parte no sistema jurídico brasileiro (parágrafos 2^o e 3^o).⁴⁷

O Art. 196 diz: “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. O artigo 201 traz a proteção à maternidade e à gestante: “A previdência social

45 TONELLI, Maria Juracy Filgueiras. Direitos sexuais e reprodutivos: algumas considerações para auxiliar a pensar o lugar da psicologia e sua produção teórica sobre a adolescência. *Revista Psicologia & Sociedade*, v.16, n. especial, p. 151-160. 2004, p.154.

46 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 out. 2020.

47 *Ibidem*.

será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: [...] II –proteção à maternidade, especialmente à gestante”

O artigo 226 trouxe a previsão do planejamento familiar, que traz a titularidade dos direitos reprodutivos aos indivíduos: “§ 7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”.⁴⁸

A Lei nº 9.263 de 1996 (lei do planejamento familiar), usa o termo “indivíduos” ao invés do termo “casais”, presente na Constituição, com uma ampliação acerca de quem terá o direito para tal, definindo planejamento familiar como “conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal” e proíbe que seja realizado com a finalidade de controle demográfico.

A lei não contemplou o aborto, como o recomendado pelas Conferências de Cairo (1994) e Pequim (1995), que tratam do tema como questão de saúde pública, já que no Brasil, é um tema tratado como crime.⁴⁹ Paula Pinhal de Carlos, fala que é impossível dissociar a questão de gênero e do papel da maternidade da vida das mulheres da discussão acerca de direitos sexuais e reprodutivos e afirma que, colocar a questão de reprodução e maternidade relacionados à natureza feminina significa não poder conceber que se dissocie a sexualidade da reprodução, de modo que, se a reprodução puder ser compreendida como escolha, “tudo o que a envolve, como os atendimentos pré e pós-natal, o acesso a métodos contraceptivos e, inclusive, ao aborto, pode, nessa perspectiva, ascender ao plano dos direitos”.⁵⁰

Quando os métodos contraceptivos se tornaram eficazes⁵¹, a vida das mulheres deixou de ter centralidade na maternidade, já que esse processo fisiológico não mais comandou suas vidas. Então, a descoberta da pílula na década de 60 “representou uma revolução para a sexualidade, pois com ela as pessoas poderiam evitar a gravidez, e o intercuro sexual poderia estar voltado exclusivamente para o prazer”.⁵²

48 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 out. 2020.

49 CARLOS, *Op. cit.*

50 *Ibidem.*

51A pílula anticoncepcional, lançada nos Estados Unidos na década de 1960 pelo americano Gregory Goodwin Pincus com a colaboração de Margaret Sanger e a feminista Katherine Mc Cormick.

52CARLOS, *Op. Cit.*

4. Emancipação Feminina

Com o passar dos anos houve o que se chama de emancipação feminina graças a possibilidade de contracepção e, assim, a maternidade passou a ser uma etapa na vida das mulheres, não o centro. As taxas de fecundidade caíram bastante e, atualmente, o número de filhos é inferior a dois na maioria dos países. Uma das causas defendidas é o aumento do tempo despendido à vida profissional.⁵³

A pílula anticoncepcional teve também grande influência em relação à liberdade sexual, mas, aqui no Brasil, o prazer feminino ainda é visto como tabu e, muitas, ainda praticam o sexo como modo de obtenção de prazer para o parceiro, não para si mesmas, o que ainda é visto com muita naturalidade entre elas.⁵⁴

Em relação ao reconhecimento de uma mulher como sujeito de direitos na sociedade, vê-se, ainda, a existência do que Pierre Bourdieu chama de *poder simbólico*,⁵⁵ que atribui ao homem direitos que foram incutidos na sociedade através dos tempos.⁵⁶

Para contrapor o argumento da distinção biológica entre mulheres e homens como fundamentadora das desigualdades, faz-se necessário demonstrar que não são propriamente as características sexuais, mas a forma com que elas são representadas ou valorizadas que constrói o feminino e o masculino em uma dada sociedade e em um dado momento histórico. Esse debate constitui-se através de uma nova linguagem, na qual gênero é um conceito fundamental.⁵⁷

Durante a história, as diferenças entre homens e mulheres eram pautadas pelo determinismo biológico. Teoria que vem sendo rechaçada desde que se percebeu que o que determina a posição social dos atores é *ideologia de gênero* que cada um desempenha e traz para si na sociedade, de modo que o papel de dominação masculino nas estruturas está relacionado a perpetuação das *relações de poder* sob uma ótica essencialmente social, não biológica. Nesse caso, não se negam as diferenças biológicas, mas há uma construção social em cima das características biológicas. Nesse sentido, Heiborn traz dois exemplos:

O primeiro exemplo refere-se aos travestis, por serem homens que transitam para o gênero feminino. O segundo exemplo é trazido por uma sociedade africana de

53 CARLOS, *Op. cit.*, p.1749.

54 OLIVEIRA, *Op. Cit.*

55 “esta relação social entre os autores, como analisa Bourdieu, é marcada pela existência do poder simbólico exercido pela ausência de importância dado a sua existência. Trata-se de um poder ignorado, que fundamenta e movimenta uma série de outros poderes e atos. O poder simbólico é o poder invisível exercido com a cumplicidade daqueles que ignoram sua sujeição a este poder. O exercício deste poder simbólico, para Bourdieu, privilegia ações adotadas com a intencionalidade de criação de mecanismos de controle”.

56 LUNZ, Leandro da Silva. Mulher e História: Da invisibilidade à sujeito de análise. **Revista Eletrônica História em Reflexão**, Dourados, v. 12, n. 23, p. 49-67, jan- jul. 2018.

57 CARLOS, *Op. Cit.*, p.1754.

pastores do Sudão, na qual uma mulher infértil pode comprar outra mulher, casar-se e ter filhos com ela, através de um escravo de outra etnia. Não há qualquer tipo de contato sexual entre essas mulheres. Nesse caso, apesar de biologicamente ser mulher, a identidade de gênero assumida por ela nessa sociedade é masculina.⁵⁸

Com a alteração das estruturas sociais que marcam a pós-modernidade, homens e mulheres passaram a ver a paternidade/maternidade de outra forma., o que gerou inseguranças por conta da alteração do polo deste *poder simbólico*⁵⁹, existente nas relações sociais e nas relações entre pais e filhos de gerações anteriores: o pai exercia o papel de dominância dentro de suas casas, sem precisar exercer sua presença paterna na criação dos filhos e, mesmo assim, não perdia o amor e respeito deles, que era garantido simplesmente pela figura que exercia.⁶⁰

Essa nova configuração familiar traz novas responsabilidades aos homens com uma maior participação na criação de seus filhos e não apenas como a figura de poder na casa: “o pai se vê frente a situações novas para as quais a sua experiência é nula”⁶¹, pois, antes o poder patriarcal gerava um dever de afeto dos filhos pelos pais-provedores, mas hoje se alterou.

os pais entendem que realizar a partilha da educação dos filhos com a mãe que trabalha fora de casa é algo relevante, visto que o fato de passarem um tempo maior com estes faz com que tenham que encontrar meios para não fazerem discursos contraditórios, ou seja, um autoriza, outro permite. Assim, diante de tais modificações que a sociedade vivencia, o desafio de ser pai é ainda mais acentuado, visto que hoje o pai tende a não ocupar o lugar de apenas provedor/autoridade fálica como antes foi, mas também de um educador, indicando assim o motivo da angústia de perda do lugar.⁶²

A mulher ainda é tida como responsável pela criação dos filhos e tarefas domésticas, e para a sociedade pós-moderna, isso significa que ela além ter que ter uma vida profissional”, ela tem que assumir uma segunda jornada com as funções dentro de casa e com os filhos. Para Colette Dowling isto é classificado como *Pânico do Gênero Feminino* e conforme vários estudos o maior índice de mulheres alcoólatras está entre as mulheres casadas e com filhos.⁶³

58 HEILBORN, Maria Luiza. Corpo, sexualidade e gênero. In: DORA, Denise Dourado (org.). **Feminino masculino: igualdade e diferença na justiça**. Porto Alegre: Sulina, 1997, p. 47-58.

59 BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil S.A, 1992, p.14-15.

60 ANDRADE, Cristiano de Jesus; PRAUN, Luci Dorvál; BENICASA, Miria. O cuidado dos filhos sob a responsabilidade paterna: mudanças de paradigmas nas relações familiares. **Vínculo – Revista do NESME**, São Paulo, v. 15, n. 2, p.27-41. 2018.

61 Ibidem, p.34

62 Ibidem, p. 39.

63 DOWLING, Colette. **Complexo de Cinderela**. 3. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2016, p. 166-183.

A atual divisão de atividades domésticas não deve ser vista como a quebra de paradigmas pois “o fato de agora as mulheres ocuparem posições profissionais não causou grande impacto sobre o papel tradicional dos maridos dentro do lar”⁶⁴. Os homens agora são chamados a contribuir com tarefas domésticas e com a educação dos filhos como forma de ajudar a dupla jornada das mulheres.

Na década de 1960, a propagação de novos métodos contraceptivos colaborou para a redução da taxa de natalidade, e taxa de fecundidade reduziu-se de 6,2 para 2,4 filhos por mulher⁶⁵, reduzindo a taxa de crescimento populacional de 3,04 para 2,89% entre 1960-1970; Em 1980, a taxa era de 2,48%; e, em 2008 estava em 1,05%. Para 2050, projeta-se taxa de crescimento de -0,291%, com *crescimento zero*. E aliado a isso ocorreu forte queda na taxa de mortalidade infantil maior expectativa de vida.⁶⁶ O último censo demográfico no país (2010), mostrou que 37,3% das famílias eram comandadas por mulheres, e 87,4% destas não tinham cônjuge.⁶⁷

Nas mulheres entre 20 e 29 anos verifica-se a maior quantidade de filhos, apesar do número estar diminuindo. De 2007 até 2017 notou-se um aumento no número de mães após os 30-39 anos (de 25,7 para 35,1%), e uma redução de maternidade dos 20-29 anos (de 52% para 48%, em média), mostrando tendência de maternidade mais tardia, o que pode estar vinculado ao aumento da idade para casamento, segundo o IBGE.⁶⁸

Como visto, na década de 1970, já se mostrava a diminuição do número de filhos, e as mulheres solteiras e sem filhos, ingressaram mais fortemente no mercado de trabalho se comparado com décadas anteriores⁶⁹. Houve também forte disseminação de novos métodos de contracepção nesse período. As estruturas familiares estão cada vez mais frágeis e seu desfazimento hoje é muito mais corriqueiro do que no passado. Assim, a questão sobre ter ou não filhos vai além de pensar neles como uma “ponte para o futuro”. Em tempos de relações líquidas, como diz Bauman, construir essa ponte traz muitas

64 Ibidem, p. 174.

65 IBGE. **Tendências Demográficas no Período de 1950/2000**. Disponível em: https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2000/tendencias_demograficas/comentarios.pdf. Acesso em: 24 out. 2020.

66 IBGE. **População Brasileira envelhece em Ritmo Acelerado**. Disponível em: <https://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo.html?view=noticia&id=1&idnoticia=1272&busca=1&t=ibge-populacao-brasileira-envelhece-ritmo-acelerado>. Acesso em: 24 out. 2020.

67 IBGE. **Estatísticas de Gênero**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/snig/v1/?loc=0,43,432220,432360,432345,431550,430690,430930&cat=128,-15,-16,55,-17,-18&ind=4704>. Acesso em: 24 out. 2020.

68 NETO, João. Cresce Proporção de Mulheres que Tiveram Filhos Após os 30 Anos. **Agência IBGE Notícias**, 10 mai. 2019. Estatísticas Sociais. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/22870-cresce-proporcao-de-mulheres-que-tiveram-filhos-apos-os-30-anos>. Acesso em: 24 out. 2020.

69 ANDRADE, *Op. Cit.*

incertezas sobre os resultados positivos, pois muitos acabam tendo filhos por uma questão de consumo emocional.

Esta é uma época em que um filho é, acima de tudo, um objeto de consumo emocional. Objetos de consumo servem a necessidades, desejos ou impulsos do consumidor. Assim também os filhos. Eles não são desejados pelas alegrias do prazer paternal ou maternal que se espera que proporcionem — alegrias de uma espécie que nenhum objeto de consumo, por mais engenhoso e sofisticado que seja, pode proporcionar⁷⁰

Bauman reforça que o consumo de produtos é uma forma de obter felicidade imediata, mas isso não consegue preencher o vazio emocional de muitos, e daí alguns decidem ter filhos, e ele acrescenta: “Atualmente a medicina compete com o sexo pela responsabilidade da “reprodução””.⁷¹

Conclusão

Atualmente, com o advento das leis que trataram do divórcio e da conquista da liberdade sexual feminina, e inserção no mercado de trabalho, a idade reprodutiva aumentou e o filho passou a ser objeto de escolha. Aliás, é muito comum casos de divórcio, que não causam mais aquele julgamento da década de 70. Desse modo, houve modificação na estrutura das famílias, não mais centralizadas no poder do pai ou marido, mas, sim, em relações pautadas pelo afeto e cooperação mútuos.

O desejo de ter filhos por mulheres que seguiram carreiras profissionais ainda bate de frente com a não-evolução do corpo humano frente à evolução tecnológica que proporcionam melhores cuidados em uma gestação. Afinal, a produção de óvulos ainda possui um tempo limite.

Mesmo assim, com o avanço das tecnologias, e com a quase ausente estigmatização de mulheres provedoras e chefes de família, muitas, agora podem recorrer a técnicas de reprodução assistida que servem como elemento importante para a possibilidade de uma gestação tardia, ou por ausência de um companheiro ou por outras dificuldades sociais ou orgânicas que impediram uma gestação mais precoce, aumentando as chances de uma realização plena de vida de quem deseja ter família e realização profissional, sem a preocupação de estar ou não casada.

Houve uma queda no número de gestações, e esse fato pode-se atribuir mais por questões financeiras do que pelo não desejo de ter filhos, que ainda permanece bem

70 BAUMAN, *Op. Cit.*, p. 43.

71 *Ibidem*, p. 28

arraigado no imaginário feminino, mesmo com o aumento de mulheres que podem livremente assumir que assim não o desejam. Em relação aos cuidados domésticos, as mulheres ainda sofrem com o *poder simbólico* patriarcal, acabaram se sobrecarregando de funções internas e externas ao lar e na criação dos filhos e são constantemente criticadas pelo não desejo de terem filhos.

A sociedade ainda “cobra” e vende a ideia de que uma mulher só se realiza com a maternidade. Esse acúmulo de desejos mais “obrigações sociais” é um grande causador do *pânico do gênero feminino*, pois elas ainda possuem a concepção de donas de casa perfeitas e profissionais bem-sucedidas. Percebe-se que o auxílio de leis específicas, que trataram da emancipação feminina, foram cruciais para a modificação dos modos de percepção de uma família e de um comportamento feminino ideais, o que contribui para a felicidade dos casais, que permanecem juntos pelas relações de afeto e dividem as responsabilidades da criação dos filhos conjuntamente, trazendo maior proximidade entre genitores e filhos.

Os homens já percebem que o pátrio poder já não existe mais e o dever de afeto por esse pátrio poder já não existe, tendo, agora, que serem genitores responsáveis e presentes na criação dos filhos, com desenvolvimento de afeto e respeito em detrimento da criação sob o medo por uma autoridade. Ainda se percebe uma grande influência religiosa nas decisões a respeito de composições familiares e o desejo de ter filhos de maneira responsável, ou seja, com amor e cuidado, mas não há mais tanta influência sobre o uso dos métodos contraceptivos sintéticos.

Como há uma série de responsabilidades e diversos deveres profissionais, a maternidade acaba sendo postergada. Atualmente muitas mulheres se asseguram com técnicas de reprodução assistida, por exemplo, para poderem realizar o sonho de serem mães, tendo ou não um marido que as sustentem, de modo que, desquitadas ou não, divorciadas ou não, solteiras ou casadas, o exercício da maternidade deixou de ser um dever para se tornar, quiçá, uma proibição engendrada no dever de produzir, podendo ser exercida somente após consumirem tudo aquilo que poderiam.

A emancipação verdadeira ainda precisa percorrer um caminho longo para existir, e as leis vêm sendo essenciais e cada vez mais necessárias durante todo o desenvolvimento desses recentes direitos, constituindo verdadeiras aliadas para um crescimento, proteção e evolução destes.

Referências

ANDRADE, Cristiano de Jesus; PRAUN, Luci Dorvál; BENICASA, Miria. O cuidado dos filhos sob a responsabilidade paterna: mudanças de paradigmas nas relações familiares. **Vínculo – Revista do NESME**, São Paulo, v. 15, n. 2, p.27-41. 2018.

BAUMAN, Zigmunt. **Amor líquido, sobre a fragilidade dos laços humanos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

BEAUVIOR, Simone de. **O segundo sexo I: fatos e mitos**. 4. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1970.

BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo II: A experiência vivida**. 2. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1967.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil S.A, 1992.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho – Decreto-lei n. 5.452, de 1º de Maio de 1943**. Disponível em: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao-das-leis-do-trabalho-decreto-lei-5452-43>. Acesso em 24 out. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 out. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 24 out. 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional n.1 , de 17 de outubro de 1969**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 24 out. 2020.

BRASIL. **Estatuto da Mulher Casada. Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm. Acesso em: 24 out. 2020.

BRASIL. **Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6515.htm. Acesso em: 24 out. 2020.

BRASIL. **Lei n. 7.841, de 17 de outubro de 1989**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7841.htm. Acesso em: 24 out. 2020.

BRASIL. **Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o §7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm. Acesso em: 24 out. 2020.

BRASIL. **Lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Institui o Código Civil**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 24 out. 2020.

BRASIL. **Lei n. 11.441, de 4 de Janeiro de 2007. Alteraditivos da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa.** Disponível em: <http://jusbasil.com.br/legislacao/95030/lei-11441-07>. Acesso em: 24 out. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Emenda Constitucional n. 9, de 28 de Junho de 1977.**

Disponível em:

www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_antecedente1988/emc09-77.htm.

Acesso em: 24 out. 2020.

CARLOS, Paula Pinhal de. **Gênero, Maternidade e Direitos Sexuais e Reprodutivos.**

Revista Jurídica Luso-brasileira, Lisboa, v. 5, n. 1, p. 1745-1781. 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.** 32 ed. v. 5. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

DOWLING, Colette. **Complexo de Cinderela.** 3. Ed. São Paulo: Melhoramentos, 2016.

ENGELS, Friederich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado.** 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.

ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. (de 24 de fevereiro de 1891).** Disponível em:

www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 24 out. 2020.

ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937.** Disponível em:

www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 24 out. 2020.

ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946).** Disponível em:

www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 24 out. 2020.

ESTADOS UNIDOS DO BRAZIL. Decreto 181, de 24 de janeiro de 1890. **Promulga a lei sobre o casamento civil.** Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D181.htm. Acesso em: 24 out. 2020.

ESTADOS UNIDOS DO BRAZIL. **Decreto n. 521 de 26 de Junho de 1890. Prohibe cerimoniaes religiosas matrimoniaes antes de celebrado o casamento civil, e estatue a sanção penal, processos e julgamento applicáveis aos infractores.** Disponível em:

www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-521-26-junho-1890-502476-publicacaooriginal-1-pe.htm. Acesso em: 24 out. 2020.

ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 24 out. 2020.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade 2: O uso dos prazeres.** 8. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

HEILBORN, Maria Luiza. Corpo, sexualidade e gênero. In: DORA, Denise Dourado (org.). **Feminino masculino: igualdade e diferença na justiça.** Porto Alegre: Sulina, 1997.

HINTZ, Helena Centeno. Novos tempos, novas famílias? Da modernidade à pós-modernidade. **Pensando Famílias**, v. 3, p.8-19. 2001.

IBGE. **Tendências Demográficas no Período de 1950/2000.** Disponível em: https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2000/tendencias_demograficas/comentarios.pdf. Acesso em: 24 out. 2020.

IBGE. **População Brasileira envelhece em Ritmo Acelerado.** Disponível em: <https://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo.html?view=noticia&id=1&idnoticia=1272&busca=1&t=ibge-populacao-brasileira-envelhece-ritmo-acelerado>. Acesso em: 24 out. 2020.

IBGE. **Estatísticas de Gênero.** Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/snig/v1/?loc=0,43,432220,432360,432345,431550,430690,430930&cat=128,-15,-16,55,-17,-18&ind=4704>. Acesso em: 24 out. 2020.

IMPÉRIO DO BRAZIL. **Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824).** Disponível em: www.planalto.gov.br/constituicao24.htm. Acesso em: 24 out. 2020.

LUNZ, Leandro da Silva. Mulher e História: Da invisibilidade à sujeito de análise. **Revista Eletrônica História em Reflexão**, Dourados, v. 12, n. 23, p. 49-67, jan- jul. 2018.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na pós-modernidade.** São Paulo: Atlas, 2010.

NETO, João. Cresce Proporção de Mulheres que Tiveram Filhos Após os 30 Anos. **Agência IBGE Notícias**, 10 mai. 2019. Estatísticas Sociais. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/22870-cresce-proporcao-de-mulheres-que-tiveram-filhos-apos-os-30-anos>. Acesso em: 24 out. 2020.

OLIVEIRA, Edicleia Lima; REZENDE, Jaqueline Martins; GONÇALVES, Josiane Peres. História da Sexualidade Feminina no Brasil: Entre Mitos e Verdades. **Revista Ártemis**, v. 26, n. 1, p.305, jul-dez. 2018.

SANCHES, Mário Antônio; CASAGRANDE, Castorina Honorato Vidal; FERNANDES, Márcio Luiz; SIMÃO-SILVA, Daiane Priscila. Influência católica no planejamento familiar: estudo sobre parentalidade responsável. **Rever**, v. 18,n. , p. 131-144. mai/ago 2018.

SOUZA, Lení Maria de. “Mulher Desquitada” Violência de Gênero e estigma – década de setenta vista através do seriado *Malu Mulher*. **VI Seminário Pensar Direitos Humanos: Educação e(m) direitos humanos: pensar as violências**. Anais. p. 334-344.

TONELLI, Maria Juracy Filgueiras. Direitos sexuais e reprodutivos: algumas considerações para auxiliar a pensar o lugar da psicologia e sua produção teórica sobre a adolescência. **Revista Psicologia & Sociedade**, v.16, n. especial, p. 151-160. 2004.

URBIN, Emiliano; PAINS, Clarissa. Importação de sêmen dos EUA para o Brasil causa polêmica. **O Globo**, São Paulo, 7 abr. 2018. Cultura. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/cultura/importacao-de-semen-dos-eua-para-brasil-causa-polemica-22567224>. Acesso em: 24 out. 2020.

INTOXICAÇÕES DIGITAIS: O USO DA INTERNET PELAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Anna Carolina Cudzynowski¹; Jorge Shiguemitsu Fujita²

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo estudar o uso da *internet* pelas crianças e adolescentes e a inquestionável necessidade de controle parental para a preservação dos direitos individuais de tal grupo de pessoas, uma vez que o uso irrestrito e descontrolado poderá levar ao vício (*internet addiction*), ocasionando impactos psíquicos significativos, destacando-se a intoxicação digital infantil. Ora, a Revolução da Informação permitiu a preponderância da informação sobre os meios de produção e distribuição dos bens da sociedade, possibilitando o rompimento das barreiras físicas e geográficas, sendo que o acesso à *internet* modificou a dinâmica dos processos de comunicação em termos gerais, contando, cada vez mais com novos usuários, nas mais variadas idades, inclusive pelas crianças e adolescentes, algo que merece destaque e preocupação, face a inegável condição de vulnerabilidade. O método que será utilizado foi o jurídico teórico e o raciocínio dedutivo.

Palavras-chave: Crianças; Internet; Internet Addiction; Sociedade da Informação

DIGITAL INTOXICATIONS: THE USE OF THE INTERNET BY CHILDREN AND ADOLESCENTS

ABSTRACT: This article aims to study the use of the internet by children and adolescents and the unquestionable need for parental control to preserve the individual rights of such a

1 Mestra em Direito da sociedade da Informação na FMU-SP. Pós-graduada em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica-PUCSP. Advogada. Membro do Grupo de Pesquisa "Direito de Autor, Família, Grupos Sociais e Informação" da FMU liderado pelo Professor Doutor Jorge Shiguemitsu Fujita. Membro do Grupo de Pesquisa "Biodireito e Sigilo" da FMU liderado pela Professora Doutora Ana Elizabeth Lapa Wanderlei Cavalcanti. Email: anna_cudzynow@hotmail.com.

2 Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Titular de Direito Civil dos Cursos de Graduação e de Pós-Graduação lato sensu do Curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU (São Paulo). Professor Doutor do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Professor do Curso de Pós-Graduação lato sensu da Faculdade de Direito da Universidade Estadual de Londrina – UEL (PR). Professor do Curso de Pós-Graduação lato sensu da Escola Superior de Advocacia (ESA) da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo. Parecerista, consultor jurídico e advogado. E-mail: jorge.fujita@fmu.br. Fone: +55 11 99919.7115 CV: <http://lattes.cnpq.br/5202705522000286>. <https://orcid.org/0000-0002-0354-8974>.

group of people, since unrestricted and uncontrolled use can lead to addiction (internet addiction), causing significant psychic impacts, highlighting children's digital intoxication. Now, the Information Revolution allowed the preponderance of information on the means of production and distribution of society's goods, allowing the breaking of physical and geographical barriers, with access to the internet changing the dynamics of communication processes in general terms, counting, increasingly with new users, at the most varied ages, including children and adolescents, something that deserves to be highlighted and concerned, given the undeniable vulnerability. The method that will be used was the theoretical legal and deductive reasoning.

Keywords: Children; Internet; Internet addiction; Information Society.

Introdução

Pode-se afirmar que o período histórico ora vivenciado pela sociedade global é da Revolução da Informação, diante da difusão dos microcomputadores e da *Internet*. A tecnologia mudou de maneira definitiva o panorama do qual a vida é organizada, sendo a *Internet* a ferramenta transformadora e inovadora que permitiu o rompimento das barreiras geográficas outrora existentes.

A aludida ferramenta digital encontra-se totalmente disponível no atual cenário globalizado, bastando ter o acesso, sendo que o que merece atenção é o seu uso pelas crianças e adolescentes, que são consideráveis vulneráveis e merecem atenção por parte da família, do Estado e da sociedade como um todo.

Tal preocupação se deve ao fato de que, segundo prescreve o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA- Lei 8.069/1990), considera-se criança a pessoa com até doze anos incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade, sendo dever da família, da sociedade e do Estado zelar, de forma prioritária, pelos direitos e garantias fundamentais de tais indivíduos, destacando-se o direito à vida, à dignidade, à educação, à cultura, dentre outros.

Veja-se que a aludida norma infraconstitucional preocupou-se com direitos fundamentais das crianças e adolescentes e, conforme se verá no presente estudo, o uso irrestrito, sem controle e sem monitoramento da *internet* poderá afrontar tais direitos básicos, bem como causar danos psíquicos significativos, levando à intoxicação digital infantil e a "*internet addiction*.", sendo os seus efeitos totalmente significativos e preocupantes.

Ora, deve-se levar em conta que as crianças e adolescentes, por razões fisiológicas, ainda não possuem maturidade e desenvolvimento psíquico suficiente para encarar uma rede social tão ampla e heterogênea.

Diante disso, o presente estudo encontra-se dividido em cinco tópicos. No primeiro será feita uma análise acerca da Revolução da Informação e do advento da *Internet*. No segundo tópico, as crianças e adolescentes serão estudados, bem como a condição de vulnerabilidade frente às novas tecnologias.

Posteriormente, será feita uma análise do uso da *internet* na infância, bem como os impactos psíquicos de tal uso, o que poderá desencadear a *internet addiction* e a intoxicação digital infantil.

Por fim, o último tópico abordará a imprescindibilidade de controle parental para o acompanhamento do uso da *internet* pelas crianças e adolescentes, bem como a necessidade de adoção de educação digital, visando, precipuamente, à proteção da saúde física, mental e psíquica dos jovens, uma vez que uma infância e adolescência sadia possibilitará uma vida adulta também sadia e plena.

1. A Revolução da Informação: O advento da *Internet*

A palavra “revolução” denota mudança abrupta e radical. Em nossa história, as revoluções têm ocorrido quando novas tecnologias e novas formas de perceber o mundo desencadeiam uma alteração profunda nas estruturas sociais e nos sistemas econômicos.³

Nesse patamar, diante das revoluções já vivenciadas pela sociedade global, destacando-se a Revolução Industrial, o atual estágio de sociabilidade humana é da Revolução da Informação, na qual a informação, o seu acesso e alcance encontram-se no centro das atenções, sendo imprescindível para a vida em sociedade.

Corroborando com tal assertiva, nas palavras de Kumar⁴ “A revolução da informação é uma realidade e nela estamos. Afetou a maneira como vemos o mundo e como vivemos nele”.

O mesmo autor aduz que a combinação de satélites, televisão, telefone, cabo de fibra óptica e microcomputadores enfeixou o mundo em um sistema unificado de conhecimento. Ela acabou com a imprecisão da informação. Agora, pela primeira vez somos uma economia realmente global, porque, pela primeira vez, temos informações compartilhadas de forma instantânea pelo planeta.⁵

3 SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. São Paulo: Editora Edipro, 2016, p. 19.

4 KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1997, p. 198.

5 KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1997, p. 49.

Sendo assim, a informação passou a ser insumo básico para as atividades produtiva, fator central da economia global.

Nesse contexto, conforme ressalta Barreto Junior⁶, com o advento da Sociedade da informação, inaugura-se um novo estágio do modo de produção capitalista, instaurado pela convergência tecnológica e digital, pelo exponencial crescimento – e conseqüente diminuição dos custos – da produção de equipamentos informáticos e, principalmente, pela disseminação em escala mundial da *Internet*.

Castells irá denominar o período atual de Sociedade Informacional que possui como principal característica a lógica de que sua estrutura básica em redes, justificando o uso do conceito de “sociedade em rede.”⁷

Dessa forma, é correto afirmar que a integração e interconexão entre a microcomputação e a *internet* foram o fator central que ensejou a revolução da informação.

E assim, a *internet* é a ferramenta inovadora, fruto da Revolução da Informação, o que possibilitou o rompimento das barreiras informacionais outrora existentes. A informação é transmitida em tempo real, sem quaisquer limitações, conectando a todos os usuários da rede mundial de computadores. Nesse sentido, segundo Levy:

*A Internet já é uma realidade mundial, interligando todos os países do planeta, os telefones celulares estão em franca expansão, os serviços de governo são implementados ao redor do mundo, comunidades e redes sociais nascem com as ferramentas sociais da Web 2.0, formas de ativismo político e protestos emergem utilizando as tecnologias e redes informacionais como suporte.*⁸

Nesse patamar, atualmente, a *Internet* é o tecido de nossas vidas. Se a tecnologia da informação é hoje o que a eletricidade foi na Era Industrial. Em nossa época a *Internet* poderia ser equiparada tanto a uma rede elétrica quanto ao motor elétrico, em razão de sua capacidade de distribuir a força da informação por todo o domínio da atividade humana.⁹

Portanto, a *internet* encontra-se presente na vida dos seres humanos, sendo um ambiente instigante, com um número inimaginável de conteúdos, podendo ser acessado por

6 BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Proteção da Privacidade e de Dados Pessoais na *Internet*: O Marco Civil da rede examinado com fundamento nas teorias de Zygmunt Bauman e Manuel Castells. SIMÃO FILHO, Adalberto (org). **Direito E Internet III – Marco Civil Da Internet Lei 12.965/2014 TOMO I**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 406.

7 Em suma, para Castells, sociedade em rede é definida como uma estrutura social baseada em redes operadas por tecnologias de comunicação e informação fundamentadas na microelectrónica e em redes digitais de computadores que geram, processam e distribuem informação a partir de conhecimento acumulado nos nós dessas redes. CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Vol. 01. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2018, p. 20.

8 LEMOS, André; LEVY, Pierre. **O futuro da internet: em direção a uma ciberdemocracia**. São Paulo: Paulus, 2010, p. 23.

9 CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003, p. 7.

qualquer pessoa, bastando uma conexão, inclusive pelas crianças e adolescentes, sujeitos estes que são o ponto central do presente estudo.

Segundo Sabelschefer¹⁰, a *internet* hoje é um espaço aberto, acolhedor e descontraído. As pessoas agem como se estivessem sonhando com os olhos abertos, reduzindo as defesas e o senso crítico. Por isso, é impressionante a quantidade de ações que se pode executar na rede sem pensar muito nas consequências que tais atos podem causar.

No ciberespaço a vulnerabilidade ganha contornos inimagináveis e fluidos, os quais se ampliam a cada dia, com o eterno devir de novas ferramentas, serviços e aplicações.¹¹

Dessa forma, o que merece atenção e destaque é o uso da *Internet* pelas crianças e adolescentes, devendo-se lembrar que tal grupo de pessoas são considerados vulneráveis e merecem total atenção do Estado, da família e da sociedade.

Tal preocupação se deve ao fato de que as crianças e os adolescentes necessitam ser protegidos até atingirem seu desenvolvimento pleno em todos os aspectos: físico (nas suas facetas constitutivas, motora, endócrina, da própria saúde, como situação dinâmica), psíquico, intelectual (cognitivo), moral, social e artísticos.¹²

Sendo assim, no tópico a seguir, a referida condição de vulnerabilidade será estudada, com base na legislação ora vigente, bem como o contato, que é, muitas vezes irrestrito, com as novas tecnologias, destacando-se aqui a *internet*, para posteriormente, proceder-se ao estudo do uso da *Internet* na infância e a "*Internet addiction*" e, posteriormente, os impactos psíquicos de tal uso na infância.

2. Crianças e adolescentes e a condição de vulnerabilidade frente às novas tecnologias

Freire de Sá faz uma análise do Direito em si e define os vulneráveis da seguinte forma:

Ao assumirmos o Direito como instrumento dialógico capaz de efetivar uma realidade social, construída e reconstruída através de processos comunicativos que se perfazem em um contexto democrático de convivência, os vulneráveis são aqueles

10WOJCICKI, Jaina SabelScheffer; Adolfo, Luiz Gonzaga Silva. A (im) possibilidade jurídica de culpa concorrente ou culpa exclusiva da vítima na superexposição da própria imagem na sociedade da informação. SIQUEIRA, Natércia Sampaio. **Desafios à concretização dos Direitos fundamentais na sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 32.

11 AMORIM, Bruno de Almeida Lewer. Vulnerabilidade no Ciberespaço. LIMA, Taisa Maria Marcena de; DE SÁ, Maria de Fátima Freire; MOUREIRA, Diogo Luna (Org). **Autonomia e Vulnerabilidade**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 23.

12TONO, Cineiva Campoli Paulino. **Tecnologia e Dignidade Humana- Mecanismos de Proteção das Crianças e Adolescentes na era digital**. Curitiba: Jaruá, 2017, p. 32.

que possuem restrições participativas na autodeterminação como interlocutores nas relações jurídicas e situações jurídicas nas quais se posicionam nos polos subjetivos.¹³

Prossegue no sentido de que a identificação da vulnerabilidade no Direito Civil não se dá *ex ante*, mas pressupõe a análise da possibilidade participativa da pessoa no processo de autodeterminação. Identificada a vulnerabilidade, necessário assegurar reconhecimento, de modo a permitir que todos possam assumir as coordenadas da própria personalidade.¹⁴

Feita tal conceituação, resta claro que os indivíduos denominados vulneráveis são aqueles que possuem limitações em sua autodeterminação e que o Direito deverá permitir meios para que tal grupo de pessoas possa viver em plenitude e desenvolver a sua própria personalidade.

Importante destacar também que a vulnerabilidade não se confunde com a ideia de desigualdade. Apesar da relação próxima entre as noções de vulnerabilidade e igualdade, a primeira não depende de processos comparativos, pois seu reconhecimento admite nuances de subjetividade.¹⁵

Assim, pessoas podem ser ou estar vulneráveis em decorrência de uma determinada relação jurídica desequilibrada, de fatores sociais (de sexo, raça, analfabetismo, educação, formação ou classe social), fatores econômicos (patrimônio, salário, falta de moradia ou de poder econômico). Podem, ainda, experimentar essa realidade por causa de fatores naturais (de idade, de condição de saúde ou mental).¹⁶

Nessa toada, no que se refere às crianças e adolescentes, grupo de vulneráveis em virtude de fatores naturais e foco do presente estudo, salienta Lima Marques:
A criança é um exemplo de vulnerável, desde seu nascimento até mesmo durante o seu desenvolvimento necessita de ajuda e cuidados para sobreviver. No caso da criança, a vulnerabilidade é um estado a priori, considerando que vulnerabilidade é justamente o estado daquele que pode ter um ponto fraco, uma ferida (*vulnus*), aquele que pode ser “ferido” (*vulnerare*) ou é vítima facilmente.¹⁷

13FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. MOUREIRA, Diogo Luna. *Autonomia Privada e Vulnerabilidade: O Direito Civil e a Diversidade Democrática*. LIMA, Taisa Maria Marcena de; DE SÁ, Maria de Fátima Freire; MOUREIRA, Diogo Luna (Org). **Autonomia e Vulnerabilidade**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 3.

14 *Ibidem*, p. 3.

15 FIUZA, César; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto. *Regime Jurídico das Incapacidades e Tutela da Vulnerabilidade*. LIMA, Taisa Maria Marcena de; DE SÁ, Maria de Fátima Freire; MOUREIRA, Diogo Luna (Org). *Autonomia e Vulnerabilidade*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 11.

16 MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 9.

17 MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 131.

Urge trazer à baila também a Declaração dos Direitos da Criança, adotada em 20 de novembro de 1959 pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, que a vulnerabilidade da criança é reconhecida universalmente: “a criança, por motivo da sua falta de maturidade física e intelectual, tem necessidade de uma proteção e cuidados especiais, nomeadamente de proteção jurídica adequada, tanto antes como depois do nascimento.”¹⁸

Ainda no plano internacional, a necessidade de se garantir proteção especial a tal grupo de vulneráveis foi enunciada por diversos instrumentos:

A Declaração de Genebra de 1924 sobre os Direitos da Criança, a Declaração dos Direitos da Criança adotada pelas Nações Unidas em 1959, e também foi reconhecida pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (nos artigos 23 e 24), pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (no artigo 10) e por vários estatutos e instrumentos pertinentes das agências especializadas e organizações internacionais que se dedicam ao bem-estar da criança, como a UNICEF e a OEA, por exemplo.¹⁹

Na seara nacional, a Constituição Federal de 1988 dispõe, por meio de seu artigo 227, que crianças e adolescentes formam um grupo de pessoas que merecem atenção especial, possuindo direitos específicos e demandam proteção especial tanto da família, da sociedade e do Estado. Nesse sentido, segue abaixo a transcrição completa do artigo constitucional em comento:

Artigo 227, “caput”: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.²⁰

Destaca-se também a Lei 8.069/1990, conhecida como ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), que busca regulamentar de forma detalhada os princípios estabelecidos no artigo 227 da CF, dispondo, dentre outros, do artigo 7º a 14, o direito à vida e à saúde, do artigo 15 ao 18, o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, e, do artigo 19 ao 52-D, o direito à convivência familiar e comunitária.

18Declaração dos Direitos da Criança: Disponível em:

<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>. Acesso em 19 jul. 2020.

19 MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 132.

20 BRASIL, Constituição Federativa da República do Brasil, São Paulo, Saraiva, 2018, p. 158.

Segundo Machado²¹, o Direito da Criança e do Adolescente adotou a Doutrina da Proteção Integral, forçando o reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos, não mais como *res*, dotados de características especiais. Nesse contexto vale mencionar que as crianças e adolescentes são seres completos, mas que se encontram (e tão somente isso) em situação de desenvolvimento.

Assim, destaca Lima Marques²² que as crianças e adolescentes hoje tem uma identidade cultura, reconhecida por instrumentos internacionais e nacionais.

Diante do exposto, denota-se a farta legislação existente, tanto de caráter internacional quanto nacional para a proteção das crianças e adolescentes, diante da condição de vulnerabilidade e necessidade de maior proteção para o desenvolvimento pleno e saudável.

A busca pela proteção dos vulneráveis representa o comprometimento com o reconhecimento e preservação da diversidade; com a admissão na maior medida possível, da pessoa para o exercício da autonomia privada no espaço social; bem como o desenho de um direito privado mais solidário.²³

E, dessa forma, no atual cenário globalizado, mediado pela tecnologia, que ensejou a facilitação de acesso à *internet*, inclusive às crianças e aos adolescentes, denota-se que é dever da família zelar, monitorar, controlar, ou até mesmo, proibir o acesso, pois o mau uso poderá ser irreversível e afetará direitos da personalidade estritamente importantes e condutores da vida humana.

Nesse sentido, corroborando com o acima exposto, dispõe González:

Los menores de edad, por su menor grado de consciencia y de madurez, están más expuestos a los peligros que el entorno cibernético lleva consigo, principalmente por lo habitados que están a su uso- no em vano son llamados, los jóvenes de esa generación, nativos digitales- y por la, errónea, percepción de inocuidad y seguridad que muestra el ámbito digital frente a la realidad analógica.²⁴

21 MACHADO, Miguel. A Classificação Etária indicativa e o Direito de Informação no Estado Democrático de Direito. CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley; LEITE, Flávia Piva Almeida; LISBOA, Roberto Senise (coord). **Direito da Infância, juventude, idoso e pessoas com deficiência**. São Paulo, Atlas, 2014, p. 120.

22 MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 138.

23 FIUZA, César; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto. Regime Jurídico das Incapacidades e Tutela da Vulnerabilidade. LIMA, Taisa Maria Marcena de; DE SÁ, Maria de Fátima Freire; MOUREIRA, Diogo Luna (Org). Autonomia e Vulnerabilidade. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 11.

24 GONZÁLEZ, Margarita Orozco. Menores y Derechos de la Personalidad em la Sociedad 4.0. LISBOA, Roberto Senise (Org). **O Direito na sociedade da informação V: movimentos sociais, tecnologia e a proteção das pessoas**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 145.

Assim, o que gera preocupação na atual geração, ou seja, na Sociedade da Informação, é uso irrestrito e sem controle da *internet* por parte das crianças e dos adolescentes, que proporciona ampla liberdade, em especial dos jovens da atual geração que possuem facilidade no manuseio das ferramentas disponíveis na rede mundial de computadores. Nesse sentido, salienta Tono:

Na atualidade, o desenvolvimento do potencial das crianças e adolescentes tem tido forte influência do uso cada vez mais precoce das tecnologias de informação e comunicação e da *internet*. Precocidade comprovada em mais uma publicação do CGI com os resultados de uma pesquisa que mapeou pela primeira vez os riscos a que os jovens brasileiros de 9 a 16 anos de idade estão expostos com o uso da *internet* na edição TIC Kids Online Brasil relativos ao acesso em 2012. O estudo indicou que o acesso à *internet* por crianças e adolescentes acontece cada vez mais cedo, 42% entre 9-10 anos, do total que acessam na infância. Precocidade extremamente preocupante.²⁵

Adverte Tono²⁶ que as crianças e os adolescentes devem ser protegidos até atingirem seu desenvolvimento pleno em todos os aspectos: físico (nas suas facetas constitutivas, motora, endócrina, da própria saúde, como situação dinâmica), psíquico, intelectual (cognitivo), moral, social e artísticos.

Nesta perspectiva, uma vez entendido o conceito de vulnerabilidade, bem como reconhecida a necessidade de proteção das crianças e dos adolescentes diante das novas tecnologias, o tópico a seguir investigará como se dá o uso da *internet* pelas crianças e adolescentes, bem como a figura da dependência em *internet* ("*internet addiction*").

3. O uso da *internet* pelas crianças e adolescentes e o vício em *internet* ("*internet addiction*")

As crianças e adolescentes, por se encontrarem em fase de desenvolvimento, tanto físico quanto mental, ainda não possuem o discernimento necessário e suficiente para a tomada de diversas decisões e ainda para navegarem livremente pela rede mundial de computadores, eis que ambiente totalmente livre, aberto e com ampla gama de possibilidades e que apresenta dois lados, quais sejam: possibilita o acesso à informação, educação, cultura, conhecimento, lazer, mas, por outro lado, oferece pornografia infantil, fraudes, *cyberbullying*, *phishing* e *sexting*.

Com relação às três últimas práticas, conforme ensina Almeida:

25TONO, Cineiva Campoli Paulino. **Tecnologia e Dignidade Humana- Mecanismos de Proteção das Crianças e Adolescentes na era digital**. Curitiba, Jaruá, 2017, p. 56.

26TONO, Cineiva Campoli Paulino. **Tecnologia e Dignidade Humana- Mecanismos de Proteção das Crianças e Adolescentes na era digital**. Curitiba, Jaruá, 2017, p. 32.

Cyberbullying é um tipo de violência praticada através da *Internet*. Ocorre através de ofensas pessoais por exemplo. Por sua vez, a prática de *Phishing* é a coleta indiscriminada de dados pessoais na *Internet*, com o intuito de se criar um perfil para o consumidor e vender posteriormente produtos através de propaganda direcionada. Por fim, a prática de *Sexting* é a utilização de imagens de cunho sexual na *Internet*.²⁷

Não restam dúvidas de que as aludidas práticas interferem negativamente no desenvolvimento das crianças e adolescentes.

Em que pese tais fatores, em decorrência do processo de globalização e expansão tecnológica, pode-se afirmar que os jovens da atualidade já nascem conectados e, em razão da idade, compartilham informações diversas e não se preocupam com certos aspectos, especialmente no que se refere à intimidade e privacidade.

Segundo Almeida²⁸, as crianças e adolescentes são nativos digitais e compartilham informações diversas e não se preocupam com certos aspectos. É como se eles minimizassem a importância que é devida para os seus dados pessoais. O fato de ser um nativo digital não implica em um bom uso da ferramenta *Internet*. Uma coisa é saber navegar, outra é fazer o uso adequado de tais informações.

Prossegue o aludido autor, no que tange às redes sociais, estas estipulam uma idade mínima para o seu uso. A maioria utiliza a idade de 13 anos, entre elas estão o *Facebook*, *Google*, *Instagram*, *Twitter*, *Pintrest*, *Tumblr* e *Snapchat*. Por sua vez, o *Linkedin* estipula idade mínima de 14 anos, enquanto o *WhatsApp* determina que os usuários devem ter 16 anos ou mais para o uso do aplicativo.²⁹

Porém, é correto afirmar que apesar de existir a idade mínima para a obtenção das redes sociais, inexistente qualquer ferramenta para a identificação dos usuários, fazendo com que crianças menores de 13 anos façam uso de tais ferramentas digitais.

Os dados mostram que no ano de 2012, cerca de 5,6 milhões de usuários do *Facebook* eram menores de 13 anos. Outrossim, pesquisa feita pela revista *Época* mostra que 65% dos usuários de sete a doze anos de idade não têm nenhuma regra para acessar a *internet*.³⁰

²⁷ALMEIDA, Daniel Evangelista Vasconcelos; ALMEIDA, Juliana Evangelista. Aspectos do uso da internet por crianças e adolescentes. LIMA, Taisa Maria Marcena de; DE SÁ, Maria de Fátima Freire; MOUREIRA, Diogo Luna (Org).

Autonomia e Vulnerabilidade. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 196.

²⁸ALMEIDA, Daniel Evangelista Vasconcelos; ALMEIDA, Juliana Evangelista. Aspectos do uso da internet por crianças e adolescentes. LIMA, Taisa Maria Marcena de; DE SÁ, Maria de Fátima Freire; MOUREIRA, Diogo Luna (Org).

Autonomia e Vulnerabilidade. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 195.

²⁹Ibidem, p. 195.

³⁰Ibidem, p. 195.

Nesse patamar, o uso da *internet* pelas crianças e adolescente, além de riscos à intimidade, privacidade, à saúde, pode desencadear uma compulsão que poderá produzir efeitos indesejáveis não somente na cognição e nos aspectos psicológicos, mas também na saúde física, nas relações sociais e na segurança.

Diante da gravidade e relevância da temática aqui levantada, conforme ensina Tono³¹, na década de 1990 nos Estados Unidos da América (EUA) surgiu o indício de que a *internet*, mesmo sendo um produto tecnológico “não químico”, pode causar distúrbios psicológicos e comportamentais, caracterizando-se como *internet addiction* (dependência da *internet*) pela norte-americana Kimberly Young³², da Pensilvânia, Estados Unidos.

Tono conceitua a dependência de *internet* (*internet addiction*) da seguinte forma:

É o termo mais frequentemente proposto para designar a inabilidade do indivíduo em controlar o uso da *internet*, bem como o crescente envolvimento com as atividades virtuais, levando a um progressivo desconforto emocional e significativos prejuízos funcionais de jovens e adultos. Para Korkeila (2012), o vício da *internet* é definido como uso descontrolado e prejudicial de *internet*, que se manifesta em três formas: jogo, atividades sexuais e uso excessivo de e-mails, chats ou mensagens SMS.³³

Assim, concluiu-se que o uso excessivo de *internet* (vício *online*) pode conduzir a características sociocomportamentais alteradas que se assemelham às encontradas nas dependências de substâncias e de jogo patológico.

Outrossim, a *internet addiction* pode decorrer, muitas vezes, da não conscientização da sua existência, devido à carência de informação do usuário da *internet* quanto à importância de preveni-la, reduzi-la e combatê-la para a manutenção de uma vida saudável e equilibrada, frente aos avanços e potenciais tecnológicos.³⁴

Conclui-se que as crianças e adolescentes que usam de forma irrestrita a *internet*, seja para jogos de caráter violento ou redes sociais, vinculados ou não a conteúdo adulto, sexo explícito, potencial forma de violência para pessoas em formação, estão sujeitos a

³¹TONO, Cineiva Campoli Paulino. **Tecnologia e Dignidade Humana- Mecanismos de Proteção das Crianças e Adolescentes na era digital**. Curitiba, Jaruá, 2017, p. 115.

³²A autora é referência mundial na temática de *internet addiction*, com publicações de inúmeros artigos científicos e livros, como *Tangled in the Web; Understanding Cybersex from fantasy to addiction* (2001); *When Gaming becomes an obsession; Help for Parents and their children to treat online Gaming Addiction* (2010); *Net Negotiations; What every parente should know about controlling a child's use of technology* (2014). TONO, Cineiva Campoli Paulino. **Tecnologia e Dignidade Humana- Mecanismos de Proteção das Crianças e Adolescentes na era digital**. Curitiba, Jaruá, 2017, p. 115.

³³TONO, Cineiva Campoli Paulino. **Tecnologia e Dignidade Humana- Mecanismos de Proteção das Crianças e Adolescentes na era digital**. Curitiba, Jaruá, 2017. P. 118.

³⁴TONO, Cineiva Campoli Paulino. **Tecnologia e Dignidade Humana- Mecanismos de Proteção das Crianças e Adolescentes na era digital**. Curitiba, Jaruá, 2017, p. 116.

desenvolver problemas de ordem mental e comportamental difíceis de reparar em qualquer prazo.³⁵

Além dos fatores de risco aqui apontados e os danos que o uso exacerbado e irrestrito da *internet* pode ocasionar nos jovens, no tópico a seguir será abordada a questão da intoxicação digital que também merece destaque e atenção, face à sua gravidade e reflexos na vida das crianças e adolescentes.

4. Intoxicação Digital infantil

Resta claro que a *internet*, grande teia que anula as distâncias da informação, é responsável por mudanças que se refletem na sociedade como um todo. A inexistência de fronteiras e a impossibilidade de delimitar lugares fazem do ciberespaço uma ferramenta instigante e complexa.³⁶

A atual geração tem nascido e se criado com acesso farto e irrestrito à vida digital, o que pode levar a intoxicação digital infantil.

Nesse patamar, Dunker³⁷ aduz que, como qualquer tecnologia, ela apenas favorece ou intensifica disposições já existentes.

Assim, o mesmo autor descreve alguns traços descritivos que devem ser compreendidos como exemplos de usos que uma criança pode fazer da vida digital, geralmente em associação com certas condições de relação familiar e educação que lhe são conexas e complementares:

- 1) Superoferta de presença- crianças entre zero e dois anos, expostas a *tablets*, desenvolvem uma ligação extrema com a presença do outro, representado pela oferta de imagens atraentes e estimulação auditiva ou sensorial, adaptada às demandas da criança. Esta espécie de chupeta eletrônica não apenas traz prejuízos para a formação do sistema visomotor ou da atenção, mas introduz uma novidade intersubjetiva, a crença de que o outro está sempre disponível;
- 2) Depressividade desejante- o imperativo da oferta amorosa em presença, a erotização da recusa-indiferença, facilitados pela linguagem digital, podem suturar o intervalo no qual a demanda evolui para o desejo com uma espécie de consolo de gozo. Surgem crianças para as quais videogames e redes sociais não são apenas causa, mas solução para a decepção com restrição social, obesidade, redução do espectro de interesses são uma paisagem conhecida;

35TONO, Cineiva Campoli Paulino. Tecnologia e Dignidade Humana- Mecanismos de Proteção das Crianças e Adolescentes na era digital. Curitiba, Jaruá, 2017, p. 139.

36AMARAL, Joseane. O ciberespaço: novos caminhos e aprendizagens na geração homo zeppiens. TEIXEIRA, Adriano Canabarro; PEREIRA, Ana Maria de Oliveira; TRENTIN, Marco Antonio Sandrini. Inclusão Digital tecnologias e metodologias. Salvador: Editora Edufba, 2013, p. 26.

37DUNKER, Christian Ingo Lenz. Intoxicação digital infantil BAPTISTA, Angela; JERUSALINSKY, Julieta (org.) Intoxicações Eletrônicas- O sujeito na era das relações virtuais. Salvador: Álgama, 2017, p. 124.

3) Indeterminação da Privacidade e Autenticidade- Quando os meios digitais oferecem poucas experiências produtivas de indeterminação, aumenta para a criança o valor identificatório das experiências improdutivas de indeterminação. Uso de perfis falsos, mecanismos de anonimato como *nicknames* e avatares, identificações de grupo, favorecem um regime de inconsequência na relação com a palavra e com a imagem.³⁸

O referido autor conclui que a intoxicação digital envolve uma espécie de exteriorização do fantasiar, um fantasiar a céu aberto, com embaralhamento entre intimidade, privacidade e publicidade.³⁹

Destaca-se que tanto a intimidade e a privacidade são direitos fundamentais insculpidos na Carta Magna e devem ser preservados e respeitados, ainda mais em se tratando de crianças e adolescentes que merecem proteção especial do Estado, da família e da sociedade, face à condição de vulnerabilidade e à fase de desenvolvimento físico, mental e psíquico.

Tais fatos evidenciam os danos que o uso da *internet* na fase de desenvolvimento, ou seja, na infância, pode gerar na vida dos jovens, especialmente nas crianças, sendo, portanto, imprescindível o controle parental para o acompanhamento de perto do referido uso, assim como a necessidade de adoção de educação digital, temas estes que será abordado no tópico abaixo.

5. Da necessidade do Controle Parental e da educação digital

Nos termos do artigo 1.630 do Código Civil Brasileiro, os filhos estão sujeitos à autoridade parental enquanto perdurar a sua incapacidade, ao passo que o artigo 1.634 do mesmo diploma legal estabelece que os pais possuem o dever de criação e educação dos filhos.

Urge mencionar também que o Marco Civil da *Internet* também se preocupou com tal temática, uma vez que, em seu artigo 29, dispõe acerca de diretrizes para que os pais possam, através de programas de controle parental, limitar o conteúdo que considerem impróprios para seus filhos, desde que respeitadas as normas constantes no Estatuto da Criança e do Adolescente. O parágrafo único do aludido artigo prevê que é um dever de toda a sociedade, provedores da *internet* e poder público, promover diretrizes para o bom uso das ferramentas digitais pelas crianças e adolescentes.

38 DUNKER, Christian Ingo Lenz. Intoxicação digital infantil BAPTISTA, Angela; JERUSALINSKY, Julieta (org.) **Intoxicações Eletrônicas- O sujeito na era das relações virtuais**. Salvador: Álgama, 2017, p. 129.

39 DUNKER, Christian Ingo Lenz. Intoxicação digital infantil BAPTISTA, Angela; JERUSALINSKY, Julieta (org.) **Intoxicações Eletrônicas- O sujeito na era das relações virtuais**. Salvador: Álgama, 2017, p. 130.

Diante das previsões legais acima destacadas, segundo Almeida⁴⁰, o controle dos pais deve vir sobre a forma de supervisão e orientação. Isso de modo a evitar danos a direitos de terceiros, bem como danos aos próprios direitos desses incapazes.

Destaca o autor que os pais, no uso da autoridade parental não podem sufragar os direitos da personalidade dos filhos, impondo uma total violação do direito de privacidade dos mesmos, como pode permitir determinadas ferramentas de controle parental na *internet*.

Nesse sentido, a psicóloga Laís Fontenelle⁴¹ orienta aos pais acompanhar os acessos virtuais dos filhos da mesma forma como é feito no mundo real. O mesmo cuidado que tem de ter na *internet* é o cuidado que tem de ter em um espaço público. Os pais têm de monitorar da mesma forma que monitora a casa do amigo para qual o filho vai, a praça que vai frequentar, a festa, porque é como se fosse um espaço público, só que virtual.

No que tange às crianças não alfabetizadas, a autora mencionada entende que o acesso à *internet* precisa sempre ser feito com a supervisão de um adulto. A mediação é imprescindível principalmente para crianças que não estão alfabetizadas.

Sendo assim, verifica-se que o monitoramento dos pais quanto ao uso da *internet* objetiva zelar pela privacidade, integridade física e psíquica do menor de idade, face os riscos que a exposição indevida ou o mau uso podem acarretar na vida de tal grupo de pessoas, sendo que os danos poderão ser irreversíveis, trazendo como exemplo a ocorrência de pornografia virtual.

Dessa forma, crucial a adoção de uma educação digital para que as ferramentas digitais não sejam utilizadas de forma errônea e prejudicial.

Ademais, considerando o período histórico ora vivenciado de Revolução da Informação, na qual a *internet* se mostra como a ferramenta inovadora e mais utilizada para as atividades humanas, mais uma vez se demonstra indispensável a educação digital, especialmente aos menores de idade, pelas razões já mencionadas no presente estudo.

Nesse sentido, o próprio Marco Civil da *Internet* normatiza tal necessidade, em seu artigo 26:

O cumprimento do dever constitucional do Estado na prestação da educação, em todos os níveis de ensino, inclui a capacitação, integrada a outras práticas educacionais, para o uso seguro, consciente e responsável da *internet* como

40ALMEIDA, Daniel Evangelista Vasconcelos; ALMEIDA, Juliana Evangelista. Aspectos do uso da internet por crianças e adolescentes. LIMA, Taisa Maria Marcena de; DE SÁ, Maria de Fátima Freire; MOUREIRA, Diogo Luna (Org). **Autonomia e Vulnerabilidade**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 196.

41 Pais devem acompanhar o acesso de criança á internet, alertam especialistas.

<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-07/pais-devem-acompanhar-o-acesso-de-criancas-internet-alertam-especialistas>. Acesso em: 21 jul. 2020.

ferramenta para o exercício da cidadania, a promoção da cultura e o desenvolvimento tecnológico.⁴²

Porém, salienta Almeida que a norma não é cumprida, não sendo considerada efetiva:

Em pesquisa realizada pela Federação do Comércio de São Paulo, ficou demonstrado que a maioria das escolas (95,6%) do Estado de São Paulo não possui a disciplina Educação Digital em suas grades curriculares. Ainda, apenas 4,75% das escolas privadas adotaram a disciplina que o artigo 26 do Marco Civil da *Internet* se refere. Entre as escolas públicas, a porcentagem cai para apenas 1%, sendo que 83% das instituições de ensino não sabem o que é o Marco Civil da *Internet*. Além disso, 65,9% das instituições afirmaram que não há a intenção de incluir a nova disciplina na grade curricular.⁴³

Denota-se que, apesar de existir previsão legal quanto à necessidade de inclusão na grade curricular da educação digital, esta ainda não se encontra efetivada. Tem-se a norma positivada, mas a sua aplicabilidade é inexistente.

Percebe-se, assim, que sem uma educação digital, ou até mesmo a adoção de uma cultura para o uso seguro das ferramentas digitais, especialmente da *Internet*, as crianças e adolescentes que já apresentam a condição de vulnerabilidade em virtude da idade, também mantêm tal condição, de forma mais agravada e preocupante na rede, o que poderá ocasionar danos irreversíveis em seu desenvolvimento e na sua vida como um todo.

Conclusão

No presente estudo restou claro que um dos reflexos da Revolução da Informação ora vivenciada foi o advento da *internet*, instrumento transformador e a principal ferramenta para acesso à informação.

Diante da sua expansão e popularização, pessoas das mais variadas idades passaram a ter acesso à rede mundial de computadores, inclusive as crianças e adolescentes, grupo de pessoas que, em razão da condição de vulnerabilidade, merecem total atenção por parte da família, da sociedade e do Estado, conforme disposição constitucional nesse sentido.

42 Marco Civil da Internet. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 21 jul. 2020.

43 ALMEIDA, Daniel Evangelista Vasconcelos; ALMEIDA, Juliana Evangelista. Aspectos do uso da internet por crianças e adolescentes. LIMA, Taisa Maria Marcena de; DE SÁ, Maria de Fátima Freire; MOUREIRA, Diogo Luna (Org). **Autonomia e Vulnerabilidade**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 197.

Ora, a *Internet* é uma ferramenta inovadora, instigante e estimulante, mas deve ser utilizada da forma correta, pois, caso contrário, danos gravíssimos, especialmente de ordem psíquica, poderão surgir e prejudicar sobremaneira a vida dos jovens.

Dessa forma, restou abordada a imprescindibilidade de se monitorar, ou até mesmo proibir o uso da *internet* pelas crianças e adolescentes, uma vez que o ambiente digital pode potencializar a vulnerabilidade de tal grupo de pessoas e, além de afrontar direitos fundamentais, tais como a intimidade, privacidade e até mesmo à vida, também pode gerar danos psíquicos gravíssimos, destacando-se a intoxicação digital e o fenômeno da “*internet addiction*.”

Sendo assim, o controle parental se faz necessário, bem como a adoção de educação digital para conscientização acerca dos riscos que o uso indiscriminado, livre e sem restrições pode gerar na vida das crianças e adolescentes, pois, apesar de serem considerados nativos digitais, não sabem fazer o uso correto de tal ferramenta, levando-os a exposições indevidas, pornografia infantil, *cyberbullying*, etc.

Deve-se lembrar que as crianças e adolescentes encontram-se em fase de desenvolvimento físico e psíquico, sendo que qualquer intervenção negativa poderá afetar a vida adulta, algo que não se deve admitir, eis que a dignidade da pessoa humana deve ser protegida, tanto por parte do Estado, da família e da sociedade como um todo, conforme disposição constitucional.

Referências

ALMEIDA, Daniel Evangelista Vasconcelos; ALMEIDA, Juliana Evangelista. Aspectos do uso da *internet* por crianças e adolescentes. LIMA, Taisa Maria Marcena de; DE SÁ, Maria de Fátima Freire; MOUREIRA, Diogo Luna (Org). **Autonomia e Vulnerabilidade**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

AMARAL, Joseane. O ciberespaço: novos caminhos e aprendizagens na geração homo zeppiens. TEIXEIRA, Adriano Canabarro; PEREIRA, Ana Maria de Oliveira; TRENTIN, Marco Antonio Sandrini. **Inclusão Digital tecnologias e metodologias**. Salvador: Editora Edufba, 2013.

AMORIM, Bruno de Almeida Lewer. Vulnerabilidade no Ciberespaço. LIMA, Taisa Maria Marcena de; DE SÁ, Maria de Fátima Freire; MOUREIRA, Diogo Luna (Org). **Autonomia e Vulnerabilidade**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

DUNKER, Christian Ingo Lenz. Intoxicação digital infantil BAPTISTA, Angela; JERUSALINSKY, Julieta (org.) **Intoxicações Eletrônicas- O sujeito na era das relações virtuais**. Salvador: Álgama, 2017.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Proteção da Privacidade e de Dados Pessoais na *Internet*: O Marco Civil da rede examinado com fundamento nas teorias de Zygmunt Bauman e Manuel Castells. SIMÃO FILHO, Adalberto (org). **Direito E Internet III – Marco Civil Da Internet Lei 12.965/2014 TOMO I**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

BRASIL, Constituição Federativa da República do Brasil, São Paulo, Saraiva, 2018.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Vol. 01. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2018.

Declaração dos Direitos da Criança: Disponível em:

<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>. Acesso em 19 jul. 2020.

FIUZA, César; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto. Regime Jurídico das Incapacidades e Tutela da Vulnerabilidade. LIMA, Taisa Maria Marcena de; DE SÁ, Maria de Fátima Freire; MOUREIRA, Diogo Luna (Org). **Autonomia e Vulnerabilidade**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. MOUREIRA, Diogo Luna. Autonomia Privada e Vulnerabilidade: O Direito Civil e a Diversidade Democrática. LIMA, Taisa Maria Marcena de; DE SÁ, Maria de Fátima Freire; MOUREIRA, Diogo Luna (Org). **Autonomia e Vulnerabilidade**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

GONZÁLEZ, Margarita Orozco. Menores y Derechos de la Personalidad em la Sociedad 4.0. LISBOA, Roberto Senise (Org). **O Direito na sociedade da informação V: movimentos sociais, tecnologia e a proteção das pessoas**. São Paulo: Almedina, 2020.

KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

MACHADO, Miguel. A Classificação Etária indicativa e o Direito de Informação no Estado Democrático de Direito. CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley; LEITE, Flávia Piva Almeida; LISBOA, Roberto Senise (coord). **Direito da Infância, juventude, idoso e pessoas com deficiência**. São Paulo, Atlas, 2014.

Marco Civil da Internet. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 21 jul. 2020.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LEMOS, André; LEVY, Pierre. **O futuro da internet: em direção a uma ciberdemocracia**. São Paulo: Paulus, 2010.

Pais devem acompanhar o acesso de criança á internet, alertam especialistas.

<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-07/pais-devem-acompanhar-o-acesso-de-criancas-internet-alertam-especialistas> Acesso em: 21 jul. 2020.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. São Paulo: Editora Edipro, 2016.

TONO, Cineiva Campoli Paulino. **Tecnologia e Dignidade Humana- Mecanismos de Proteção das Crianças e Adolescentes na era digital**. Curitiba: Jaruá, 2017.

WOJCICKI, Jaina SabelScheffer; Adolfo, Luiz Gonzaga Silva. A (im) possibilidade jurídica de culpa concorrente ou culpa exclusiva da vítima na superexposição da própria imagem na sociedade da informação. SIQUEIRA, Natércia Sampaio. **Desafios à concretização dos Direitos fundamentais na sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PROTEÇÃO JURÍDICA DO SOFTWARE NO BRASIL

Bianca dos Santos de Cavalli Almeida¹

RESUMO: O presente trabalho tem o condão de analisar a proteção jurídica do *software*, com enfoque histórico do direito autoral e lei de patentes, bem como compreender o *software* como um conjunto ordenado de instruções técnicas que cresceu em relevância e atingiu níveis de complexidade não previstos, situação que gerou diversos problemas não abordados satisfatoriamente pelos dois ramos do direito intelectual: o direito autoral e o direito de propriedade industrial. Verifica-se aqui a necessidade da proteção normativa que preveja as especificidades e variedades de desenvolvimentos atingidos hodiernamente pelos *softwares*, com vistas a amparar sua função social e não apenas ao caráter econômico e individual predominante. Ademais, concluiu-se que tal proteção é um dos pilares para o alcance do desenvolvimento pleno, em razão destas tecnologias serem essenciais para o progresso social, econômico e tecnológico.

Palavras-chave: Lei do Software. Direito do autor. Lei de patentes. Propriedade intelectual. Propriedade industrial.

LEGAL PROTECTION OF SOFTWARE IN BRAZIL

ABSTRACT: The present work is able to analyze the legal protection of the software, with a historical focus on copyright and patent law, as well as to understand the software as an ordered set of technical instructions that has grown in relevance and reached unpredictable levels of complexity, situation which generated several problems not satisfactorily addressed by the two branches of intellectual law: copyright and industrial property law. Here, there is a need for normative protection that provides for the specificities and varieties of developments reached today by software, with a view to supporting its social function and not just the prevailing economic and individual character. In addition, it was concluded that such protection is one of the pillars for achieving full development, as these technologies are essential for social, economic and technological progress.

Keywords: Software Law. Copyright. Patent law. Intellectual property. Industrial property.

¹ Advogada. Mestra em Direito da Sociedade da Informação nas Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU SP). Especialista em Direito Tributário pelo Damasio-Ibmec, em Direito Empresarial e Econômico pela FAPPES e em Finanças e Gestão Pública pela UNINA PR. Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie SP.

Introdução

No Brasil, até a década de 70, não havia proteção específica para o programa de computador. Composto a parte lógica dos computadores, estes eram intrinsecamente vinculados às máquinas nas quais estavam inseridos. Tais componentes continham as instruções, sob a forma de código, para fazer com que as máquinas desempenhassem as funções para as quais elas haviam sido fabricadas.

Assim como atualmente existem programas de computador específicos que habilitam o funcionamento de equipamentos determinados, tais como as partes computadorizadas de um carro ou um avião, os programas de computador, naquela época, eram os *softwares* desenvolvidos especialmente para as máquinas em que se encontravam e não para equipamentos similares em geral.

Na prática, os computadores possuíam um preço de aquisição inacessível à população em geral, existiam apenas nas grandes corporações e, via de consequência, tinham seu mercado consumidor severamente restrito.

Sua proteção, assim, em primeiro contexto, estava vinculada às máquinas para as quais haviam sido desenvolvidos. O direito da propriedade industrial, sob a forma da concessão de patentes, era a via ordinária para a proteção das invenções e melhoramentos da indústria.

Por não representar um valor econômico relevante em si, não estava no escopo de preocupação dos países em geral uma proteção específica para os programas *per se*, que estivesse dissociada à proteção dos equipamentos.

Contudo, no início da década de 80, duas grandes corporações da indústria de tecnologia, Apple e IBM, desenvolveram um computador com a finalidade de que fosse utilizado pelo público em geral, chamado de computador pessoal (PC, do inglês *personal computer*).

Seu preço era acessível e, para que fosse possível sua utilização massificada, era importante que os programas desenvolvidos pudessem ser instalados e utilizados em qualquer PC, considerado este uma quebra de paradigmas, momento disruptivo para o direito da propriedade intelectual moderno.

Diante do fenômeno dos computadores pessoais, um novo mercado consumidor havia sido criado: o de pessoas físicas, indivíduos e empresas de menor porte, que, para que seus computadores desempenhassem novas funcionalidades, como o processamento de textos e organização de dados em planilhas, precisariam obter novos programas. Novos vetores econômicos ocasionados pela então crescente demanda da sociedade urgiriam por

uma mudança no panorama mundial de proteção a novos bens intangíveis, de utilização em computadores em geral, que representavam sua parte imaterial e lógica, os *softwares*.

Importante ressaltar que o programa de computador desempenha hoje um papel importante na atual Sociedade da Informação. Entre as manifestações da informação como bem econômico, político e jurídico mais relevante do mundo moderno, o programa de computador é um dos mais estratégicos. Manuel Castells afirma que vivemos numa sociedade em rede, onde o novo paradigma da tecnologia de informação fornece o material de base para sua expansão hegemônica por toda a estrutura social².

O presente estudo tem por objetivo analisar quais elementos constitutivos de um programa de computador são protegidos pelo direito. Para tanto, propõe-se analisar a legislação brasileira atinente à matéria, a Lei do *Software*³ e de Direitos de Autor, levando-a para uma discussão comparada com a legislação e a jurisprudência mais aprofundada de outros países, que possam ser utilizadas como referências de aplicação no Brasil, além de elevar os critérios estabelecidos na lei brasileira a uma interpretação sistemática com tratados e acordos internacionais assinados pelo Brasil.

Na primeira parte pretende-se explorar a análise conjuntural da proteção do programa de computador como direito autoral e patente, expondo o conceito, a história e a proteção jurídica no cenário nacional, como também uma análise comparativa da proteção jurídica no cenário internacional.

Na segunda parte verificar-se-ão os conflitos jurídicos do patenteamento do programa de computador no Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), os interesses econômicos dos países hegemônicos em patenteá-lo como invenção e as alternativas ao patenteamento do programa de computador no cenário nacional, visando o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país.

Ainda, há que se falar no tratamento essencial ao controle da tecnologia e como este dita as possibilidades de desenvolvimento e de inclusão social. As funções e os processos principais da era informacional estão sendo cada vez mais organizados em rede e através da *Internet*.

Para Castells, ou se está dentro da rede ou fora dela, não há outro espaço na sociedade. O processamento automático das informações relacionadas com as mais diversas

2 CASTELLS, Manuel. *Redes de Indignação e Esperança: Movimentos sociais na Era da Internet*. São Paulo: Zahar, 2013, p. 256.

3 Lei nº 9.609 de 19 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País e dá outras providências.

atividades humanas realizadas nos sistemas de informática depende necessariamente de programas cada vez mais complexos⁴.

Decerto, com a velocidade da informação no mundo atual globalizado, o modelo de proteção, distribuição e comercialização dos programas de computador torna-se cada vez mais importante a discussão do tema nos tempos atuais. Tal desafio significa uma disputa em torno da forma de controle ou apropriação daquilo que é o mecanismo mais significativo de geração e de acumulação de riquezas na sociedade contemporânea: a informação na forma de *software*.

O programa de computador tornou-se um filão comercial mundial, quando do desenvolvimento da *World Wide Web (WWW)* em 1991, que transformou a *Internet* numa infraestrutura tecnológica para a rede popular, interligando as pessoas em comunidades diversas por todo o mundo com a introdução do computador na rede mundial da *Internet*.

Com a crescente presença do programa de computador como fator de desenvolvimento econômico e tecnológico, e a mudança de paradigma tecnológico na década de 80, conforme já informado, a formulação de um ordenamento jurídico de proteção para o programa se tornou necessário e estratégico.

Nesse novo enfoque tecnológico, cada país procurou uma legislação mais adequada às suas necessidades e anseios de desenvolvimento social e econômico.

Nesse contexto, o presente trabalho também visa analisar as formas de proteção dos programas de computador como direito de autor, *copyright* e patente no cenário nacional e internacional, e os consequentes conflitos, interesses e alternativas, principalmente no sistema de patentes, onde não há entendimento pacífico sobre o tema.

1. Conceito e natureza jurídica do *Software*

O computador possui uma parte material, o *hardware*, e uma imaterial ou intelectual, o *software*⁵.

André Lupi afirma que *hardware* é a parte física, material, que processa e armazena dados, e sobre ele incide a legislação sobre propriedade industrial, Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996⁶.

O *software*, por sua vez, é desenvolvido para fazer uma máquina realizar um processamento, na busca da solução dos problemas dos usuários, que contém um conjunto

4 Op. Cit., p. 256.

5 PEREIRA, Elizabeth Dias Kanthack. **Proteção Jurídica do Software no Brasil**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 33

6 LUPI, André Lipp Pinto Bastos. **Proteção Jurídica do Software: eficácia e adequação**. Porto Alegre: Síntese, 1998, p. 18.

de dados e instruções executados pela máquina. Tais questões podem ser um trabalho ou um processo⁷.

Em verdade, um *software* é um algoritmo, reescrito numa linguagem de programação que, após uma compilação ou interpretação, pode ser executado pelo *hardware* do computador. O art. 1º da Lei de Proteção ao *Software* (LPS), Lei nº 9.609 de 19 de fevereiro de 1998, define-o como um conjunto estruturado de instruções para que um *hardware* execute um fim. É uma criação intelectual com alto valor econômico, sendo, assim, único⁸.

É válido esclarecer que um *software* possui os seguintes elementos primários: a arquitetura, a estrutura, o algoritmo, que são as instruções e a forma como estão combinadas, ou seja, a ideia de como deve ser feita a tarefa, o código, que é a ideia traduzida para uma linguagem de computador, a documentação, a base de dados e o uso ou utilidade do sistema. Por causa da complexidade, o desenvolvimento de um software é dividido em etapas: concepção, construção, teste e instalação ou *deploy*⁹.

O conceito do *software* na legislação brasileira ainda não possui definição oficial. No artigo 43º da Lei nº 7.232 de 29 de outubro de 1984¹⁰, o *software* seria a soma do programa de computador e de sua documentação técnica associada. No entanto, o artigo referido foi vetado na publicação da lei.

Liliana Minardi Paesani, ao tratar da natureza jurídica do software, atribui-lhe dois sentidos: no sentido estrito, o *software* coincidiria com programa de computador e no sentido amplo, *software* abrangeria, além do programa de computador, o suporte magnético, o manual de instruções e a documentação acessória¹¹.

Por sua vez, Marcos Wachowicz descreve o conceito de *software* aprovado pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) em 3 de junho de 1977. Neste, o *software* é o conjunto de três categorias:

(...) programa de computador enquanto conjunto de instruções capaz de fazer com que uma máquina disponha de capacidade para processar informações, indique, desempenhe ou execute uma particular função, tarefa ou resultado; b) uma descrição de programa entendida como uma apresentação completa de um processo, expressa por palavras, esquemas ou, de outro modo, suficientemente pormenorizada para determinar o conjunto de instruções que constitui o programa do computador

7 POLI, Leonardo Macedo. **Direitos de Autor e Software**. Belo Horizonte, ed. Del Rey, 2003, p. 35.

8 LUPI, Op. Cit., p. 18-20.

9 WACHOWICZ, Marcos. **Propriedade Intelectual do Software e revolução da Tecnologia da Informação**. 1. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2005, p. 82.

10 Dispõe sobre a Política Nacional de Informática, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7232.htm. Acesso em: 25 mar. 2020.

11 PAESANI, Liliana Minardi. **Direito de informática**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 11.

correspondente; c) um material de apoio considerando assim qualquer material, para além do software e sua descrição, preparado para ajudar na compreensão ou aplicação de um programa de computador, como, por exemplo, as descrições de programas e as instruções para usuários¹².

Já o programa de computador é definido na Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998, artigo 1º, *in litteris*:

Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.

Conforme relatado anteriormente, a Lei nº 9.609/98 define o programa de computador, no entanto não define propriamente o *software*. Por consequência, a proteção autoral sobre a descrição e o material de apoio do *software* fica sem definição jurídica¹³.

Portanto, doravante considerar-se-á para efeito deste artigo, face a consultas nacionais e internacionais, o *software* e o programa de computador com o mesmo significado (*stricto sensu*).

Vale mencionar que os programas de computador podem ser desenvolvidos com a finalidade precípua de implementar outras obras autorais. Isso pode ocorrer, por exemplo, com livros eletrônicos (*e-books*), que estejam em formato puramente textual, apenas de áudio ou ainda audiovisual.

Nesses casos, pode-se interpretar pela existência de duas tutelas legais distintas, cada uma aplicável a uma parte do *software*. Àqueles elementos que tenham sido implementados pelo software e nele estão contidos, mas que, na verdade, constituem-se em obras autônomas, como os textos de um livro, as cenas de um filme, as imagens digitalizadas de um quadro, serão protegidos pela tutela geral dos direitos de autor, conferida pela Lei 9.610 de 19 de fevereiro de 1998¹⁴.

Ainda que, sob o formato digital, tenham seus respectivos códigos de máquina mesclados com os de programas de computador, sua natureza não é modificada. Estas obras

12 WACHOWICZ, Marcos. **Propriedade Intelectual do Software e revolução da Tecnologia da Informação**. 1. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2005, p. 71-72.

¹³ Lei nº 9.609 de 19 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País e dá outras providências.

¹⁴ Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em: 22 mar. 2020.

não são um programa de computador, apenas estão implementadas por um, para que seja possível sua execução em ambiente computadorizado.

Dessa forma, o *software* é, nesses casos, um acessório à obra, que é o principal. Decerto, na sua maioria, estão em arquivos autônomos, distintos dos respectivos programas que as fazem serem executadas em computador, caso em que não há dúvida entre a separação de tutela a cada elemento, no entanto é possível que haja também a implementação de uma obra de natureza puramente autoral por um programa de computador especificamente desenvolvido para esta.

No que concerne aos programas de computador que lhe dão suporte eletrônico, este podem receber também proteção jurídica, pela Lei supramencionada, desde que atendam ao requisito de originalidade.

Em muitos casos, não há elementos originais suficientes que lhes concedam tal *status legis*, mas esta posição pode ser vista com extrema cautela e em uma base *ad hoc*¹⁵, com vistas a evitar a generalização de que *softwares* que servem precipuamente à implementação de outras obras autorais não estariam prontos.

Além dessas situações, em que claramente se percebe que a base de programação serve de mero suporte, acessório ao principal, às obras protegidas puramente pela Lei dos Direitos de Autor, há também os casos em que imagens e áudios formam parte do programa de computador sem que possam ser considerados como elementos autônomos.

Quando não há independência do elemento em relação ao programa de computador em que se encontra contido, não será conferido a ele tutela jurídica sob a Lei do *Software* ou sob o amparo da Lei dos Direitos de Autor. Isso porque, uma vez não sendo possível a identificação de autonomia e o requisito de originalidade, não poderá ser protegido como uma obra autoral pura.

Como os elementos não literais dos programas não estão protegidos pela Lei do *Software*, e tampouco encontram-se abarcados pelo direito de autor geral, não gozam da proteção jurídica própria dos códigos do *software*.

Neste diapasão, pode haver solução similar aos sites de *internet*, que são verdadeiros programas, desenvolvidos em linguagem de programação própria para ambiente web, mas

15 A expressão significa para determinado fim; locução que enfatiza que algo tem determinado propósito; destinado a esse fim; para isto: procuração *ad hoc*.

que normalmente não estão compilados, mas sim interpretados pelo navegador de *internet* (*browser*) utilizado pelo usuário para acessar suas respectivas páginas¹⁶.

Sendo original, seu código goza de proteção jurídica ao amparo da Lei do Software, sendo que elementos textuais, imagens, fotografias e outras obras independentes, ainda que utilizadas em websites, estão submetidas à tutela geral dos direitos de autor, conferida pela Lei de Direitos de Autor.

Por isto, será examinada a seguir a tutela do *Software* pela vertente do Direito do Autor e pela vertente da Lei de patentes¹⁷.

2. Proteção legal do programa do computador como direito autoral ou como patente e a Lei do *Software* estratificada

A Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973, regulou os direitos autorais e direitos que lhe são conexos, mas não mencionou o programa de computador. A primeira menção ao programa de computador na legislação brasileira foi proporcionada pela Lei nº 7.232, de 29 de outubro de 1984, que regulou a Política Nacional de Informática. Contudo, a referida Lei não definiu a natureza jurídica do programa nem determinou qualquer tipo de proteção.

Somente com a Lei nº 7.646, de 18 de dezembro de 1987, estabeleceu-se a proteção do programa de computador como direito autoral. O artigo 2º deste texto legal descreveu que o regime de proteção à propriedade intelectual de programas de computador seria o disposto na Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973, com as modificações que a Lei estabeleceu para atender às peculiaridades inerentes aos programas de computador.

Já a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que regula os direitos autorais e conexos, dispõe no artigo 7º, inciso XII, que os programas de computador são obras intelectuais regidos pelo direito autoral. Uma nova legislação *sui generis*, Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998, conhecida como Lei do *Software*, dispõe que o regime a proteção de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais. Com sua singularidade, a Lei do *Software* segue uma tendência mundial firmada em acordos internacionais de comparar o software às obras literárias.

Segundo previsto no artigo 1º da Lei nº 9.609, programa de computador é:
A expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos

16 FONTES, Felipe Costa. **Natureza e proteção jurídica do website à luz do direito brasileiro**. Recife: IBDI, 2003, s.p. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/2752/natureza-e-protECAo-juridica-dos-websites-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 15 mar. 2020.

17 Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.

periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados¹⁸.

Importante frisar que o regime de proteção é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País (artigo 2º). A proteção aos direitos de autor da obra independe de registro (art. 2º, § 3), mas os programas de computador poderão, a critério do titular, ser registrados nos órgãos designados pelo Poder Executivo, sendo que o Decreto nº 2.556/98 designou o INPI (Instituto Nacional de Propriedade Intelectual)¹⁹.

Imperioso esclarecer que os direitos relativos ao programa de computador ficam assegurados pelo prazo de cinquenta anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao da sua publicação ou, na ausência desta, da sua criação, conforme previsão no artigo 2º § 2 do mesmo texto legal.

Não se aplica o direito moral, com exceção de duas qualidades: o direito do autor de reivindicar a paternidade do programa de computador e o direito do autor de opor-se a alterações não-autorizadas, quando estas impliquem deformação, mutilação ou outra modificação do programa de computador que prejudiquem a sua honra ou a sua reputação (artigo 2º, § 1).

Ainda, há que ressaltar o dispositivo na lei quanto ao direito exclusivo do titular de autorizar ou proibir o aluguel comercial, não sendo exaurível pela venda, licença ou outras formas de transferência da cópia do programa (artigo 2º, § 5).

Segundo expresso no artigo 6º da lei que regula os direitos autorais, não se considera ofensa ao direito autoral a reprodução, em um só exemplar, de cópia legítima de salvaguarda ou armazenamento; a citação parcial do programa, para fins didáticos, desde que identificados o programa e o titular dos direitos; a ocorrência de semelhança de programa a outro, preexistente, quando se der por força das características funcionais de sua aplicação, de preceitos normativos e técnicos ou de limitação de forma alternativa para a sua expressão; e a integração de um programa, mantendo-se suas características essenciais, a um sistema aplicativo ou operacional, desde que para o uso exclusivo do usuário.

O texto de lei ainda expressa uso ou comercialização de programa de computador deve ser objeto de contrato de licença. Na hipótese de eventual inexistência do contrato, o documento fiscal relativo à aquisição ou licenciamento de cópia servirá para comprovação

18 Art. 1º da Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2556.htm. Acesso em: 15 mar. 2020.

19 Regulamenta o registro previsto no art. 3º da Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2556.htm. Acesso em: 15 mar. 2020.

da regularidade do seu uso. Ainda, nos casos de transferência de tecnologia de programa de computador, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) está autorizado a fazer o registro dos respectivos contratos.

Para aquele que comercializar programa de computador, o titular do programa ou dos direitos de comercialização fica obrigado, durante o prazo de validade técnica do programa, a assegurar aos usuários a prestação de serviços técnicos complementares relativos ao adequado funcionamento do programa (artigo 8^o).

No que tange à violação de direitos de autor de programa de computador há pena de detenção de seis meses a dois anos ou multa (artigo 12^o). No caso de violação consistir na reprodução do programa, no todo ou em parte, para fins de comércio, sem autorização expressa do autor tem pena de reclusão de um a quatro anos e multa. Já para quem vende, expõe à venda, introduz no país, adquire, oculta ou tem em depósito, para fins de comércio, original ou cópia de programa de computador, produzido com violação de direito autoral também tem pena de reclusão de um a quatro anos e multa.

Feita a análise da lei de direito autoral, cumpre destacar os pontos relevantes da legislação de patentes. A primeira menção ao programa de computador ocorreu na Lei nº 5.772, de 21 de dezembro de 1971, que instituiu o Código da Propriedade Industrial (CPI), em que o item (h) do artigo 9^o descreveu, entre outros, que sistemas e programações não eram invenções privilegiáveis²⁰.

A Constituição Federal de 1988 estabelece no art. 5^o, inciso XXIX, que a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País²¹.

A Lei da Propriedade Industrial (LPI) nº 9.279/1996, conhecida como Lei das Patentes faz menção explícita ao programa de computador. Seu artigo 10^o, inciso V, dispõe que não se considera invenção nem modelo de utilidade “programas de computador em si” (BRASIL,1996).

A definição de patente, encontrada na página eletrônica do INPI, é assim descrita:

20 Lei nº 5.771 de 21 de dezembro de 1971. Institui o Código de Propriedade Industrial e dá outras providências.

21 Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Artigo 5^o. XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 02 mar. 2020.

Patente é um título de propriedade temporária sobre uma invenção ou modelo de utilidade, outorgados pelo Estado aos inventores ou autores ou outras pessoas físicas ou jurídicas detentoras de direitos sobre a criação. Em contrapartida, o inventor se obriga a revelar detalhadamente todo o conteúdo técnico da matéria protegida pela patente²².

Quanto ao termo invenção, pode-se destacar aqui a definição de Gabriel Di Blasi *et al*: “Invenção é um bem intangível do qual pode resultar um bem material, como, por exemplo, um produto ou processo suscetível de ser utilizado pela indústria”²³.

Os requisitos legais para obtenção de uma patente de invenção são: novidade, atividade inventiva e aplicação industrial e esta é considerada nova quando não compreendida no estado da técnica. O estado da técnica é constituído por tudo aquilo tornado acessível ao público antes da data de depósito do pedido de patente, seja por uma descrição escrita ou oral, ou por qualquer outro meio, no Brasil ou no exterior, ressalvado o disposto nos artigos 12º (período de graça), 16º (prioridade unionista) e 17º (prioridade interna) da lei supracitada.

Cabe ressaltar que uma invenção é dotada de atividade inventiva sempre que, para um técnico no assunto, não decorra de uma maneira evidente ou óbvia em relação ao estado da técnica. Uma invenção é suscetível de aplicação industrial quando pode ser utilizada ou produzida em qualquer tipo de indústria.

Já a patente é um monopólio temporário e a sua vigência, como invenção, tem um prazo de vinte anos, contado a partir da data de depósito do pedido (artigo 40º). Os requisitos de patenteabilidade de uma invenção previsto na LPI é evidente, pois consiste em não premiar uma pessoa física e/ou jurídica que não tenha a capacidade ou o esforço criativo para obtenção de uma invenção.

Caso contrário, a patente se tornaria um bem intangível vulgar e ilimitado, descaracterizando o seu sentido de concessão do bem pelo Estado por tempo limitado, prejudicando o “*trade off*”²⁴ entre o benefício público e o privado. O aumento do escopo de uma invenção leva ao aumento do monopólio privado, prejudicando o Brasil e os países em desenvolvimento de terem acesso público aos novos conhecimentos e impedem que pesquisadores e inventores possam desenvolver novas invenções. O aumento do monopólio de uma patente aumenta o benefício privado e, em contrapartida, diminui o benefício

22 INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. INPI. 2020. Rio de Janeiro: INPI. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/patentes>. Acesso em: 13 mar. 2020.

23 DI BLASI, Gabriel *et al*. **A Propriedade Industrial: os sistemas de marcas, patentes e desenhos industriais analisados a partir da Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996**. Rio de Janeiro, ed. Forense, 1997, p. 15.

24 *Trade-off* e *tradeoff* são termos da língua inglesa que definem uma situação em que há conflito de escolha. O termo se caracteriza em uma ação econômica que visa à resolução de problema, mas acarreta outro, obrigando a definição de uma escolha.

público, impedindo o conhecimento do conteúdo da matéria patenteável para livre utilização por toda a sociedade e a sua utilização na pesquisa e desenvolvimento de novos produtos.

De fato, a lei da Propriedade Industrial nº 9.279, de 14 de maio de 1996, menciona explicitamente que o programa de computador não é considerado invenção em seu artigo 10º, parágrafo V.

Diante de todo o exposto e de toda diferenciação de legislação nacional, bem como tratamento legal que ampara o *Software* no país, será tratada a proteção jurídica do tema em específico, além da segurança jurídica desta proteção e jurisprudência correlata.

3. Sobre a necessidade de tutela específica para a proteção do *Software* no Brasil

Segundo dados recentes da Associação Brasileira de Empresas de *Software* (ABES), o Brasil se mantém em 9º lugar no ranking mundial de investimentos em TI, considerando que tais investimentos (*software*, *hardware* e serviços) apontam crescimento de 10,5% do setor em 2019, com uma movimentação de R\$ 161,7 bilhões (US\$ 44,3 bilhões), se considerados os mercados de software, serviços, hardware e também as exportações do segmento. O crescimento brasileiro foi maior que a média mundial, pois o estudo aponta que o setor de TI cresceu 5% no mundo em 2019. O Brasil representa 1,8% deste mercado mundial e 40,7% do mercado da América Latina. Torna-se evidente a relevância do setor de criação de programas de computador para o mercado brasileiro²⁵.

Diante de tamanha importância para a economia estatal, urge a necessidade de analisar qual a forma de proteção conferida aos programas de computador, identificando as implicações desta tutela para a produção dos *softwares* brasileiros²⁶.

Conforme já anteriormente exposto, os *softwares* ou programas de computador consistem na expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de utilização necessária em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.

25 ABES. **Relatório ABES Software 2020**, p. 04-05. Disponível em: <https://abessoftware.com.br/wp-content/uploads/anterior/Arquivos/Dados%202011/ABES-EstudoMercadoBrasileirodeSoftware2020.pdf> Acesso em: 26 abr.2020.

26 Ibidem.

No entanto, apesar do longo prazo conferido para a tutela dos direitos de propriedade, observa-se uma limitação nesta proteção, haja vista que não constituem ofensas aos direitos do titular de programa de computador, de acordo com o artigo 6º da Lei de *Softwares*: a reprodução, em um só exemplar, de cópia adquirida legitimamente, desde que se destine à cópia de segurança ou armazenamento eletrônico; a citação parcial do programa, para fins didáticos, desde que identificado o programa e o nome do titular; a integração do programa, mantendo-se suas características essenciais, a um sistema aplicativo ou operacional, tecnicamente indispensável às necessidades do usuário, desde que para o uso exclusivo de quem a promoveu; e a ocorrência de semelhança de um programa a outro quando se der por força das características funcionais de sua aplicação, da observância de preceitos normativos e técnicos, ou de limitação de forma alternativa para a sua expressão.

Assim, verifica-se uma parcial ineficácia na tutela dos direitos de propriedade industrial conferida aos programas de computador, tendo em vista que inexistente vedação para a semelhança exagerada entre programas, o que propicia uma cópia de grande parte do programa protegido pela Lei de *Softwares*.

Além disso, de acordo com artigo 8º desta lei, conforme já explanado, aquele que comercializar o *software*, seja ele titular dos direitos autorais ou dos direitos de comercialização, fica obrigado, durante o prazo de validade técnica da respectiva versão, a proporcionar aos usuários a prestação de serviços técnicos complementares indispensáveis ao adequado funcionamento do programa. Destaca-se que apesar de possuir uma tutela parcial, o autor criador de softwares ainda é obrigado a fornecer assistência técnica aos seus usuários, o que agrava o desestímulo à produção destes.

Cabe ressaltar que, a importância dos *softwares* para a indústria brasileira é tão indubitável que, em 2004, eles foram eleitos como opção estratégica da Política Industrial, Tecnológica e do Comércio Exterior (PITCE), diante de seu papel crucial para o desenvolvimento das mais diversas atividades, dentre elas, a atuação industrial²⁷.

Apesar de ter sido restrito aos casos de Invenções Relacionadas com Programas de Computador (IRPC), o pronunciamento do INPI abre margem às mais diversas interpretações, pois se a técnica utilizada por um programa de computador pode ser patenteada, já que não se trata do software em si, também seria possível, por analogia, a patenteabilidade de programas não vinculados aos hardwares, desde que apenas a técnica aplicada fosse alvo de patente²⁸.

27 ROSELINO, J. E. Análise da Indústria Brasileira de Software com Base em uma Taxonomia das Empresas: Subsídios para a Política Industrial. *Revista Brasileira de Inovação*, São Paulo, v. 5, n. 1, p.1-45, abr. 2006.

28 *Ibidem*.

Contudo, o responsável pelo órgão de concessão de patentes desse instituto se manifestou no sentido de que apenas será possível a concessão dessa proteção aos softwares vinculados a dispositivos.

Desta feita, o inventor por criar um programa de computador que preencha os três requisitos da patenteabilidade, entretanto, só poderá registrá-la como obra autoral.

Além disso, conforme já mencionado, o registro de um *software* valerá pelo prazo de cinquenta anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua publicação ou, se inexistente este, da sua criação, mesmo se o programa não houver sido registrado.

Apesar do longo prazo de proteção, ainda há grande insegurança jurídica nessa forma de tutela, em razão de existirem inúmeras exceções de ofensas ao criador, de acordo com o artigo 6º da Lei de *Softwares*²⁹.

Dentre elas, destaca-se que o inciso III desse dispositivo aduz que a ocorrência de semelhança de um programa com outro, quando se der por força das características funcionais de sua aplicação, da observância de preceitos normativos e técnicos, ou de limitação de forma alternativa para a sua expressão, não constitui ofensa ao criador do *software* registrado³⁰.

A própria Lei de *Softwares* permite a semelhança entre diversos programas de computador, autorizando os respectivos registros.

Nesta seara, é evidente a grande insegurança jurídica que vivem os titulares dos softwares registrados, pois nada impede que, após toda a etapa criativa e executiva da invenção, um terceiro copie o produto protegido quase que integralmente e registre-o como seu.

Além disso, com a permissão legal de semelhanças entre programas de computador, surge no Brasil uma espécie de padronização dos *softwares* registrados, pois assim que um novo programa emerge no mercado e soluciona um problema existente ou propõe uma inovação em alguma área econômica, outros criadores, visando também explorar economicamente aquele conceito inventado, poderão copiar o programa registrado quase que na íntegra e criar os seus próprios, sem precisar pagar os direitos de exploração ao criador originário.

Correto afirmar que, com a edição da lei, o Brasil perfila em sintonia com a tendência internacional de aplicar aos programas de computador a sistemática das obras por encomenda e produzidas por trabalhadores assalariados, o que é acolhido pelo Direito

29 ROSELINO, Op. Cit., p. 01-45.

30 *Ibidem*.

Industrial (Lei nº 9.279, de maio de 1996, artigos 88 a 93), cuja propriedade industrial pertencerá ao empregador. Segundo observa José de Oliveira Ascensão:

Reforça-se consideravelmente a posição da empresa, o que é uma constante do regime criado para os programas de computador em todo o mundo. Na realidade, na produção de programas de computador a posição das grandes empresas é fundamental. Basta pensar que ninguém conhece um programa por ser do Sr. X, mas por ser da Apple, ou Microsoft³¹.

Com efeito, os inventores legítimos, quais sejam, os primeiros a iniciarem um novo conceito para os *softwares*, sem a merecida tutela legal, serão cada vez mais desestimulados a produzir novos programas, o que prejudicará demasiadamente a inovação nessa área, a qual é responsável por movimentar parte considerável da economia brasileira. Enquanto isso, a Lei de Propriedade Industrial confere ao criador de um invento patentado, apenas uma proteção de vinte anos, de acordo com o artigo 40º desta lei.

Apesar do curto prazo de vigência, se comparado com a do registro de obra autoral, para que seja concedida uma patente é necessário que o dispositivo criado preencha os critérios de inovação e atividade inventiva, estes que, por si só, já coíbem a semelhança exagerada entre invenções.

Caso houvesse a permissão de patenteabilidade dos softwares que preencham os quesitos previstos no artigo 8º dessa lei, os criadores possuiriam uma maior proteção e, conseqüentemente, seriam estimulados a inovar cada vez mais.

Importante evidenciar que no Brasil os direitos morais do autor já estavam consagrados a teor do artigo 25 da Lei n.º 5.988/73. A nova Lei n.º 9.610/98 trouxe a ampliação dos direitos morais em consonância à Convenção de Berna³², independentemente do TRIPs³³.

A lei brasileira supra indicada indica distintas prerrogativas irrenunciáveis e inalienáveis que são atribuídas ao autor da obra, como os direitos: de personalidade ou paternidade, como já referenciado, que liga definitivamente o autor como criador intelectual

31 ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1980, p. 670.

32 A Convenção de Berna relativa à proteção das obras literárias e artísticas, também chamada Convenção da União de Berna ou simplesmente Convenção de Berna, que estabeleceu o reconhecimento do direito de autor entre nações soberanas, foi adotada na cidade de Berna, Suíça, em 9 de setembro de 1886. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm. Acesso em: 20 mar. 2020.

33 O Acordo TRIPs (em inglês: *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, em português: *Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio*) é um tratado Internacional, integrante do conjunto de acordos assinados em 1994 que encerrou a Rodada Uruguai e criou a Organização Mundial do Comércio.

Disponível em:

https://web.archive.org/web/20150417001423/https://bvc.cgu.gov.br/bitstream/123456789/2357/1/acordo_trips.pdf. Acesso em: 15 mar.2020.

de sua obra; de denominar a obra, que é a atribuição exclusiva do autor de livremente nominar sua obra; de inédito, que consiste na possibilidade, a critério do autor, de não publicar ou divulgar sua obra; de modificação, em que só o autor poderá proceder a qualquer alteração, adaptação ou revisão da obra; de retirada ou arrependimento, que compete exclusivamente ao autor; de repúdio de projeto; e de integridade da obra, a qual não poderá ser mutilada ou dividida sem prévia anuência do autor.

Contudo, tratamento diverso é dado ao *software*. A Lei nº 9.609/98 é categórica ao prever, no parágrafo 1º do artigo 2º, que não se aplicam ao programa de computador as disposições relativas aos direitos morais, ressalvado, a qualquer tempo, o direito do autor de opor-se à paternidade do programa de computador e de opor-se a alterações não-autorizadas, quando estas impliquem deformação, mutilação ou outra modificação do programa de computador que prejudiquem a sua honra ou a sua reputação.

E quanto aos direitos morais do autor? Estes são inalienáveis e irrenunciáveis, significando que a autoria de um programa de computador não pode ser transferida para uma titularidade alheia.

Os direitos morais são personalíssimos e sua transferência somente ocorrerá por *causa mortis* do autor a seus sucessores, no exercício do direito, mas nunca na autoria destes. Isto nos termos do parágrafo primeiro do artigo 24º da Lei nº 9.610/98. Aponta Luiz Fernando Gama Pellegrini:

O legislador foi bastante claro, ao determinar que por morte do autor os direitos morais previstos nos incisos I a IV do artigo 24, transmitem-se aos herdeiros. Qual o alcance deste parágrafo? Trata-se, em primeiro lugar, da aquisição do exercício de direitos, e não dos direitos morais, uma vez que o art. 27 determina expressamente serem os direitos morais inalienáveis e irrenunciáveis. Vale dizer, que ocorrendo a morte do autor, os herdeiros passam a ter o exercício dos direitos morais, adquiridos através sucessão *causa mortis*, que consiste na preservação da obra, manutenção da sua integridade³⁴.

Vale frisar que o autor de um *software* será sempre o seu criador, podendo a qualquer tempo reivindicar a paternidade, inclusive seus herdeiros.

Independentemente do exposto, a questão da extensão dos direitos morais e sua aplicabilidade no tocante ao *software* merece atenção na análise, pois os direitos morais do criador do *software*, quanto à oposição a paternidade do programa de computador e quanto a oposição a alterações não-autorizadas persistirão após o prazo de proteção, depois do qual

34 PELLEGRINI, Luiz Fernando Gama. **Direito Autoral do Artista Plástico**. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998, p. 21.

o *software* cairá em domínio público, uma vez que tal direito se reveste de quatro características fundamentais: é um direito pessoal, perpétuo, inalienável e imprescritível³⁵.

Há ainda que se ponderar que um forte argumento contrário ao patenteamento do *software* é que o programa de computador em si escapa da ideia de industriabilidade, pois a máquina faz o processo produtivo e o programa somente o conduz. Se não está inserido em um processo industrial, não pode ser patenteado.

Em mesma linha, José de Oliveira Ascensão ressalta que diversos programas divergem da ideia de industriabilidade como, por exemplo, um banco de dados de decisões jurisprudenciais, onde o sistema de patentes não seria, de forma alguma, aplicável³⁶.

Em disputa judicial entre a empresa NVL *Software* e Multimídia Ltda *versus* Reinaldo de Paula Machado e outro, a ministra do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Nancy Andrighi, relatora do Recurso Especial nº 443.119 - RJ (2002/0071281-7), relata no seu voto, entre outros, que:

(...) O software, ou programa de computador, como disciplinado em leis específicas (9.609/98 e 9.610/98), possui natureza jurídica de direito autoral (trata-se de 'obra intelectual', adotado o regime jurídico das obras literárias), e não de direito de propriedade industrial. Esse entendimento resulta não apenas da exegese literal dos artigos 7º, inc. XII da Lei nº. 9. 610/98 e 2º da Lei nº. 9.609/98 e das expressivas contribuições de diversos doutrinadores, mas também da interpretação, a contrario sensu, do dispositivo da lei de propriedade industrial (Lei n. 9.279/96, art. 10, inc. V) que afasta a possibilidade jurídica de se requerer a patente de programa de computador, por não o considerar seja invenção, seja modelo de utilidade. Se o direito de propriedade industrial, como positivado no Brasil, expressamente rechaça proteção ao software, não resta outra solução senão a de aceitá-lo enquanto modalidade de direito de propriedade intelectual (autoral), pois do contrário ficaria o seu titular despidido de qualquer proteção jurídica a reprimir atos de contrafação³⁷.

Desse modo, é premente que o Poder Legislativo vislumbre a hipótese de modificação na proteção conferida aos programas de computador, permitindo assim a patenteabilidade dos softwares, desde que todos os requisitos sejam preenchidos.

Por fim, vale afirmar que é inconcebível que tais programas continuem sendo considerados obras de direito do autor, haja vista que podem perfeitamente preencher os

35 CHAVES, Antônio. **Evolução da propriedade intelectual no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, novembro de 1982, p. 236.

36 ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. Rio de Janeiro, ed. Forense, 1980, p.182.

37 REVISTA ELETRÔNICA DO STJ. **Jurisprudência da Terceira Turma**. 2004, p. 48. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2004_180_capTerceiraTurma.pdf. Acesso em: 12 mar. 2020.

três requisitos imprescindíveis para a concessão de patentes, o que resultará em uma proteção mais bem delineada a estes produtos.

Conclusão

Diante do exposto ao longo deste trabalho, pôde-se depreender que os *softwares* se tornaram produtos fundamentais para que a sociedade alcançasse o desenvolvimento em todos os âmbitos, sendo estes o econômico, o social e o ambiental.

Também foi possível perceber que o regime de proteção conferido ao programa de computador é o mesmo atribuído às obras literárias pela legislação de direitos autorais e diplomas legislativos relacionados, sendo, portanto, o *software* protegido por registro de obra autoral, o que se revela insuficiente para resguardar estas tecnologias em sua plenitude, já que estas podem ser facilmente copiadas por meio de uma simples modificação em seu código fonte.

Ademais, restou evidente que os inventores de *softwares* guardam insegurança jurídica, em razão de não haver atualmente uma normativa que os proteja e que assegure que um *software* não será copiado.

Por fim, concluiu-se pela necessidade do Poder Legislativo verificar alternativa para modificação na normativa que regula os programas de computador, seja alterando a proteção dada aos registros de obras autorais, buscando uma proteção *sui generis*, para que melhor proteja os *softwares*, ou permitindo a sua patenteabilidade, desde que os requisitos de concessão de patentes sejam preenchidos.

Referências Bibliográficas

ABES. **Relatório ABES Software 2020**. Disponível em: <https://abessoftware.com.br/wp-content/uploads/anterior/Arquivos/Dados%202011/ABES-EstudoMercadoBrasileirodeSoftware2020.pdf> Acesso em: 26 abr.2020.

ABRANTES, Antônio Carlos S. **Patentes no setor de informática: a visão do INPI. Artigo publicado no site da Consciência**. Rio de Janeiro, 16 set. 2004. Disponível em: <http://www.comciencia.br/presencadoleitor/artigo19.htm>. Acesso em: 9 mar. 2020.

ABRANTES, Antônio Carlos S. **Patentes de software no Brasil**. São Paulo, abr. 2006. Disponível em: <http://www.pff.org/digitalamerica/presentations/saopaulo/AntonioCarlosAbrantes11042006.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2020.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1980.

BARBOSA, Denis Borges. **Propriedade intelectual: direitos autorais, direitos conexos e software**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. **A lei do software e seu regulamento**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

BRASIL. **Lei Federal nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Disponível em:

BRASIL. **Lei n. 9.279 de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm. Acesso em 20 mar. 2020.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 mar. 2020.

CASTELLS, Manuel. *The rise of the network society*. Cambridge, Ed. Blackwell Publishers, 1996.

CASTELLS, Manuel. **Redes de Indignação e Esperança: Movimentos sociais na Era da Internet**. São Paulo: Zahar, 2013.

CHAVES, Antônio. **Evolução da propriedade intelectual no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, novembro de 1982.

CRUZ FILHO, Murilo. **A norma do novo: fundamentos do sistema de patentes na modernidade**. Rio de Janeiro, [s.n.], 1986.

DAL POZ, Maria E. e BRISOLLA Sandra N. **Jogos de Apropriação de Biotecnologias Genômicas**. In: SIMPÓSIO DE GESTÃO DA INOVAÇÃO TECNOLÓGICO, XXIII, 22 out.2004.

DANTAS, Vera & AGUIAR, Sonia. **Memórias do Computador: 25 anos de Informática no Brasil**. São Paulo, ed. IDG, 2001.

DI BLASI, Gabriel; GARCIA, Mario S.; MENDES, Paulo Parente M. **A Propriedade Industrial: os sistemas de marcas, patentes e desenhos industriais analisados a partir da Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996**. Rio de Janeiro, ed. Forense, 1997.

FONTES, Felipe Costa. **Natureza e proteção jurídica do website à luz do direito brasileiro**. Recife: IBDI, 2003. Disponível em:

<https://www.migalhas.com.br/depeso/2752/natureza-e-protecao-juridica-dos-websites-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 15 mar. 2020.

GOVERNO FEDERAL. **Site do governo sobre *software* livre**. Disponível em: <http://www.softwarelivre.gov.br/diretrizes>. Acesso em: 13 mar. 2020.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. **INPI**. Rio de Janeiro: INPI. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/patentes>. Acesso em: 13 mar. 2020.

LUPI, André Lipp Pinto Bastos. **Proteção Jurídica do Software: eficácia e adequação**. Porto Alegre: Síntese, 1998.

MARTINS FILHO, Plínio. **Direitos autorais na Internet**. CI. Inf., Brasília, v.27, n.2, 1998.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito de informática**. São Paulo: Atlas, 2007.

PELLEGRINI, Luiz Fernando Gama. **Direito Autoral do Artista Plástico**. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

PEREIRA, Elizabeth Dias Kanthack. **Proteção Jurídica do Software no Brasil**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

POLI, Leonardo Macedo. **Direitos de Autor e *Software***. Belo Horizonte, ed. Del Rey, 2003.

REVISTA ELETRÔNICA DO STJ. **Jurisprudência da Terceira Turma**. 2004, p. 48. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2004_180_capTerceiraTurma.pdf. Acesso em: 12 mar. 2020.

REZENDE, Pedro Antônio Dourado; LACERDA, Hudson Flávio Meneses. **Computadores, Softwares e Patentes**. In: CONFERÊNCIA LATINO-AMERICANA E DO CARIBE SOBRE DESENVOLVIMENTO E USO DE SOFTWARE LIVRE DA UNESCO, II, set. 2005, p. 1-19. Disponível em: <http://www.cic.unb.br/docentes/pedro/trabs/LACFREE2005.html>. Acesso em: 13 mar. 2020.

ROSELINO, J. E. **Análise da Indústria Brasileira de Software com Base em uma Taxonomia das Empresas: Subsídios para a Política Industrial**. Revista Brasileira de Inovação, São Paulo, v. 5, n. 1, p.1-45, abr. 2006.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **STJ considera software obra intelectual e condena acusados de pirataria a pagar danos materiais**. Brasília, 13 mai. 2003. Disponível em: http://www.stj.gov.br/webstj/noticias/detalhes_noticias.asp?seq_noticia=7950. Acesso em: 18 mar. 2020.

WACHOWICZ, Marcos. **O software instituto de direito autoral *sui generis***. Âmbito Jurídico. 31 jul. 2007. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-43/o-software-instituto-de-direito-autoral-sui-generis/>. Acesso em: 17 mar. 2020.

WACHOWICZ, Marcos. **Propriedade Intelectual do Software e revolução da Tecnologia da Informação**. 1. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2005.

3^o Information Society and Law

FMU
CENTRO UNIVERSITÁRIO

GT - DIREITOS HUMANOS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA CONCRETUDE E VULNERAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Taysa Pacca Ferraz De Camargo¹; Caio Pacca Ferraz de Camargo²

RESUMO: A ruptura da modernidade à pós-modernidade é marcada pelo avanço tecnológico experimentado recentemente que transformou profundamente a organização humana, a ponto de se identificar o nascimento de uma nova sociedade, a da *informação* (ou conhecimento). Nesse contexto, as tecnologias da informação e comunicação (TICs) ganharam primazia como fatores de impulsão do desenvolvimento humano sustentável. Nesse cenário, a *inteligência artificial* despontou como fator de otimização de recursos ante a possibilidade de processar uma grande quantidade de dados representativos da realidade, identificar padrões e tomar decisões automatizadas, com velocidade e consistência não mais atingíveis pela inteligência orgânica humana, o que vem conduzindo sua aplicação a praticamente todas as atividades humanas. Se essa tecnologia apresenta vantagens, inclusive na consecução dos objetivos de desenvolvimento sustentável traçados pela Organização das Nações Unidas (ONU), também pode representar riscos à proteção aos direitos humanos e revelar uma tendência de multiplicação ou aprofundamento de assimetrias do desenvolvimento, vulnerando direitos humanos que já se imaginavam consolidados. Daí a relevância das iniciativas governamentais, privadas e internacionais na discussão, compreensão e definição do direcionamento do uso dessa tecnologia, tais como a adoção dos Princípios da OCDE sobre Inteligência Artificial e a Declaração de Osaka dos Líderes do G20.

Palavras-chave: Inteligência Artificial. ODS. TICs. Direitos humanos.

ARTIFICIAL INTELLIGENCE ON HUMAN RIGHTS FULFILLMENT OR VIOLATION

ABSTRACT: The rupture from modernity to postmodernity is highlighted by technological advances recently experienced that profoundly transformed human organization, to the

1 Mestranda em Direito da Sociedade da Informação – FMU. Especialista em Direito Civil e Direito Notarial e Registral Imobiliário pela EPM. Bacharel em Direito pela FMU. Advogada e Conciliadora do TJSP. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7228338839777576>.

2 Mestrando em Direito da Sociedade da Informação – FMU. Mestre em Direito. Especialista em Direito Notarial e Registral Imobiliário e Direito Civil. Bacharel em Direito e em Relações Internacionais. Oficial de Registro Civil e Tabelião de Notas em SP. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9811044102286352>.

point of identifying the birth of a new society, *Information Society* (or *Knowledge Society*). In this context, information and communication technologies (ICTs) have gained primacy as factors driving to sustainable human development. In this scenario, *artificial intelligence* (AI) emerged as an optimization factor of resources by *big data* processing, identifying patterns and making automated decisions, with speed and consistency no longer attainable by human organic intelligence, which explain why it is being seeking AI appliance to practically all human activities. If this technology presents advantages, including the achievement of the Sustainable Development Goals outlined by the United Nations (UN), it can also represent risks to the protection of human rights and reveal a tendency to multiply or deepen development asymmetries, violating human rights already though consolidated. Hence the relevance of governmental, private and international initiatives in discussing, understanding and defining the direction of using this technology, such as the adoption of the OECD Principles on Artificial Intelligence and the Osaka Declaration of the G20 Leaders. **Keywords:** Artificial Intelligence (AI). SDGs (Sustainable Development Goals). ICTs. Human rights.

Introdução

A afirmação histórica dos direitos humanos, conquista de uma lenta e custosa percepção da consciência da dignidade humana em relação às estruturas do poder social organizado, não é obra acabada. Ao revés, a dinamogênese desses direitos é processo diuturno que não pode nem deve cessar. A afirmação de novos direitos humanos e a garantia dos já enunciados tem de acompanhar todos os aspectos da vida humana, inclusive os mais novidadeiros, como os das tecnologias da informação e comunicação (TICS), cuja consideração, ante seu atual estágio evolutivo, já é indispensável às discussões sobre o desenvolvimento humano.

O aprimoramento dessas tecnologias conduz a uma nova realidade historicamente ainda não experimentada, reforçando a conclusão de ser este um tempo diferente (apelidado de pós-modernidade), por elas fortemente influenciado e crescentemente permeado pela *inteligência artificial*, cuja aplicação vem se espalhando em diversos ramos das atividades humanas.

Embora o avanço das TICS e da *inteligência artificial* possa, por um lado, contribuir à aceleração do desenvolvimento humano sustentável, pelos muitos benefícios ensejados na realização de diversas atividades repetitivas e que exigem precisão e consistência decisória, aspecto inquestionavelmente relevante na chamada *sociedade da informação*, por outro, a alta capacidade de processamento, tratamento de dados e a tomada de decisões por máquinas, com suportes em auto-aprendizado robotizado por fórmulas lógico-matemáticas, revela uma sofisticação já inalcançável pela inteligência orgânico-biológica, incapaz de com a artificial competir em algumas tarefas.

Acresça-se a que o domínio e os custos dessa tecnologia são proibitivos à maior parte das pessoas e corporações, o que revela os riscos que o uso não vigiado dessa tecnologia pode ensejar ao exercício do poder de maneira democrática e participativa, característica basilar da construção histórica dos direitos humanos desde sua primeira geração (ou dimensão).

Daí a indagação da necessidade de trato deste tema sob a ótica dos direitos humanos, de verve internacional, e não fundamentais, de fluência na ordem interna dos Estados, a fim de que se mantenha a paridade da índole de aplicação global tanto dessa tecnologia quanto desses direitos.

O enfrentamento das questões aqui propostas far-se-á em dois itens, seguidos de uma conclusão. No primeiro item, contextualizar-se-á a relevância das TICS e da *inteligência artificial* na pós-modernidade e na *sociedade da informação*, esboçando-se uma definição crítico-descritiva da *inteligência artificial*. No segundo item, expor-se-ão alguns exemplos de implicação desse tipo de tecnologia, apontando suas vantagens e desvantagens à temática dos direitos humanos, destacando as iniciativas globais que vêm sendo adotadas a fim de conciliar essas duas imposições humanas, indicando a necessidade de submissão dessa tecnologia à lógica de valorização da dignidade humana.

O desenvolvimento desse trabalho apoiou-se no método hipotético-dedutivo e na pesquisa bibliográfica e de relatórios científicos emitidos por organizações internacionais e não governamentais.

1. Sociedade pós-moderna da informação, direitos humanos e inteligência artificial

Na síntese de Patrícia Martinez Almeida e Marcelo Benacchio (2018, p. 340) o período compreendido entre o final do século XX e início do século XXI é um tempo historicamente diferente: “o tempo atual [...] é historicamente diverso do que o antecedeu (modernidade), a crença cega na razão, na ciência, o abandono de todo subjetivismo, da religião, acabou por não se confirmar totalmente como se previra em séculos anteriores”. Prosseguem os autores explicando que o tempo atual, chamado de pós-modernidade, ainda é de transição, do ideário burguês, capitalista e liberal para outro incerto porque ainda perdura a modernidade, causando, assim, uma enorme dificuldade da compreensão do presente em que se vive.

Nestes novos tempos, Norberto Bobbio identificou que o principal desafio posto não é o de enunciar novos direitos humanos, mas concretizar os já enunciados³. Conquanto Bobbio tenha razão ao apontar a insuficiência da concretude dos direitos humanos como um problema destes tempos, não se podem tomar suas palavras de maneira assaz restritivas no tocante à enunciação de novos direitos, pois, como dito, este é um tempo de transição e, acresça-se, uma transição muito veloz. As realidades humanas têm sido substancialmente transformadas, sobretudo pelas tecnologias da informação e comunicação (TICS), cujo uso e dependência são uma das características mais marcantes deste tempo, a pós-modernidade.

Essas tecnologias compreendem ferramentas de armazenamento, distribuição e, sobretudo, processamento computadorizado de grandes quantidades de dados em elevadas velocidades, cuja aplicação ultrapassa as finalidades econômicas e industriais e transformam significativamente as próprias interações interpessoais, criando um *ciberespaço* (ou *espaço virtual*) com efetivas implicações na realidade extravirtual.

A sociedade marcada por essas profundas alterações, decorrentes do uso de tais tecnologias, vem sendo chamada de *sociedade da informação*⁴.

Os reflexos do uso intensivo das TICS, a aprofundar a globalização, se fazem também sentir sobre a potestade do Estado soberano, como forma de organização social historicamente fortalecido a partir da Paz da Vestfália (1648) e do predomínio do ideário das Revoluções Burguesas.

Patrícia Martinez Almeida e Marcelo Benacchio consignam que⁵:

3 BOBBIO. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

4 Conquanto o termo tenha se tornado prevalente a partir dos anos de 1990 em razão do desenvolvimento da *internet* e das tecnologias de informação e comunicação (TICS) foi inicialmente cunhado pelo sociólogo norte-americano Daniel Bell, em seu livro *O advento da sociedade pós-industrial* (1973). Na resenha da obra de Bell, bem redigida por José Flávio Bertero (*Sobre a Sociedade Pós-Industrial*, Resenha. s/d. Disponível em: <<https://www.unicamp.br/cemarx/ANAIS%20IV%20COLOQUIO/comunica%E7%F5es/GT3/gt3m2c4.pdf>>. Acesso em 18.12.2019), da qual aqui fazemos uso pelas limitações da extensão deste breve capítulo que ora nos propomos a redigir, se pode sintetizar o pensamento de Bell em três teses mestras: A primeira, a de que a sociedade pós-industrial, em contraste às sociedades pré-industrial e industrial, funda-se na ascensão dos serviços, que se tornam hegemônicos, implicando no declínio das atividades industriais, de modo que a fonte do poder nela existente se radica na informação. A segunda tese é a de que nesta sociedade pós-industrial, a sindicalização operária decresce, ao passo que cresce a dos empregados de escritório e funcionários públicos, conduzindo à sindicalização das classes médias. E, por fim, a terceira tese, é a de que os conflitos se deslocam do poder do trabalho e das classes à ciência e à técnica, de modo que as disputas se dão entre os que têm o saber e os que não o têm. O poder passa a ser exercido por quem sabe, ocupando o lugar antes ocupado pela propriedade. A ciência tornou-se o fundamento do novo poder. Conquanto não seja este termo indene a críticas, (a UNESCO prefere o uso da expressão *sociedade do conhecimento*), optamos por utilizá-lo em razão de sua ampla aceitação acadêmica e em declarações e tratados internacionais.

5 ALMEIDA; BENACCHIO. *A globalização de os direitos humanos sociais in* FORGIOONI; DEL NERO; DEZEM *et al. Direito Empresarial, direito do Espaço virtual e outros desafios do direito: homenagem ao professor Newton de Lucca*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

As novas tecnologias contribuíram sobremaneira neste processo de ‘desterritorialização’ estatal, uma vez que em decorrência da globalização das relações individuais os sujeitos buscaram meios para otimizar o espaço e o tempo, na circulação de seus bens e liberdades, com isso houve a transferência destas relações ao espaço virtual ou ao ‘ciberespaço’ (LÉVY, 1999), num processo batizado por Giddens (2007) de um ‘mundo em descontrole’.

Por outro lado, na recentíssima pesquisa “Democracias sob Tensão: Um Estudo Planetário”⁶, promovido pela *Fondation pour L’Innovation Politique*, apurou-se que a tecnologia é amplamente encarada como um fator de progresso pelas populações entrevistadas em 42 países democráticos:

Observando-se o conjunto dos dados, os países democráticos pesquisados veem, de modo majoritário, com bons olhos o avanço técnico-científico: quando os cidadãos se pronunciam, estes o fazem significativamente de maneira otimista. No campo da saúde, essa opinião otimista é a mais perceptível, pois mais de três quartos (79%) das pessoas entrevistadas consideram seu impacto como positivo. Sobre o emprego, seis pessoas em cada dez (63%) consideram que as descobertas científicas e tecnológicas têm um efeito benéfico, enquanto que esse número baixa ligeiramente quando se trata das liberdades (57%). Entretanto, apenas uma pequena maioria (53%) declara perceber uma influência positiva desse progresso sobre as relações humanas.

De todo modo, nesta nova dinâmica de interação humana, a ciência, o conhecimento, a informação e a técnica tornaram-se o fundamento do poder, como bem destaca Daniel Bell⁷, sobretudo se consideradas as grandes corporações prevalentes no campo da tecnologia como Google, Apple, Facebook, Amazon e Microsoft, conhecidas pela sigla GAFAM, estão todas sediadas no mesmo país, os Estados Unidos da América, que, aliás, é apontado por Matthias Risse como “o centro da tecnologia global, incluindo a IA”⁸.

Em uma perspectiva histórica da evolução dos direitos humanos, notou Norberto Bobbio⁹ que:

A luta pelos direitos teve como primeiro adversário o poder religioso; depois, o poder político; e, por fim, o poder econômico. Hoje, as ameaças à vida, à liberdade e à segurança podem vir do poder sempre maior que as conquistas da ciência e das aplicações dela derivadas dão a quem está em condição de usá-las.

6 FONDATION POUR L’INNOVATION POLITIQUE: Democracias sob Tensão: Um Estudo Planetário. p. 75. Volume I. Disponível em: <<http://www.fondapol.org/etude/democracias-sob-tensao-um-estudo-planetario-volume-i/>>. Acesso em 18.12.2019.

7 *apud* BERTERO, José Flávio, *op. cit.*

8 RISSE, Matthias. *Direitos Humanos e Inteligência Artificial: Uma Agenda Urgentemente Necessária*. Disponível em: <<https://doi.org/10.12957/publicum.2018.35098>>. Acesso em 18.12.2019, p. 30.

9 BOBBIO. *op. cit.* p. 209.

Ora, a *inteligência artificial* é uma inequívoca manifestação do conhecimento aplicado à realidade prática e como tal passa também ela a ser uma possível ferramenta de exercício de poder na *sociedade da informação*.

Destarte, a *inteligência artificial* ganha relevo na temática dos direitos humanos, cuja construção histórica “[...] é o fruto agri-doce de injustiças sofridas por indivíduos, grupos e povos, ou ainda bandeira de inúmeros heróis anônimos que enfrentaram o poder estabelecido”.¹⁰ Ademais, o momento em que se iniciam os primeiros experimentos da inteligência artificial, coincide com os anos finais da II Grande Guerra¹¹, quando então, ao término do conflito, se redefiniram os contornos da nova ordem internacional pela fundação da Organização das Nações Unidas (ONU).

Mas o que é a *inteligência artificial*? De modo mais genérico, se pode afirmar que ela é a capacidade de as máquinas aprenderem com experiências e se ajustarem a novas realidades, representadas por novos dados, atuando como se humanas fossem, de modo que com tais tecnologias os computadores podem ser treinados para cumprir tarefas singulares e processar grandes quantidades de dados, neles reconhecendo padrões e tomando decisões¹².

A definição conceitual da *inteligência artificial*, porém, é mais complexa porque perpassa pela própria definição do que é “inteligência”. Oportuna a transcrição das lições

10 SILVEIRA; ROCASOLANO. *Os direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21.

11 Os primórdios do desenvolvimento da Inteligência Artificial, segundo Silvio do Lago Pereira, remontam à década de 1940: “Para termos uma ideia de como a IA vem se desenvolvendo ao longo dos anos, vamos descrever sucintamente as principais fases de pesquisa nessa área: **(1943-1950)** No início, as pesquisas estavam principalmente voltadas ao modelo de neurônios artificiais (McCulloch & Pitts, 1943), que possibilitaria o desenvolvimento de máquinas que fossem capazes de aprender. **(1951-1969)** Em seguida, surgiram também os primeiros programas capazes de jogar xadrez (Shannon, 1950 e Turing, 1953), provar teoremas de lógica e imitar a forma de raciocínio do ser humano (Newell & Simon, 1956), planejar tarefas (Green, 1963), comunicar-se em linguagem natural (Weizenbaum, 1965), aprender por analogia (Evans, 1968) e analisar estruturas moleculares (Buchan et al., 1969). Foi uma fase de grande entusiasmo; já a que, até bem pouco tempo antes, o computador era visto meramente como uma máquina de calcular. **(1970-1980)** Nessa fase, os pesquisadores começaram a esbarrar em problemas relacionados ao armazenamento de dados e ao tempo de processamento. Com o surgimento da Teoria da Complexidade Computacional (Cook, 1971), ficou comprovado que a solução desses problemas não dependia apenas de memória adicional ou de processadores mais rápidos. Em consequência disso, muitas das expectativas iniciais se mostraram impossíveis e o entusiasmo na área diminuiu. **(1981-presente)** Em 1981, os japoneses anunciaram um projeto de computador de quinta geração, que teria Prolog como linguagem de máquina e seria capaz de realizar milhões de inferências por segundo. Receando o domínio japonês, grandes investimentos começaram a ser feitos na Europa e nos Estados Unidos. Em decorrência desse fato, a IA voltou a ser uma área de pesquisa muito ativa; sendo que, atualmente, está voltada principalmente para aplicações práticas em áreas específicas, tais como manufatura, robótica, visão, etc”.

12 Definição adaptada do verbete extraído do glossário do Núcleo de Tecnologia Digital Aplicada à Educação, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, disponível em:

<<http://www.nuted.ufrgs.br/oa/OntoRecEdu/glossario.html>>. Acesso em 18.12.2019.

de Silvio do Lago Pereira¹³, que bem sintetizou o avanço das discussões relativas à conceituação da *inteligência artificial*:

Em geral, os dicionários da língua portuguesa (e.g., [3]) definem inteligência como sendo a “faculdade de aprender, compreender e adaptar-se” e apresentam pelo menos mais três acepções distintas para esse termo:

- teológica: “dom divino que nos torna semelhantes ao Criador”;
- filosófica: “princípio abstrato que é a fonte de toda a intelectualidade”;
- psicológica: “capacidade de resolver problemas novos com rapidez e êxito”.

Como podemos perceber, não há consenso sobre o significado de inteligência e, dessa forma, definir precisamente o que é inteligência artificial é uma tarefa, se não impossível, pelo menos extremamente difícil. Entretanto, podemos definir Inteligência Artificial (IA), enquanto disciplina do conhecimento humano. Segundo Russell & Norvig, as definições de IA, encontradas na literatura científica, podem ser agrupadas em quatro categorias principais:

- (a) sistemas que pensam como humanos
- (b) sistemas que agem como humanos
- (c) sistemas que pensam logicamente
- (d) sistemas que agem logicamente

As duas primeiras categorias (a&b) são, essencialmente, empíricas e envolvem formulação de hipóteses e confirmação experimental, enquanto as outras duas (c&d) são teóricas e envolvem matemática e engenharia. Embora essas categorias de definições muitas vezes parecem antagonicas, todas têm contribuído muito para o desenvolvimento da área de IA.

Silvio do Lago Pereira¹⁴ relata ainda que:

Para contornar o problema da falta de definição precisa para inteligência artificial, Alan Turing (1950) propôs um teste capaz de determinar se uma máquina demonstra ou não inteligência (artificial), baseado no seguinte argumento:

Não sabemos definir precisamente o que é inteligência e, conseqüentemente, não podemos definir o que é inteligência artificial. Entretanto, embora não tenhamos uma definição de inteligência, podemos assumir que o ser humano é inteligente. Portanto, se uma máquina fosse capaz de se comportar de tal forma que não pudessemos distingui-la de um ser humano, essa máquina estaria demonstrando algum tipo de inteligência que, nesse caso, só poderia ser inteligência artificial.

Essencialmente, o teste proposto por Allan Turing era que, por meio de um terminal, um ser humano deveria entrevistar ‘alguém’ num local remoto (como num *chat*); se, após um determinado tempo, ele não fosse capaz de perceber que esse ‘alguém’ era uma máquina, então a hipótese da existência de inteligência artificial estaria confirmada.

Conforme Russell & Norvig observam, programar sistema de computador para passar no Teste de Turing é uma tarefa muito difícil. Tal sistema precisaria ter pelo menos as seguintes capacidades:

- processamento de linguagem natural: para comunicar-se com o usuário;

13 PEREIRA. Introdução à Inteligência Artificial. Disponível em: <<https://www.ime.usp.br/~slago/IA-introducao.pdf>>. Acesso em 18.12.2019.

14 PEREIRA. *op. cit.*

- representação de conhecimento: para armazenar o que sabe ou aprende;
- raciocínio automatizado: para usar o conhecimento armazenado com a finalidade de responder perguntas ou tirar novas conclusões;
- aprendizado de máquina: para adaptar-se a novas circunstâncias, detectar e extrapolar padrões, a fim de atualizar o seu conhecimento armazenado.

O desempenho dessas atividades pelas máquinas depende primordialmente de grandes bases de dados estruturados e de algoritmos. Sobre estes, Matthias Risse¹⁵ expõe que:

[...] podem fazer qualquer coisa que possa ser codificado, desde que tenham acesso aos dados de que precisam, na velocidade exigida, e sejam colocados em um quadro de projeto que permita a execução das tarefas assim determinadas. Em todos esses domínios, o progresso tem sido enorme. A eficiência dos algoritmos é cada vez mais aprimorada através do *Big Data*: a disponibilidade de uma enorme quantidade de dados sobre toda a atividade humana e outros processos no mundo que permitem que um tipo particular de IA conhecido como “aprendizado de máquina” (*machine learning*) faça inferências sobre o que acontecerá com base na detecção de padrões. Algoritmos são melhores do que humanos onde quer que sejam testados, embora vieses humanos sejam perpetuados naqueles: qualquer sistema projetado por humanos reflete vieses humanos e algoritmos contam com dados que capturam o passado, automatizando, assim, o *status quo* se falharmos em evitá-los. Mas os algoritmos são livres de ruído: ao contrário dos seres humanos, eles chegam à mesma decisão sobre o mesmo problema quando o apresentam duas vezes.

Por fim, Silvio do Lago Pereira¹⁶ explica que há três abordagens principais da *inteligência artificial*, a *conexionista*, a *simbólica* e a *evolucionária*:

- **Conexionista**: baseia-se na hipótese de causa-efeito, segundo a qual um modelo suficientemente preciso do cérebro humano é suficiente para reproduzir a inteligência que o homem possui. Essa abordagem trata de problemas imprecisos, mas que podem ser definidos através de exemplos (e.g., reconhecimento de caligrafia), e sua principal contribuição são as redes neurais.
- **Simbólica**: baseia-se na hipótese do sistema de símbolos físicos, segundo a qual um conjunto de estruturas simbólicas e um conjunto de regras de manipulação dessas estruturas são os meios necessários e suficientes para se criar inteligência. Essa abordagem trata problemas bem definidos (e.g., planejamento de tarefas) e sua principal contribuição são os sistemas especialistas.
- **Evolucionária**: baseia-se na teoria evolutiva de Darwin, a hipótese é que podemos modelar sistemas inteligentes simulando a evolução de uma população de indivíduos (aleatórios), que carregam genes com informação suficiente para dar origem à solução de um problema, usando operações genéticas. **(destaques nossos)**

15 RISSE. *op. cit.* p. 19.

16 PEREIRA. *op. cit.*

Descrita a *inteligência artificial* de modo que nos seja permitido compreender como ela é delineada e que atividades pode desempenhar ao espelhar os processos mentais humanos de aprendizagem, possível vislumbrar como sua aplicação pode impactar a efetivação dos direitos humanos, seja auxiliando na execução de medidas que reforcem sua concretude ou em práticas que os vulnerarem.

1. As implicações positivas e negativas da inteligência artificial aos direitos humanos e as respostas globais a elas

A aplicação da *inteligência artificial* vem se mostrando praticamente irrestrita na medida em que se sofisticam as tecnologias que a viabilizam, podendo ela detectar padrões em meio a grandes volumes de dados e, a partir daí, tomar decisões consistentes em curto espaço de tempo e com significativa economia de recursos.

Por isso ela vem sendo usada nos setores de transporte (revelando-se como força motora de aplicativos de localização de motoristas e passageiros, como o Uber, na pesquisa e comparação de passagens aéreas, na criação de veículos autônomos que evitam o tráfego para minimizar o consumo de combustível e reduzir quantidade de emissão de poluentes); da inovação e da pesquisa científica (auxiliando na coleta e processamento de dados); da saúde (colaborando no diagnóstico e prevenção de doenças, ministrando os medicamentos mais adequados a cada paciente a partir do seu histórico de dados); da justiça criminal (onde tem sido usada para prever e avaliar riscos de reincidência); de segurança digital (auxiliando a detecção de ameaças); da agricultura; dos serviços financeiros e legais; do marketing e da publicidade (pela coleta de dados sobre o comportamento do consumidor, a permitir a segmentação e personalizar a publicidade) dentre tantos outros.

Essa miríade de aplicações da inteligência artificial lança uma nova rodada de reflexões, iniciadas a partir do reconhecimento conceitual da *sociedade da informação*, e da importância das TICS no desenvolvimento humano, agora cada vez mais atrelado ao avanço tecnológico. Daí não mais se poder negligenciar ou retardar nos foros globais as interações entre a *inteligência artificial* e os direitos humanos.

Um importante passo à consolidação da convicção dos impactos da tecnologia sobre a sociedade global decorreu da adoção, em dezembro de 2001, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, da Resolução A/RES/56/183¹⁷, que aprovou a realização de uma *Cúpula Mundial da Sociedade da Informação (World Summit on the Information Society)*, para abordar as questões de Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC), visando, a partir da ampliação

17 Disponível em: <https://www.itu.int/net/wsis/docs/background/resolutions/56_183_unga_2002.pdf>. Acesso em: 18/12/2019.

do acesso à *internet* no mundo em desenvolvimento, diminuir as assimetrias entre países ricos e pobres no tocante ao acesso digital. Estava, pois, oficialmente reconhecida uma *sociedade da informação*, como nova realidade global.

A Cúpula ocorreu em duas fases, a primeira em Genebra, em 2003, e a segunda, em Túnis, em 2005, nas quais foram adotados a Declaração de Princípios e o Plano de Ação de Genebra (que dentre suas cláusulas incluiu a de aplicação das TICS ao *E-government*, *E-learning* e *E-health*) e o Compromisso de Túnis e a Agenda para a Sociedade da Informação e a criação do *Fórum de Governança da Internet* (*Internet Governance Forum* - IGF).

O reconhecimento da importância da tecnologia no desenvolvimento humano foi reforçado na Resolução A/RES/70/1¹⁸, da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), de 25 de setembro de 2015, adotada como resultado da Cúpula das Nações Unidas na elaboração de uma agenda de desenvolvimento pós-2015, da qual participaram os 193 Estados-membros, quando então se anunciou a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, com dezessete objetivos de desenvolvimento global sustentável¹⁹, decompostos em submetas a serem alcançadas.

Na introdução da “Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”, consignou-se que:

[...] O acesso à educação aumentou consideravelmente tanto para meninos quanto para meninas. A disseminação da informação e das tecnologias de comunicação e interconectividade global têm grande potencial para acelerar o progresso humano,

18 Disponível em: <https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_70_1_E.pdf>. Acesso em 18.12.2019.

19 Agenda 2030: Objetivo 1: Acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares; Objetivo 2: Acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável; Objetivo 3: Assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades; Objetivo 4: Assegurar a educação inclusiva e equitativa de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos; Objetivo 5: Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas; Objetivo 6: Assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e o saneamento para todos; Objetivo 7: Assegurar a todos o acesso confiável, sustentável, moderno e a preço acessível à energia; Objetivo 8: Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos; Objetivo 9: Construir infraestruturas resilientes, promover a industrialização inclusiva e sustentável e fomentar a inovação; Objetivo 10: Reduzir a desigualdade dentro dos países e entre eles; Objetivo 11: Tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis; Objetivo 12: Assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis; Objetivo 13: Tomar medidas urgentes para combater a mudança do clima e os seus impactos; Objetivo 14: Conservar e usar sustentavelmente os oceanos, os mares e os recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável; Objetivo 15: Proteger, recuperar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gerir de forma sustentável as florestas, combater a desertificação, deter e reverter a degradação da terra e deter a perda de biodiversidade; Objetivo 16: Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis; Objetivo 17: Fortalecer os meios de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável. Disponível em: <https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/Brasil_Amigo_Pesso_Idosa/Agenda2030.pdf>. Acesso em 18.12.2019.

para eliminar o hiato digital e desenvolver sociedades do conhecimento, tal como a inovação científica e tecnológica em áreas tão diversas como medicina e energia.

A relevância do acesso à tecnologia, principalmente à da informação e comunicação, é reproduzida nas submetas (vide “5.b”; “9.c” e “17.8”).

Embora tal documento nada trate sobre o uso da *inteligência artificial*, esta tecnologia pode, sem nenhuma dúvida, colaborar no atingimento de praticamente todos os dezessete objetivos de desenvolvimento sustentável, especialmente no tocante aos seguintes objetivos: educação inclusiva e de qualidade (Objetivo 4), promoção do crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos (Objetivo 8), promoção da industrialização inclusiva e sustentável e o fomento à inovação (Objetivo 9), conversão das cidades e assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis (Objetivo 11), garantia de padrões de produção e consumo sustentáveis (Objetivo 12), adoção urgente de medidas contra a mudança do clima (Objetivo 13), proteção, recuperação e promoção do uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gestão de forma sustentável das florestas, combate a desertificação, interrupção e reversão da degradação da terra e da perda de biodiversidade (Objetivo 15), promoção de sociedades pacíficas e inclusivas ao desenvolvimento sustentável, com acesso à justiça para todos e construção de instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis (Objetivo 16) e ao fortalecimento dos meios de implementação e a revitalização da parceria global para o desenvolvimento sustentável (Objetivo 17).

Sob o viés positivo da interação da inteligência artificial com os direitos humanos, podem-se citar as iniciativas de governo eletrônico, inicialmente fundadas apenas na adoção das TICs pelos órgãos estatais, mas que passaram a incorporar a inteligência artificial, podendo ensejar consideráveis ganhos na rapidez da prestação de serviços públicos e sua universalização pela diminuição dos custos econômicos, incluindo o serviço de distribuição de Justiça.

Um exemplo em curso é o desenvolvimento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em conjunto com a Universidade de Brasília (UnB), da ferramenta Victor, que deverá ser capaz de, após ler os recursos extraordinários, identificar automaticamente os vinculados a determinados temas de repercussão geral²⁰.

A *inteligência artificial* pode, ademais, ser justamente empregada no policiamento da observância dos direitos humanos. Esta é a iniciativa já colocada em curso pela Anistia

20 Vide matéria publicada pelo STF em seu site. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>>. Acesso em: 18.12.2019.

Internacional, que está se valendo da IA para buscar causas de direitos humanos. Notícia Matthias Risse²¹ que:

O que de qualquer forma é necessário é mais interação entre os direitos humanos e as comunidades de IA, de modo que o futuro não seja criado sem a comunidade de direitos humanos. (Não há risco de que seja criado sem a comunidade de IA). Um passo importante nesse sentido é a decisão da Anistia Internacional de fazer uso extensivo de dispositivos de inteligência artificial em busca de causas de direitos humanos. Esta iniciativa foi inaugurada pelo Secretário-Geral então de saída, Salil Shetty, sendo o líder do projeto Sherif Elsayed-Ali. Nesse estágio, a Anistia Internacional está testando o uso da *machine learning* em investigações de direitos humanos e também se concentra no potencial de discriminação no uso de aprendizado de máquina, particularmente com relação ao policiamento, justiça criminal e acesso a serviços econômicos e sociais essenciais.

Mas nem tudo são rosas. Os riscos existem, são relevantes e de escala global. O domínio e os custos dessa tecnologia são proibitivos para a maior parte das pessoas e corporações, o que expõe a possibilidade dessa tecnologia de maneira não democrática e participativa, marcas próprias da construção histórica dos direitos humanos desde sua primeira geração (ou dimensão). Daí o alerta de Matthias Risse:²²

[...] devemos dar atenção à advertência de Thomas Piketty de que o capitalismo deixado por conta própria em tempos de paz gera uma desigualdade econômica cada vez maior. Aqueles que possuem a economia se beneficiam mais do que aqueles que apenas trabalham lá. Com o tempo, as chances de vida dependerão cada vez mais do *status* social no nascimento. Também vemos mais e mais como aqueles que produzem tecnologia ou sabem como usar a tecnologia para ampliar o impacto podem comandar salários cada vez mais altos. A IA apenas reforçará essas tendências, tornando mais fácil para os líderes de todos os segmentos ampliarem seu impacto. Isso, por sua vez, faz com que os produtores de IA sejam fornecedores cada vez mais caros de tecnologia.

E arremata:

Nos últimos 70 anos, o movimento pelos direitos humanos muitas vezes fracassou em enfatizar o tema maior do qual os direitos humanos devem fazer parte: a justiça distributiva, interna e global. A IA pode, eventualmente, colocar em risco o próprio legado do Iluminismo, porque a individualidade, como tal, está cada vez mais cercada em uma era de *Big Data* e *machine learning*. Isso também pode acontecer, uma vez que o que está ameaçado aqui também é o tipo de preocupação com a sociedade como um todo, capturada no pensamento moderno sobre justiça distributiva ou

21 RISSE. *op. cit.* p. 27.

22 RISSE. *op. cit.* p. 29.

social, que só se tornou possível com o surgimento do Iluminismo e das possibilidades tecnológicas abertas pela industrialização²³.

Diante desses desafios, estão surgindo e avançando iniciativas de governos, empresas, organizações não governamentais e organizações internacionais, na elaboração e adoção de princípios e regras de conduta à aplicação da *inteligência artificial* a fim de forjá-la como instrumento de atingimento dos ODS, da Agenda 2030, e, por conseguinte, de concretude dos direitos humanos.

Uma das iniciativas que merece destaque nesse sentido são os “*Princípios da OCDE sobre Inteligência Artificial*” (*OECD Principles on Artificial Intelligence*), adotados em maio de 2019 pelos países membros da organização, após a aprovação da Recomendação do Conselho da OCDE sobre Inteligência Artificial, e subscrito por outros Estados não-membros, dentre eles o Brasil.

Em resumo, os princípios da OCDE especificam que a *inteligência artificial* deverá: (a) servir aos interesses de indivíduos e do planeta, favorecendo o crescimento inclusivo, o desenvolvimento durável e o bem-estar; (b) os sistemas da *inteligência artificial* deverão ser concebidos de maneira a respeitar o Estado de Direito, os direitos humanos, os valores democráticos e a diversidade, e outras formas de garantias apropriadas, permitindo, por exemplo, a intervenção humana em caso de necessidade, tendente a uma sociedade justa e equitativa; (c) convém assegurar a transparência e a divulgação responsável de informações ligadas aos sistemas de IA, a fim de permitir que os indivíduos saibam quando interagem com tais sistema e possam contestar seus resultados; (d) os sistemas de IA deverão ser robustos e seguros ao longo de todo o ciclo de sua vida, os riscos conexos eventuais deverão ser avaliados e geridos permanentemente; (e) as organizações e indivíduos responsáveis pelo desenvolvimento, implantação ou operação dos sistemas de IA, deverão ser responsáveis pelo seu bom funcionamento de acordo com esses princípios²⁴.

Carline Burle e Diogo Cortiz, em impresso intitulado *Mapeamento de princípios de inteligência artificial*, ofertado aos participantes do Fórum Regional para Inteligência

23 RISSE. *op. cit.* p. 31.

24 Traduzido livremente do francês: “1. L’IA devrait servir les intérêts des individus et de la planète en favorisant la croissance inclusive, le développement durable et le bien-être. 2. Les systèmes d’IA devraient être conçus de manière à respecter l’état de droit, les droits de l’homme, les valeurs démocratiques et la diversité, et être assortis de garanties appropriées – permettant par exemple l’intervention humaine en cas de besoin –, afin de tendre vers une société juste et équitable. 3. Il convient d’assurer la transparence et la divulgation responsable des informations liées aux systèmes d’IA, afin de faire en sorte que les individus sachent lorsqu’ils interagissent avec de tels systèmes et puissent en contester les résultats. 4. Les systèmes d’IA devraient être robustes, sûrs et sécurisés tout au long de leur cycle de vie ; les risques connexes éventuels devraient être évalués et gérés en permanence. 5. Les organisations et les individus chargés de développer, de déployer ou d’exploiter des systèmes d’IA devraient être responsables de leur bon fonctionnement, dans le respect des principes susmentionnés”. Disponível em: <<https://www.oecd.org/fr/sites/goingdigital/quarante-deux-pays-adoptent-les-nouveaux-principes-de-l-ocde-sur-l-intelligence-artificielle.htm>>. Acesso em: 18.12.2019.

Artificial na América Latina e Caribe, ocorrida em São Paulo, entre 12 e 13 de dezembro de 2019, no Anfiteatro Camargo Guarnieri, da Universidade de São Paulo (USP), apresentaram um interessante mapeamento não-exaustivo dos princípios comuns de algumas dessas iniciativas, selecionando duas do setor governamental (Comissão Europeia e Departamento de Defesa Norte-Americano), duas do setor empresarial (Google e Microsoft), uma de organização internacional (a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, já explorada), e outra derivada da academia e do setor privado (Academia de Inteligência Artificial de Pequim) dividindo-as em seis dimensões, a saber: (a) equidade (*fairness*); (b) confiabilidade e segurança (*reliability & safety*); (c) impacto social (*social impact*); (d) responsabilidade (*accountability*); (e) privacidade e segurança (*privacy & security*); e (f) transparência. Embora, segundo eles, nem todas essas iniciativas abordem a integralidade das dimensões dos seis princípios (por exemplo, a iniciativa do Departamento de Defesa Norte-Americano não aborda o impacto social nem a privacidade e segurança, esta também não abordada pela iniciativa da OCDE, e o Google não aborda a dimensão da transparência), todos se ocuparam das dimensões da equidade, confiabilidade & segurança e responsabilidade, a indicar uma prevalência da preocupação comum desses aspectos, que não podem, pois, serem desconsiderados na aplicação da *inteligência artificial* em qualquer atividade humana.

Também se deve destacar a recentíssima Declaração de Osaka dos Líderes do G20, fruto do encontro dos líderes desse Grupo, dentre eles o do Brasil, reunidos naquela cidade japonesa entre 28 e 29 de junho de 2019, onde expressamente se que o uso responsável da *inteligência artificial* pode ser uma força motriz à promoção dos ODS e criação de uma sociedade sustentável e inclusiva. Extrai-se literalmente do item 12 da Declaração de Osaka dos Líderes do G20 que:

[...] O desenvolvimento e o uso responsável da Inteligência Artificial (IA) podem ser uma força motora para ajudar a promover os ODS e a criar uma sociedade sustentável e inclusiva. Para promover a confiança do público em tecnologias de IA e realizar plenamente seu potencial, comprometemo-nos com um enfoque de IA centrado no ser humano e saudamos os Princípios sobre IA do G20, extraídos da Recomendação da OCDE sobre IA. Adicionalmente, reconhecemos a crescente importância de promover a segurança na economia digital e tratar de lacunas e vulnerabilidades. Afirmamos a importância da proteção da propriedade intelectual. Juntamente com a rápida expansão de tecnologias emergentes, inclusive a “Internet das Coisas (IoT, em inglês), cresce o valor de uma permanente discussão sobre a segurança na economia digital. Nós, como membros do G20, afirmamos a necessidade de continuar tratando desses desafios urgentes. Reafirmamos a importância de superar o hiato digital e promover a adoção da digitalização pelas pequenas e médias empresas (PMEs) e por todos os indivíduos, particularmente os

grupos vulneráveis, e também encorajamos a comunicação e a troca de experiências entre cidades, para o desenvolvimento de cidades inteligentes²⁵.

Em suma, tais iniciativas revelam à luz solar o processo de dinamogênese²⁶ dos direitos humanos, fenômeno que importa na afirmação da dignidade humana pela humanização da cultura e das estruturas de organização social, estabelecendo inicialmente pretensões e, posteriormente, limites às manifestações contrárias do poder estabelecido, só alcançáveis por expressões e instituições jurídicas, cuja finalidade é a proteção da dignidade em todas as disputas ante o exercício ilimitado do poder²⁷.

Conclusão

Ante o aqui exposto, pode-se concluir que o advento do uso da *inteligência artificial* pode acarretar inúmeros benefícios à concretude dos direitos humanos já enunciados e historicamente consolidados até então e assim colaborar na efetivação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030, da ONU.

Essa tecnologia, todavia, apresenta riscos de subversão desses mesmos direitos, de modo que sua aplicação nas mais diversas atividades humanas deve ser sempre orientada pelo princípio máximo da dignidade humana.

Diante da evidenciação desses riscos, diversas são as iniciativas que buscam estabelecer as balizas necessárias ao uso da *inteligência artificial* de maneira consentânea com os direitos humanos, dentre elas destacando-se no âmbito das organizações e relações internacionais, os *Princípios da OCDE sobre Inteligência Artificial*, aos quais aderiu o Brasil, e a Declaração de Osaka dos Líderes do G20.

Destarte, com a adoção desses eixos principiológicos, espera-se poder extrair o máximo das vantagens propiciadas pela *inteligência artificial*, minimizando, por outro lado, as desvantagens potencialmente latentes no uso dessa tecnologia.

Em outras palavras, vivencia-se um período de plena dinamogênese dos direitos humanos relativos à aplicação da *inteligência artificial*, em cujo estudo se deve seguir

25 Declaração de Osaka dos Líderes do G20. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/20562-declaracao-de-osaka-dos-lideres-do-g20>>. Acesso em: 18.12.2019.

26 “[...] a criação ou nascimento dinâmico de direitos em decorrência das necessidades dos seres humanos que, de tempos em tempos, uma vez conscientes de seus problemas, se articulavam por intermédio de um protagonista coletivo, que age reivindicando direitos ou limitação de poderes. Assim, com o enfrentamento entre o poder estabelecido e os novos atores, aparecem novos paradigmas do direito, que positivam novas demandas e transformam relações jurídicas anteriores”. Vladimir Oliveira da Silveira e Maria Mendez Rocasolano (2010, p. 78).

27 SILVEIRA; ROCASOLANO. *Os direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 109.

aprofundando toda a comunidade acadêmica jurídica e das ciências afetas às novas tecnologias, numa conjunção de esforços convergentes à dignificação do ser humano.

Referências

ALMEIDA, Patrícia Martinez; BENACCHIO, Marcelo. *A globalização de os direitos humanos sociais*. In: *Direito Empresarial, direito do espaço virtual e outros desafios do direito: homenagem ao professor Newton de Lucca*. FORGIONI, Paula A.; NERO, Patrícia Aurélio Del; DEZEM, Renata Mota Maciel; MARQUES, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug (Coords.). São Paulo: Quartier Latin, 2018.

ASSEMBLEIA GERAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução A/RES/56/183*. 2001. Disponível em:

<https://www.itu.int/net/wsis/docs/background/resolutions/56_183_unga_2002.pdf>.

Acesso em: 18/12/2019.

_____. *Resolução A/RES/70/1*. Disponível em:

<https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_70_1_E.pdf>. Acesso em 18.12.2019.

_____. *Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*. Disponível em:

<https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/Brasil_Amigo_Pesso_Idosa/Agenda2030.pdf>. Acesso em 18.12.2019.

BERTERO, José Flávio. *Sobre a Sociedade Pós-Industrial*. Resenha. s/d. Disponível em:

<<https://www.unicamp.br/cemarx/ANAIS%20IV%20COLOQUIO/comunica%E7%F5es/GT3/gt3m2c4.pdf>>. Acesso em 18.12.2019.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social (MDS). Disponível em:

<https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/Brasil_Amigo_Pesso_Idosa/Agenda2030.pdf>. Acesso em 18.12.2019.

_____. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. *Declaração de Osaka dos Líderes do G20*. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/20562-declaracao-de-osaka-dos-lideres-do-g20>>. Acesso em 18.12.2019.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>>. Acesso em: 18.12.2019.

BURLE, Carline; CORTIZ, Diogo. *Mapeamento de princípios de inteligência artificial*. Impresso ofertado aos participantes do Fórum Regional para Inteligência Artificial na América Latina e Caribe, ocorrida em São Paulo, entre 12 e 13 de dezembro de 2019, no Anfiteatro Camargo Guarnieri, da Universidade de São Paulo (USP).

CÚPULA MUNIAL SOBRE A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: Disponível em: <<http://www.itu.int/net/wsis/>>. Acesso em: 18.12.2019.

FONDATION POUR L'INNOVATION POLITIQUE: *Democracias sob tensão: um estudo planetário*. Volume I. Disponível em: <<http://www.fondapol.org/etude/democracias-sob-tensao-um-estudo-planetario-volume-i/>>. Acesso em 18.12.2019.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. *Princípios da OCDE sobre inteligência artificial*. <<https://www.oecd.org/fr/sites/goingdigital/quarante-deux-pays-adoptent-les-nouveaux-principes-de-l-ocde-sur-l-intelligence-artificielle.htm>>. Acesso em 18.12.2019.

PEREIRA, Silvia Artificial. *Introdução à Inteligência Artificial*. Disponível em: <<https://www.ime.usp.br/~slago/IA-introducao.pdf>>. Acesso em 18.12.2019.

RISSE, Matthias. *Direitos Humanos e Inteligência Artificial: Uma Agenda Urgentemente Necessária*. Disponível em: <<https://doi.org/10.12957/publicum.2018.35098>>. Acesso em 18.12.2019.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; e ROCASOLANO, Maria Mendez. *Os direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL. NÚCLEO DE TECNOLOGIA DIGITAL APLICADA À EDUCAÇÃO. *Glossário*. Disponível em: <<http://www.nuted.ufrgs.br/oa/OntoRecEdu/glossario.html>>. Acesso em 18.12.2019

“PORNOGRAFIA DE VINGANÇA”: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO CONTEXTO DO CRIME E DA LEGISLAÇÃO EXISTENTE

Natália Leme Pereira¹; Laura Garcia Senhorinho²

RESUMO: O presente artigo destina-se à análise crítica do delito de disseminação não consentida de cenas íntimas, popularmente conhecido como “revenge porn” (“pornografia de vingança”). Para tanto, entendeu-se pertinente, de início, explicar o conceito do crime, apontando a inadequação da terminologia popular, bem como diferenciá-lo de outras condutas que circundam a temática. Na sequência, foi realizada uma abordagem do tema sob uma necessária perspectiva de gênero, bem como contextualizado o delito dentro do cenário da sociedade da informação, com a demonstração da magnitude dos seus impactos para as vítimas, notadamente mulheres. Posteriormente, foi feita uma análise sobre a legislação brasileira existente na matéria, eminentemente a penal, com destaque para as falhas técnicas que constituem o que denominamos Direito Penal de Emergência. Por fim, com vistas à diminuição dessa criminalidade, foram propostas duas principais linhas de atuação, que transcendem a esfera jurídica e que devem ser concretizadas na sociedade brasileira: a educação de gênero e a conscientização acerca da utilização adequada das ferramentas digitais.

Palavras-chave: Crime digital. Sociedade da informação. Direito Penal de Emergência. Educação de gênero. Conscientização no ambiente virtual.

“REVENGE PORN”: A CRITICAL ANALYSIS OF THE CRIME CONTEXT AND EXISTING LAW

ABSTRACT: This article is intended for the critical analysis of the crime of non-consensual dissemination of intimate scenes, popularly known as revenge porn. To this end, it was considered relevant, at first, explaining the concept of this crime to understand the inadequacy of popular terminology, as well as to differentiate it from other conducts that surround the theme. Subsequently, an approach to the theme was carried out from a necessary gender perspective, as well as contextualizing the offense within the scenario of the information society, with the demonstration of the impacts’ extension for victims, notably women. Subsequently, an analysis was made on the existing Brazilian legislation in

1 Graduanda do curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

2 E-mail: <laurinha.garcia.97@gmail.com>

the matter, mainly criminal, with emphasis on the technical flaws that affect what we know as Symbolic Criminal Law. Finally, aiming to reduce this type of crime, two main lines of action were proposed, which transcend the legal sphere and should be implemented in Brazilian society: gender education and awareness about the proper use of digital tools.

Keywords: Digital crime. Information society. Symbolic Criminal Law. Education about gender. Awareness of the virtual environment.

Introdução

Podemos definir o *revenge porn* (também denominado “pornografia de vingança” ou “pornografia de revanche”, em português) como a divulgação no meio virtual de imagens e vídeos íntimos, sem o consentimento da vítima, com o objetivo de prejudicá-la em sua esfera social. Trata-se de cibercrime híbrido, vez que o compartilhamento não consentido

(...) deve ser compreendido como uma violência tradicional (violência contra a intimidade sexual), com motivação tradicional (violência doméstica e, majoritariamente, de gênero), porém executada por um novo meio tecnológico acessível que potencializa seus efeitos.³

É importante entender essa prática como uma violência - sobretudo uma violência sexual, doméstica e de gênero -, na qual o ofensor deliberadamente expõe a vítima, por sentimentos de inconformismo ou de raiva, dentre outras motivações, com o intuito de dominá-la. Por isso, a expressão talvez mais acertada à esta conduta seria “Disseminação Não Consensual de Imagens Íntimas”, como apontado na obra “*O Corpo é o Código: estratégias jurídicas de enfrentamento ao revenge porn no Brasil*”⁴ e por demais ativistas da área, que traduz a escolha racional do ofensor em espalhar esse conteúdo, o que difere, por exemplo, de um “vazamento” de conteúdo, que pressupõe um ato involuntário como um “acidente”.

O tema é extremamente atual, uma vez que, em virtude da pandemia do COVID-19, muitos países passaram a seguir as recomendações de isolamento e distanciamento social das organizações de saúde, nacionais e internacionais; sendo que alguns, inclusive, estipularam horários de recolher. Essa nova situação ensejou a potencialização do uso da *Internet* e das redes sociais o que, combinado ao ócio e às emoções afloradas, intensificou os números de cibercrimes de natureza sexual.

3 GECC. **Projeto Vazou**. Pesquisa sobre vazamento não consentido de imagens íntimas no Brasil (2018). Disponível em: <https://www.crimlab.com/projetovazou/resultado.pdf>. Acesso em: 05 set. 2020.

4 VALENTE, Mariana Giorgetti; NERIS, Natália; RUIZ, Juliana Pacetta; BULGARELLI, Lucas. **O Corpo é o Código: estratégias jurídicas de enfrentamento ao revenge porn no Brasil**. InternetLab: São Paulo, 2016, p. 13.

Justamente pela relevância e contemporaneidade do assunto, entendemos pertinente apresentar, no primeiro item, uma abordagem crítica sobre o conceito e terminologia comumente empregados para se referir à disseminação não consentida de registros íntimos. Complementarmente, no segundo item, o tema é melhor delineado com as distinções feitas em relações a outras condutas, proibidas ou não pela ordenamento jurídico. No terceiro item, a necessidade se volta para a imprescindível perspectiva de gênero que deve permear toda a temática, uma vez que a disseminação não consensual de cenas íntimas afeta principalmente mulheres e está intimamente ligada com a sociedade estruturalmente machista existente no Brasil. No quarto item é explorado o contexto da sociedade da informação, sendo apresentados os graves impactos decorrentes da criminalidade ora em análise. Na sequência, é apresentada a legislação brasileira vigente sobre o tema, notadamente penal, bem como as falhas existentes, o que constitui o que no denominamos Direito Penal de Emergência. Por fim, apresentamos a linha de atuação que entendemos mais adequada para reduzir os índices desse crime específico, que se expressa através de uma dupla conscientização, pautada na educação de gênero e no ensino da utilização adequada das ferramentas digitais.

1. ANÁLISE CRÍTICA DO CONCEITO

De início, sobre a “pornografia de vingança” é necessário tecer algumas críticas, principalmente quanto ao termo “pornografia”, conquanto popularmente e na literatura a expressão *revenge porn* e suas traduções em português sejam amplamente utilizadas pelo seu impacto. Apesar de não ser o intuito deste trabalho apontar e discutir pormenorizadamente todas as polêmicas da indústria pornográfica, acreditamos que é necessário destrinchar certos aspectos, com enfoque na perspectiva de gênero, para entender sua inadequação ao se referir à uma violência que assola majoritariamente mulheres.

O emprego do termo “pornografia” traz uma ideia de comercialização daquele conteúdo, como se a vítima tivesse consentido para sua divulgação, e não que se trata de um verdadeiro abuso sexual. Ainda, a jurista e feminista estadunidense Catharine Mackinnon aduz que a pornografia torna a desigualdade prazerosa, pois associada ao sexo, e naturaliza a dominação masculina⁵. A criminalização da conduta de disseminar imagens e vídeos de conteúdo íntimo e sexual visa justamente o contrário: cessar com a dominação.

Sob a análise linguística, o dicionário Michaelis define o vocábulo “pornografia” com as seguintes expressões: “*devassidão*”, “*imoralidade*” e “*libertinagem*”, dentre outras da

5 MACKINNON, Catharine A. **Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law**. Harvard University Press: Cambridge, Massachusetts, and London, England, 1987, p.04.

mesma natureza. São palavras de natureza qualitativa negativa e imbuídas de forte reprovação moral. Não é à toa a recomendação do VIII FONAVID – Fórum Nacional de Juízas de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher” de evitar o emprego da expressão *revenge porn* pelos magistrados, pois implica desqualificação da mulher⁶.

O termo *revenge*, ou “vingança” ou “revanche” também não foge à crítica. A “vingança” importa um castigo, uma reação por parte de alguém que foi lesado ou ofendido - ou pelo menos que acredita tê-lo sido. Dessa forma, imagina-se que a vítima tenha feito algo que mereça o ato que sofreu, isto é, que ela tenha em algum momento prejudicado o autor e agora está recebendo a devida represália. O termo também é inadequado no sentido de que presume haver relação prévia de intimidade ou afeto entre as partes, o que não é necessariamente verdade. De fato, na maioria dos casos a conduta é realizada por alguém que a vítima deposita confiança, em regra um ex-parceiro, porém não são raros os casos em que o autor é apenas um colega de trabalho ou mesmo um desconhecido.

Ainda, vale dizer que a “vingança” não é sempre o motivo que leva o ofensor a praticar o ilícito, como bem aponta o Instituto Europeu para a Igualdade Gênero (EIGE)⁷, organismo da União Europeia. O agente pode divulgar o conteúdo por uma razão econômica, por exemplo, quando vende imagens de conteúdo íntimo a sites de pornografia.

2. DIFERENÇAS COM OUTRAS CONDUTAS

Sextorsão (“Sextortion”): como o nome pressupõe, trata-se da junção das palavras “sexo” e “extorsão”. Em linhas gerais, é forçar alguém - mediante meios não físicos - a fazer algo sob a ameaça de divulgar imagens e outros conteúdos íntimos da vítima. Em regra, o agente exige incessantemente quantias de dinheiro, que aumentam com o tempo, para não divulgar o conteúdo íntimo. Segundo dados do SaferNet Brasil, 69% das vítimas de “sextorsão” são meninas e mulheres⁸.

Estupro “virtual”: nesse caso o constrangimento, que é núcleo do tipo, se dá no ambiente virtual, sem interação física entre o agente e a vítima. Embora não seja possível a conjunção carnal por tal razão, é possível que o agente ameace a vítima para praticar atos libidinosos em si mesma e que documente o ato para o agente. Diferente da “sextorsão” em

6 VIII Fórum Nacional de Juízas de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher - FONAVID. Disponível em: <https://www.amb.com.br/fonavid/files/ata_viii_fonavid.pdf>. Acesso em: 03 set. 2020.

7 UNIÃO EUROPEIA. European Institute for Gender Equality. **Definition: revenge porn**. Disponível em: <[://eige.europa.eu/thesaurus/terms/1488](https://eige.europa.eu/thesaurus/terms/1488)>. Acesso em: 17 set. 2020.

8 SAFERNET. **O que é sextorsão?**. Disponível em: <<https://new.safernet.org.br/content/o-que-%C3%A9-sextors%C3%A3o>>. Acesso em: 15 out. 2020.

que o bem jurídico lesado é o patrimônio, aqui temos a dignidade sexual como bem jurídico violado.

“**Sexting**”: termo também importado da língua inglesa, é a junção da palavra "sex" (sexo) + "texting" (torpedo). É uma forma de expressão da sexualidade por meio de redes sociais, aplicativos e dispositivos móveis para produzir e compartilhar imagens íntimas, ou trocar mensagens de texto eróticas. O “sexting” *de per si* não é uma conduta de interesse criminal enquanto o conteúdo está sob a esfera de controle do indivíduo. Quando esse conteúdo é divulgado sem o consentimento da vítima, que perde o controle sobre sua imagem, torna-se crime (pode levar à “sextorsão”, por exemplo).

3. NECESSÁRIA PERSPECTIVA DE GÊNERO

Segundo dados do SaferNet Brasil, dos 224 casos registrados em 2014 sobre divulgação não consensual de imagens íntimas, 25% eram vítimas menores de idade, entre 12 e 17 anos⁹. Ainda, segundo dados apresentados pelo Grupo de Estudos em Criminologias Contemporâneas (GECC) no Projeto Vazou, das 86% dos respondentes se identificaram como sendo jovens do gênero feminino, com idade média de 24 anos, e 84% das pessoas que divulgaram os arquivos eram homens¹⁰.

Conquanto os números apresentados sejam extraoficiais, e não se olvide das cifras ocultas, isto é, dos casos não registrados tanto por mulheres quanto por homens, que se acham culpados ou envergonhados pela divulgação do conteúdo, é inevitável constatar que a as pessoas do gêneros feminismo são as grandes vítimas dos crimes sexuais no âmbito virtual. Destarte, acreditamos que devemos analisar tais crimes no âmbito virtual, em especial o crime de “pornografia de vingança”, tema desse artigo, à luz da violência de gênero.

Isso porque, as consequências às vítimas desses crimes transcendem o ambiente virtual. Um conteúdo íntimo, divulgado sem seu conhecimento, rapidamente pode chegar aos seus familiares, amigos, colegas de trabalho, etc, que não raramente questionam o porquê da vítima ter compartilhado aquele conteúdo com alguém. A culpa não recai sobre quem divulga, mas quem se expôs. Em vez de apoio, a mulher ou adolescente é repreendida por exercer sua sexualidade, quando na verdade quem deveria ser exclusivamente repreendido é aquele que a prejudicou.

9 SOPRANA, Paula; VARELLA, Gabriela. **Pornografia de vingança é um problema de gênero**. Época, 2015. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/vida/experiencias-digitais/noticia/2015/12/pornografia-de-vinganca-e-um-problema-de-genero.html>>. Acesso em: 17 set. 2020.

10 GECC. **Projeto Vazou**. Pesquisa sobre vazamento não consentido de imagens íntimas no Brasil (2018). Disponível em: <https://www.crimlab.com/projetovazou/resultado.pdf>. Acesso em: 05 set. 2020.

Nesse sentido, a mulher que não se comporta nos termos do papel feminino imposto pela sociedade patriarcal pode ser punida, pode ter sua imagem violada pelo homem. Temos aqui a concretização do privilégio masculino, que cerceia a expressão da sexualidade da mulher ao criar a noção de “risco” ou “perigo” quando ela se expressa.

4. SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E OS IMPACTOS DA DIVULGAÇÃO DE CENAS ÍNTIMAS

A sociedade da informação na qual vivemos configura um peculiar cenário para a prática de crimes, cujos impactos se mostram ainda mais notáveis nos casos de divulgação de cenas íntimas, notadamente de mulheres. De fato, o início da prática criminosa de exposição indesejada de fotos íntimas é anterior mesmo ao surgimento da internet, sendo o primeiro caso noticiado nos Estados Unidos em 1980, quando uma revista masculina pediu aos seus leitores que enviassem fotos íntimas de suas parceiras para serem publicadas, ainda que não fosse identificado aqui um desejo de “vingança”. Contudo, não se pode olvidar que o desenvolvimento e democratização da tecnologia tornaram muito mais fácil e rápido o compartilhamento não autorizado de registros íntimos, difundido em diversos países¹¹. Nesse sentido dispõe Bruna Conceição Ximenes de Araújo¹²:

Acompanhando a evolução tecnológica os casos inicialmente lançados na forma de divulgações de fotos em revista, cujo público eram os consumidores do material, passam a configurar a exposição em sites, redes sociais e outros, atingindo um número maior de indivíduos interessados nesse tipo de material. É a tecnologia sendo utilizado para fins danosos. [...]

Na República Federativa do Brasil, não diferente de outras nações, tal prática surge e se desenvolve por intermédio de sites, redes sociais e programas de comunicação, como skype, whatsapp e outros, ressaltando o quão ainda somos tentados a violar os direitos alheios em pleno século XXI.

Assim é que o desenvolvimento de tecnologias como a internet banda larga e os smartphones permitiram uma nova forma de violação de bens jurídicos, que se dá especificamente através do meio digital. Isso porque, o ambiente virtual da sociedade da informação é marcado por características como universalidade, permanência, imediatidade, imaterialidade e alcance transfronteiriço. Ou seja, as informações se propagam de uma forma imediata a uma gama indeterminada de pessoas, que podem não se restringir a um

11 Pornografia de vingança: como surgiu? Disponível em: <https://pornografiadevinganca.com/inicio/como-surgiu/>. Acesso em: 05 set. 2020.

12 ARAÚJO, Bruna Conceição Ximenes de. **"Pornografia da revanche": Violência de gênero e psicológica contra a mulher.** Disponível em: http://www.lexeditora.com.br/doutrina_27894475_PORNOGRAFIA_DA_REVANCHE__VIOLENCIA_DE_GENERO_E_PSIKOLOGICA_CONTRA_A_MULHER.aspx. Acesso em: 08 set. 2020.

mesmo país, dada a extensão do ciberespaço, o qual guarda dados que podem ser armazenados e compartilhados de forma permanente. Nesse sentido, dispõe Pierre Lévy¹³:

Com o espaço cibernético temos uma ferramenta de comunicação muito diferente da mídia clássica, porque é nesse espaço que todas as mensagens se tornam interativas, ganham uma plasticidade e têm uma possibilidade de metamorfose imediata.

Todas essas características se encontram presentes na ocorrência da criminalidade digital, que ganha contornos próprios em relação aos crimes que ocorrem no “mundo virtual”, mas cujos impactos transcendem o ambiente *on-line*. Tal constatação se verifica com clareza nos delitos referentes à divulgação de cenas íntimas através do meio digital, crime esse que, segundo indicadores do Helpline, se encontra no topo das principais violações pelas quais os internautas brasileiros pediram ajuda em 2019, com 467 pedidos, estando na frente, até mesmo, das ocorrências de cyberbullying¹⁴. O divulgador se vale do instrumento virtual para propagar uma foto, uma imagem, um vídeo com cenas íntimas de outra pessoa, sem o consentimento desta, sendo que tal informação se propaga a um número indefinido de pessoas com rapidez e agilidade inimagináveis. A extensão do dano à dignidade da vítima, contudo, não se restringe ao ambiente digital, trazendo efeitos concretos, que são potencializados por tais especificidades.

Com efeito, o vazamento de imagens ou vídeos íntimos, notadamente quando a vítima é mulher, enseja uma série de violências que não se restringem ao ato de divulgação, constituindo, ao contrário, o fenômeno da revitimização. Todo o julgamento e o moralismo de parcela de uma sociedade machista, que se preocupa menos com a violação de direitos humanos das mulheres e mais com o fato de estas não se adequarem a um estereótipo de gênero marcado principalmente pelo recato sexual, contribui para aumentar a vergonha, a culpa e o medo da vítima exposta, infringindo-lhe um novo sofrimento e uma nova dor. Por outro lado, de acordo com pesquisa sobre vazamento não consentido de imagens íntimas no Brasil, realizada pelo Grupo de Estudos em Criminologias Contemporâneas (GECC) em 2018, é possível inferir que “os homens não percebem a exposição de suas imagens íntimas como uma violência, nem a sociedade os condena moralmente por isso”¹⁵. Justamente por

13 LÉVY, Pierre. **A emergência do Cyberspace e as mutações culturais**. Disponível em: http://clিকেaprenda.uol.com.br/sg/uploads/UserFiles/File/A_emergencia_do_cyberspace_e_as_mutaes_culturais.pdf. Acesso em: 05. set. 2020.

14 HELPLINE. **Indicadores: as principais violações pelas quais os internautas pedem ajuda**. Disponível em: <https://helpline.org.br/indicadores/>. Acesso em: 05 set. 2020.

15 GECC. **Projeto Vazou**. Pesquisa sobre vazamento não consentido de imagens íntimas no Brasil (2018). Disponível em: <https://www.crimlab.com/projetovazou/resultado.pdf>. Acesso em: 05 set. 2020.

isso a análise desse delito deve se dar necessariamente sobre uma perspectiva de gênero. Nesse sentido aponta Bruna Conceição Ximenes de Araújo¹⁶:

Note que a "revanche" desejada pelo agente objetiva denegrir a imagem daquela mulher perante a sociedade como se fosse ela ainda um objeto, tal como fazíamos no período da família tradicional, e não um sujeito de direitos e deveres na ordem social. [...]

Aqui estamos a falar do julgamento feito pela sociedade a figura da mulher, que tendo cedido as fotos ao companheiro ou ex-companheiro se torna agora alvo de críticas e especulações. Certamente a vida e o convívio social dessa mulher mudará de "mulher recatada da sociedade para mulher da vida" entregue aos prazeres, ou outros títulos pejorativos e degradantes que macularão sua honra por muito tempo.

Assim é que se pode dizer que "a vingança não existiria, ou ao menos seria atenuada, se normas socialmente construídas não fixassem um lugar para a sexualidade das mulheres associado a ideais de recato, privacidade e falta de direito ao prazer"¹⁷. Tais normas, que perpassam gerações, autorizam socialmente o julgamento e a 'punição' das mulheres que não se adequam aos padrões previamente estabelecidos e mantidos pelo machismo estrutural.

Nesse contexto, os impactos decorrentes da divulgação das cenas íntimas são de gravidade notável. De acordo com Silvia Baptista, em artigo da Agência Patrícia Galvão sobre o tema, "são cada vez mais os casos de suicídio de mulheres, na maioria dos casos, adolescentes, que não aguentam a vergonha e a humilhação de se verem expostas. Porque não é só o seu corpo que fica à vista de todos, de todo o mundo, é também a sua identidade"¹⁸.

Essa triste tendência é demonstrada também nas estatísticas de estudos sobre o tema. Com efeito, dados da já referida pesquisa do GECC indicam os principais resultados da divulgação de cenas íntimas não consentida como sendo: ansiedade (63%), isolamento do contato social (58%), depressão (56%), transtorno de estresse pós-traumático (33%), automutilação e pensamentos suicidas (32%), assédios em lugares públicos (27%), abandono da escola/ curso/ faculdade (16%), mudança de residência (11%), agressões (7%), perda do

16 ARAÚJO, Bruna Conceição Ximenes de. "Pornografia da revanche": Violência de gênero e psicológica contra a mulher. Disponível em:

http://www.lexeditora.com.br/doutrina_27894475_PORNOGRAFIA_DA_REVANCHE__VIOLENCIA_DE_GENERO_E_PSICOLOGICA_CONTRA_A_MULHER.aspx. Acesso em: 08 set. 2020.

17 AGÊNCIA PATRÍCIA GALVÃO. Violência de gênero na internet. Disponível em:

<https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/violencias/violencia-de-genero-na-internet/>. Acesso em: 08 set. 2020.

18 AGÊNCIA PATRÍCIA GALVÃO. Revenge Porn: o que é e como prevenir? Disponível em:

<https://agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/noticias-violencia/revenge-porn-o-que-e-e-como-prevenir/>. Acesso em: 05 set. 2020.

emprego (6%) e dificuldade para conseguir novo emprego (5%). Além disso, a mesma pesquisa indica que aproximadamente 58% das entrevistadas responderam que suas famílias souberam do vazamento das imagens e, destas, 43% reagiram negativamente. Frente a isso, 39% responderam que não haviam se recuperado ainda do incidente¹⁹.

Dessa maneira, verifica-se como as vítimas tornam-se vítimas não só no meio digital, mas também na vida real, onde são agredidas, hostilizadas, culpabilizadas e excluídas socialmente. Não é sem razão que “os profissionais que lidam com esse tipo de crime alertam que suas consequências não são menos graves por conta da violência se propagar em um espaço virtual”. Ao contrário, conforme os dados e as situações concretas indicam, “muitas vezes, o alcance e a permanência que as ferramentas online permitem intensificam o trauma das agressões sofridas”²⁰.

Muitas mães vítimas desse delito também relatam como a violência se estende inclusive aos seus filhos, que, uma vez identificados, são igualmente hostilizados em locais como a escola. Nesse contexto, Rose Leonel, uma das primeiras mulheres a sofrer as consequências da “pornografia de vingança” no Brasil e criadora da ONG Marias da Internet, conta que a divulgação de suas imagens íntimas em 2006, pelo ex-namorado, trouxe impactos tão severos na vida da família que seu filho teve que sair do país e ir residir com o pai na Europa; e a filha, que ficou no Brasil, era constantemente discriminada na escola. Nas palavras de Rose: “Meus filhos tiveram de lidar com preconceito, com a malícia e com a crueldade das pessoas. Nós enfrentamos essa luta juntos. A vida deles nunca mais foi a mesma”²¹.

Percebe-se, assim, como o impacto da divulgação de cenas íntimas sem consentimento pelo meio digital possui dimensões incalculáveis. O próprio meio no qual a divulgação se dá permite que a informação se alastre rapidamente e dificilmente seja retirada por completo. Além disso, a peculiaridade desse delito, que em grande parte configura uma forma de violência de gênero, ultrapassa o ambiente *off-line*, causando sérios distúrbios e sofrimentos de cunho físico e psicológico para a vítima e sua família, os quais revestem-se de gravidade, extensão e permanência de fato incomensuráveis.

19 GECC. **Projeto Vazou**. Pesquisa sobre vazamento não consentido de imagens íntimas no Brasil (2018). Disponível em: <https://www.crimlab.com/projetovazou/resultado.pdf>. Acesso em: 05 set. 2020.

20 AGÊNCIA PATRÍCIA GALVÃO. **Violência de gênero na internet**. Disponível em: <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/violencias/violencia-de-genero-na-internet/>. Acesso em: 08 set. 2020.

21 COMPROMISSO E ATITUDE. **Crime na internet é ferida aberta, diz mãe sobre fotos nuas vazadas pelo ex**. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/crime-na-internet-e-ferida-aberta-diz-mae-sobre-fotos-nuas-vazadas-pelo-ex/>. Acesso em: 05 set. 2020.

5. LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E O DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA

O desenvolvimento tecnológico possibilitou, como se viu, a utilização do ambiente virtual para a práticas de crimes sexuais diversos, tais como o registro e a divulgação de cenas íntimas não autorizados. Assim é que tais condutas começaram a tornar-se cada vez mais comuns, com a conseqüente violação constante de bens jurídicos, como a dignidade sexual, a intimidade sexual, a privacidade e a honra das vítimas. Alguns desses bens jurídicos já encontravam uma tutela reforçada pela Constituição Federal, que em seu artigo 5º, XI, protege a intimidade, a vida privada e a honra como direitos fundamentais. Contudo, reconhecendo-se a suma importância de tais bens jurídicos para a sociedade, visualizou-se como apresentavam também dignidade criminal, ou seja, seriam dignos de serem abarcados pela tutela jurídica reforçada da via penal.

Em 2012, após uma polêmica envolvendo a personalidade Carolina Dieckmann, que no ano anterior teve seu computador invadido por hackers que “roubaram” suas fotos íntimas e publicaram na internet, foi editada a Lei 12.737, com o objetivo de dispor sobre a tipificação criminal dos delitos informáticos. A norma, contudo, apresenta conteúdo bastante raso, e, no que se refere ao tema ora em análise, se bastou a incluir no Código Penal o artigo 154-A, criminalizando a prática de invasão de dispositivo informático e o artigo 154-B, estabelecendo que a ação referente a esse delito é pública condicionada à representação.

Assim é que, até 2018, não se verificava a existência de disposições normativas tais que pudessem tutelar essas criminalidades específicas, o que denotava uma clara carência penal. No máximo, a conduta criminosa era enquadrada como delito de injúria (art. 139), difamação (art. 140, CP), ameaça (art. 147, CP), invasão de dispositivo informáticos (art. 154, CP), extorsão (art. 158, CP), dentre outros tipos penais claramente inadequados para as peculiaridades e gravidade do caso²².

Nesse contexto, em 2018, foram editadas duas leis que passaram a criminalizar as condutas de registro e de divulgação não consentida de cenas íntimas. A Lei 13.772 introduziu o artigo 216-B, no Código Penal, dentro de um capítulo próprio, versando sobre exposição de intimidade sexual, no qual se destaca a vedação de “produzir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes”, cujo descumprimento sujeita o indivíduo a pena de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa. O parágrafo único do mesmo dispositivo criminaliza o ato de realizar montagem com o fim

22 GECC. **Projeto Vazou**. Pesquisa sobre vazamento não consentido de imagens íntimas no Brasil (2018). Disponível em: <https://www.crimlab.com/projetovazou/resultado.pdf>. Acesso em: 05 set. 2020.

de incluir pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo. Além disso, a mesma Lei alterou a redação do artigo 7º, II, da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha) para reconhecer que a violação da intimidade da mulher configura violência psicológica e, portanto, violência doméstica e familiar.

Por sua vez, a Lei 13.718 incluiu o artigo 218-C, no Código Penal sob a rubrica “Divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia”, o qual englobaria a criminalização da “pornografia de revanche”, com o objetivo da proteção da dignidade sexual, intimidade sexual e honra da vítima, sobretudo no âmbito dos meios de comunicação, especialmente o virtual (CAPEZ, 2019, p. 144; NUCCI, 2019, p. 474). O dispositivo apresenta um *caput* com uma série de núcleos do tipo; um primeiro parágrafo que prevê causa de aumento de pena na hipótese de crime praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação e segundo parágrafo que traz situação de exclusão de ilicitude para as condutas praticadas em publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica com a adoção de recurso que impossibilite a identificação da vítima, ressalvada sua prévia autorização, caso seja maior de 18 (dezoito) anos.

Nesse contexto, Fernando Capez destaca como a prática tradicional do que seria o *revenge porn* aparece no parágrafo primeiro do artigo, que traz uma causa especial de aumento que se justifica, uma vez que é mais grave a conduta do agente que se aproveita da existência atual ou pretérita de uma relação íntima de afeto com a vítima para expor sua intimidade em razão de motivo fútil e torpe, caracterizados pela vingança ou humilhação.²³ Em verdade, justamente por isso, é dito que a pornografia da revanche consiste em uma violência de gênero e em uma violência psicológica contra a mulher. “A primeira, em razão da humilhação e constrangimento em expor a vida íntima de mulheres em razão de suas escolhas sexuais e amorosas, e a segunda, pela dor e abalo psicológicos causados a ela” (ARAÚJO)²⁴. No mesmo sentido é a constatação da Ministra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça²⁵:

A 'exposição pornográfica não consentida', da qual a 'pornografia de vingança' é uma espécie, constitui uma grave lesão aos direitos de personalidade da pessoa

23 CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 3, parte especial: arts. 213 a 359-H**. 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 144.

24 ARAÚJO, Bruna Conceição Ximenes de. **"Pornografia da revanche": Violência de gênero e psicológica contra a mulher**. Disponível em: http://www.lexeditora.com.br/doutrina_27894475_PORNOGRAFIA_DA_REVANCHE__VIOLENCIA_DE_GENERO_E_PSIKOLOGICA_CONTRA_A_MULHER.aspx. Acesso em: 08 set. 2020.

25 Pornografia de vingança é violência de gênero, afirma Nancy Andrighi. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-16/pornografia-vinganca-violencia-genero-afirma-nancy>. Acesso em: 05 set. 2020.

exposta indevidamente, além de configurar uma grave forma de violência de gênero que deve ser combatida de forma contundente pelos meios jurídicos disponíveis.

E, de fato, de acordo com a pesquisa do GECC, em 82% dos casos, a vítima tinha ou tem um relacionamento com a pessoa que vazou os arquivos sem o consentimento, cenário no qual se torna clara a possibilidade de incidência da Lei Maria da Penha, em especial das medidas protetivas²⁶.

Contudo, apesar da inclusão da nova tipificação penal dentro do Título Dos Crimes contra a Dignidade Sexual - o que mostra acerto, tendo-se em vista a proteção do bem jurídico protegido -, o dispositivo em comento apresenta uma série de falhas, que, igualmente à Lei Carolina Dieckmann, demonstram o que chamamos de Direito Penal de Emergência, ou seja, a edição apressada de uma norma para atender ao clamor popular, que, por falta de uma análise mais minuciosa, origina problemas técnicos e por vezes dificulta a própria compreensão do texto normativo²⁷. Assim é que Cezar Roberto Bitencourt aponta como o dispositivo em questão trata-se de uma “anomalia tipológica no direito pátrio”, produto da “inflação diária, desordenada e desenfreada de leis esparsas, chamada de reformas pontuais”²⁸.

Nesse sentido, de início, aponta-se que o artigo 218-C encontra-se dentro do capítulo II, referente aos crimes sexuais contra vulnerável. Vulnerável, para efeitos penais, é a pessoa com menos de 14 anos de idade, aquela que por enfermidade ou deficiência mental não tem o necessário discernimento para a prática do ato sexual ou a que por qualquer outra causa não pode oferecer resistência. Entretanto, como se sabe, a prática criminosa de divulgação de cenas íntimas sem consentimento da vítima não atinge apenas pessoas vulneráveis, mas sim qualquer pessoa, uma vez que trata-se de crime comum (CAPEZ, 2019, p. 121 e 145), o que por si só já revela má técnica legislativa da norma em análise. No mais, sendo o sujeito

26 GECC. **Projeto Vazou**. Pesquisa sobre vazamento não consentido de imagens íntimas no Brasil (2018). Disponível em: <https://www.crimlab.com/projetovazou/resultado.pdf>. Acesso em: 05 set. 2020.

27 No Brasil, não há nada mais normal do que os diversos meios de comunicação noticiarem, todos os dias, a ocorrência de delitos gravíssimos, que realmente desestabilizam o equilíbrio social. Desorientada, atônita, a população clama às autoridades constituídas por soluções urgentes, em geral sugerindo a adoção de leis penais mais severas. O atendimento desse clamor público pelo Poder Legislativo constitui o denominado Direito Penal de Emergência. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/m/conteudo/entrevistas/direito-penal-de-emergencia/17744#:~:text=Desorientada%2C%20at%C3%B4nita%2C%20a%20popula%C3%A7%C3%A3o%20clama,denominado%20Direito%20Penal%20de%20Emerg%C3%Aancia..> Acesso em: 08 set. 2020.

28 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial 4: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública**. 13 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 166.

passivo criança ou adolescente, incide a legislação específica do ECA, notadamente o artigo 241-A²⁹.

Ademais, conforme aponta Nucci, a fórmula genérica “por qualquer meio” já seria suficiente para demonstrar a abrangência do dispositivo em comento; contudo, o legislador optou por inserir ainda uma frase explicativa desnecessária, qual seja, “inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática”³⁰.

Outrossim, o artigo como um todo apresenta uma redação confusa e prolixa, repetindo condutas sinônimas, bem como englobando condutas distintas em um mesmo tipo penal, já que criminaliza a divulgação de cena de estupro, de estupro de vulnerável e que faça apologia ou induza a sua prática, além da divulgação, sem o consentimento da vítima, de cena de sexo, nudez ou pornografia. Isso ocorre porque o PL 5452/2016, do qual se originou a Lei 13.718/18, tinha como objetivo tipificar o crime de divulgação de cena de estupro e prever causa de aumento de pena para o crime de estupro cometido por duas ou mais pessoas. Posteriormente, contudo, foi acatado o parecer do relator da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania (CCJC), Deputado Fábio Ramalho, que pugnou pela alteração para “complementar o tipo, de modo a criminalizar também as hipóteses em que a divulgação tenha por objeto não apenas cena de estupro, mas também de sexo explícito ou de pornografia sem o consentimento da vítima, conduta conhecida como revenge porn”. Interessante notar que nesse mesmo parecer o relator aponta a necessidade de deslocamento do novo tipo penal para o Capítulo I (Dos Crimes Contra a Liberdade Sexual) para que a conduta não ficasse adstrita às vítimas vulneráveis, entretanto, tal observação parece não ter sido suficiente para a mudança da localização topográfica do artigo³¹.

Nesse contexto, o GECC aponta como quando da inclusão do artigo 216-B, no Código Penal, havia uma proposta de criminalização da divulgação não autorizada da intimidade sexual, que seria o art. 216-C, CP. Contudo, revela o grupo como tal proposta foi rejeitada porque essa conduta – segundo a Relatora da CCJC, Deputada Cristiane Brasil – já estaria abrangida pelo recente tipo penal do art. 218-C, CP, parecer este que aos referidos estudiosos parece equivocado³². De fato, também nos parece que a criação de um artigo

29 Art. 241-A, ECA. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

30 NUCCI, Guilherme de Souza. **Direito Penal: partes geral e especial**. 6 ed. São Paulo: MÉTODO, 2019, p. 475.

31 CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 5452/16. Parecer da CCJC. Páginas 03 e 04. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B074E259B2F8C628EEACE1CBE705FD16.p?proposicoesWebExterno2?codteor=1516351&filename=Tramitacao-PL+5452/2016. Acesso em: 08 set. 2020.

32 GECC. **Projeto Vazou**. Pesquisa sobre vazamento não consentido de imagens íntimas no Brasil (2018). Disponível em: <https://www.crimlab.com/projetovazou/resultado.pdf>. Acesso em: 08 set. 2020.

realmente específico e em local adequado dentro da lógica de divisões do Código Penal seria muito mais claro e efetivo do que a realidade normativa hoje existente.

Além da regulamentação penal, destaca-se a prescrição trazida pela Lei 12.965/14 (Marco Civil da Internet), que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Nesse sentido, o artigo 21 prevê a responsabilização subsidiária do provedor de aplicações de Internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros pela violação da intimidade decorrente da divulgação do conteúdo íntimo, sem autorização de seus participantes, quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo. Trata-se de uma exceção à regra de que o provedor não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, exceção essa que abrange a “pornografia de vingança”. Mais do que isso, trata-se de uma exceção que não exige a notificação judicial para que possa configurar hipótese de responsabilização. Nesse sentido discorre Chiara Spadaccini de Teffé sobre a correção do artigo 21³³:

Em bom momento, o legislador decidiu por excepcionar a regra da notificação judicial presente no artigo 19 do Marco Civil, tendo em vista que conteúdos íntimos na rede rapidamente tornam-se virais, o que praticamente inviabiliza a sua completa remoção e acaba alargando a extensão do dano sofrido pelas vítimas. Entende-se que as novas tecnologias ampliaram extraordinariamente o potencial lesivo de cada indivíduo, de forma que, para que se promova uma adequada tutela dos direitos da personalidade, torna-se necessário elaborar novas abordagens dentro do Direito e realizar uma revisão das práticas sociais adotadas.

6. DUPLA CONSCIENTIZAÇÃO: educação de gênero e utilização adequada das ferramentas digitais

Como se viu, o tema em discussão possui uma legislação própria, mas deficitária em muitos pontos. Contudo, ainda que não seja mais alvo de uma carência penal propriamente dita, certo é que a divulgação de cenas íntimas ainda é prática criminosa muito recorrente na sociedade brasileira. Com isso surge a pergunta: a lei por si só é capaz de obstaculizar esse crime digital? Por certo que a resposta é negativa. A lógica exclusivamente punitivista já se mostrou falha em inúmeros cenários de criminalidade, mas no tema ora tratado a crítica é ainda mais evidente. Nesse sentido o raciocínio de Catiuce

33 CHIARA, Spadaccini de Teffé. Direito à imagem na internet: estudo sobre o tratamento do marco civil da internet para os casos de divulgação não autorizada de imagens íntimas. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 15/2018, p. 93 - 127, Abr - Jun / 2018, DTR\2018\16221.

Ribas Barin sobre a aplicação da pena de prisão, o qual, ainda que referente à violência doméstica e familiar de maneira ampla, pode se estender à violência de gênero ora tratada³⁴:

A prisão potencializa a delinquência, pelas suas conseqüências desumanas, pela violência, pela superlotação e, por vezes, pelo reforço coletivo das crenças machistas pelos segregados, que culpabilizam a mulher pelo fato de estarem naquelas condições. Assim, quando os agressores retornam ao convívio social, geralmente retomam o comportamento violento, isto é, reincidem.

Com efeito, a busca pela etiologia do delito se mostra ainda mais relevante em terreno de discussão acerca do *revenge porn*, pois indica a necessidade de uma dupla conscientização em nossa sociedade para que se possa, de fato, fazer com que tal forma de violência cesse. Isso porque, o que se encontra por trás da prática de delitos como esse, notadamente quando praticados contra a mulher, é de fato uma violência de gênero, facilitada pela utilização irresponsável da ferramenta digital.

Não se pode olvidar que os estereótipos de gênero em nossa sociedade, que contribuem para a visão de como uma mulher deve se comportar, principalmente escondendo sua sexualidade, embasam a violência que tais vítimas sofrem, tanto aquela praticada pelo agressor, quanto pela própria sociedade, através dos julgamentos morais sobre a mulher que se seguem após a prática do delito. A violência de gênero se verifica a partir do momento que ocorre pelo simples de a vítima ser mulher e, nesse caso, não se adequar aos padrões sociais de conduta dela esperados, como se tais padrões fossem expressão do que de fato é correto e justificassem qualquer violação aos direitos femininos. Ainda que dispositivos da normativa interna e internacional disponham sobre como a mulher possui direito a uma vida livre de violência e a uma educação livre de estereótipos³⁵, certo é que entre o plano abstrato e o plano concreto há uma grande distância.

Soma-se a isso o fato de que o rápido desenvolvimento tecnológico no Brasil não veio acompanhado de uma aprendizagem sobre a forma correta e responsável da utilização das novas ferramentas digitais. Com isso, diante da ocorrência crescente da criminalidade

34 BARIN, Catiuce Ribas. Violência doméstica contra a mulher: programa de intervenção com agressores e sua eficácia como resposta penal. Curitiba: Juruá, 2016, p. 212.

35 Art. 8º, Lei 11.340/06: A política pública que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não-governamentais, tendo por diretrizes:

VIII - a promoção de programas educacionais que disseminem valores éticos de irrestrito respeito à dignidade da pessoa humana com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia;

Art. 6º, Convenção de Belém do Pará: O direito de toda mulher a ser livre de violência abrange, entre outros:

a. o direito da mulher a ser livre de todas as formas de discriminação; e
b. o direito da mulher a ser valorizada e educada livre de padrões estereotipados de comportamento e costumes sociais e culturais baseados em conceitos de inferioridade ou subordinação.

digital, o foco tornou-se antes e primordialmente a repressão ao delito já ocorrido, com uma tentativa, em grande parte dos casos falha, de minoração dos danos causados.

Ciente disso e da potencialidade que a *internet* possibilita aos vários tipos de crime, em 2018 a ONG SaferNet Brasil, em parceria com o Google, lançou o curso de ensino à distância (EAD) “Educando para Boas Escolhas Online”³⁶, com o intuito de informar educadores da rede pública sobre questões de segurança e cidadania digital, assim como orientá-los a como abordar de forma assertiva e consciente questões relativas a esses temas no ambiente escolar. Devido a atual crise do COVID-19, a ONG ampliou o número de vagas para educadores que não estavam com parcerias ativas e para pais e responsáveis, de modo a orientar crianças e adolescentes sobre como mediar e desenvolver o uso crítico da *internet*.

Nesse cenário, entende-se que uma atuação preventiva e educativa por parte do Estado, nos moldes do artigo 26, da Lei 12.965/14, bem como das organizações da sociedade civil é essencial. A verdadeira redução e quiçá extinção do delito de divulgação de cenas íntimas depende não somente de uma criminalização adequada da conduta - a qual sem dúvidas é importante - mas de medidas que transcendem a esfera do Direito Penal, medidas estas voltadas para uma real implementação de uma educação de gênero, aliada a uma educação sobre a utilização do meio digital. Nesse sentido dispõe Beatriz Accioly, pesquisadora do Núcleo de Estudos sobre Marcadores Sociais da Diferença do Departamento de Antropologia da FFLCH/USP: “além de leis e regulamentação, precisamos de uma educação de gênero não como destino inescapável, mas como diversidade e pluralidade, e que transforme diferenças em respeito, e não em violência.”³⁷ Sobre a educação virtual a palavra final fica com Marai Larasi, diretora executiva da ONG britânica *End Violence Against Women Coalition* (Coalizão de Combate à Violência contra Mulheres)³⁸:

Não educamos as pessoas a se comportarem no ambiente virtual. Temos uma área cinzenta e precisamos conversar sobre isso. É quase como se nós pensássemos que, de alguma forma, o espaço virtual nos dá licença para nos comportarmos de uma maneira que talvez foram ou ainda seriam consideradas inaceitáveis em uma conversa física. Eu acho que um dos pontos importantes nesse sentido é nós educarmos as pessoas para entender que o espaço virtual é real. Não há espaço virtual que seja desconectado.

36 SAFERNET. **Como a pandemia vem reforçando a importância da educação digital**. Disponível em: <<https://new.safernet.org.br/content/como-pandemia-vem-reforcando-importancia-da-educacao-digital>>. Acesso em 17 de setembro de 2020.

37 AGÊNCIA PATRÍCIA GALVÃO. **Violência de gênero na internet**. Disponível em: <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/violenacias/violencia-de-genero-na-internet/>. Acesso em: 08 set. 2020.

38 Idem.

Conclusão

Como se vê, a temática da divulgação não consentida de cenas íntimas mostra grande relevância na atual sociedade da informação, notadamente diante dos sérios impactos causados às vítimas, em grande parte mulheres, impactos esses que transcendem o ambiente *on-line*.

Nesse contexto, torna-se imprescindível uma análise crítica da matéria, desde a terminologia e a necessária perspectiva de gênero a serem empregadas, até a visualização da normativa existente. Com efeito, ainda que tenhamos tido avanços na proteção penal de bens jurídicos como dignidade sexual, privacidade e intimidade sexual, certo é que, apesar das inovações trazidas em 2018, a legislação penal ainda se apresenta deficitária em regular de maneira adequada e específica a criminalização da disseminação não consensual de imagens e registros íntimos.

Para além disso, o que se percebe é que a lógica exclusivamente punitivista se mostra insuficiente para efetivamente diminuir os números dessa criminalidade. Observa-se o quão necessário é conscientizar a população de que os atos praticados no espaço virtual atingem pessoas reais e geram consequências reais, inclusive mais graves do que aquelas geradas por condutas praticadas no meio físico, dadas todas as características inerentes à sociedade da informação. Justamente por isso o cumprimento do dever constitucional do Estado em prestar educação deve efetivamente incluir a capacitação, integrada a outras práticas educacionais, para o uso seguro, consciente e responsável da internet como ferramenta para o exercício da cidadania, a promoção da cultura e o desenvolvimento tecnológico, como previsto no artigo 26, da Lei 12.965/14. Iniciativas como o já citado curso “Educando para Boas Escolhas Onlines”, desenvolvido pela ONG Safernet Brasil, em parceria com o google, precisam ser ampliadas e multiplicadas em nosso país. Além disso, a educação de gênero, que desconstrói a mentalidade machista por detrás da prática criminosa da divulgação não consentida de registros íntimos, é medida que igualmente se impõe.

Somente dessa forma pode-se fazer com que os indivíduos compreendam a dimensão de suas ações perpetradas através de uma tela e assumam a responsabilidade pela prática de atos que violem direitos alheios, em especial a dignidade sexual, a privacidade e a honra de mulheres e meninas em nosso país.

Referências Bibliográficas

AGÊNCIA PATRÍCIA GALVÃO. **Violência de gênero na internet**. Disponível em: <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/violencias/violencia-de-genero-na-internet/>. Acesso em: 08 set. 2020.

_____. **Revenge Porn: o que é e como prevenir?** Disponível em: <https://agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/noticias-violencia/revenge-porn-o-que-e-e-como-prevenir/>. Acesso em: 05 set. 2020.

ARAÚJO, Bruna Conceição Ximenes de. **"Pornografia da revanche": Violência de gênero e psicológica contra a mulher**. Disponível em: http://www.lexeditora.com.br/doutrina_27894475_PORNOGRAFIA_DA_REVANCHE_VIOLENCIA_DE_GENERO_E_PSICOLOGICA_CONTRA_A_MULHER.aspx. Acesso em: 08 set. 2020.

BARIN, Catiuce Ribas. **Violência doméstica contra a mulher: programa de intervenção com agressores e sua eficácia como resposta penal**. Curitiba: Juruá, 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial 4: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública**. 13 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 09 set. 2020.

_____. Lei 8.069/90. Brasília, DF. Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

_____. Decreto-Lei nº 2.848/40. Rio de Janeiro, RJ. Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

_____. Lei 11.340/06. Brasília, DF. Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 11 set. 2020.

_____. Lei 12.965/14. Brasília, DF. Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm. Acesso em: 12 set. 2020.

_____. Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a mulher. Brasília, DF. Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm. Acesso em: 12 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Notícias. **Ministro nega liberdade a jovem acusado de crimes sexuais e extorsão pela internet**. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-10-31_07-55_Ministro-nega-liberdade-a-jovem-acusado-de-crimes-sexuais-e-extorsao-pela-internet.aspx#:~:text=O%20ministro%20do%20Superior%20Tribunal,mulheres%20e%20adolescentes%20pela%20internet>. Acesso em: 15 set. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 5452/16. Parecer da CCJC. Páginas 03 e 04. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B074E259B2F8C628EEACE1CBE705FD16.proposicoesWebExterno2?codteor=1516351&filename=Tramitacao-PL+5452/2016. Acesso em: 08 set. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 3, parte especial: arts. 213 a 359-H**. 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Página 144.

CHIARA, Spadaccini de Teffé. **Direito à imagem na internet: estudo sobre o tratamento do marco civil da internet para os casos de divulgação não autorizada de imagens íntimas**. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 15/2018, p. 93 - 127, Abr - Jun /2018, DTR\2018\16221.

COMPROMISSO E ATITUDE. **Crime na internet é ferida aberta, diz mãe sobre fotos nuas vazadas pelo ex**. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/crime-na-internet-e-ferida-aberta-diz-mae-sobre-fotos-nuas-vazadas-pelo-ex/>. Acesso em: 05 set. 2020.

D'URSO, Adriana Filizzola. **Sextorsão e estupro virtual: novos crimes na internet**. Disponível em: <https://new.safernet.org.br/content/o-que-%C3%A9-sextors%C3%A3o>>. Acesso em: 15 set. 2020.

GECC. **Projeto Vazou**. Pesquisa sobre vazamento não consentido de imagens íntimas no Brasil (2018). Disponível em: <https://www.crimlab.com/projetovazou/resultado.pdf>. Acesso em: 05 set. 2020.

HELPLINE. **Indicadores: as principais violações pelas quais os internautas pedem ajuda**. Disponível em: <https://helpline.org.br/indicadores/>. Acesso em: 05 set. 2020.

LÉVY, Pierre. **A emergência do Cyberspace e as mutações culturais**. Disponível em: http://clিকেaprenda.uol.com.br/sg/uploads/UserFiles/File/A_emergencia_do_cyberspace_e_as_mutaes_culturais.pdf. Acesso em: 05. set. 2020.

MACKINNON, Catharine A. **Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law**. Harvard University Press: Cambridge, Massachusetts, and London, England, 1987.

MICHAELIS (on-line). **Pornografia**. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/pornografia>>. Acesso em: 03 set. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direito Penal: partes geral e especial**. 6 ed. São Paulo: MÉTODO, 2019.

Pornografia de vingança: como surgiu? Disponível em: <https://pornografiadevinganca.com/inicio/como-surgiu/>. Acesso em: 05 set. 2020.

Pornografia de vingança é violência de gênero, afirma Nancy Andrichi. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-16/pornografia-vinganca-violencia-genero-afirma-nancy>. Acesso em: 05 set. 2020.

SAFERNET. **A SaferNet oferece curso gratuito on-line para educadores**. Disponível em: <http://ead.safernet.org.br/>. Acesso em: 17 set. 2020

_____. **Como a pandemia vem reforçando a importância da educação digital**. Disponível em: <<https://new.safernet.org.br/content/como-pandemia-vem-reforcando-importancia-da-educacao-digital>>. Acesso em: 17 set. 2020.

_____. **O que é sextorsão?** Disponível em: <<https://new.safernet.org.br/content/o-que-%C3%A9-sextors%C3%A3o>>. Acesso em: 15 out. 2020.

SOPRANA, Paula; VARELLA, Gabriela. **Pornografia de vingança é um problema de gênero**. Época, 2015. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/vida/experiencias-digitais/noticia/2015/12/pornografia-de-vinganca-e-um-problema-de-genero.html>>. Acesso em: 17 set. 2020.

TUCUNDUVA, Ricardo Cardozo de Mello. **Direito Penal de Emergência**. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/m/conteudo/entrevistas/direito-penal-de-emergencia/17744#:~:text=Desorientada%2C%20at%C3%B4nita%2C%20a%20popula%C3%A7%C3%A3o%20clama,denominado%20Direito%20Penal%20de%20Emerg%C3%Aancia>. Acesso em: 18 set. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. European Institute for Gender Equality. **Definition: revenge porn**. Disponível em: <<://eige.europa.eu/thesaurus/terms/1488>>. Acesso em: 17 set. 2020.

VALENTE, Mariana Giorgetti; NERIS, Natália; RUIZ, Juliana Pacetta; BULGARELLI, Lucas. **O Corpo é o Código: estratégias jurídicas de enfrentamento ao revenge porn no Brasil**. InternetLab: São Paulo, 2016.

VIII Fórum Nacional de Juízes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher - FONAVID. Disponível em: <https://www.amb.com.br/fonavid/files/ata_viii_fonavid.pdf>. Acesso em: 03 set. 2020.

3^o Information Society and Law

FMU
CENTRO UNIVERSITÁRIO

GT - EMPRESA E DIREITOS HUMANOS NA SOCIEDADE DA
INFORMAÇÃO

A VERDADE DO “DEUS-MERCADO” E OS DISCURSOS DE ÓDIO

Priscilla dos Reis Siqueira¹; Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini²

RESUMO: O presente trabalho tem a finalidade de examinar a ‘verdade’ imposta pelo “deus-mercado”, na expressão de Avelãs Nunes, e a influência das empresas no combate à disseminação dos discursos de ódio e na transformação da realidade. Busca-se responder a duas questões que se inter-relacionam: 1) hodiernamente as companhias empresárias são candidatas a interferir na construção da ‘verdade’, sob a ótica do poder exercido pelo mercado econômico? 2) o interesse econômico dominante da empresarialidade contemporânea, seria capaz de abrir espaço para o desempenho da função social das empresas por meio do controle da proliferação na *internet* dos discursos de ódio, contribuindo, assim, para a construção de uma nova e verdadeira realidade? Para responder a estas questões, adota-se a metodologia de pesquisa dedutiva, partindo-se do estudo das doutrinas na seara das ciências filosóficas e jurídicas, as quais versam, essencialmente, sobre estudos relacionados à filosofia clássica e às transformações sociais. Para o desenvolvimento da pesquisa entendeu-se necessário traçar um panorama da busca do conhecimento verdadeiro, levando-se em consideração as teorias da Filosofia Clássica, assim como realizar o exame da ‘verdade’ que se constrói em bases filosóficas e que é capaz de conduzir a um tipo de investigação ideal da realidade, chegando-se aos resultados que tanto os questionamentos das filosofias precedentes possibilitaram o progresso do conhecimento, como a ‘verdade’ é uma adequação do intelecto à realidade, segundo os interesses dominantes, sendo que nos dias atuais o poder econômico se mostra o filtro da realidade que se constrói. Por isso, mostrou-se fundamental verificar que as empresas impõem as condições e ditam as regras lastreadas por uma nova noção de ‘verdade’ que trabalha sob a ótica do mercado econômico, o qual pode muito já que é tido como um “deus-mercado”. E, por fim, imperioso se fez o exame do papel das empresas no combate à disseminação dos discursos de ódio, alcançando-se a conclusão que as ações de ataque às manifestações com conteúdo de ódio podem se encaixar perfeitamente no que diz respeito ao cumprimento de uma função social por parte dessas empresas, uma vez que o projeto empresarial das

1 Mestranda em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU/SP.

2 Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora do Mestrado em Direito da Sociedade da Informação da FMU/SP. Professora do Mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípedes Soares da Rocha – UNIVEM.

companhias deve se mostrar compatível com a não violação de direitos alheios, construindo, assim, uma nova e verdadeira realidade.

PALAVRAS-CHAVE: Verdade. Filosofia antiga. Deus-mercado. Função social da empresa. Discurso de ódio.

THE TRUTH OF THE “GOD-MARKET” AND HATE SPEECHES

ABSTRACT: The current research has the aim of examining the ‘truth’ imposed by the “god-market”, in the expression of Avelãs Nunes, and the influence of companies in engagement of dissemination of hate speeches and in the transformation of reality. It searches to answer two questions that are related: 1) nowadays are the companies candidates to meddle in the construction of the ‘truth’, under the optics of the power exercised by economic market? 2) Would be the dominant economic concern of contemporary entrepreneurship capable of opening space for the development of social function of companies through the control of proliferation in the internet of hate speech, contributing, thus, for the construction of a new and true reality? For answering these questions, it is adopted the methodology of deductive research, starting from the study of doctrines in the field of philosophical and legal sciences, which essentially deal with studies related to classical philosophy and social transformations. For the development of the research it was necessary to carry out an overview of the search for true knowledge, in the context of the Classical Philosophy theories, as well as to realize the examination of the ‘truth’ that is developed on philosophical bases and can lead to a type of ideal investigation of reality, reaching the results that the questioning of the preceding philosophies enabled the progress of knowledge, and the ‘truth’ is an adequacy of the intellect to the reality, according to the dominant interests, being nowadays the economic power show itself as the filter of reality that constructed itself. Therefore it was essential to verify that the business companies impose the conditions and dictate the rules based on a new notion of ‘truth’ that is developed from the perspective of the economic market, which can do a lot, since it is considered as a “god-market”. And, finally, it was imperative to examine the role of companies in combating the dissemination of hate speeches, reaching the conclusion that reactions to manifestations with hate content perfectly fit the social role of these companies, since companies’ business project must show compatible with the non-violation of the rights of others, constructing, thus, a new and true reality.

KEYWORDS: Truth. Ancient philosophy. God-market. Company social role. Hate speech.

Introdução

O presente trabalho pretende identificar os fundamentos do que comumente se denomina como ‘verdade’, observando se ela sofre influências daquilo que se pensa acerca da realidade, à medida que o próprio mundo real se transforma, ansiando responder a duas questões que se inter-relacionam. Em primeiro lugar, será que hodiernamente as

companhias empresárias são candidatas a interferir na construção da ‘verdade’, sob a ótica do poder exercido pelo mercado econômico? Dessa forma, visa-se buscar a segunda resposta, ao se examinar, se o interesse econômico dominante da empresarialidade contemporânea, seria capaz de abrir espaço para o desempenho da função social das empresas por meio do controle da proliferação na *internet* dos discursos de ódio, contribuindo, assim, para a construção de uma nova e verdadeira realidade?

Para o desenvolvimento da pesquisa entendeu-se necessário traçar um panorama da incansável perseguição do homem pelo conhecimento do tipo verdadeiro, levando-se em consideração as teorias da Filosofia Clássica, a qual se construiu, essencialmente, com as ideias dos filósofos materialistas e dos pós-socráticos, sendo que em relação aos últimos - considerando os limites desta pesquisa - nos concentraremos nas teorias de Platão e Aristóteles.

Insta salientar que ao longo do item “1” deste artigo pretendemos evidenciar a leitura do mundo realizada pelos filósofos materialistas, seguidos por Platão e depois por Aristóteles, visando abordar três pontos: a identificação da explicação da realidade a partir de uma análise sensível dos objetos construída pelos materialistas; a análise da filosofia platônica reveladora dos objetos da existência sob um prisma conceitual, vez que os objetos derivariam da ideia acerca deles próprios; e, a interpretação da geração das coisas do mundo trabalhada por Aristóteles, pela qual somente se alcançaria o conhecimento verdadeiro por meio do uso das faculdades da razão em junção com a observação dos objetos. Notar-se-á, pela leitura do tópico inicial, que as três visões e maneiras de se explicar o mundo possuíam em si a crença de ter se encontrado uma ampla compreensão da realidade, a qual não se revelava como qualquer tipo de conhecimento, mas sim em uma assimilação do real imbuída da ‘verdade’.

Por esta via, nos itens “2” e “3”, trabalharemos a ideia de que se a ‘verdade’ for tomada como aquilo que se pensa acerca da realidade, tal qual vem acontecendo desde a Grécia antiga, concepções alternativas de ‘verdade’ surgiriam à medida que o real se transforma, assim como dominantes interesses se apresentam, à exemplo da força do mercado econômico que se impõem contemporaneamente. No item “3”, frisaremos que a globalização da economia trouxe consigo um campo de novos significados, tomados como ‘verdades’, que passou a colocar o mundo à serviço, na expressão de Avelãs Nunes, do “deus-mercado”.

Por fim, o tópico “4”, pretenderá responder à principal questão levantada neste artigo: o mercado econômico, que recebe a alcunha de “deus-mercado”, poderia exercer uma função social de controle de algo tão tóxico para a vida em sociedade como vem sendo observado com a proliferação dos discursos de ódio por meio da *internet*?

São estas reflexões que, essencialmente, desenvolveremos neste artigo. De forma a cumprir com o intento revelado, adota-se a metodologia de pesquisa dedutiva, partindo-se do estudo das doutrinas na seara das ciências filosóficas e jurídicas, as quais versam, essencialmente, sobre estudos relacionados à filosofia clássica e às transformações sociais.

1 PANORAMA DA BUSCA DO CONHECIMENTO VERDADEIRO NA FILOSOFIA CLÁSSICA

Ao longo da história, as interrogações postas às filosofias precedentes possibilitaram o progresso do conhecimento, ficando evidente que o estudo dos porquês e das causas possibilitou um exercício de pensamento que levou o homem a debruçar-se sobre questões acerca dos primeiros princípios dos quais todas as demais questões dependiam, ou, em um termo, acerca da Metafísica³ que não seria, senão, o fundamento de toda a existência, uma ideia que se construiu a partir do pensamento do filósofo da Grécia antiga Sócrates (469-399 a.C.).

Anteriores a Sócrates, os primeiros filósofos gregos, chamados de materialistas, se preocuparam com o conhecimento acerca do mundo natural ou da *physis*. Japiassú e Marcondes chamam a atenção para o fato de Aristóteles ter considerado Tales de Mileto como sendo o primeiro filósofo, “devido à sua busca de um primeiro princípio natural que explicasse a origem de todas as coisas”⁴.

Explicam Polito e Silva Filho⁵ que

O movimento filosófico grego (...) não se iniciou, e nem apenas continuou, com uma busca por respostas a questões sobre a natureza do espírito (*logos*) ou da alma (*psyché*), mas por respostas a questões relativas à constituição da natureza (*physis*). Esse movimento teve seu começo oficial por volta do final do séc. VII a.C., com os filósofos jônicos, o primeiro deles tendo sido Tales de Mileto (c. 624-546 a.C.),

3 Consoante Japiassú e Marcondes, “O termo ‘metafísica’ origina-se do título dado por Andronico de Rodes, principal organizador da obra de Aristóteles, por volta do ano 50 a.C., a um conjunto de textos aristotélicos (...) que se seguiam ao tratado da física, significando literalmente ‘após a física’, e passando a significar depois, devido a sua temática, ‘aquilo que está além da física, que a transcende’. (...) A metafísica define-se (...) como filosofia primeira, como ponto de partida do sistema filosófico, tratando daquilo que é pressuposto por todas as outras partes do sistema, na medida em que examina os princípios e causas primeiras, e que se constitui como doutrina do ser em geral, e não de suas determinações particulares; (...)”; in JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário Básico de Filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996, p. 180.

4 *Ibidem*, p. 219.

5 POLITO, Antony Marco Mota; SILVA FILHO, Olavo Leopoldino da. A filosofia da natureza dos pré-socráticos. **Caderno Brasileiro de Ensino de Física**, v. 30, n. 2, p. 323-361, ago. 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/fisica/article/view/2175-7941.2013v30n2p323/24929>. Acesso em 18 jul. 2020.

seguido por Anaximandro (c. 610-545 a.C.) e por Anaxímenes (c. 585-526 a.C.), ambos também de Mileto (Ásia Menor, atual Turquia).⁶ (Grifado)

Através de uma reflexão crítica, os principais expoentes pós-socráticos de uma nova atitude filosófica questionadora do mundo, Platão e Aristóteles, examinaram a admiração que é provocada pelo conhecimento dos princípios norteadores das coisas que transcendem as do senso comum conhecidas pelos sentidos e advindas da mera observação da *physis*.

A originalidade do pensamento dos filósofos pós-socráticos, para Polito e Silva Filho, “residiu no fato de ter representado a primeira tentativa documentada de procurar por princípios únicos a partir dos quais a natureza como um todo poderia ser constituída e/ou gerada, bem como seus diversos fenômenos explicados”⁷.

Platão, na busca pela explicação verdadeira, deixou de lado qualquer análise sensível das coisas e partiu para uma análise conceitual dos objetos, buscando os alicerces da realidade em um mundo que se estabelecia para além dos sentidos, podendo ser alcançado tão-somente pela via da razão.

Exemplificando, Platão, em seu trabalho no *Fédon*, percorrendo as reflexões de Sócrates, estampou a necessidade de uma mudança da observação que se fazia dos objetos na tentativa de explicá-los, abandonando a compreensão que se tinha deles através dos sentidos, para que relações ambíguas que surgissem a partir dessas observações sensíveis não confundissem o aponte real das causas daqueles objetos.

A maneira como os filósofos materialistas, predecessores de Sócrates e Platão, explicavam os objetos era confusa e contrassensos emergiam, na medida em que o aponte da causa de algo ser o que era explicava também a causa de ser de objeto contrário àquele, além do mais se levantava uma causa que era capaz de imprimir a um objeto uma característica que ela mesma não possuía, tal como se observa no exemplo “(...) quando um homem grande é visto ao lado dum pequeno, ele é de uma cabeça maior do que o pequeno (...)”⁸.

Nesse exemplo, a ‘cabeça’ tomada como medida é causa de o homem grande ser maior, assim como é causa do seu contrário, ou seja, do homem pequeno ser menor. Assim

6 Segundo Japiassú e Marcondes, a Escola Jônica foi “fundada na Jônia, região da Ásia Menor, por Tales de Mileto, no séc. VI a.C., [sendo] considerada como o início da filosofia na Grécia antiga.”; in JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário Básico de Filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996, p. 151.

7 POLITO, Antony Marco Mota; SILVA FILHO, Olavo Leopoldino da. A filosofia da natureza dos pré-socráticos. **Caderno Brasileiro de Ensino de Física**, v. 30, n. 2, p. 323-361, ago. 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/fisica/article/view/2175-7941.2013v30n2p323/24929>. Acesso em 18 jul. 2020.

8 PLATÃO. *Fédon*. In: **Platão – Os pensadores**. São Paulo: Nova Cultural, 1991, tópico O problema da física, sem paginação. Disponível em: <https://projetoaletheia.files.wordpress.com/2014/05/os-pensadores-platc3a3o.pdf>. Acesso em 14 jun. 2020.

também, a ‘cabeça’ como causa de o homem grande ser maior não possuía ela mesma a característica de maioridade, pois se comparada com a altura do homem, era ela dotada sim de pequenez, tal como se explica no *Fédon*:

(...) tudo aquilo que é maior do que outro, não o é por nenhuma outra causa senão pela Grandeza; e que o que é menor, não o é por nenhuma outra causa senão pela Pequenez. Pois acho que terias medo de cair em contradição se disseses que uma coisa é maior ou é menor pela cabeça: primeiro, porque nesse caso o maior seria maior e o menor seria menor, ambos em virtude da mesma coisa; segundo, porque o maior seria maior pela cabeça — que é pequena! Seria, com efeito, prodigioso que alguém fosse grande em virtude de uma coisa pequena! (...) ⁹

Fica evidente que explicações como as deste exemplo partem de uma simples observação que se faz dos objetos a partir dos sentidos, trazendo confusões e ambiguidades que não permitem determinar a causa verdadeira das coisas.

Na tentativa, então, de dar conta da explicação de todas as coisas, Platão passa a examinar os objetos sempre no âmbito de suas ideias sendo, pois, que o dado sensível das coisas nesse ponto torna-se dispensável, visto que o vínculo de necessidade se dá apenas nas ideias dos objetos. Para exemplificar, à luz de Sócrates, o fogo ou a neve quando presentes aos sentidos humanos podem parecer, ou não, quente ou fria, respectivamente, ao sentiente; entretanto o fogo estará sempre associado à ideia de quente, assim como a neve liga-se permanentemente à ideia de frio, tal como se verifica na passagem:

Quer dizer, então, que o calor é uma coisa e o fogo, outra; e que o frio é uma coisa e a neve, outra? (...) Poderá acontecer, pois, continuou Sócrates, que em outros exemplos análogos as coisas sucedam de tal sorte, que não somente a forma em si mesma tenha direito a seu próprio nome por um tempo eterno, mas que haja ainda aí outra coisa que, embora não sendo a forma propriamente dita, possua todavia o caráter desta, e isto em virtude da eternidade de sua existência. ¹⁰

Note-se que, consoante Costa Júnior ¹¹, Platão ao descrever “o confronto que constitui a natureza da relação entre os contrários”, reforça “a preparação da crítica que (...) fará ao método de investigação direta dos fenômenos, que usa as sensações na aquisição do conhecimento” ¹², conforme veremos.

9 *Ibidem*, tópico A ideia.

10 *Ibidem*, tópico O problema dos contrários e as ideias.

11 COSTA JÚNIOR, Lourival Bezerra da. **O argumento dos contrários e a hipótese sobre a imortalidade no Fédon de Platão**. Tese (doutorado) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes. Programa de Pós-Graduação em Filosofia, 2013, p. 45/46. Disponível em: http://repositorio.ufrn.br:8080/jspui/bitstream/123456789/16466/1/LourivalBCJ_TESE.pdf. Acesso em 14 jun. 2020.

12 Nesse ponto da tese, o autor está a examinar, especialmente, a relação entre o ‘prazer’ e a ‘dor’, a qual é tomada por Sócrates como sendo o contrário da anterior sensação: “Como parece aparentemente desconcertante, amigos, isso que os

Sócrates ao examinar os, assim tidos por ele, 'contrários', prazer e dor, expõem que "Tanto um como a outra recusam ser simultâneos no homem; mas procure-se um deles - tenhamos preso um deles - e estaremos sujeitos quase sempre a encontrar também o outro, como se fossem uma só cabeça ligada a um corpo duplo!"¹³.

Em outras palavras, constrói Costa Júnior que tal trecho

(...) diz que se alguém persegue e alcança uma dessas sensações, é quase certo e sabido que acaba por alcançar a outra, como dois seres que estivessem ligados por uma só cabeça. Então, ambas as sensações somente podem ser ligadas, ou relacionadas, pela cabeça, suposto que, por analogia, a cabeça seja o pensamento.¹⁴

Esse tratamento conceitual que Platão empregava na explicação dos objetos passava a dar conta das causas das coisas, admitindo-se a existência de um mundo à parte da *physis*, habitado por ideias abstratas e plenas em si, ao qual apenas o pensamento ou a razão teriam acesso a ele e às 'verdades' nele contidas.

Platão postula, portanto, que a comunicação com este mundo em que as ideias são unas em si existe, e afirma que algo que receba determinada denominação de uma dessas ideias é porque simplesmente participa da 'ideia em si' que o denominou, tal como se observa em:

(...) serias capaz de dizer (...) que um objeto do tamanho de dois côvados é maior do que outro de um côvado pela metade, em lugar de dizer que é pela grandeza? (...) Não protestarias aos gritos que não compreendes como cada coisa se possa formar por outro modo que não seja pela **participação na própria substância em que essa coisa toma parte**? Não dirias, neste caso, que não encontras outra causa de formar-se o dois a não ser a **participação na ideia** do dois, e que deve participar dela o que vem a tornar-se dois (...)?¹⁵ (Grifado)

Por esta via, Platão parece conseguir escapar daquela confusa explicação dos filósofos materialistas, quanto a alguém ser maior, uma vez que explica que a causa de um homem ser grande em relação a outro homem é devido ao ato do primeiro **participar da**

homens chamam de prazer! Que maravilhosa relação existe entre a sua natureza e o que se julga ser o seu contrário, a dor!"; in: PLATÃO. Fédon. In: PLATÃO. **Platão – Os pensadores**. São Paulo: Nova Cultural, 1991, tópico O prazer e a dor, sem paginação. Disponível em: <https://projetoaletheia.files.wordpress.com/2014/05/os-pensadores-platc3a3o.pdf>. Acesso em 14 jun. 2020.

13 *Ibidem*.

14 COSTA JÚNIOR, Lourival Bezerra da. **O argumento dos contrários e a hipótese sobre a imortalidade no Fédon de Platão**. Tese (doutorado) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes. Programa de Pós-Graduação em Filosofia, 2013, p. 46. Disponível em: http://repositorio.ufrn.br:8080/jspui/bitstream/123456789/16466/1/LourivalBCJ_TESE.pdf. Acesso em 14 jun. 2020.

15 PLATÃO. Fédon. In: PLATÃO. **Platão – Os pensadores**. São Paulo: Nova Cultural, 1991, tópico A ideia, sem paginação. Disponível em: <https://projetoaletheia.files.wordpress.com/2014/05/os-pensadores-platc3a3o.pdf>. Acesso em 14 jun. 2020.

ideia de maioria em relação ao segundo, e já que a maioria sensível ‘participa’ da ‘ideia em si’ de maioria, nunca poderá o homem maior se tornar menor que o menor homem, uma vez que participa da ideia de maioria, pelo que se constata em:

(...) nesta frase: ‘Símias é maior do que Sócrates’, o modo por que a linguagem se exprime não corresponde à verdade e que indubitavelmente não pertence à natureza de Símias o ser maior, pelo simples fato de ser Símias, mas sim pela grandeza, na medida em que a possui, e tampouco se pode dizer que seja maior do que Sócrates porque Sócrates é Sócrates, mas unicamente porque Sócrates participa da pequenez, em relação à grandeza dele (...)¹⁶

À esse ponto do pensamento de seu predecessor Platão, Aristóteles vai tecer suas críticas justamente pelo estabelecimento desse *link* entre o mundo sensível e o mundo inteligível, através da ‘ideia de participação’ do objeto sensível na sua forma ‘em si’ do mundo inteligível, indicando que isso em nada explica as causas das coisas, pois o que de fato significaria ‘participar’ de algo?

Nesse sentido, nota-se que Aristóteles achou as explicações de Platão tão confusas quanto o próprio Platão achou confusas as explicações dos filósofos materialistas, conforme afirmou:

(...) No que se refere à ‘participação’, a única inovação de Platão foi o nome. De fato, os pitagóricos¹⁷ dizem que os seres subsistem por ‘imitação’ dos números; Platão, ao invés, diz ‘por participação’, mudando apenas o nome. De todo modo, tanto uns como o outro descuidaram igualmente de indicar o que significa ‘participação’ e ‘imitação’ das Formas.¹⁸

Na filosofia de Platão, portanto, verifica-se um rompimento com a ciência predecessora dos filósofos materialistas, os quais explicavam as coisas a partir de uma análise sensível dos objetos, imprimindo agora uma explicação acerca das causas sob um prisma conceitual, com a crença de assim se ter alcançado o verdadeiro conhecimento.

Inconformado e refletindo criticamente, Aristóteles continuou a busca pelo conhecimento verdadeiro no livro I da sua *Metafísica*, diferenciando-se da filosofia de Platão, definindo que os princípios de tudo o que há, ou seja, as causas que propiciam a geração e a corrupção das coisas são apenas quatro¹⁹: a material, a formal, a eficiente e a final.

16 *Ibidem*, tópico O problema dos contrários e as ideias.

17 Segundo Japiassú e Marcondes, o pitagorismo é a “Doutrina da escola fundada por Pitágoras na colônia grega de Crotona, no sul da Itália, tendo grande influência em toda a Antiguidade. O pitagorismo (...) [caracteriza-se] por considerar o número como representando toda a realidade, que seria, em essência, matemática.”; in JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário Básico de Filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996, p. 151.

18 REALE, Giovanni. **Metafísica de Aristóteles**. São Paulo: Edições Loyola, 2002, volume I, p. 213.

19 *Ibidem*, p. 73-79.

A causa material de um objeto seria a matéria do qual ele é composto; a forma seria o que ou qual figura o objeto representa; a eficiente é o que/quem o produziu; e a final se constitui no objetivo a que se destinava o objeto, atingida após ter cessado o movimento da causa eficiente. Note-se que a análise da geração das coisas se dá pelo exercício e uso das faculdades da razão e pela observação dos objetos.

Mais do que se analisar detidamente tais causas, o que queremos realçar aqui é o fato de que para comprovar sua filosofia, Aristóteles analisa e critica todo o cerne do trabalho de seu antecessor, ao construir²⁰ que para explicar um objeto Platão criou outro objeto tomado como ideal, duplicando a realidade; que as formas ou ideias em nada contribuem para a constituição dos objetos sensíveis, nem para dimensionar o conhecimento acerca deles, porque elas não têm existência nos objetos; que os objetos não podem derivar das formas ou ideias, pois não haveria explicação para o mundo sensível ter sido causado pelas ideias; além de parecer impossível que um objeto e aquilo de que ele é substância possam existir separadamente, pois a ideia é sempre forma de algo e não dá para pensar uma forma distinta de matéria.

Em resumo, tanto Platão como Aristóteles abriram espaço para as ciências teóricas evidenciando-se, pois, uma busca do conhecimento tido como verdadeiro, numa espécie de empreitada de desconstrução e reconstrução do conhecimento da *physis* por meio da Metafísica, assim definida por Aristóteles:

Existe uma ciência que considera o ser enquanto ser e as competências que lhe competem enquanto tal. Ela não se identifica com nenhuma das ciências particulares: de fato, nenhuma das outras ciências considera universalmente o ser enquanto ser, mas delimitando uma parte dele, cada uma estuda as características dessa parte. Assim o fazem, por exemplo, as matemáticas. Ora, dado que buscamos as causas e os princípios supremos, é evidente que estes devem ser causas e princípios de uma realidade que é por si. (...) ²¹

Assimilando-se que as dúvidas acerca das construções das filosofias precedentes a um certo período histórico é que parecem mover e perpetuar a busca por um conhecimento almejado como verdadeiro, cabe-nos questionar, a seguir, em que medida a 'verdade' se constrói em bases filosóficas que conduzem a um tipo de investigação ideal da realidade, sem perder de vista a primeira indagação desta pesquisa: hodiernamente as companhias empresárias são candidatas a interferir na construção da 'verdade', sob a ótica do poder exercido pelo mercado econômico?

20 Ibidem, p. 51-65.

21 Ibidem, volume IV, p. 131.

2 A verdade: uma adequação do intelecto à realidade

Pode-se dizer que a investigação direta dos fenômenos da natureza realizada pelos filósofos materialistas, situados no período pré-socrático da história da filosofia ocidental, passa a ocupar o campo das crenças, sendo que o conhecimento do tipo verdadeiro se põe em voga, a partir de Sócrates, pela edificação de um método de investigação ideal da realidade.

Note-se que o conhecimento em si é um tipo particular de crença, vez que quando se concretiza, encontram-se presentes nele o elemento mental do pensar, além do sujeito que acredita no seu conteúdo proposicional.

No entanto, nem toda crença humana tem conteúdo verdadeiro. Acredita-se em elementos fantásticos desde a mais tenra idade: papai noel não nos deixaria mentir!

Captar uma definição necessária e suficiente para se adjetivar como verdadeiro o conhecimento que se almeja a partir de Sócrates não é tarefa das mais fáceis.

Aristóteles²² caracterizou assim a ‘verdade’: “(...) falso é dizer que o ser não é ou que o não-ser é; verdadeiro é dizer que o ser é e que o não-ser não é. Consequentemente, quem diz de uma coisa que é ou que não é, ou dirá o verdadeiro ou dirá o falso”.²³

Note-se que, por esta noção da clássica filosofia, se está a eleger a ‘verdade’ como correspondência de algo que acontece no mundo do ser, sendo que a ideia de ‘verdade’ do real se configura no conteúdo daquilo que se articula em pensamento, ou seja, na adequação do intelecto à realidade.

Veja que se a ideia de ‘verdade’ for tomada como aquilo que se pensa acerca da realidade, concepções alternativas de ‘verdade’ surgiriam à medida que o real se transforma, assim como dominantes interesses se apresentam, tal como se mostra a hipótese levantada nesta pesquisa de que hodiernamente as companhias empresárias poderiam ser candidatas a interferir na construção da ‘verdade’, sob a ótica do poder exercido pelo mercado econômico.

Assim, a natureza da ‘verdade’ pode ser explicada por várias teorias, conforme ensinam Japiassú e Marcondes:

22 Elegemos a caracterização de Aristóteles de ‘verdade’, pela concordância com o pensamento de Balthazar Barbosa Filho: “É conveniente começar por uma lembrança sumária da noção aristotélica de verdade. Em termos estritos, não se trata de uma definição nem de uma teoria, mas, antes, de um critério de adequação material que qualquer definição ou teoria deve satisfazer como condição inicial de plausibilidade”; in BARBOSA FILHO, Balthazar. Nota sobre o conceito aristotélico de verdade. In: **Cadernos de História de Filosofia da Ciência**. Campinas, série 3, vol. 13, n. 2, julho-dezembro de 2003. p. 233-244.

23 REALE, Giovanni. **Metafísica de Aristóteles**. São Paulo: Edições Loyola, 2002, volume IV, p. 179.

Segundo a *teoria consensual*, a verdade não se estabelece a partir da correspondência entre o juízo e o real, mas resulta, antes, do consenso ou do acordo entre os indivíduos de uma determinada comunidade ou cultura quanto ao que consideram aceitável ou justificável em sua maneira de encarar o real. A *teoria da verdade como coerência* considera a verdade de um juízo a proposição como resultando de sua coerência com um sistema de crenças ou verdades anteriormente estabelecidas, como preservando, assim, a ausência de contradição dentro do sistema, sendo, portanto, o critério de verdade interno a um sistema ou teoria determinada. Para a *teoria pragmática*, a verdade de uma proposição ou de um conjunto de proposições se estabelece a partir de seus resultados, de sua aplicação prática, concreta, de sua verificação pela experiência.²⁴

Ainda que num breve exame, parece-nos que tanto a teoria consensual, como a que pretende explicar a ‘verdade’ como coerência são, ao nosso ver, ‘verdades’ oriundas do raciocínio, frutos do intelecto humano com vistas a construir crenças justificadas em consenso mútuo e que se afastem de eventuais contradições.

Já a teoria pragmática que busca definir a ‘verdade’ por um critério de praticidade ou utilidade, ou seja, pela profusão de crenças tomadas como verdadeiras desde que sejam úteis à uma determinada prática, parece-nos criar um movimento que conduz a um tipo de investigação da realidade que poderia atender às forças de interesses dominantes.

Considerando a noção aristotélica de ‘verdade’ ressaltada por Barbosa Filho tem-se que, nas palavras daquele filósofo,

(...) a proposição verdadeira não é de nenhuma maneira causa da existência da coisa; é, ao contrário a coisa que parece ser, de alguma maneira, a causa da verdade da proposição, pois é da existência da coisa ou de sua não existência que depende a verdade ou a falsidade da proposição.²⁵

Sendo assim, um dado fenômeno de uma realidade em constante transformação traz consigo um campo de significados novos, os quais podem ser a causa da ‘verdade’ acerca dele próprio, dependendo das intenções das proposições elaboradas pelo pensamento humano dominante acerca dele, as quais habitam o mundo inteligível e, num movimento de verdadeira exteriorização, se revelam ao mundo dos fenômenos, como afirmações declarativas sobre a realidade, implicando transformações ao mundo sensível quando tomadas como verdadeiras.

Por esta via e considerando o pensamento de Avelãs²⁶ de que “A vida dos homens em sociedade e a sua organização com vista à satisfação das necessidades materiais tem

24 JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário Básico de Filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996, p. 269.

25 BARBOSA FILHO, Balthazar. Nota sobre o conceito aristotélico de verdade. *In: Cadernos de História de Filosofia da Ciência*. Campinas, série 3, vol. 13, n. 2, julho-dezembro de 2003. p. 233-244.

26 AVELÃS NUNES, Antonio José. Os Sistemas Económicos. **Boletim de Ciências Económicas**, v. XVI, Faculdade de Direito Coimbra: 1973, p. 75-76.

apresentado características diversas ao longo da sua evolução histórica (...)”, tomamos como objeto de análise a carga de ‘verdade’ depositada no ‘mercado’, que concebe mesmo como divina a ordem econômica, como veremos na sequência.

3 A verdade que lastreia o “deus-mercado”

O fenômeno do capitalismo trouxe consigo uma resignificação do ‘ser homem’, consoante Avelãs Nunes:

O homem pré-capitalista era um *homem natural*, que via na actividade económica o meio de satisfazer as suas necessidades naturais. No período pré-capitalista, no centro de todo o esforço e preocupação estava o homem, medida de todas as coisas (Sombart). Ao contrário, o *homem capitalista* viria alterar todos os valores do homem natural, orientando-se por um novo espírito, uma nova atitude (aquela atitude que busca o lucro, racional e sistematicamente, como diria Max Weber), à qual subordinaria tudo o mais, *desumanizando* a economia (...).²⁷

Avelãs Nunes destaca já em 1973, bem antes do fenômeno da globalização tornar-se realidade, que o que distinguiria as várias fases da evolução histórica da vida econômica, citando Karl Bucher e Gustav Schmoller, seria o âmbito territorial de atuação da atividade econômica, assim explicado:

A humanidade passaria por três fases na sua evolução: a *economia doméstica* (reduzida, sucessivamente, à família, à tribo, ao domínio senhorial e feudal – confinada a um âmbito territorial bastante restrito); a *economia urbana* (centrada na atividade artesanal das cidades, que entravam em relações de troca com as populações agrícolas vizinhas); a *economia nacional* (surgida no desenvolvimento das relações de troca entre os vários núcleos urbanos). A *economia mundial*, etapa acrescentada por Gustav Schmoller, caracterizaria um novo período de relações econômicas estabelecidas entre as várias comunidades nacionais.²⁸

Sabe-se que a fase da economia mundial ganhou existência com a acentuação internacional da integração, pela globalização, da vida econômica, política e cultural a partir do final do século XX.

É bem verdade que a revolução dos meios tecnológicos de informação e comunicação possibilitou a conexão global dos mercados financeiros, com o aumento do poder das grandes companhias em detrimento do poder estatal.

Isto porque, no contexto de um mundo globalizado, “As fronteiras físicas e simbólicas que delimitavam a esfera de influência dos Estados tornam-se porosas. (...) os

²⁷ *Ibidem*, p. 85.

²⁸ *Ibidem*, p. 78-79.

Estados passam a ser atravessados por fluxos das mais diversas ordens, que não são capazes de se controlar, canalizar ou conter”²⁹.

Em outras palavras “São fluxos financeiros, migratórios e de dados, ou seja, são o dinheiro, as pessoas e as informações que circulam, num aparente caos, não mais tão somente de maneira física, mas, sobretudo, virtualmente pelas inúmeras redes hospedadas na rede mundial de computadores *internet*.”³⁰

A globalização trouxe consigo um campo de novos significados, tomados como ‘verdades’, que passou a colocar o mundo à serviço, na expressão de Avelãs Nunes, do “deus-mercado”³¹.

Explica o autor que antes o fornecimento de serviços públicos (tais como água e saneamento, eletricidade, telecomunicações, transporte, educação, saúde), os quais corresponderiam ao atendimento de necessidades básicas das populações, era considerado pressuposto de liberdades fundamentais e deveria ser ofertado pelo Estado. Segundo Avelãs Nunes, o intuito era “(...) o de garantir a todos, no tocante a esses serviços, aquilo que não pode exigir-se ao mercado, porque o mercado não pode dar: o acesso generalizado, a certeza da continuidade do seu fornecimento, a qualidade do serviço, um preço acessível”³².

A nova atitude do homem capitalista que busca racionalmente o lucro, somada a atuação das empresas sobre o mercado de consumo, visando transformar matéria-prima em algo mais valioso, não poderiam deixar permanecer esse conjunto de serviços à margem do mercado. Segundo Avelãs Nunes, “Estes bens e serviços constituem, pois, mercados que valem milhões, apetitosos para o grande capital financeiro, que joga na privatização destes setores”³³.

Inicia-se, pois, a construção de uma ‘verdade’ do tipo pragmática, que faz crescer uma crença útil ao “deus-mercado”: a de que “(...) O Estado não só não é bom empresário

29 LOPES SALDANHA, Jânia Maria; DA CRUZ MELLO, Rafaela. Um imaginário possível: rumo ao cosmopolitismo jurídico. **Revista da Faculdade de Direito** - Universidade Federal de Minas Gerais, v. 70, p. 435-460, 2018.

30 SIQUEIRA, Priscilla dos Reis; BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Acesso à internet na Sociedade da Informação: por dívida, um mínimo existencial. **Anais do I Encontro Virtual do CONPEDI - Direito, governança e novas tecnologias I**. Coordenadores: AYRES PINTO, Danielle Jacon; ROVER, Aires Jose; PEIXOTO, Fabiano Hartmann. Florianópolis: CONPEDI, 2020, p. 191-209. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/olpbq8u9/z82865u2/h9cB05V7u4vbL793.pdf>. Acesso em: 03 set.2020.

31 AVELÃS NUNES, Antonio José. Breve reflexão sobre o chamado estado regulador. **Revista Sequência**, nº 54, p. 9-18, jul. 2007.

32 *Ibidem*.

33 *Ibidem*.

como é mesmo incapaz de assegurar, por si próprio, a prossecução e a proteção do interesse público. (...) ³⁴.

As empresas, assim, impõem as condições e ditam as regras lastreadas por uma nova noção de ‘verdade’ que trabalha sob a ótica do mercado econômico.

Como dissemos antes, há uma adequação do intelecto à uma realidade que se constrói e, dessa forma, concepções alternativas de ‘verdade’ surgem à medida que novos e dominantes interesses se apresentam.

Como demonstramos no início deste trabalho, os filósofos materialistas depositaram a ‘verdade’ na *physis*, Platão no e Aristóteles sedimentaram a ‘verdade’ na razão e, contemporaneamente, a ‘verdade’ vem sendo colocada à serviço do mercado, o qual pode muito em prol, como vimos, do lucro das companhias.

Resta-nos indagar se um ‘senhor’ que pode tanto, que recebe até a alcunha de “deus-mercado”, poderia, também, exercer uma função social de controle de algo tão tóxico para a vida em sociedade como vem sendo observado com a proliferação dos discursos de ódio.

4 Função social da Empresa e combate aos discursos de ódio

A questão que se põe em relação à função social de uma companhia empresária seria a capacidade de conciliar o capitalismo, e seu objetivo principal de adquirir lucro, com o bem estar social.

Ensina Frazão que “A função social (...) da empresa não deixa de ser uma tentativa de inserir a solidariedade nas relações horizontais entre indivíduos, transformando-os em corresponsáveis, ao lado do Estado, pela efetiva realização do projeto de uma sociedade de membros autônomos e iguais” ³⁵.

No que toca especificamente à função social das grandes companhias, elas podem ter o relevante papel de estimular condutas de outras empresas, igualmente poderosas, em prol do atendimento dos interesses sociais.

Hoje a vida se constrói em torno das tecnologias de informação e comunicação e à luz de Cavalcanti ³⁶

Essa nova realidade nos traz muita coisa positiva, o desenvolvimento, o progresso, a possibilidade de intercâmbio maior entre os povos, maior compartilhamento de informações

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ FRAZÃO, Ana. **Função social da empresa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 190/191.

³⁶ CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. Os direitos da personalidade na Sociedade da Informação: impactos das novas tecnologias. In: **O Direito na Sociedade da Informação V: Movimentos sociais, tecnologia e a proteção das pessoas**. Coordenador: Roberto Senise Lisboa. Almedina: São Paulo, 2020, p. 15/34.

e descobertas, mas também nos traz muita coisa negativa, como por exemplo, mudança de comportamento social com o afastamento físico entre as pessoas (as cidades estão cada dia mais "virtuais", fazemos praticamente tudo pela internet, por exemplo), circulação maior de informações sem confirmação do conteúdo com velocidade recorde (...) e, até mesmo a violação de direitos personalíssimos (...).

No mesmo caminho das palavras da autora, o que se defende é que diante de uma realidade tecnológica que se impõe, existe uma premente relevância de as empresas lançarem olhar para o impacto de uma vida digitalizada nas relações humanas, especialmente no que se refere à violação de direitos, no que diz respeito - considerando o objetivo deste trabalho - aos discursos de ódio.

Na visão de Meyer-Pflug, o discurso de ódio "(...) consiste na manifestação de ideias que incitam à discriminação racial, social ou religiosa em relação a determinados grupos, na maioria das vezes, as minorias".³⁷

O meio e o tempo de exposição relacionados ao discurso de ódio se mostram, consoante Freitas e Castro, determinantes para gerar resultados mais ou menos nocivos: "Assim, a palavra veiculada oralmente, dirigida ao público trará impacto imediato, mas, se impressa e publicada, poderá promover um dano que permanecerá ao longo do tempo."³⁸

Conseqüentemente, segundo os autores, ao citarem Jónatas Eduardo Mendes Machado, revelam que "com o advento das novas tecnologias (*internet*), [há] a viabilidade de um prejuízo em escala mundial, trazendo ainda uma dificuldade maior no que se refere à questão do anonimato e sua investigação de autoria"³⁹.

Foi tomando mais uma lição de Freitas e Castro, os quais ecoam "que não pode o Estado Social, sob pena de comprometer a legitimidade de suas decisões, admitir o discurso do ódio, porque ele tem por objetivo segregar e calar a expressão de grupos minoritários"⁴⁰, é que consideramos refletir, sob a perspectiva da função social da empresa, acerca da interferência de companhias na diminuição da propagação de tais discursos e, assim, contribuir para a redução do prejuízo social ocasionado por tais manifestações, junto com o próprio Estado.

Recentemente, nasceu o movimento "*#Stop hate for profit*", em que grandes companhias, dominantes do mercado global em seus segmentos, vêm pressionar o *Facebook* para que ele promova ações de banimento dos discursos de ódio de sua plataforma.

37 MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 97.

38 FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe de. Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. **Sequência**, Florianópolis, n. 66, p. 327-355, jul. 2013.

39 *Ibidem*.

40 *Ibidem*.

Noticiou-se⁴¹ que cerca de 400 empresas, como as gigantes *Coca-Cola*, *Unilever*, *Volkswagen*, *Honda*, *Ford* e *Adidas*, anunciaram que deixariam de pagar para veicular seus anúncios no *Facebook*. O boicote visa impor pressões à plataforma para que ela reveja sua política de publicação, uma vez que consideram que ela se mostra omissa em relação à propagação de discursos com conteúdo de ódio.

Acreditamos, pois, que tal ação pode se encaixar perfeitamente no que diz respeito ao cumprimento de uma função social por parte dessas empresas, uma vez que o projeto empresarial das companhias se mostra compatível com a não violação de direitos alheios.

Frasão destaca o pensamento de Alfredo Lamy Filho o qual adverte que “a função social da empresa traz em si uma proposta de reumanização, a fim de que os indivíduos possam ser reconhecidos como valores supremos e não como meros instrumentos da atividade econômica”⁴².

Contudo, observa-se que dentre as teorias de construção da ‘verdade’ antes examinadas, tal movimento de boicote ao *Facebook* parece se afastar de um pragmatismo e se filiar à teoria consensual, que é aquela que resulta de uma espécie de acordo social do que se considera aceitável ao se encarar a realidade do mundo.

Conclusão

Consoante indicado na introdução, a presente pesquisa se propôs a cumprir alguns objetivos, tendo sido eles alcançados nos termos que se seguem.

Traçamos um panorama da busca do conhecimento verdadeiro considerando as teorias da Filosofia Clássica, demonstrando que os questionamentos das filosofias precedentes possibilitaram o progresso do conhecimento.

Descrevemos e comparamos a proposta de busca da ‘verdade’ realizada pelos filósofos materialistas ou pré-socráticos por meio da observação da *physis*, bem como dos pós-socráticos, Platão e Aristóteles, os quais buscavam a explicação verdadeira acerca das coisas do mundo pela via da razão.

Propomos o exame da ‘verdade’ que se constrói em bases filosóficas e que é capaz de conduzir a um tipo de investigação ideal da realidade, concluindo que a ‘verdade’ é uma adequação do intelecto ao real, segundo os interesses dominantes.

41 CONGRESSO EM FOCO. *Facebook tem prejuízo bilionário com boicote de grupos gigantes*, 01 jul. 2020. Disponível em: https://congressoemfoco.uol.com.br/midia/facebook-tem-prejuizo-bilionario-com-boicote-de-grupos-gigantes/?utm_source=Mailee&utm_medium=email&utm_campaign=Confira+os+destaques+do+dia+&utm_term&utm_content=Confira+os+destaques+do+dia. Acesso em 19 jul. 2020.

42 FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 193.

Verificamos que as companhias empresárias impõem as condições e ditam as regras lastreadas por uma nova noção de ‘verdade’ que trabalha sob a ótica do mercado econômico, o qual pode muito já que é tido como um “deus-mercado”, na expressão de Avelãs Nunes.

E, ainda, descortinamos que as companhias, por serem tão poderosas no mercado econômico, são capazes de fazer a diferença no sentido de reduzir a disseminação dos discurso de ódio ao exercerem a sua função social, tal como ocorreu no exemplo apresentado do movimento “#Stop hate for profit”, em que grandes companhias que dominam o mercado global exerceram pressão no *Facebook* para que ele banisse as manifestações de ódio de sua plataforma.

Referências

AVELÃS NUNES, Antonio José. Os Sistemas Económicos. **Boletim de Ciências Económicas**, v. XVI, Faculdade de Direito Coimbra, p. 75-76, 1973.

AVELÃS NUNES, Antonio José. Breve reflexão sobre o chamado estado regulador. **Revista Sequência**, nº 54, p. 9-18, jul. 2007.

BARBOSA FILHO, Balthazar. Nota sobre o conceito aristotélico de verdade. *In: Cadernos de História de Filosofia da Ciência*. Campinas, série 3, vol. 13, n. 2, julho-dezembro de 2003. p. 233-244.

CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. Os direitos da personalidade na Sociedade da Informação: impactos das novas tecnologias. *In: O Direito na Sociedade da Informação V: Movimentos sociais, tecnologia e a proteção das pessoas*. Coordenador: Roberto Senise Lisboa. Almedina: São Paulo, 2020, p. 15/34.

CONGRESSO EM FOCO. **Facebook tem prejuízo bilionário com boicote de grupos gigantes**, 01 jul. 2020. Disponível em: https://congressoemfoco.uol.com.br/midia/facebook-tem-prejuizo-bilionario-com-boicote-de-grupos-gigantes/?utm_source=Mailee&utm_medium=email&utm_campaign=Confira+os+destaques+do+dia+&utm_term&utm_content=Confira+os+destaques+do+dia. Acesso em 19 jul. 2020.

COSTA JÚNIOR, Lourival Bezerra da. **O argumento dos contrários e a hipótese sobre a imortalidade no Fédon de Platão**. Tese (doutorado) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes. Programa de Pós-Graduação em Filosofia, 2013, p. 45/46. Disponível em: http://repositorio.ufrn.br:8080/jspui/bitstream/123456789/16466/1/LourivalBCJ_TESE.pdf. Acesso em 14 jun. 2020.

FRAZÃO, Ana. **Função social da empresa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe de. Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. **Sequência**, Florianópolis, n. 66, p. 327-355, jul. 2013.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário Básico de Filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996.

LOPES SALDANHA, Jânia Maria; DA CRUZ MELLO, Rafaela. Um imaginário possível: rumo ao cosmopolitismo jurídico. **Revista da Faculdade de Direito - Universidade Federal de Minas Gerais**, v. 70, p. 435-460, 2018.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PLATÃO. Fédon. *In*: **Platão – Os pensadores**. São Paulo: Nova Cultural, 1991, tópico A ideia, sem paginação. Disponível em: <https://projetoaletheia.files.wordpress.com/2014/05/os-pensadores-platc3a3o.pdf>. Acesso em 14 jun. 2020.

PLATÃO. Fédon. *In*: **Platão – Os pensadores**. São Paulo: Nova Cultural, 1991, tópico O problema da física, sem paginação. Disponível em: <https://projetoaletheia.files.wordpress.com/2014/05/os-pensadores-platc3a3o.pdf>. Acesso em 14 jun. 2020.

PLATÃO. Fédon. *In*: PLATÃO. **Platão – Os pensadores**. São Paulo: Nova Cultural, 1991, tópico O prazer e a dor, sem paginação. Disponível em: <https://projetoaletheia.files.wordpress.com/2014/05/os-pensadores-platc3a3o.pdf>. Acesso em 14 jun. 2020

PLATÃO. Fédon. *In*: **Platão – Os pensadores**. São Paulo: Nova Cultural, 1991, tópico O problema dos contrários e as ideias, sem paginação. Disponível em: <https://projetoaletheia.files.wordpress.com/2014/05/os-pensadores-platc3a3o.pdf>. Acesso em 14 jun. 2020.

POLITO, Antony Marco Mota; SILVA FILHO, Olavo Leopoldino da. A filosofia da natureza dos pré-socráticos. **Caderno Brasileiro de Ensino de Física**, v. 30, n. 2, p. 323-361, ago. 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/fisica/article/view/2175-7941.2013v30n2p323/24929>. Acesso em 18 jul. 2020.

REALE, Giovanni. **Metafísica de Aristóteles**. São Paulo: Edições Loyola, 2002, volume I.

REALE, Giovanni. **Metafísica de Aristóteles**. São Paulo: Edições Loyola, 2002, volume IV.

SIQUEIRA, Priscilla dos Reis; BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Acesso à internet na Sociedade da Informação: por dívida, um mínimo existencial. **Anais do I Encontro Virtual do CONPEDI - Direito, governança e novas tecnologias I**. Coordenadores: AYRES PINTO, Danielle Jacon; ROVER, Aires Jose; PEIXOTO, Fabiano Hartmann. Florianópolis: CONPEDI, 2020, p. 191-209. Disponível em:
<http://conpedi.daniloir.info/publicacoes/olpbq8u9/z82865u2/h9cB05V7u4vbL793.pdf>.
Acesso em: 03 set.2020.

3^o Information Society and Law

FMU
CENTRO UNIVERSITÁRIO

GT - ÉTICA E DEMOCRACIA NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

CONSENTIMENTO E TRANSPARÊNCIA NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Crystiane de Sousa Borro Silva¹

RESUMO: Este artigo pretende apresentar e analisar a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD (Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018), especialmente nos quesitos que determinam a obrigatoriedade do consentimento do titular para o uso e tratamento de seus dados pessoais e o princípio da transparência trazido pela nova lei. Em termos metodológicos, a pesquisa adotou o enfoque em pesquisas bibliográficas e texto da lei apontando a relevância da transparência e pontos críticos em relação ao consentimento, bem como o *compliance* necessário por conta do tratamento de dados pessoais de terceiros pelas empresas. O estudo concluiu que a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD impactará significativamente a forma como os dados pessoais são tratados nos Brasil após sua implementação. Reforçará os direitos do titular dos dados sensíveis ou não, trará transparência no processo de tratamento e deixará em suas mãos o poder de escolher quando, como e para que consentirá o tratamento de seus dados. Para as organizações trata-se de um desafio pois terão que se enquadrar às regras e diretrizes trazidas pela nova lei de proteção de dados visando garantir a privacidade dos dados e segurança dos titulares. De todo modo, o adiamento de sua vigência e a não criação da Agência Nacional de Proteção de Dados resulta em maior insegurança jurídica e segue expondo os dados dos titulares a riscos.

Palavras-Chave: Lei Geral de Proteção de Dados; Transparência; Consentimento; *Compliance*.

CONSENT AND TRANSPARENCY IN THE GENERAL DATA PROTECTION LAW

ABSTRACT: This article intends to present and analyze the General Data Protection Law - LGPD (Law 13,709, of August 14, 2018), especially in the questions that determine the mandatory consent of the holder for the use and treatment of his personal data and the principle of transparency brought about by the new law. In methodological terms, the research adopted a focus on bibliographic searches and text of the law pointing out the relevance of transparency and critical points in relation to consent, as well as the necessary

¹ Discente do Curso de Graduação em Direito da FMU – SP

compliance due to the processing of third parties' personal data by companies. The study concluded that the General Data Protection Law - LGPD will significantly impact the way personal data is treated in Brazil after its implementation. It will reinforce the rights of the owner of sensitive data or not, it will bring transparency in the processing process and will leave in your hands the power to choose when, how and for which you consent to the processing of your data. For organizations, this is a challenge as they will have to comply with the rules and guidelines brought by the new data protection law in order to guarantee data privacy and security of the holders. Anyway, the postponement of its validity and the failure to create the National Data Protection Agency results in greater legal uncertainty and continues to expose the data of the holders to risks.

Keywords: General Data Protection Law; Consent; Transparency; *Compliance*.

Introdução

Com o avanço da tecnologia é clara a necessidade dos usuários de ferramentas tecnológicas, como legítimos titulares de seus dados, de poderem decidir como seus dados serão tratados, de decidir se irão limitar, tornar público ou não, visando proteger sua privacidade. “Trata-se da autodeterminação informacional fundada na perspectiva de que o próprio usuário deve ter controle sobre as suas informações pessoais, autodeterminando-se.” (RODOTÁ, 2015, p. 267).

Essa autodeterminação trata da necessidade de manifestação expressa de consentimento e esclarecimento do titular dos dados pessoais quanto à autorização para destinação dos seus dados.

Nesse sentido, o presente artigo analisa a Lei 13.709, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) que acompanha um movimento internacional em prol da proteção de dados pessoais dos cidadãos de todo o mundo e foi inspirada diretamente na *General Data Protection Rules* (GDPR) da União Europeia. Sancionada por Michel Temer em agosto de 2018, a LGPD que a princípio entraria em vigor em 2020, tem como objetivo regulamentar o tratamento de dados pessoais de clientes e usuários por parte de empresas públicas e privadas.

A LGPD tem duas caracterizações sobre o que deve ser protegido e ter o consentimento concedido:

Dados pessoais – aqueles que identificam uma pessoa: nome, RG, data de nascimento etc.;

Dados sensíveis – aqueles que, perante a lei, incluem uma série de informações sensíveis, tais como origem racial, política, dados genéticos, biometria, dados de saúde, convicção religiosa, filosóficas, filiação sindical e orientação sexual.

Com a implementação da LGPD, todo e qualquer tratamento de dados pessoais deve ter um fim específico e claramente informado ao titular. Isso significa que, além de informar quais dados deseja-se coletar, será necessário explicar para o que cada dado coletado será utilizado.

O objetivo é assegurar que sejam coletados apenas os dados indispensáveis para o fim explicitado pela organização. Por exemplo, se uma organização precisa dos dados de um cliente para gerar um contrato de prestação de serviços, ela deve deixar bem claro que dados são esses (nome, telefone, RG, CPF, endereço, etc.) e o porquê de sua necessidade (identificação contratual).

Ainda, será abordado o consentimento, também aludido pela nova lei, pelo qual sem este, nenhuma empresa pode utilizar os dados pessoais de seus clientes. Este consentimento deve ser dado de maneira livre, inequívoca e para determinada finalidade. Mendes e Doneda afirmam que:

A lei aprovada proporciona ao cidadão garantias em relação ao uso de seus dados, a partir de princípios, de direitos do titular de dados e de mecanismos de tutela idealizados tanto para a proteção do cidadão quanto para que o mercado e setor público possam utilizar esses dados pessoais, dentro dos parâmetros e limites de sua utilização. (DONEDA, 2018, p. 566)

Dentre os princípios trazidos pela LGPD, temos a transparência, garantia aos titulares de informações precisas, claras e acessíveis em relação ao uso e tratamento das informações armazenadas nos bancos de dados das empresas.

1. Princípios da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709)

No Brasil, antes da Constituição Federal de 1988, os princípios não tinham força normativa, eram meras sugestões, recomendações de ordem moral ou política, ideias de uma direção a seguir. Com a evolução do Direito, os princípios tornaram-se comandos que devem ser obedecidos por todos e que servem de alicerce para a aplicação imediata de outros direitos subjetivos. Sua importância é tanta que sua violação é considerada a mais grave ilegalidade ou inconstitucionalidade no sistema jurídico, por alguns autores. Nesse contexto, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido (...) (MELLO, 2000, p.748)

A Lei 13.709, em seu artigo 6º determina que as atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé, ser pautado por princípios que assegurem seus propósitos legítimos e cujas finalidades sejam informadas ao titular, com tratamento limitado ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades e determinações que assegurem a qualidade dos dados, transparência e segurança na sua armazenagem e tratamento.

Art. 6º. 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.

Ainda, determina que devem ser adotadas medidas preventivas que reduzam a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais e que esses dados não devem ser tratados em aplicações que possam gerar discriminação e a necessidade de responsabilização e prestação de contas pelo agente que promove o tratamento de dados pessoais, assunto este que será melhor abordado ao longo deste artigo.

2. A Transparência na Lei de Geral de Proteção de Dados

Como exposto anteriormente, a LGPD traz como um de seus princípios a transparência e o tema é abordado novamente e de maneira mais detalhada no artigo 9º da lei.

Art. 9º O titular tem direito ao acesso facilitado às informações sobre o tratamento de seus dados, que deverão ser disponibilizadas de forma clara, adequada e ostensiva acerca de, entre outras características previstas em regulamentação para o atendimento do princípio do livre acesso:

I - finalidade específica do tratamento;

II - forma e duração do tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

III - identificação do controlador;

IV - informações de contato do controlador;

V - informações acerca do uso compartilhado de dados pelo controlador e a finalidade;

VI - responsabilidades dos agentes que realizarão o tratamento; e

VII - direitos do titular, com menção explícita aos direitos contidos no art. 18 desta Lei.

Com este artigo entende-se que toda e qualquer pessoa física tem o direito de consultar, junto à empresa, de forma simplificada e gratuita, todos os dados dos quais seja titular e que tenham sido coletados pela empresa. Deve haver transparência na gestão do tratamento dos dados, o que foi e o que será feito com esses dados, bem como por quanto tempo eles serão tratados dando-os assim o poder de evitar que seus dados sejam utilizados para fins com os quais não concorda, é uma forma de resguardar os cidadãos.

A empresa que possui a autorização para tratar os dados de determinada pessoa não o possui de forma definitiva, já que o titular deverá ser capaz de solicitar seus dados, de corrigi-los ou de solicitar sua exclusão de forma rápida, fácil e descomplicada a qualquer momento.

Ainda, a empresa também deve ser transparente com o titular dos dados em caso de vazamento, invasão por hackers e demais fatos que exponham de qualquer forma os dados disponibilizados.

A preocupação com a segurança e integridade da informação em relação ao tratamento de dados está em seu artigo 48, e exige que o controlador, em caso de incidente de segurança com potencial de risco ou lesivo aos titulares, fatos que exponham de qualquer forma os dados disponibilizados, comunique os titulares e a autoridade nacional a respeito.

Art. 48. O controlador deverá comunicar à autoridade nacional e ao titular a ocorrência de incidente de segurança que possa acarretar risco ou dano relevante aos titulares.

A referida comunicação, conforme exposto no § 1º e seus incisos do mencionado artigo, deve ser realizada em prazo razoável e deverá conter, no mínimo, as seguintes informações:

- (i) natureza dos dados pessoais afetados;
- (ii) informações sobre os titulares envolvidos;
- (iii) indicação de medidas mitigadoras e de segurança utilizadas para a proteção dos dados;
- (iv) os riscos envolvidos no acidente; e caso a comunicação não seja imediata,
- (v) as razões da demora.

A LGPD é inspirada na GDPR, que obriga empresas do mundo inteiro, com sede, filial ou até mesmo representação em território europeu a promover mudanças nos procedimentos de tratamento de dados pessoais.

Ou seja, na medida em que garante privacidade aos dados sensíveis dos cidadãos (e não aos dados públicos) e exige mais transparência das empresas que os coletam, a LGPD revalida o princípio da transparência.

Um caso recente e interessante é o do Google que foi multado em 50 milhões de euros, que equivale a cerca de 213 milhões de reais, pela agência de proteção de dados da França por violação da GDPR (*General Data Protection Regulation*). O regulador francês alegou que o Google não é transparente e claro ao informar os usuários como os dados pessoais são coletados em seus serviços, incluindo o YouTube, Maps e o mecanismo de busca em pesquisas, para apresentação de anúncios publicitários personalizados.

3. O Consentimento na Lei Geral de Proteção de Dados

Na LGPD o consentimento é figura central e aparece em inúmeros artigos, seguindo a tendência mundial de conceder ao cidadão a responsabilidade de resguardar a proteção dos seus dados pessoais.

É importante primeiramente trazer a definição de consentimento e tratamento na Lei Geral de Proteção de Dados, nesse sentido, o Art, 5º, incisos X e XII, da Lei 13.709 traz a seguinte definição:

X - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração;

XII - consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada.

Bruno Bioni assinala que a análise dos princípios e a maneira pela qual a LGPD dissecou o consentimento ao longo do seu corpo normativo “acabam por revelar uma forte preocupação (...) sobre qual deve ser a carga participativa do indivíduo no fluxo de suas informações pessoais (BIONI, 2019, p.134).

O Art. 7º da Lei 13.709, traz as hipóteses em que o tratamento dos dados pessoais poderá ser realizado:

Art. 7º. O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;

II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;

III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei;

IV - para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;

V - quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados;

VI - para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);

VII - para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;

VIII - para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária;

IX - quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou

X - para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.

É possível observar que dentre as demais hipóteses legais da LGPD que autorizam o tratamento de dados pessoais, a figura do consentimento se mostra como um elemento que tem o poder de afastar do Estado o controle decisório sobre o que pode ou não ser feito com os dados de determinada pessoa, já que confere esse controle ao próprio titular dos dados.

Na prática, segundo Bioni, “o consentimento deve ser livre, informado, inequívoco e dizer respeito a uma finalidade determinada de forma geral (BIONI, 2019, p.134).” Assim, nenhuma empresa poderá realizar o tratamento de dados de determinada pessoa até que essa mesma empresa obtenha o consentimento do titular dos dados. Ou seja, o próprio titular dos dados tem a tarefa de decidir se o tratamento proposto é cabível ou não, para somente depois, fornecer ou não o seu consentimento.

Além disso, como todas as outras hipóteses que legitimam o tratamento de dados pessoais, o consentimento não deve ser entendido como se com este qualquer tratamento passa a ser autorizado. Isto é, a empresa precisa informar claramente a finalidade para a qual o dado está sendo coletado e o dono do dado deve saber exatamente para o que está dando o seu consentimento, este podendo ser revogado a qualquer momento.

Importante salientar que se a finalidade for alterada, um novo consentimento deve ser concedido pelo titular dos dados.

O consentimento, se mal utilizado, pode inclusive se transformar em um problema, tanto para quem concede quanto para quem pede para legitimar o tratamento dos dados.

Em relação ao tratamento de dados pessoais sensíveis, a Lei Geral de Proteção de Dados traz as hipóteses em que esses dados podem ser tratados:

Art. 11. O tratamento 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, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem) ;
- 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.

§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo a qualquer tratamento de dados pessoais que revele dados pessoais sensíveis e que possa causar dano ao titular, ressalvado o disposto em legislação específica.

§ 2º Nos casos de aplicação do disposto nas alíneas “a” e “b” do inciso II do caput deste artigo pelos órgãos e pelas entidades públicas, será dada publicidade à referida dispensa de consentimento, nos termos do inciso I do caput do art. 23 desta Lei.

§ 3º A comunicação ou o uso compartilhado de dados pessoais sensíveis entre controladores com objetivo de obter vantagem econômica poderá ser objeto de vedação ou de regulamentação por parte da autoridade nacional, ouvidos os órgãos setoriais do Poder Público, no âmbito de suas competências.

§ 4º É vedada a comunicação ou o uso compartilhado entre controladores de dados pessoais sensíveis referentes à saúde com objetivo de obter vantagem econômica, exceto nas hipóteses relativas a prestação de serviços de saúde, de assistência farmacêutica e de assistência à saúde, desde que observado o § 5º deste artigo, incluídos os serviços auxiliares de diagnose e terapia, em benefício dos interesses dos titulares de dados, e para permitir:

I - a portabilidade de dados quando solicitada pelo titular; ou

II - as transações financeiras e administrativas resultantes do uso e da prestação dos serviços de que trata este parágrafo.

§ 5º É vedado às operadoras de planos privados de assistência à saúde o tratamento de dados de saúde para a prática de seleção de riscos na contratação de qualquer modalidade, assim como na contratação e exclusão de beneficiários.

Um dado sensível contém informações que ninguém gostaria que fossem compartilhadas e que podem causar uma grande exposição tanto na vida social quanto profissional do cidadão.

Os dados sensíveis possibilitam conclusões a respeito de um indivíduo, como por exemplo, a sua orientação sexual, sua religião, alguma doença que possa ter e com essas informações, torna-se muito perigoso que as pessoas venham a ser classificadas de forma preconceituosa, interferindo diretamente em seus direitos e liberdades individuais.

O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ser feito quando o titular ou seu responsável legal, no caso de crianças e adolescentes, der um consentimento para finalidades determinadas, de forma que esse consentimento deva ser específico.

Caso o titular dos dados ou seu responsável não dê o consentimento, o tratamento poderá ser realizado, conforme exposto no artigo 7º anteriormente transcrito, nas hipóteses em que for indispensável para a controladora cumprir obrigações legais ou de regulação, execução pela administração pública de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos, realização de estudos por órgão de pesquisa, exercício regular de direito, proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiros, tutela da saúde, em procedimento realizado por profissionais da área da saúde ou por entidades sanitárias e garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.

O artigo sétimo trata, portanto, de dois conceitos centrais na LGPD, o consentimento, detalhado no artigo oitavo e o tratamento de dados pessoais, regulado no artigo nono.

Art. 8º O consentimento previsto no inciso I do art. 7º desta Lei deverá ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular.

§ 1º Caso o consentimento seja fornecido por escrito, esse deverá constar de cláusula destacada das demais cláusulas contratuais.

§ 2º Cabe ao controlador o ônus da prova de que o consentimento foi obtido em conformidade com o disposto nesta Lei.

§ 3º É vedado o tratamento de dados pessoais mediante vício de consentimento.

§ 4º O consentimento deverá referir-se a finalidades determinadas, e as autorizações genéricas para o tratamento de dados pessoais serão nulas.

§ 5º O consentimento pode ser revogado a qualquer momento mediante manifestação expressa do titular, por procedimento gratuito e facilitado, ratificados os tratamentos realizados sob amparo do consentimento anteriormente manifestado enquanto não houver requerimento de eliminação, nos termos do inciso VI do caput do art. 18 desta Lei.

§ 6º Em caso de alteração de informação referida nos incisos I, II, III ou V do art. 9º desta Lei, o controlador deverá informar ao titular, com destaque de forma específica do teor das alterações, podendo o titular, nos casos em que o seu consentimento é exigido, revogá-lo caso discorde da alteração.

Art. 9º O titular tem direito ao acesso facilitado às informações sobre o tratamento de seus dados, que deverão ser disponibilizadas de forma clara, adequada e ostensiva acerca de, entre outras características previstas em regulamentação para o atendimento do princípio do livre acesso:

I - finalidade específica do tratamento;

II - forma e duração do tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

III - identificação do controlador;

IV - informações de contato do controlador;

V - informações acerca do uso compartilhado de dados pelo controlador e a finalidade;

VI - responsabilidades dos agentes que realizarão o tratamento; e

VII - direitos do titular, com menção explícita aos direitos contidos no art. 18 desta Lei.

§ 1º Na hipótese em que o consentimento é requerido, esse será considerado nulo caso as informações fornecidas ao titular tenham conteúdo enganoso ou abusivo ou não tenham sido apresentadas previamente com transparência, de forma clara e inequívoca.

§ 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.

§ 3º Quando o tratamento de dados pessoais for condição para o fornecimento de produto ou de serviço ou para o exercício de direito, o titular será informado com destaque sobre esse fato e sobre os meios pelos quais poderá exercer os direitos do titular elencados no art. 18 desta Lei.

Os artigos 8º e 9º da LGPD exigem que o consentimento seja fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular, veda autorizações genéricas, determina que o consentimento deve referir-se a finalidades específicas e pode ser revogado a qualquer momento, determina ao controlador do dado o ônus da prova de como o consentimento foi obtido, caracterizando como nulo todo consentimento obtido mediante informações enganosas, abusivas ou não transparentes e por fim, veda o tratamento mediante vício de consentimento.

4. Compliance na Lei de Geral de Proteção de Dados

A Lei Geral de Proteção de Dados possui uma previsão expressa do princípio da responsabilidade e prestação de contas em seu artigo 6º e com uma série de disposições que considera ser fundamental a adequação pelos agentes de tratamento.

Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

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.

Estar em *compliance* é um dos maiores desafios da atualidade para qualquer empresa no Brasil.

Compliance, vem do verbo em inglês *to comply*, e nada mais é do que estar em conformidade com as normas, leis, padrões éticos, regulamentos internos e externos, com o objetivo de que os riscos empresariais sejam minimizados.

Desde a promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados-LGPD, muito tem se falado sobre práticas e medidas de *compliance*. Isso pois, a lei trouxe consigo o dever de segurança, ética e responsabilidade, quando se trata de dados pessoais, impondo uma série de requisitos para as empresas se adequarem à normativa.

Com o surgimento de uma nova legislação que afeta o tratamento de dados e a segurança das informações compartilhadas entre as empresas, a política de *compliance* precisa ser atualizada de modo que as normas de *compliance* que já existem sejam atualizadas com os parâmetros definidos pela Lei Geral de Proteção de Dados.

Eventual descumprimento da lei, ou seja, o tratamento irregular de dados pessoais ocasionará diversas consequências, variando desde multas que podem atingir o valor de 50 milhões de reais, até mesmo a suspensão de atividades de tratamento de dados, além de trazer grandes danos à imagem da empresa em nível global.

5. O Adiamento da Vacatio Legis da LGPD e o Posicionamento do Ministério Público

A Lei Geral de Proteção de Dados, como mencionado anteriormente, entraria em vigor em 2020, conforme previsto pelo texto legal, contudo em 30 de março, o senador Antonio Anastasia (PSD-MG) apresentou o Projeto de Lei nº 1.179/2020, que dispõe sobre o regime jurídico emergencial e transitório em diversas relações jurídicas de direito privado durante o período de combate ao Covid-19. Uma das medidas propostas foi a prorrogação da vigência da LGPD para fevereiro de 2022. Contudo, no dia 03 de abril, em votação no

Senado, a relatora senadora Simone Tebet (MDB-MS), a fim de conciliar interesses e apresentar uma solução intermediária para as emendas relacionadas à LGPD, propôs o adiamento da *vacatio legis* da legislação para o dia 1º de janeiro de 2021, com a ressalva de que os artigos relativos às sanções somente entrarão em vigor em agosto de 2021, o que restou aprovado pelo Senado.

A principal justificativa para o adiamento é de que, diante da crise provocada pelo Novo Coronavírus, as empresas não teriam capacidade econômica para implementar mudanças neste momento. Além disso, ainda está pendente a criação da Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD) que tem papel fundamental na nova lei e sem ela a norma restaria prejudicada.

Enquanto o tema estava em Discussão na Câmara do Deputados, o Ministério Público enviou em 14 de abril nota técnica ao Congresso Nacional que defende que a Lei Geral de Proteção de Dados entre plenamente em vigor no próximo dia 20 de agosto de 2020, adiando para 2021 apenas a aplicação das sanções.

Em sua nota o Ministério Público alega que a LGPD pode auxiliar o país no desenvolvimento de ações e colaboração com atores estrangeiros durante a pandemia. A nota também ressalta a importância da instalação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados e do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade. Segundo o MPF, os dois órgãos já deveriam estar em pleno funcionamento e a manutenção da data prevista demonstrará o comprometimento do Brasil com a proteção de direitos e dará impulso para que essas adaptações se iniciem.

Ainda, o documento destaca, que o adiamento da entrada em vigor da LGPD passa um recado negativo a comunidade internacional.

De que o Brasil está com dificuldades em se adequar aos patamares mínimos de garantia de respeito aos Direitos Humanos. Além disso, traz desconfiança e insegurança as relações comerciais e de serviços, e mais entaves a circulação de dados, mercadorias e serviços, com maior prejuízo econômico num momento em que a crise já é geral.²

O MP também compara a LGPD com o Novo Código Civil de 2015, que entrou em vigor depois de um ano.

Não é possível entender como a lei de proteção de dados pessoais, que cuida tão somente da proteção à privacidade no tratamento de dados, que possui conteúdo muito menos extenso que o do Código Civil, já tenha um prazo de *vacatio legis* igual

2 NOTA TÉCNICA CONJUNTA PFDC & Câmara Criminal Epidemia covid-19 e PLS(Substitutivo) 1179/20: **Manutenção do prazo de entrada em vigor da LGPD**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/documentos/PRSP00039100.2020.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2020.

ao dobro do Código Civil, e isso ainda seja considerado pouco, de modo a se pretender adiar novamente sua entrada em vigor.³

Por sua vez, em 29 de abril, o Presidente Jair Bolsonaro, por meio da Medida Provisória 959 publicada em edição extra do Diário Oficial da União em 30 de abril, adiou a vigência da Lei Geral de Proteção de Dados para 3 de maio de 2021, sem mencionar qualquer informação sobre os motivos da alteração da data.

Esta é a segunda prorrogação da vigência da lei que originalmente estava programada para o início de 2020 e depois para agosto deste ano.

Vale lembrar que a medida provisória que altera a data de vigência da LGPD tem eficácia a partir da data da sua publicação, porém precisa ser aprovada no prazo de 120 dias pelo Congresso Nacional, caso contrário, a determinação do governo federal perde sua validade e a lei passará a ser aplicada no prazo anterior.

Diante de todo o exposto, não podemos deixar de ressaltar que a intenção da LGPD é a proteção ao direito de privacidade dos cidadãos e do tratamento de seus dados pessoais, deste modo, além de evidente desalinhamento entre Senado, Câmara e Governo, o adiamento de sua vigência resulta em maior insegurança jurídica às pessoas, que seguem desamparadas por normas de proteção e presenciando regularmente o tratamento abusivo dos seus dados.

Conclusão

Não há dúvidas que a LGPD vai impactar significativamente a forma como os dados pessoais são tratados no Brasil. Seguindo a mesma linha da GDPR, a LGPD contempla transações comerciais, contratos, rotinas diárias, redes sociais, enfim, qualquer informação que permita que se identifique uma pessoa, independentemente de como o dado será utilizado.

Dados pessoais são a identidade de uma pessoa e não existe bem maior do que a nossa identidade. Em razão disso, os dados pessoais são o maior bem de um indivíduo e é natural que queiram preservá-los.

As organizações devem obter o consentimento dos titulares para realizar o tratamento de seus dados, a manifestação da vontade deve ser inequívoca, embora a vontade não precise necessariamente estar consubstanciada em declaração escrita, jamais

3 NOTA TÉCNICA CONJUNTA PFDC & Câmara Criminal Epidemia covid-19 e PLS(Substitutivo) 1179/20: **Manutenção do prazo de entrada em vigor da LGPD**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/PRSP00039100.2020.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2020.

pode ser extraída da omissão do titular de dados, mas tão somente de atos positivos que revelem claramente o seu consentimento. Ainda, o titular deverá ter livre acesso às informações sobre o tratamento dos seus dados, que deverão ser claras, precisas e de fácil acesso. Até mesmo os dados coletados antes da Lei terão que ter atenção especial.

Importante salientar que os dados pessoais, que de alguma forma, revelem dados pessoais sensíveis devem ser tratados com o mesmo rigor, os mesmos critérios e requisitos de tratamento dos dados sensíveis.

Como vimos, a nova lei estabelece diversas regras sobre como os dados serão coletados, armazenados, tratados e compartilhados. Aqueles que não se adequarem serão penalizados com advertências, multas e, em casos mais graves, até bloqueios. O que resta prejudicado até a criação do órgão fiscalizador.

A conformidade será fundamental para toda empresa que deseja se posicionar como idônea no mercado, que preza por sua credibilidade e que valoriza a confiança de seus clientes.

Uma empresa que não garanta a privacidade dos dados pode sofrer prejuízos muito maiores do que os financeiros, pode perder sua credibilidade no mercado, a confiança dos consumidores e a força da sua marca.

Referências Bibliográficas

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. **Comentário à nova Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018): o novo paradigma da proteção de dados no Brasil. Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 120, p. 566, 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.709**, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm.

Mello, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12ª edição, São Paulo, 2000, p. 748.

Bioni, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2019, Ed. Forense Ltda.

Bobsin, Arthur. **Entenda o que é compliance e como colocar em prática**. 2019. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/o-que-e-compliance/>. Acesso em: 27 fev. 2020.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco e NAPOLINI, Samyra Haydêe Dal Farra. **Proteção de informações no mundo virtual: a LGPD e a determinação de consentimento do titular**

para tratamento de dados pessoais. Cadernos Adenauer, Proteção de dados pessoais: privacidade versus avanço tecnológico, 2019, nº 03. Disponível em:
<https://www.kas.de/documents/265553/265602/Caderno+Adenauer+3+Schutz+von+pers%C3%B6nlichen+Daten.pdf/476709fc-b7dc-8430-12f1-ba21564cde06?version=1.0&t=1571685012573>

BRASIL. **Projeto de Lei nº 1179/2020.** Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). Disponível em:
https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=584255D3CB29425BCB3510CDE8853EAF.proposicoesWebExterno1?codteor=1880267&filename=PL+1179/2020

Nota Técnica Conjunta PFDC & Câmara Criminal Epidemia covid-19 e PLS(Substitutivo) 1179/20. PLS (Substitutivo)1179/20, trata do Regime Jurídico Emergencial e transitório das relações jurídicas de Direito Privado no período da pandemia da doença do coronavírus-19 (COVID-19). Art. 25 do PLS ajustado, que adia a vacatio legis da LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados até 1º de janeiro de 2021, com a ressalva de que os artigos relativos às sanções só entrarão em vigor em agosto de 2021. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/PRSP00039100.2020.pdf>

Medida Provisória Nº 959, DE 29 DE ABRIL DE 2020. Estabelece a operacionalização do pagamento do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda e do benefício emergencial mensal de que trata a Medida Provisória nº 936, de 1º de abril de 2020, e prorroga a vacatio legis da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, que estabelece a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv959.htm

**DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E CANDIDATURAS
INDEPENDENTES (OU AVULSAS): O PROBLEMA DA CAPTURA
DO PROCESSO ELEITORAL POR PARTIDOS POLÍTICOS NAS
DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS**

André Luis Mota Novakoski¹

RESUMO: Este estudo, sob o prisma da democracia participativa e da sociedade da informação, tem por objeto analisar a figura das candidaturas independentes (ou avulsas), objeto do Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) 1.054.490, pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal (STF), que discute a antinomia entre o art. 14, § 3º, V, da Constituição Federal (CF/88), o art. 25 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e os arts. 23 e 29 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos ou Pacto de San José da Costa Rica (CIDH), normas de direito internacional internalizadas pelos Decretos 592/1992 e 678/1992, respectivamente. O método de abordagem utilizado foi o hermenêutico, baseado na literatura sobre o tema; o método de procedimento foi o monográfico e a técnica de pesquisa, bibliográfica.

Palavras-Chave: Eleições; Democracia Participativa; Candidatura Avulsa; Filiação Partidária; Sociedade da Informação.

**PARTICIPATIVE DEMOCRACY AND INDEPENDENT CANDIDACIES:
THE PROBLEM OF THE CAPTURE OF THE ELECTORAL PROCESS BY
POLITICAL PARTIES IN CONTEMPORARY DEMOCRACIES**

ABSTRACT: This study, from the perspective of participative democracy and the information society, aims to analyze the figure of independent (or separate) candidacies, object of the Agravo em Recurso Extraordinário (ARExt) 1,054,490, pending judgment in the Supreme Federal Court (STF), which involves the antinomy between art. 14, § 3, V, of the Brazilian Federal Constitution (CF/88), art. 25 of the International Covenant on Civil and Political Rights (PIDCP) and arts. 23 and 29 of the Inter-American Convention on Human

¹ Mestrando em Direito da Sociedade da Informação no Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Especialista em Direito Ambiental pela Universidade de São Paulo (USP) e em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Graduado em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9359747942711767>. OrcID: <https://orcid.org/0000-0003-0985-3053>. E-mail: andre@nvkk.com.br.

Rights or San José of Costa Rica Pact (IACHR), rules of International Law internalized by Decrees 592/1992 and 678/1992, respectively. The method of approach used was the hermeneutic, based on the doctrine on the issue; the procedure method was monographic and the research technique was bibliographic.

Keywords: Elections; Participative democracy; Independent candidacies; Party affiliation; Information society.

Introdução

O sistema eleitoral brasileiro, refletindo práticas e métodos consolidados entre os Séculos XVIII e XIX, centraliza o exercício do poder político nas mãos dos partidos políticos, num modelo que, sem eufemismos, poderia ser denominado como “oligopolização” do sistema eleitoral (art. 14, V, CF/88).

A centralização do poder político em intermediários obrigatórios (leia-se: de filiação compulsória ou coercitiva), além de não constituir uma regra geral das democracias contemporâneas, espelha uma captura do processo eleitoral por certos e determinados grupos de pessoas, o que atualmente é objeto de profunda crítica e proposta de revisão conceitual.

A adoção de candidaturas independentes (ou avulsas), como reflexo da expansão do direito à representação política nos regimes democráticos contemporâneos, é alvo de constantes críticas por parte do “establishment” partidário.

Não é segredo que as vigas mestras do sistema de representação popular nos regimes democráticos estabelecidas ainda no Século XIX e primeira metade do Século XX, formadas pela i) consagração da “ação indireta”, ii) capacidade (relativamente) ampla de eleger e ser eleito e iii) eleições periódicas, vem perdendo sua legitimidade, corroída principalmente por regras de transparência administrativa que, nas últimas décadas, foram potencializadas por mecanismos como a internet e a sociedade da informação (na qual o fluxo informacional é descentralizado e amplamente distribuído), que dotaram os indivíduos de maior senso crítico e poder de fiscalização dos atos administrativos e legislativos, isto é, de instrumentos reais (e não meramente formais) de cidadania.

Esta demanda da sociedade por maior transparência de todos os envolvidos nos negócios e na gestão do estado não se refletiram na estrutura partidária, pois os partidos políticos brasileiros, embora se sujeitos ao dever de prestação de contas perante a Justiça Eleitoral, não possuem um histórico de clareza e coerência político-ideológica, motivo pelo qual há tempos deixaram de corresponder, tanto ideológica, quanto comunitariamente, às expectativas do indivíduo dito comum, deslegitimando-os e pondo em descrença a operabilidade do sistema democrático.

Dado que o parlamento dominado pelos partidos políticos, que possuem interesses e agendas próprias não necessariamente coincidentes a dos eleitores, a discussão da admissão e compatibilidade das candidaturas independentes (ou avulsas) dentro do sistema eleitoral brasileiro encontrou ressonância primeiro na sociedade e, não tendo sido atendidas no ambiente legislativo, foram levadas ao exame do Poder Judiciário.

Embora a questão submetida à análise do STF esteja umbilicalmente vinculada à direitos humanos e fundamentais internalizados no sistema constitucional, os fundamentos suscitados no âmbito do ARE 1.054.490, pendente de julgamento no STF, especialmente os relativos ao PIDCP e à CIDH, não serão objeto de análise neste artigo, senão de forma indireta, dado que os propósitos desta investigação se concentram em identificar se os preceitos constitucionais derivados dos valores da cidadania e do pluralismo político justificam a despartidarização do processo eleitoral brasileiro.

1. A CONSTITUIÇÃO PARA ALÉM DA CONSTITUIÇÃO

Embora os pilares da constituição e dos direitos humanos (aqui também abrangidos os fundamentais) constituam os “fundamentos últimos da argumentação jurídica” (AZEVEDO, 2007, p. 585-586), não são suficientes para responder a todas as dúvidas que a sociedade suscita diuturnamente, reclamando constantes reexame e reavaliação de seus institutos, num processo de contínua adequação dos textos normativos e de sua interpretação jurídica à realidade social no qual estão inseridos.

O processo de interpretação, a despeito de buscar explorar o sistema jurídico conformando-o às exigências da vida social, não deve desgarrar para juízos ideológicos ou emocionais, estranhos à cientificidade do Direito, sob pena de deslegitimá-los sob a perspectiva democrática, leia-se, por usurpação de um poder (parlamentar) por outro (judiciário), como pondera HORBACH (2007, p.81-91):

Não sendo a "nova hermenêutica constitucional" uma teoria com traços próprios, caracteriza-se como uma formulação retórica que busca justificar uma realidade, qual seja, a extrapolação indevida das funções jurídico-políticas, em especial pelos responsáveis pela interpretação das leis e da Constituição, num claro movimento ideológico.

No mesmo artigo, HORBACH recorre a Peter Häberle para sustentar que o processo de participação da sociedade na construção do sistema jurídico ocorre, usualmente, por meio da opinião pública após ser filtrada (ou melhor, intermediada) pela técnica jurídica que, para o professor alemão, não se limitaria aos representantes incumbidos dos poderes ou funções do estado (HORBACH, 2007, p. 81-91).

Analisando a mesma obra, TOMAZ e CALDAS (2007, p. 247) ponderam que o elemento cultural não pode ser ignorado no processo de hermenêutica constitucional pois direito e cultura seriam fenômenos reciprocamente implicados; logo, recorrer aos parâmetros político-culturais expressos no texto constitucional constituiria a via adequada para atribuir operatividade aos direitos humanos e fundamentais internalizados pela ordem jurídica:

Assim, o texto constitucional deixa de ser apenas um texto jurídico, que interessa apenas aos juristas, para ser compreendido como expressão de um certo grau de desenvolvimento cultural de um certo grupo político, um meio de autorrepresentação própria de todo o povo, espelho de seu legado cultural e fundamento de suas esperanças e desejos, uma Constituição de letra viva.

TOMAZ e CALDAS (2007, p. 250-251) enfatizam que, na dinâmica de sociedade aberta constituída na forma jurídica de estado constitucional, que não haveria espaço para uma “pretensão fundamentalista de verdade universal do tipo “isto é porque é”, principalmente por a verdade não ser uma questão de opinião, mas fruto de fatos carregados de sentido, sob os quais a maioria não possui domínio ou controle.

Este processo político e cultural de constitucionalização do direito teria a função de influenciar os critérios interpretativos do sistema jurídico (ciência do direito e direito posto, descrição e prescrição), que deixaria de constituir monopólio de juristas e do estado e passaria a ser exercido em igualdade de condições e influência pelo próprio povo, verdadeiro titular da soberania, irradiando efeitos inclusive e além do aparato estatal:

É nessa contextura que Carbonell enfrenta o lugar da política constitucional chamando a atenção para o fenômeno da constitucionalização do ordenamento jurídico, pois, o implemento da política constitucional promove uma estreita relação da Constituição com o resto do ordenamento jurídico e com os sujeitos encarregados de concretizá-los.

Carbonell apoia-se da lição de Guastini, para quem “um ordenamento jurídico constitucionalizado se caracteriza por uma Constituição extremamente invasora, intrometida, capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinário; [...] (TOMAZ; CALDAS, 2007, p. 253)

Por isto que, para TOMAZ e CALDAS (2007, p. 255), “o texto [constitucional] expressa não é somente aquilo que nele se tornou expresso, mas o que ele quer dizer sem se tornar expresso, aquilo que precisa ser desvelado”, visando a concretização efetiva da constituição e dos direitos fundamentais que ela incorpora como expressão da verdade histórica.

Partindo destas premissas, o próximo capítulo procurará elucidar se a democracia participativa, conquanto síntese dos valores de cidadania e pluralismo político sob o sistema

constitucional, constituiria um fundamento autônomo apto a assegurar aos indivíduos a possibilidade de elegibilidade independentemente de filiação partidária.

2. O IMPACTO DA MODERNA PERCEPÇÃO DE DEMOCRACIA PARTICIPATIVA NO PROCESSO ELEITORAL

Observa TEUBNER (2003, p. 12) que, na sociedade atual (sob a perspectiva ocidental), profundamente globalizada e lastreada num incessante fluxo de informação, “a política não apenas perdeu o seu papel de liderança, mas regrediu nitidamente em comparação com outras áreas parciais da sociedade”.

Esta constatação pessimista não minimiza a importância da participação da sociedade (leia-se, dos indivíduos) na contínua construção e reconstrução da política e do sistema democrático que, apesar das mazelas eticamente irrefutáveis tão bem denunciadas por Hans-Hermann HOPPE (2014), ainda parece ser “o pior dos regimes, à exceção de todos os outros” conforme o famoso aforismo atribuído à Winston Churchill, pois tem por escopo assegurar o máximo de liberdade com o mínimo de coerção dos indivíduos, assim como a transição pacífica de governos:

O verdadeiro valor da democracia é servir como uma prevenção sanitária que nos protege contra abuso de poder, permitindo livrar-nos de um governo e tentar substituí-lo por outro melhor. Trata-se, em outras palavras, da única convenção já descoberta para permitir a mudança pacífica. (HAYEK, 1985, p. 143)

O regime democrático plural e a participação popular na discussão e deliberação política (enquanto um dos instrumentos de exercício da cidadania), adotados por todas as democracias ocidentais modernas, foram alçados à condição de garantias fundamentais e valores máximos do sistema constitucional brasileiro (art. 1º, II e V, CF/88).

A participação popular no âmbito do processo eleitoral e parlamentar, no contexto normativo atual, tem seu ápice no direito (a rigor, dever) de voto, regulado pelo art. 14, caput, da CF/88, assim como nas figuras do plebiscito, do referendo, da iniciativa popular e da audiência pública, os três primeiros regulados pelos art. 14, I a III, e este último pelo art. 58, § 2º, II, todos do texto constitucional, que se aglutinam no conceito de democracia representativa.

A democracia, em sua formação contemporânea, não pode ser restringida a figuras de participação indireta dos indivíduos no sistema eleitoral e parlamentar, i.e., “sem a integração do cidadão no processo de participação política” (CALDAS; FREITAS, 2018, p. 332) o que, em “ultima ratio”, representaria uma negação de direitos humanos e fundamentais.

A este respeito, Louis FAVOREU (2005, p. 103) chama a atenção para a dificuldade da identificação dos beneficiários e titulares dos direitos fundamentais; curiosamente, o exemplo adotado pelo professor francês envolve, especificamente, o direito à participação política, o que demonstra a centralidade do tema nas democracias contemporâneas, na qual, conforme a escola alemã, toda norma que regule direitos fundamentais constitui direito imediatamente aplicável, ainda que sua eficácia dependa da “filtragem” realizada através do direito infraconstitucional (CANARIS, 2003, p. 138).

De forma diversa da democracia representativa, a democracia participativa reclama uma conduta proativa do estado e do aparato governo para incluir o indivíduo, que representa a menor das minorias (RAND, 1962), no cenário político e eleitoral, reconhecendo-lhe a capacidade inata de, em condições de igualdade substancial em relação aos demais, exercer o direito de votar, ser votado e ouvido sem amarras ideológicas ou associativas (partidárias) de qualquer natureza, mormente ao se considerar que interpretação da constituição, de onde defluem os direitos fundamentais, deve ser compreendida como um documento colaborativo e de interpretação aberta e plural, que não pode ser retirada da sociedade ou dos indivíduos que a constituem (CALDAS, TOMAZ, 2017, p. 249).

Sendo o indivíduo o reconhecido titular do poder político (art. 1º, § único, CF/88), constitui um ululante contrassenso negar a possibilidade de sua participação no processo eleitoral de forma ativa e protagonista, vale dizer, como candidato apto a ser votado (e não meramente como eleitor e telespectador passivo do jogo político), sem a necessidade de se submeter a “poderes” (leia-se: agentes) intermediários, como os partidos políticos.

Sob o desenho restritivo vigente, hoje controvertido perante o Supremo Tribunal Federal, a imposição de filiação partidária para a participação no processo eleitoral de forma ativa se transmuta em claríssimo elemento de discriminação, impondo barreiras medievais ao efetivo exercício do poder político pelos indivíduos, restrição indesejada e característica de uma sociedade imatura (ou talvez impedida de amadurecer) a quem é negado o direito fundamental ao exercício da democracia em sua mais ampla extensão (CALDAS; THOMAZ, 2017, p. 253).

3. REGIME DEMOCRÁTICO VERSUS PARTIDARIZAÇÃO

Ao discorrer sobre o positivismo jurídico, que é a gênese do sistema democrático moderno, Gustavo ZAGREBELSKY (2011, p. 33) acusa o descompasso da ciência jurídica em compreender aquilo que é “anunciado como real”, assim entendido como a cessão de uma parcela de poder e soberania dos indivíduos para o estado em troca de segurança

jurídica, daquilo que constitui a própria realidade, o que, no plano do estado constitucional, o colocaria em contradição com os princípios que inspiraram sua formação e evolução.

A “realidade”, no mundo contemporâneo, não é mais compatível com a figura do indivíduo como sujeito de direito submetido a normas injustificadamente restritivas; a “realidade” dos direitos políticos na sociedade atual atribui aos indivíduos o poder de participarem dos destinos do estado e de seus órgãos tanto na esfera administrativa, quanto legislativa (ZAGREBELSKY, 2011, p. 59-60), em suma, da sociedade e de suas instituições.

Em um contexto de sociedade aberta de intérpretes da constituição de que fala HÄBERLE (2002), o sistema jurídico se reconhece no direito não apenas uma força restauradora de direitos, herdada da lógica romana, mas também uma função instauradora de direitos, especialmente quando destinada à concretização de direitos humanos e fundamentais (ZAGREBELSKY, 2011, p. 84-85).

A ponderação destas premissas, sob as quais orbitam a interpretação do sistema jurídico contemporâneo, traz à tona a pergunta: a quem realmente serve o sistema partidário?

Os partidos políticos podem ser conceituados como a associação de indivíduos que compartilham pontos de vista ideológico semelhantes ou compatíveis e que se organizam para divulgação destas ideias e, na conformação adotada no Brasil, apontar candidatos para participação em processos eleitorais.

Os partidos políticos gozam de um monopólio de natureza compulsória, previsto no art. 14, § 3º, da CF/88, que estabelece a necessidade de filiação partidária para que qualquer indivíduo possa disputar eleições; analisado por outro enfoque, os partidos políticos, em número limitado e de difícil e burocrática constituição, possuem o poder de atribuir a condição de efetiva elegibilidade aos indivíduos.

Este modelo monopolista, que exclui a candidatura independente (ou avulsa) e submete o indivíduo à obrigatoriedade de filiação partidária, é uma criação relativamente recente no sistema brasileiro, encontrando sua origem no Código Eleitoral de 1945, outorgado pelo Decreto-lei 7586/45, ou seja, em norma criada sob regime de estado de exceção (Estado Nôvo).

Até muito recentemente, a questão não trazia maiores discussões no debate jurídico e político nacional, talvez contaminado ou anestesiado pela visão tradicionalista vigorosamente criticada por ZAGREBELSKY (2011, p. 334-34), somente vindo a chamar a atenção a partir de 2018, com o início do julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) 1.054.490 pelo Supremo Tribunal Federal.

A despeito da aridez do debate no cenário nacional, que pouco discutiu o tema nas últimas décadas, inúmeros autores clássicos e modernos se preocupam, desde sempre, com o papel do indivíduo no processo eleitoral e, principalmente, com a partidarização da política.

Exemplos podem ser encontrados em Montesquieu, que percebeu na concentração de poder (leia-se: monopólios) o risco de “particularização de interesses” e “corrupção do regime” (CHEVALLIER, 1999, p. 129-130) e também em George WASHINGTON (1844, p. 39), para quem os partidos políticos serviriam para “distrair o público” e tenderiam a polarização, influências externas e corrupção.

A crítica mais aguda e ainda hoje perfeitamente válida à monopolização do sistema eleitoral pelos partidos políticos, numa espécie de aplicação da teoria da captura para o ambiente político (HANDON e YOSIFON, 2003-2004), é realizada por HAYEK (1985) ao tratar do (mal) funcionamento da democracia nas sociedades modernas.

Depois de criticar o papel que o poder legislativo avocou para si nos modernos regimes democráticos, no qual concentrou poderes prática e financeiramente ilimitados, HAYEK (1985, p. 16-17) chama a atenção ainda para outro problema do sistema democrático moderno, que é a influência dos grupos de pressão organizados sob a estrutura governamental cujo único interesse seria promover os interesses particulares de seus associados e não o bem comum.

Sindicatos, associações e organizações profissionais formariam esse aparato para-governamental com “interesses sinistros” que, para HAYEK, também incluiria os próprios partidos políticos, cujo objetivo seria “desviar a maior parcela possível das verbas e das concessões governamentais para seus membros” (HAYEK, 1985, p. 16-18), usando seu poder para impedir a sociedade de aperfeiçoar um modelo de estrutura político-eleitoral que não atende ao interesse comum:

A esse respeito, é importante lembrar que quase todos os fundadores do governo representativo moderno se mostraram apreensivos com os partidos políticos (ou 'facções', como costumavam chamá-los) e compreender as razões dessa apreensão. (HAYEK, 1985, p. 27)

O desencanto de HAYEK com os partidos políticos, embora expressado ainda do final do Século XX, se aplica perfeitamente ao ambiente político-institucional contemporâneo, em especial no cenário brasileiro, no qual é fato notório que a grande maioria da classe política, assim como de seus respectivos partidos políticos, são relacionados a episódios quase diuturnos de corrupção, tráfico de influência e cooptação de cargos públicos ou sob controle governamental.

Parece óbvio que, submetido à rigidez de uma estrutura partidária, o indivíduo tem sua liberdade e chance de participação no jogo político restringidas; ainda que toda e qualquer associação pressuponha algum grau de restrição à liberdade plena, não se pode negligenciar que, sendo o direito de votar e ser votado um direito humano fundamental, toda e qualquer limitação que o afete deve ser ética e legalmente justificada, sob pena de constituir uma violação objetiva de um elemento constitutivo do regime democrático, que é a possibilidade de dissentir, livre de restrições de natureza ideológica, partidária ou acidental:

O pluralismo enfim nos permite apreender uma característica fundamental da democracia dos modernos em comparação com a democracia dos antigos: a liberdade — melhor: a liceidade — do dissenso. Esta característica fundamental da democracia dos modernos baseia-se no princípio segundo o qual o dissenso, desde que mantido dentro de certos limites (estabelecidos pelas denominadas regras do jogo), não é destruidor da sociedade mas solicitador, e uma sociedade em que o dissenso não seja admitido é uma sociedade morta ou destinada a morrer. (BOBBIO, 1986, p. 60).

Se o sistema democrático é útil à sociedade, impedir seu colapso pela incorporação da participação dos indivíduos dotando-os de efetiva capacidade de dissenso é essencial para preservá-lo.

4. DEMOCRACIA COMO DIREITO AO EXERCÍCIO EFETIVO E REAL DE DISSENTIR

Como afirma HÄBERLE (2012, p. 1-2):

O tipo de Estado Constitucional ocidental livre e democrático não é, como tal, imutável. Séculos foram necessários para se moldar o conjunto dos elementos estatal e democrático, de direitos fundamentais individuais e, por fim, sociais e culturais, e o futuro continuará a desenvolvê-los. Suas características singulares são concebidas pela Teoria Constitucional em uma aproximação dos conceitos com a realidade; [...].

A imposição de associação obrigatória a partidos políticos para participação em processos eleitorais (a denominada “filiação partidária”), além de não possuir substrato constitucional à luz dos direitos fundamentais (art. 5º, XX, da CF/88), não corresponde aos valores éticos adotados pelo sistema constitucional brasileiro no qual “a vida em sociedade é equitativa e propiciadora das capacidades inatas de cada indivíduo, bem como do bom funcionamento das instituições e serviços públicos” (SILVA; MEIRA; CALDAS, 2019, p. 26).

O bom funcionamento das instituições democráticas, como expressão de um “direito à boa administração pública” (FUENTETAJA PASTOR, 2014, p. 21-24), não pode ser obtido a partir de sua monopolização ou, mais precisamente, oligopolização por partidos

políticos que, por sua natureza hermética, deixaram de ser os veículos adequados para expressar os valores fundantes da cidadania e do pluralismo político de uma sociedade aberta e voltada para o ideal democrático (art. 1º, II e V, CF/88), mormente quando a ciência política reconhece, há tempos, a impossibilidade empírica de um planejador ou agente estatal onisciente (HAYEK, 2013, p. 153-162).

O simples risco de partidos políticos impedirem a associação de indivíduos a seus quadros ou rejeitar o registro das candidaturas de seus filiados poderia ser reputada uma espécie de comportamento desleal, fraudulento ou de limitação de concorrência entre ideias e pessoas contrária à ideia de democracia e pluralismo (SCHUMPETER, 1961, p. 323).

BOBBIO (1986, p. 25-26) advertia que o ponto ideal do regime democrático, que definiu como “democracia de equilíbrio”, seria evitar o domínio do ambiente político pelos extremos, de um lado representados pelas elites oligárquicas formadas por (dirigentes de) partidos políticos e, de outro lado, pela apatia eleitoral do indivíduo excluído ou alheio a este ambiente político-partidário:

Como se afirmou várias vezes, o defeito da democracia representativa se comparada com a democracia direta consiste na tendência à formação destas pequenas oligarquias que são os comitês dirigentes dos partidos; tal defeito apenas pode ser corrigido pela existência de uma pluralidade de oligarquias em concorrência entre si. Tanto melhor porém se aquelas pequenas oligarquias, através de uma democratização da sociedade civil, através da conquista dos centros de poder da sociedade civil por parte dos indivíduos sempre mais e sempre melhor participantes, tornam-se sempre menos oligárquicas, fazendo com que o poder não seja apenas distribuído mas também controlado.

A capacidade do regime democrático de realizar a transição de poder por meios pacíficos, sem o recurso da violência, em ambiente de paz institucional, somente pode ser assegurado pela possibilidade de efetivo dissenso, vale dizer, do poder de o indivíduo efetivamente tomar parte e ter suas opiniões ouvidas dentro do jogo político, protagonizando-o, e não apenas como mero eleitor-expectador.

A outorga de um direito estritamente formal ao dissenso, exercido pela via do sufrágio universal, não possibilita que a opinião divergente do indivíduo (que é a menor minoria dentro de um tecido social) reverbere internamente das instituições de estado e de governo, o que causa uma fratura na comunicação entre a sociedade e os centros de exercício do poder: seria o mesmo que atribuir ao indivíduo um direito de cunho meramente procedimental, privado de garantia efetiva de realização, ideia conflitante com as concepções de direitos humanos fundamentais.

Apenas a atribuição de um enfoque material, substancial, ao direito ao dissenso, sem a necessidade de interferência de entes intermediários como partidos políticos, pode

assegurar o fluxo de ideias divergentes, dissonantes, concorrentes essenciais para a concretização de um ambiente democrático e pluralista, como ponderou BOBBIO (1986, p. 61-62):

Por isto afirmo existir uma relação necessária entre democracia e dissenso, pois, repito, uma vez admitido que democracia significa consenso real e não fictício, a única possibilidade que temos de verificar se o consenso é real é verificando o seu contrário. Mas como poderemos verificá-lo se o impedirmos? [...]

Bem consideradas as coisas, apenas numa sociedade pluralista o dissenso é possível: mais ainda, não apenas é possível mas necessário.

Tudo está portanto em conexão: refazendo o percurso em sentido contrário, a liberdade de dissentir tem necessidade de uma sociedade pluralista, uma sociedade pluralista consente uma maior distribuição do poder, uma maior distribuição do poder abre as portas para a democratização da sociedade civil e, enfim, a democratização da sociedade civil alarga e integra a democracia política.

Se o exercício da cidadania exige que o indivíduo possa dissentir de forma material e eficaz, não se pode negar que a obrigatoriedade de filiação a um partido político como condição “sine qua non” para a participação ativa no processo eleitoral ignora as dimensões quantitativas e qualitativas do texto constitucional, caracterizando um alto grau de inefetividade deste direito humano fundamental (PEREIRA; GONÇALVES, 2015, p. 151) e sinal indicador de inefetividade de concretização de direitos que conspira o próprio ideal de democracia.

Parafraseando SILVA, MEIRA e CALDAS (2019, p. 32), pode-se afirmar que a existência de oligopólios políticos, formatados como partidos políticos, com acesso quase ilimitado a recursos extraídos coercitivamente da sociedade para financiamento público de suas atividades internas e particulares, de um lado elimina a concorrência de ideias (ferindo de morte o pluralismo político) e, de outro, prejudica os indivíduos não-alinhados ao fisiologismo partidarizado, servindo de mecanismo ideológico de dominação usado para justificar um determinado modelo de representação política incompatível com a democracia nos tempos atuais.

Em conhecido artigo, CANOTILHO (2001, p. 113) afirmou que o direito privado “Não é um espaço livre de direitos fundamentais”; ousamos dizer que mesma lógica se aplica, com muito mais razão, ao cenário político-eleitoral, que não pode “oligopolizar” o processo eleitoral (e conseqüentemente o intercâmbio de ideias dissidentes) em prol de partidos políticos e da manutenção de um sistema de participação eleitoral injustificável neste momento histórico, porquanto representativo de deliberada supressão de garantias fundamentais (reconhecidas internacional e internamente) dos indivíduos que, enquanto povo, são os verdadeiros titulares do poder político.

Respondendo à pergunta formulada anteriormente, na sua conformação atual, a estrutura partidária brasileira não atende aos interesses dos indivíduos, como seria de se esperar dentro de um verdadeiro sistema democrático; longe disto, o “oligopólio” partidário utiliza os indivíduos como meros instrumentos para a captura do poder político que, não raras vezes, exercerão em seu próprio proveito.

Como expressão de uma verdade histórica, a concretização da constituição não depende apenas de tornar real aquilo que ela expressou, mas principalmente materializar os direitos humanos fundamentais que, ainda que incorporados ao texto constitucional, ainda estão por ser desvelados (CALDAS; TOMAZ, 2017, p. 255-256): a despeito das opiniões divergentes, que ignoram o fato óbvio da carência de legitimidade de agremiações particulares com membros não-eleitos capturarem o debate político-eleitoral (LEVITSKY; ZIBLATT, p. 24), o “guardião da democracia” não pode ser outro senão os indivíduos dotados de capacidade de dissentir.

Conclusão

Buscou-se demonstrar, ao longo deste breve estudo, que os direitos humanos fundamentais inerentes à cidadania e ao regime democrático, assegurados pela constituição, não podem ser encarados como meras petições de princípio, devendo o estado, o governo e a sociedade concretizá-los.

O sistema vigente de obrigatoriedade de filiação partidária, cuja gênese deriva de período de estado de exceção, não assegura a concretização dos direitos humanos fundamentais inerentes à cidadania, em especial à participação política do indivíduo, pois o exclui do debate político-institucional ao criar uma modalidade de oligopólio em favor de agremiações particulares —os partidos políticos— cujos objetivos e interesses não necessariamente coincidem com aqueles defendidos e prestigiados pelos indivíduos que compõe o tecido social, mormente no contexto da sociedade da informação, no qual a produção e o acesso à informação são descentralizados.

As candidaturas independentes (ou avulsas), que se mostram perfeitamente compatíveis com o plexo de direitos humanos que orbitam os conceitos de cidadania e regime democrático, permitem a superação de intermediários no processo político-eleitoral, assegurando aos indivíduos (verdadeiros detentores do poder soberano) o poder de participarem de forma igualitária, democrática, direta e não-segmentada da vida política do país, garantindo a concretização material dos direitos humanos fundamentais ao exercício da cidadania e da participação política.

Referências

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Crítica ao neopositivismo constitucional e insuficiência dos direitos humanos. O direito, ontem e hoje.** Revista da Faculdade de Direito da USP, v. 107. São Paulo, jul./dez. 2007. p. 579-590.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo.** 6.ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio: Paz e Terra, 1986.

CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. **O papel da constituição sob uma visão autopoietica do direito.** Cadernos de direito constitucional e ciência política, ano 5, n. 20, São Paulo, Revista dos Tribunais, jul/set. 1997, p. 213-228.

CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; SILVA, Marcelo G. da; MEIRA, Alexandre Augusto F. **A interface axiológica do sistema capitalista na constituição federal: hermenêutica aplicada para um desenvolvimento sustentável.** Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Edição Especial. 2019. p. 21-40.

CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. **Cultura, jurisdição e verdade: a cultura como substrato material de pré-compreensão das decisões judiciais, permitindo o acontecer de uma verdade contextualizada.** In: ALVAREZ, Alejandro Montiel et. al (organizadores). *Perspectivas do discurso jurídico: novos desafios culturais do século XXI.* Porto Alegre: DM, 2017. p. 239-260.

CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; FREITAS, Sandra Neder Thomé de. **A governança e a cidadania participativa na união europeia.** Revista Jurídica vol. 1, n. 50, Curitiba, 2018, p. 316-342.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado.** Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra, Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno.** In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord.). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides.* São Paulo: Malheiros, 2001. p. 108-115.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias.** Trad. Lydia Cristina. 8.ed. 2.impr. Rio de Janeiro: Agir, 1999.

FAVOREU, Louis (org.). **Droit des libertés fondamentales.** 3.ed. Paris: Dalloz, 2005.

FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel. **Del «derecho a la buena administración» al derecho de la administración europea.** Cuadernos Europeos de Deusto, n. 51, Bilbao, 2014, p.19-43.

HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo.** Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio: Renovar, 2007.

HANDON, Jon D.; YOSIFON, David G. **The Situation: An Introduction to the Situational Character, Critical Realism, Power Economics, and Deep Capture.** University of Pennsylvania Law Review. v. 152. 2003-2004. p. 129-346. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=938005>. Acesso em: 20 set. 2020.

HAYEK, Friedrich August von. **Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. v. 3. A ordem política de um povo livre.** São Paulo: Visão, 1985.

HAYEK, Friedrich August von. **O uso do conhecimento na sociedade.** Trad. Philippe A. Gebara Tavares. Mises: Revista Interdisciplinar de Filosofia, Direito e Economia, v. I, n. 1. São Paulo, jan./jun. 2013. p. 153-162.

HOPPE, Hans-Hermann. **Democracia: o Deus que falhou.** Trad. Marcelo Werlang de Assis. São Paulo: Instituto Mises Brasil, 2014.

HORBACH, Carlos Bastide. **A nova roupa do direito constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos.** Revista dos Tribunais, v. 859. Mai. 2007. p. 81-91.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem.** Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. **Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição.** Revista Juris Poiesis ano 18, n. 18, jan-dez.2015. p. 130-159

RAND, Ayn. **Capitalismo: el ideal desconocido.** Trad. Luis Kofman. Buenos Aires: Grito Sagrado Editorial, 2009.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia.** Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.

WASHINGTON, George. **Public Laws of the State of Rhode-Island and Providence Plantations, As Revised by a Committee, and Finally Enacted by the General Assembly at the Session in January, 1844.** Providence: Knowles & Vose, 1844. Disponível em <https://bit.ly/2MLEeyF>. Acesso em 06 jun. 2020.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.** Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

3^o Information Society and Law

FMU
CENTRO UNIVERSITÁRIO

**GT - O SIGILO DE DADOS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E
SUA PROTEÇÃO ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL NA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

O MARCO CIVIL DA INTERNET NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Afonso Soares de Oliveira Sobrinho¹

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar o marco civil da internet, ²à luz dos direitos fundamentais (privacidade, intimidade) e da tecnologia da informação e comunicação. A problemática são as violações a privacidade e intimidade por meio da computação ubíqua e a aplicação do marco civil da internet balizado pelos direitos fundamentais do cidadão e no tripé: privacidade, neutralidade e liberdade de expressão. A hipótese reside no aparente conflito entre liberdade de informação e expressão, intimidade, privacidade em face do marco civil da internet. Haja vista, o controle e compartilhamento de dados, sem autorização expressa do usuário, transforma-se num *big brother* com riscos a segurança de cidadãos. Utiliza-se do método hipotético-dedutivo e das técnicas documental e bibliográfica. Conclui-se pela necessidade de uso de dados, mediante autorização expressa e inequívoca do usuário. Portanto, a computação ubíqua é uma oportunidade de negócios se respeitadas os direitos fundamentais do cidadão.

Palavras-chave: Internet das Coisas; Sociedade da Informação; Proteção de Dados.

THE LANDMARK CIVIL THE INTERNET IN THE INFORMATION SOCIETY

ABSTRACT: The aim of this article is to analyze the landmark civil the internet, in the light of fundamental rights (privacy, intimacy) and information and communication technology. The problems are the violations of privacy and intimacy through ubiquitous computing and the application of the landmark civil the internet based on the fundamental rights of the citizen and on the tripod: privacy, neutrality and freedom of expression. The hypothesis lies in the apparent conflict between freedom of information and expression, intimacy, privacy in the face of the landmark civil the internet. In view the control and sharing of data, without the user's express authorization, becomes a big brother with risks to the security of citizens. It uses the hypothetical-deductive method and documentary and bibliographic techniques.

1 Doutor em Direito- FADISP. Advogado colaborador D.J. XI de Agosto- USP.

2 BRASIL. **Lei n. 12.965**, de 23 abr. 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília (DF): Presidência da República, 2014. Disponível em<
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20112014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 25 out. 2016.

It concludes by the need to use data, with the user's express and unambiguous authorization. Therefore, ubiquitous computing is a business opportunity if the fundamental rights of the citizen respected.

Key words: Internet of Things; Information Society; Data Protection.

Introdução

O presente artigo analisa o marco civil da internet(LMCI)³, à luz dos direitos fundamentais(privacidade, intimidade) e da tecnologia da informação e comunicação, bem como pesquisar a responsabilização de provedores, a partir de estudo de caso, jurisprudência, legislação e doutrina. O problema da pesquisa são as violações a privacidade e intimidade por meio da computação ubíqua e a aplicação do marco civil da internet balizado pelos direitos fundamentais do cidadão e no tripé: privacidade, neutralidade e liberdade de expressão. A hipótese reside no aparente conflito entre liberdade de informação e expressão, intimidade, privacidade em face do marco civil da internet. A justificativa é que, embora, a tecnologia da informação e comunicação trouxe avanços e melhorias para a vida das pessoas (internet das coisas, cidades inteligentes), *pari passu*, o controle e compartilhamento de dados, sem autorização expressa do usuário, transforma-se num *big brother* com riscos a segurança de cidadãos. Utiliza-se do método hipotético-dedutivo e das técnicas documental e bibliográfica.

Dividimos o artigo em tópicos. Na introdução apresentamos a metodologia utilizada a pesquisa. No item 1 discutimos o marco civil da internet no ambiente da computação ubíqua. No segundo item nos debruçamos sobre privacidade, liberdade econômica e responsabilidade civil do provedor. No terceiro tópico pesquisamos o marco civil da internet como oportunidade aos provedores e marcas diante do risco do big brother, seja utilizando critérios éticos e/ou jurídicos pelas corporações. Concluímos destacando a relevância do uso de dados, mediante autorização expressa e inequívoca do usuário, nos termos do marco civil. Portanto, a computação ubíqua é uma oportunidade de negócios e qualidade de vida se respeitados os direitos fundamentais do cidadão e as regras do Marco Civil.

1. MARCO CIVIL DA INTERNET E COMPUTAÇÃO UBÍQUA

O Marco Civil da Internet (regula a utilização da internet, estabelece princípios e garantias) e o direito à privacidade são temas que estão imbricados na sociedade da informação e comunicação pela denominada ubiquidade, caracterizada pela ideia de

3 Ibid.

onipresença em todos os lugares ao mesmo tempo. Especialmente a partir da internet das coisas (IoT) a vida humana está cada vez mais conectada às máquinas, constituindo-se numa relação simbiótica, a título de exemplo da computação ubíqua temos a inteligência artificial usada nos celulares, computadores, smartphones que estão trocando informações em tempo real, a localização por GPS, e até mesmo uma pesquisa na internet, um termo de uso pode trazer reflexos à vida das pessoas, sua privacidade⁴. Entre as principais características do paradigma tecnológico, temos a informação como matéria-prima; a informação como parte integrante da atividade humana. Assim, os processos de existência individual e social são moldados pelo meio tecnológico, isso ocorre devido à penetrabilidade produzida pelos efeitos das novas tecnologias; a identificação em qualquer sistema ou conjunto de relações por meio do uso das novas tecnologias uma lógica própria de redes; a flexibilidade, inerente ao sistema de redes, o que permite tornar não apenas os processos reversíveis, mas modificar as organizações e instituições a partir da reorganização dos seus componentes; E uma crescente convergência de tecnologias determinadas a um sistema altamente integrado, desde a microeletrônica, as telecomunicações, e a optoeletrônica até os computadores, todos inter-relacionados aos sistemas de informação, sendo impossível distingui-los isoladamente.⁵

O Marco Civil da internet baliza os principais conceitos da rede como internet(conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial de uso público com o intuito de comunicação de dados entre terminais por diferentes redes); terminal (computador ou qualquer dispositivo de conexão à rede), IP(código atribuído a terminal de rede para sua identificação), administrador(pessoa física ou jurídica que administra blocos e IP específicos), entre outros conceitos. E a relevância dessas informações permitem inclusive a responsabilização jurídica dos atores da sociedade em rede.(atente-se nesse sentido para o desenvolvimento econômico, social e cultural próprio da rede e seus usuários, haja vista esse elemento cultural vai definir padrões de comportamento e relacionamento em rede do ponto de vista prático). Entre os direitos previstos ao exercício da cidadania e dos usuários destacamos a inviolabilidade da intimidade, sigilo o fluxo de comunicações e indenização por dano moral e material, inviolabilidades das comunicações (salvo ordem judicial), não suspensão da conexão (salvo por débito decorrente da utilização), qualidade da conexão, informações claras, proteção aos dados pessoais. Destaca-

4 CUGNASCA, Carlos Eduardo; CANOVAS, Sergio R. M. **Computação Ubíqua: Conceitos e Serviços** (aula 5). Disciplina Serviços de Tecnologia da Informação: conceitos, tecnologias e negócios. PECE/POLI. ago/out. São Paulo. 2020b.

5 CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. A Sociedade em Rede**. v. 1. 6ª. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

se, portanto que o Marco Civil não deve ser interpretado isoladamente, mas, em conjunto com a Constituição, LGPD, CDC, entre outras leis.

O processo civilizatório no contexto da sociedade da informação engloba as criações, manifestações de expressão, pensamento e o acesso à informação por qualquer meio ou veículo (art. 220 da CF/88). Essa realidade é possível mediante a vinculação entre os padrões culturais, dignidade, e meio ambiente sadio. Há inexoravelmente uma cultura de convergência de diferentes meios interligados, seja pela internet, ligações de celulares, portanto uma nova vida, reveladora de novas facetas no meio ambiente cultural, e digital. A respeito do processo de manifestações culturais no nosso século, relaciona-se às novas formas de expressões culturais, difusas, em função dos diversos meios de informação e comunicação interconectadas em rede. É parte integrante do meio ambiente digital: a tutela jurídica do meio ambiente digital visa interpretar os arts. 220 a 224 da Constituição atual diante dos arts. 215 e 216 orientados por princípios fundamentais indicados nos arts. 1^o a 4^o da CF/88: **cidadania, dignidade humana, respeito aos direitos humanos na construção de uma sociedade livre, justa e solidária**. Estabelece-se, portanto: a tutela jurídica das formas de expressão, de criação e vida, especialmente com a ajuda de computadores inteligentes, e outros dispositivos, com vistas a comunicação social à luz da CF/88.⁶

A computação ubíqua⁷ permite a identificação Inteligente entre pessoas, seres vivos, objetos, identificadas e autenticadas pelos sistemas de computadores (como no caso do rastreamento, pagamento e aplicações que necessitam de identificação segura e única). A computação Ubíqua oferece grande potencial para novos produtos e soluções que podem revolucionar a vida dos usuários, fruto do acoplamento do mundo físico e da informação ao mesmo tempo, e proporciona serviços e aplicações onipresentes. (usuários, máquinas, informações, aplicações e objetos interagem mutuamente em background).⁸

6 FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Princípios constitucionais do Direito da Sociedade da Informação**: a tutela jurídica do meio ambiente digital. Saraiva: São Paulo, 2015.

7 “Computação Ubíqua: requer que as pessoas, seres vivos, objetos sejam localizados (com mais precisão): em ambientes Externos: GNSS (popularmente conhecido como GPS). Celular. Rádio. Satélites. E em ambientes Internos: Wi-Fi. Beacons (Bluetooth). Na computação ubíqua muitos “computadores” servem cada usuário, individualmente não tão poderosos, mas disponíveis em toda a parte, em diferentes formatos, para diversas aplicações, trocando informações entre eles e conectados à Internet”. (CUGNASCA, Carlos Eduardo; CANOVAS, Sergio R. M. **Computação Ubíqua: Conceitos e Serviços** (aula 5). Disciplina Serviços de Tecnologia da Informação: conceitos, tecnologias e negócios. PECE/POLI. ago/out. São Paulo. 2020b)

8 CUGNASCA, Carlos Eduardo; CANOVAS, Sergio R. M. **Computação Ubíqua: Conceitos e Serviços** (aula 5). Disciplina Serviços de Tecnologia da Informação: conceitos, tecnologias e negócios. PECE/POLI. ago/out. São Paulo. 2020b; _____. **Computação Ubíqua e Identificação Inteligente**. (aula 6). Disciplina Serviços de Tecnologia da Informação: conceitos, tecnologias e negócios. PECE/POLI. ago/out. São Paulo. 2020e.

Pari passu ao grau de autonomia da máquina⁹, pode haver problemas de execução de tarefas. Nesse sentido o viés ético precisa prevalecer sobre o econômico na medida em que ocorram aperfeiçoamentos, como nos casos de se estabelecer sobre condutas e hábitos um padrão de consumo que não viole a privacidade ou intimidade dos usuários. Há, a necessidade de disciplina e gerenciamento individual sobre as atividades em execução como: o excesso de interrupções, dispersão; a dificuldade em definir limites entre a vida profissional e particular; o excesso de informação; a precipitação nas ações - informações imediatas, sem análise mais criteriosa e mesmo a invasão da privacidade, controle e disciplina sobre comportamentos e mesmo estereótipos na execução de serviços.¹⁰ Faz-se, mister, irmos além do aspecto jurídico, e observarmos as tecnologias na sociedade da informação que serão colocadas à disposição no ciberespaço por meio de um diálogo interdisciplinar, bem como a necessidade de processamento da percepção de valores que estão assentados no mundo real. O debate ético e da dignidade são relevantes como princípios e não como mero discurso. Haja vista, no ciberespaço: “[...] são particularmente estimados os valores da binariedade (determinismo), simplicidade (de arquitetura), privacidade (como expressão da dignidade), liberdade (de manifestação), inovação, livre competição, não discriminação/repúdio e acessibilidade”.¹¹

Desafio da sociedade da informação, relaciona-se a computação ubíqua e o uso de inteligência artificial, definida como: “a possibilidade de máquinas replicarem a capacidade cognitiva humana [...] a inteligência artificial seria um campo mais abrangente que visa mimetizar o processo decisório e de assimilação humano para a resolução de problemas”.¹² Entre as suas aplicações, o Google “[...] disponibilizou um *doodle* que possibilitava aos usuários compor trechos de composições, os quais seriam sujeitos à afinação pela inteligência artificial desenvolvida com base nas composições de Johann Sebastian Bach”.¹³

Porém, faz-se, primordial, estabelecer limites às máquinas inteligentes e seus provedores (como meio e não como fim à felicidade humana), essa advertência cabe inclusive quanto a possível responsabilização por violação aos direitos da personalidade:

9 “Máquinas virtuais: quando executadas em um computador fazem com que este comporte-se como a máquina real emulada”. (Idem. **Evolução dos Serviços de TI, Comunicações e Internet** (aula 1). Disciplina Serviços de Tecnologia da Informação: conceitos, tecnologias e negócios. PECE/POLI. ago/out. São Paulo. 2020c.)

10 CUGNASCA, Carlos Eduardo; CANOVAS, Sergio R. M. **Computação em Nuvem** (aula 2). Disciplina Serviços de Tecnologia da Informação: conceitos, tecnologias e negócios. PECE/POLI. ago/out. São Paulo. 2020d.

11 ROSAS, Eduarda Chacon. **Alcance resultados, mas não esqueça dos propósitos: a dignidade, a ética e os elevados fins**. In Advocacia 4.0. Viviane Maldonado; Bruno Feigelson. (coordenação). Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2019.p. 207.

12 ARANTES, Camila Rioja; BLUM, Renato Opice. **A inteligência artificial e machine learning**: o que a máquina é capaz de fazer por você. In: MALDONADO, Viviane; FEIGELSON, Bruno (coord.). **Advocacia 4.0**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019. p. 76.

13 Ibid. p. 81

intimidade, privacidade, imagem. Tepedino (2008), na análise do tema da informação e privacidade, entende no sentido de que a privacidade se relaciona à cidadania e à liberdade de informação à democracia, portanto dois princípios constitucionais. No entanto, “[...] a dignidade da pessoa humana e o respeito à personalidade de cada indivíduo servem de guia, como valores constitucionais primordiais e unificadores de todo o sistema”¹⁴ Por outro viés, o direito à liberdade não é absoluto, haveria interpretação conforme a Constituição dos artigos 20 e 21 do Código Civil. Assim, o direito à liberdade de expressão, no tocante à atividade intelectual, artística, científica e de comunicação não é ilimitado.

A União Europeia tem se preocupado em estabelecer parâmetros quanto ao papel da robótica no processo de criação, conforme proposta de resolução 2015/2103/INL. Há várias dimensões que envolve o tema, tais como questões éticas e jurídicas. Isso implica na elaboração de critérios para a criação intelectual direcionada ao computador ou robô e pessoas eletrônicas, como os robôs que são capazes de tomar decisões com autonomia ou aqueles que interagem com terceiros. Há, inclusive, orientação na proposta da resolução a responsabilidade civil objetiva, mediante prova do dano e do nexo causal (funcionamento deletério do robô e em decorrência, os danos sofridos pelo lesado).¹⁵

A concepção de responsabilização por danos decorrentes de violação aos direitos fundamentais como à inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, além da possibilidade de indenização por danos morais ou materiais decorrentes da sua violação, art. 5º, X da CF/88.¹⁶ A título de exemplo de abusos de contratos e termos de uso de serviço podemos citar nas nuvens híbridas¹⁷, os termos de uso por adesão podem ser redigidos fora do Brasil, o que gera conflito de competência e legal com o marco civil da internet e o código de defesa do consumidor que visam assegurar os direitos dos usuários (além do controle e gerenciamento por terceiros), e os datacenters podem estar localizados em outros países.¹⁸

O Marco Civil da Internet veda o fornecimento de dados pessoais a terceiros, incluído registro de conexão, e o acesso a aplicações da internet. E, é taxativo quanto a hipótese de consentimento livre, de modo expresso e informado. Portanto, qualquer

14 TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4 ed. Revista e Atualizada. Renovar: São Paulo, 2008. p. 560.

15 UNIÃO EUROPEIA. **Proposta de Resolução do Parlamento Europeu**, que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica (2015/2103(INL)). 27 jan. 2017. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_PT.html#title1>/ Acesso em 25 abr. 2020.

16 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 315 p.

17 “A infraestrutura de nuvem é uma composição de duas ou mais nuvens (privada, comunitária ou pública) que permanecem entidades únicas, mas são unidas por tecnologia padronizada ou proprietária que permite a portabilidade de dados e de aplicações (por exemplo, balanceamento de carga entre nuvens)” (CUGNASCA; CANOVAS, 2020d;)

18 CUGNASCA, Carlos Eduardo; CANOVAS, Sergio R. M. **Computação em Nuvem** (aula 2). Disciplina Serviços de Tecnologia da Informação: conceitos, tecnologias e negócios. PECE/POLI. ago/out. São Paulo. 2020d.

informação pessoal não poderá ser repassada a terceiros sem a expressa autorização do usuário quanto à coleta, armazenamento e tratamento de dados. A exceção seria as informações que justifiquem a coleta, e não sejam vedadas pela lei, e estejam balizadas em contrato de prestação de serviço ou termos de uso de aplicação de internet, ressalte-se, no entanto, que o consentimento deve ser expressamente previsto de modo destacado das demais cláusulas contratuais. (art.7, incisos VII, VIII, IX). Observar-se-á, o sistema *opt-in* quanto ao consentimento de modo consentido e expresso. O conceito *opt-in*¹⁹, afasta a presunção de aceite pelo silêncio. E configura-se como a expressão da vontade do usuário de internet ou mobile.²⁰ Por meio da internet das coisas os dados fornecidos pela IoT podem agilizar e tornar mais seguro o transporte de muitos produtos: rastreamento da movimentação e condições de transporte (temperatura, luz, umidade, choques, etc. Trata-se de uma ontologia criada para conceitos oriundos da Computação Ubíqua, para facilitar a vida das pessoas. Os computadores e a comunicação estão cada vez mais se tornando ubíquos, embutidos nos ambientes.²¹ Há, no entanto, quem defenda, por exemplo, a manutenção da privacidade no uso da tecnologia RFID²², com vistas a utilização do anonimato, ou seja, a “*privacy bit*” por meio de um padrão único de *opt-in*, nas etiquetas RFID, bem como seja assegurado o direito do usuário sair do sistemas quando desejar.

A percepção da sociedade em rede, exige também uma interpretação sistemática do direito quando falamos de Direitos Fundamentais que é o objeto de proteção analisada à luz do marco civil da internet: a norma jurídica destaca a liberdade de expressão como fundamento (art. 2^o) bem como o reconhecimento da rede mundial de computadores, direitos humanos, respeito aos direitos da personalidade, cidadania, pluralidade, diversidade, colaboração, livre iniciativa e concorrência, defesa do consumidor, finalidade social da rede, nesse sentido observa os princípios da liberdade de expressão e manifestação de pensamento, comunicação, a proteção a privacidade e dados pessoais, neutralidade da

19 Em detalhe, *opt in* corresponde ao conjunto de regras segundo as quais as mensagens de marketing ou de caráter comercial só são enviadas para aqueles que expressem, prévia e explicitamente, o seu consentimento.. (WIKIPÉDIA. *Opt-in*. Disponível em : < <https://pt.wikipedia.org/wiki/Opt-in>>. 2020a. Acesso em 15.10.2020)

20 Ibid.

21 Idem. **Cidades Inteligentes**. (aula 8). Disciplina Serviços de Tecnologia da Informação: conceitos, tecnologias e negócios. PECE/POLI. ago/out. São Paulo. 2020g.

22 “A tecnologia da Identificação de Radiofrequência, Radio Frequency Identity - RFID, constitui-se na utilização de minúsculos microchips anexados a uma antena (interna ou externa) que recebem e transmite informação por meio de ondas de rádio.) [...] explicam Martin Meints e Mark Gasson (2009, p. 149) que as etiquetas, ou tags, de RFID são pequeninas etiquetas de rádio eletrônicas que podem ser incorporados ou afixados em objetos com o objetivo de identificá-los por meio de um link de rádio. Os leitores de RFID são capazes de identificar o código de identificação único e qualquer outra informação armazenada nas etiquetas de RFID remotamente pela transferência de sinal de frequência de rádio. (TAVEIRA, JR. Fernando Tenório. **A Utilização da tecnologia rfid no mundo da computação ubíqua: algumas sugestões para a manutenção da privacidade, em um cenário futuro**. Conpedi. 2014. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4ea01965a7b1b435>>. Acesso em 18.10.2020., p.19)

rede, estabilidade, segurança e funcionalidade com vistas as medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e boas práticas, bem como responsabilização dos agentes por suas atividades, e democratização da rede, bem como liberdade negocial da internet, observados os princípios estabelecidos em lei.(art. 3º).

2. PRIVACIDADE, LIBERDADE ECONÔMICA E RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROVEDOR

A aplicação da técnica da ponderação de interesses à solução do caso concreto é primordial no quesito responsabilidade civil: a) a perquirição se há ou não norma jurídica vedando condutas e, em caso positivo, se há ou não regra legal de prevalência entre interesses envolvidos no caso concreto. No caso de relação entre direitos fundamentais, proteção de dados e as tecnologias da informação e comunicação, deverá observar o princípio da harmonização de interesses (art. 4, III, CDC, norma narrativa) como permissivo legal para aplicação da técnica da ponderação de interesses.(harmonia fundado não tratamento das partes envolvidas e na adoção de parâmetros de ordem prática; b) o Código Civil no que concerne a responsabilidade civil e contrato, parte geral, capacidade, nulidade, até que se chegue à regra do caso concreto em conflito de interesses no âmbito na net. E, observar-se-á a partir da interpretação sistemática do direito como baliza a CRFB/88 ²³. Portanto, vislumbra-se uma conjugação normativa entre doutrina, lei, jurisprudência sempre balizado pela Constituição Federal como princípios basilares(preceitos normativos) liberdade de informação (art. 220 cf/88) x inviolabilidade da vida privada, imagem, art. 5º., X, CF/88) x (dignidade humana- art. 1º, III da CF/88)

O marco civil da internet se alicerça sobre um tripé axiológico que tem como norte a: neutralidade, privacidade e liberdade de expressão. Privacidade e liberdade são condições para o pleno exercício do direito de acesso à internet (art., 8º, caput). ²⁴ Em seu art. 8º. a LMCI reforça a nulidade por exemplo de cláusulas contratuais(reforçando o disposto no art. 51 do CDC), inciso II, em contratos de adesão que não ofereçam como alternativa ao contratante a adoção do foro brasileiro para solução de controvérsia decorrentes de serviços prestados no Brasil. ²⁵ O art. 18 do Marco Civil da Internet cria uma imunidade do provedor de conexão quando dispõe que não será responsabilizado

23 LONGHI, João Victor Rozatti. Marco Civil da Internet no Brasil: Breves considerações sobre seus fundamentos, princípios e análise crítica do regime de responsabilidade civil dos provedores. In *Direito Digital (Direito Privado e Internet)*. Coordenação Guilherme Magalhaes Martins e João Victor Rozatti Longhi. 3ª. Editora Foco. Indaiatuba, São Paulo, 2020.

p. 124.

24 Ibid. p. 116;118

25 Ibid. p. 120

civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiro. Tarcísio Teixeira traz relevante esclarecimento doutrinário quando menciona três orientações distintas acerca da responsabilidade civil de provedores de internet na prática de spam: a) não responsabilização; b) responsabilidade objetiva, e, c) responsabilidade subjetiva. No primeiro caso o marco civil aponta como justificativa principal que a atividade do provedor seria análoga a de um simples condutor de informações, e assim como uma cia de telefone não teria como ser responsabilizado por não vistoriar o conteúdo das ligações. Nesse diapasão o provedor só poderia ser responsabilizado por conteúdo danoso por sua atuação típica, ou seja, tipo de informação que a tecnologia que explora lhe permita o controle e o poder de bloqueio, à luz de princípios constitucionais poderia fazê-lo apenas em situações excepcionais. Na segunda hipótese a responsabilidade seria objetiva, afinal mensagens não solicitadas são consideradas abusivas nos termos do art. . 37, parágrafo 2º do CDC.(deverá responder o fornecedor que se beneficiou de tal prática, e eventual direito de regresso ao eventual causador do dano); A terceira orientação da responsabilidade subjetiva caracterizada pela negligência, do provedor em não fazer cessar a prática ilícita após a notificação.²⁶

Os artigos 19 e 20 da lei do marco civil da internet trazem o regime da responsabilidade civil pelo conteúdo produzido pelos usuários dos provedores de aplicações da rede. O caput, do art. 20, indica a opção da pré-ponderação entre valores da liberdade de expressão e da proteção dos direitos da personalidade, indicando que após notificado por ordem judicial, não remova o conteúdo produzido por terceiro, será responsabilizado civilmente o provedor. Por sua vez o parágrafo primeiro, art. 20, destaca que a ordem judicial de que trata o caput, deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

Antônio Chaves ressalta a hipótese em que a tutela da imagem está relacionada com a proteção à intimidade (fotos, filmes perfis em redes sociais on-line).²⁷ Cabe notar na análise da proteção ao direito à imagem do código civil, à luz da interpretação sistemática do Direito, pois é comum no meio virtual que a violação ao direito à imagem ofenda simultaneamente a honra do sujeito e vice-versa.

O tema da responsabilidade civil de provedores é espinhoso, e o assunto merece atenção quanto a *internet servise providers* e ao *hosting servise providers*. Nessa quadra será sempre subjetiva a responsabilidade, quando explorar esse tipo de serviço. No primeiro

26 Ibid, p. 125-126.

27 TREVIZAN, Thalita Campo. **A Tutela da Imagem da Pessoa Humana na Internet na Jurisprudência Brasileira**. In Direito Digital (Direito Privado e Internet). Coordenação Guilherme Magalhaes Martins e João Victor Rozatti Longhi. 3ª. Editora Foco. Indaiatuba, São Paulo, 2020. p. 294)

caso(*internet servise providers*) há apenas a entrega de serviço para possibilitar a conexão à internet, ao passo que o *hosting servise providers* tem como função abrigar(hospedagem) sites e páginas, atuando como hospedeiro tecnológico virtual. Não há interferência no conteúdo que o usuário coloca na página ou site.²⁸ Em relação aos *hosting providers*, estes serão responsáveis, desde que tenham sido notificados do conteúdo ilícito que estão propagando e houver demora para baixar a página ou site. As empresas de *access providers* não terão responsabilidade porque apenas entregam o ciberespaço aos demais servidores. Já se decidiu que o fato de as obras e as informações transmitidas pela internet estarem sob a forma digital não retira delas a característica de criação humana, passíveis de proteção jurídica, configurando a verossimilhança do direito alegado, hábil à antecipação da tutela. A indenização por danos morais causados via internet não é, todavia, tema pacífico na jurisprudência. Responsabilizando o provedor, proclamou a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: ‘quem viabiliza tecnicamente, quem se beneficia economicamente e, ativamente, estimula a criação de comunidades e páginas de relacionamento na internet é tão responsável pelo controle de eventuais abusos e pela garantia dos direitos da personalidade de internautas e terceiros como os próprios internautas que geram e disseminam informações ofensivas aos valores mais comezinhos da vida em comunidade, seja ela real ou virtual.’²⁹

O julgado supracitado não é unânime, haja vista, posteriormente houve decisões em sentido diverso pela Terceira Turma do STJ que proclamou que não cabe à empresa provedora o exame prévio de todo o conteúdo do material que transita pelo site, uma vez que atua ela, *in casu*, como provedora de conteúdo, já que apenas disponibiliza as informações inseridas por terceiros no site. Desse modo não responde de forma objetiva pelo conteúdo ilegal desses dados, e não se trata de atividade intrínseca ao serviço por ele prestado. A relatora Nancy Andrichi ressaltou que a partir do momento em que o provedor toma conhecimento da existência do conteúdo ilegal, deve promover a sua remoção imediata; do contrário será responsabilizado pelos danos daí decorrentes.³⁰ Posteriormente, na mesma Turma Julgadora acrescentou a relatora Nancy Andrichi que os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para foto ou texto específico, independentemente da indicação URL, da página onde este estiver inserido. Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou

28 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro (responsabilidade civil)** 4. 13 ed. Saraiva, São Paulo, 2018. p. 107

29 *Ibid*, p. 108; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 11. 763-RO, 2ª. Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, DJU, 9-3-2010.

30 *Ibid*. p. 108; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.193.764-SP, 3ª. Turma, Relatora Ministra Nancy Andrichi. J. 14-12/2010

ofensivo na web, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, parágrafo 1º da CF/88) e concluiu, se a vítima identificou, via URL o autor do ato ilícito, não tem motivo para demandar contra aquele que apenas facilita o acesso a esse ato que, até então, se encontra publicamente disponível na rede para divulgação. E examinando em pedido de indenização por dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo, enviadas pelo usuário via e-mail, ressaltou a aludida 3ª. Turma do STJ, que não se aplica aos provedores de correio eletrônico a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único do CC).³¹

O art. 19 do marco civil, parágrafo primeiro, prevê: a ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material. As demandas judiciais relativas à responsabilidade civil (mesmo ligadas à honra, direitos da personalidade etc.). O chamado provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como ofensivo. Nesse caso, se o provedor tiver informações de contato do usuário diretamente responsável pelo conteúdo, deverá comunicar-lhe os motivos relativos à indisponibilização de conteúdo, com informações que permitam o contraditório e a ampla defesa em juízo. A decisão judicial, porém, poderá, diante das especificidades do caso, dispor em contrário.³²

No Marco Civil da Internet há uma hipótese de responsabilidade civil subsidiária do provedor de aplicações. Ele será sempre responsabilizado de modo subsidiário quando disponibilizar conteúdo gerado por terceiro e nessa disponibilização houver violação da intimidade – decorrentes da divulgação por exemplo sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado. Podem, ainda nesse caso, apenas quando o provedor na linha do que vinha sinalizando a jurisprudência brasileira – após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo (art.21). Convém lembrar – embora pisando na lama de obriedade – que em se tratando do universo digital, poucas horas equivalem a dias ou meses no universo físico-convencional (no que se refere

31 Ibid. p. 109-110

32 ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 3ed. Saraiva, São Paulo, 2018. p. 943-944

à propagação das informações, muitas vezes, ofensivas e falsas). Qualquer solução, portanto, legal ou jurisprudencial que deixa de constatar essa realidade cairá em descrédito e se mostrará inefetiva.³³

O STJ já decidiu que incumbe a quem administra o site o dever técnico de impedir a divulgação do conteúdo ilícito, não lhe impondo a tarefa hercúlea de indicar precisamente as URLs. Embora como o caso requer agilidade, caberá ao usuário, efetuar o pedido de retirada indicando as URLs que se encontra e que estão naquele momento na rede mundial de computadores para que o conteúdo seja bloqueado.³⁴

A boa-fé objetiva que se manifesta por um padrão ético de confiança e lealdade recíprocas. Nesse sentido, o consentimento não pode ser arguido com base em cláusulas gerais, haja vista conforme lição de Danilo Doneda quando analisa o “mito do consentimento” e o “paradoxo da privacidade”: “[...] a disparidade de meios e de poder entre a pessoa de quem é demandado o consentimento para utilização de dados pessoais em contemplação da realização de um contrato e aquele que os pede faz com que a verdadeira opção que lhes resta tantas vezes, seja do ‘tudo ou nada’, ‘pegar ou largar’”.³⁵ Há, portanto, a partir dessas considerações que se vislumbrar o consentimento como ato jurídico unilateral revogável, essa concepção se denomina extracontratual e diz respeito a esfera da proteção da própria personalidade. Mas na prática isso implica numa esfera jurídica de quem a partir dele, é legitimado ao tratamento dos dados pessoais e esse interesse também merece ser considerado. Esse interesse e a possibilidade de revogação do ato pelo qual uma pessoa consente no tratamento de dados pessoais diz respeito a sua autodeterminação em relação a sua esfera privada, portanto como ato unilateral, parte do pressuposto de que o exercício da autodeterminação, relaciona-se a própria personalidade, como direito fundamental. E o abuso desse direito pelo provedor nos parece passível de reparação do dano como no caso concreto. Trata-se de averiguar pelo interprete o abuso de direito de forma mais específica, do *venire contra factum proprium*. Caberá ao intérprete utilizar da ponderação a partir dos critérios da proporcionalidade de forma a tornar essa possibilidade de revogação uma alternativa que se revele de fato inacessível por implicar custos demasiados altos, como consequência, o que afrontaria a própria natureza dos interesses em questão.³⁶

33 Ibid. p. 944

34 LONGHI, João Victor Rozatti. **Marco Civil da Internet no Brasil: Breves considerações sobre seus fundamentos, princípios e análise crítica do regime de responsabilidade civil dos provedores**. In Direito Digital (Direito Privado e Internet). Coordenação Guilherme Magalhaes Martins e João Victor Rozatti Longhi. 3ª. Editora Foco. Indaiatuba, São Paulo, 2020.p. 129

35 DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais(fundamentos da lei geral de proteção de dados)**. 2ª. ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2019. p. 298-299.

36 Ibid, p. 303-305

Doneda, 2009, aponta que o princípio da finalidade pode informar a disciplina do consenso restringindo sua generalidade. Assim o consentimento deve ser lido restritivamente em relação a sua finalidade: ele vale para certo tratamento, por um determinado agente, sob determinadas condições. Dessa forma a aplicação desse princípio ao consentimento serviria para manter a possibilidade de controle da pessoa sobre as próprias informações.³⁷

A análise da lei aplicável e do foro competente para dirimir ação de reparação de danos segue o entendimento da preponderância da regra específica do art. 100, inciso V, alínea "a", do CPC sobre as normas genéricas dos arts. 94 e 100, inciso IV, alínea "a" do CPC, permitindo que a ação indenizatória por danos morais e materiais seja promovida no foro do local onde ocorreu o ato ou fato, ainda que a ré seja pessoa jurídica, com sede em outro lugar. Haja vista, esse posicionamento encontra-se em harmonia com o princípio constitucional do acesso à justiça como o direito a prestação jurisdicional em vista de lesão ou ameaça a direito. (art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988).³⁸

Em caso de notificação com aviso de recebimento deverá ser endereçada a representante do provedor no Brasil. O STJ tem entendimento firmado no sentido da aplicação da teoria da aparência para reconhecer a validade de citação via postal com "aviso de recebimento-AR", efetivada no endereço do estabelecimento e recebida por pessoa que, ainda que sem poderes expressos, assina o documento sem fazer qualquer objeção imediata.³⁹

3. O MARCO CIVIL DA INTERNET: OPORTUNIDADES AOS PROVEDORES DE INTERNET E MARCAS VALIOSAS X O BIG BROTHER

O marco civil da internet (Lei 12. 965/2014) representa um desafio que pode se reverter é uma oportunidade jurídica, ética e tecnológica quanto a sua aplicação, especialmente aos provedores de internet. Haja vista sucita disputas judiciais⁴⁰ em torno da guarda e fornecimento de dados da chamada porta lógica do usuário, isso ocorre devido à

37 Ibid, p. 306

38 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1168547/RJ, Relator Ministro Luis Felipe Salomão. 4ª. Turma, julgado em 11.05.2010, Dje 7.2.2011.

39 Ibid,

40 Provedor deve guardar e fornecer dados de porta lógica de usuário decide STJ. (CONJUR. **Provedor deve guardar e fornecer dados de porta lógica de usuário, decide STJ**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-03/provedor-fornecer-dados-porta-logica-usuario-stj>>. 03/12/2019. Acesso em 18.10.2020)

utilização do mesmo IP compartilhado⁴¹, haja vista há o esgotamento do sistema IPv4. A solução poderia advir com o Ipv6 (sistema que permitira a individualização do IP de origem). Portanto, torna-se imprescindível nas disputas judiciais o fornecimento da porta lógica e origem do responsável pela guarda dos registros de acesso (não basta saber o IP do usuário, são necessárias também a data e hora do acesso), como obrigação de fornecimento do endereço IP (as informações são gravadas em um arquivo de log no servidor. No que concerne à quebra do sigilo telemático⁴² mediante autorização judicial, de modo geral, tem sido adotado o posicionamento de que as empresas de tecnologia teriam que armazenar uma infinidade de dados de usuários tornando particamente inviável o cumprimento das decisões judiciais, devido ao alto custo desse procedimento. O que atinge frontalmente o princípio fundamental da liberdade de comunicação e expressão. Bem como a própria privacidade e intimidade de milhões de usuários que se veem diante do *Big Brother* a cada processo para fornecimento de dados acabam tendo sua privacidade invadida.

O uso de dados de modo transparente pode representar uma imensa oportunidade aos provedores de internet de se adequarem as exigências do marco civil da internet, seja para adotar um código de ética profissional, políticas de accountability e *compliance* com vistas a uma virada tecnológica para atrair consumidores, seja adotando regras claras de transparência nos contratos de acesso aos seus provedores, a exemplo de contratos eletrônicos que permitam a confiança do consumidor, e permitam trazer um grau maior de confiabilidade aos seus usuários. A confiabilidade da marca agrega valor às empresas permitindo dar o salto qualitativo nos negócios do mundo de software entre as marcas mais valiosas.

A tecnologia da informação e comunicação se transforma numa imensa oportunidade quando analisamos o marco civil defende a neutralidade da rede, privacidade e liberdade de expressão, se faz necessário um marco regulatório permeado pela dimensão ética (respeito ao consentimento expresso do usuário) e jurídica (proteção de dados, e transparência nas informações). O computador (tecnologia) deve acompanhar o usuário, a internet das coisas é um exemplo da mudança de conceber a vida humana em nosso século, seja por serviços para conectividade, armazenamento e processamento de dados; cidades

41 Uma forma de mitigar o problema da exaustão dos endereços IPv4 é repetir endereços em redes locais diferentes; em redes locais todos os nós apresentam-se para um servidor remoto com o mesmo IP. Porém, internamente, cada computador da rede possui um IP distinto. (ibidem)

42 "Telemática é o conjunto de tecnologias da informação e da comunicação resultante da junção entre os recursos das telecomunicações (telefonia, satélite, cabo, fibras ópticas etc.) e da informática (computadores, periféricos, softwares e sistemas de redes), que possibilitou o processamento, a compressão, o armazenamento e a comunicação de grandes quantidades de dados (nos formatos texto, imagem e som), em curto prazo de tempo, entre usuários localizados em qualquer ponto do Planeta". (WIKIPÉDIA, 2020c)

Inteligentes; automóveis conectados; infraestrutura inteligente; telemetria; medição de consumo inteligente; Monitoramento de segurança.⁴³

Há, portanto, um campo fabuloso de aplicação da tecnologia a partir do marco civil da internet, seja pela detecção de invasões e prevenção; entre outros aspectos. Esses negócios no mundo dos softwares podem se constituir em oportunidades estratégicas de promover o diferencial da marca, um exemplo de diversidade do serviço virtual é a computação em nuvem⁴⁴(forma de abstrair a conectividade proporcionada pela Internet, em que o usuário não sabe onde estão os recursos, com amplo acesso à rede), Esse processo de virtualização são fundamentais para a evolução e expansão da computação em nuvem (rápida iniciação das máquinas, servidores virtuais com capacidade computacional elevada e facilmente escalável, capacidade de expansão do número de servidores sob demanda).⁴⁵

Embora haja preocupação com a intrusividade, falta de privacidade, opressão , informação corrompida, auto exposição. Entre outros gargalos, os dispositivos de Internet das Coisas modificam a maneira na interação dos usuários com o mundo físico (coletam, tratam, armazenam, e interpretam dados de milhões de usuários e empresas que envolvem dados sensíveis, e há o risco de invasão de privacidade de pessoas e instituições e por conseguinte demandas judiciais, havendo necessidade de uma mais especificidade de legislação voltada para esse mudança de paradigma, e de aperfeiçoamentos do marco civil da internet e LGPD(lei geral de proteção de dados). Haja vista, o controle exercido pela internet das coisas sobre a sociedade na qual, qualquer ser vivo, a qualquer hora ou lugar estarão conectados, acaba por se transformar num grande *big brother* e a privacidade é ameaçada a todo instante.

O marco civil da internet veio abrir o diálogo entre as organizações e a sociedade com vistas a transparência da computação ubíqua, e estabelecer limites que resguardem a privacidade dos usuários, delimitando a utilização dos dados pessoais e responsabilizando provedores(administradores) por seus conteúdos. A amplitude das questões envolvendo a sociedade da informação e o uso de dados é um tema transversal que envolve outras áreas de conhecimento, passando pelo tema da inteligência artificial, definida como “um campo mais abrangente que visa mimetizar o processo decisório e de assimilação humano para a

43 CUGNASCA, Carlos Eduardo; CANOVAS, Sergio R. M . **Internet das Coisas**. (aula 7). Disciplina Serviços de Tecnologia da Informação: conceitos, tecnologias e negócios. PECE/POLI. ago/out. São Paulo. 2020f.

44 “Computação em nuvem (cloud computing) é um termo que se refere a um modelo computacional onde se executa programas ou aplicações em um ou mais servidores remotos por meio de um equipamento local como um PC, tablet ou smartphone”. (CUGNASCA, Carlos Eduardo; CANOVAS, Sergio R. M . **Computação em Nuvem** (aula 2). Disciplina Serviços de Tecnologia da Informação: conceitos, tecnologias e negócios. PECE/POLI. ago/out. São Paulo. 2020d.)

45 Ibid.

resolução de problemas” .⁴⁶ No tocante ao uso de dados, cabe destacar que o banco de dados^{47 48} ou arquivos seriam formas de armazenamento, ou seja, há a coleta de dados ao usuário da rede que nem sempre é transparente, haja vista, cada vez que o usuário acessa um site ou endereço eletrônico, dados são armazenados ou ficam registrados. Na linguagem técnica, há, portanto, a denominação de *data science*⁴⁹ na manipulação dos dados para retirar informações⁵⁰. Há, por outro lado, a falsa ideia de que a partir do Marco Civil da Internet e da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) seria possível o controle total sobre os dados pessoais. Na realidade, quando se digita dados⁵¹ em um meio virtual, em computação ubíqua não se sabe quem irá acessá-los e o que poderia se fazer com eles. Há registros que ficam armazenados, nem sempre sendo possível afirmar com segurança qual seria o destino da *big data*⁵², com o agravante de que as empresas de tecnologia da informação têm suas sedes em outros países. Por outro lado, há serviços de vigilância que trabalham em parceria com gigantes da informação que poderiam armazenar dados a partir do que se denomina inteligência artificial.

Em decisão memorável, o Supremo Tribunal Federal (STF) invalidou em 07.05.2020 a medida provisória 954 do Governo Federal que obrigava as empresas de telefonia a compartilharem dados de todos os clientes de telefonia fixa e móvel com o IBGE. Nesse sentido, manteve-se a decisão liminar da Ministra Rosa Weber no sentido de prevenir “danos irreparáveis à intimidade e ao sigilo da vida privada de mais de uma centena de milhão de usuários dos serviços de telefonia fixa e móvel.”⁵³

A decisão do STF no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade ADI 6387, (ADI 6388), (ADI 6389), (ADI 6390) e (ADI 6393), consagra o direito fundamental à

46 ARANTES, Camila Rioja; BLUM, Renato Opice. **A inteligência artificial e machine learning**: o que a máquina é capaz de fazer por você. In: MALDONADO, Viviane; FEIGELSON, Bruno (coord.). **Advocacia 4.0**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019. p. 76.

47 Banco de dados – coleção de dados relacionadas, representa um aspecto do mundo real; dados têm um significado coerente; permite persistir dados de uma aplicação, guardar os dados de uma aplicação em um ou mais bancos de dados (LEVY, Fábio. **Banco de Dados**. Aula da disciplina Software conceitos, tecnologia e negócios do Curso de Especialização em Direito e Tecnologia da Informação. (Informação verbal). PECE/POLI/USP: São Paulo, SP. 02 abr. 2020).

48 A lei geral de proteção de dados no Art. 5, inciso IV dispõe que: “IV - banco de dados: conjunto estruturado de dados pessoais, estabelecido em um ou em vários locais, em suporte eletrônico ou físico” (BRASIL, 2018).

49 *Data Science* – conjunto de princípios, definições de problemas, algoritmos e processos para extrair padrões não óbvios e úteis de grandes conjuntos de dados (ibid..).

50 Informação: significado atribuído a um dado por convenções conhecidas (interpretação e a informação) (ibid.).

51 Dado: representação de fatos, conceitos ou instruções em uma maneira formalizada adequada para a comunicação, interpretação ou processamento por um computador digital programável. (conjunto de zeros e uns) (LEVY, Op. cit.).

52 Big data – grande quantidade de dados. Ex.: Gmail - milhões de usuários, cada um com milhares de e-mails (LEVY, Op. cit.).

53 TEIXEIRA, Matheus. **Supremo anula medida do governo que obrigava teles a compartilhar dados com o IBGE**. Folha de São Paulo. 07 maio 2020. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/05/supremo-anula-medida-do-governo-que-obrigava-teles-a-compartilhar-dados-com-o-ibge.shtml>>. Acesso em: 11 maio 2020.

proteção de dados pessoais, a partir do entendimento do voto da ministra Rosa Weber, haja vista que a identificação de pessoa pode ser usado para formação de perfil informacional de valor imensurável ao mercado e ao Estado. Nesse sentido, foi resguardado o direito fundamental à proteção de dados pessoais. Assim, o plenário do Tribunal declarou a inconstitucionalidade da medida provisória 954.⁵⁴

A ideia de vigilância (*big brother*) no universo dos negócios virtuais, e por governos, se dá pelo risco de manipulação de dados dos usuários, e consumidores. Especialmente pelo acesso privilegiado a dados de milhões de futuros clientes. Poderíamos identificar três momentos no âmbito de tratamento de dados pessoais: a coleta; o processamento; e a difusão de dados (sendo esses últimos sujeitos a maiores riscos ao direito da personalidade e privacidade do consumidor.⁵⁵

A Constituição Federal protege, no inciso 10 do artigo 5º, a intimidade e a privacidade dos indivíduos. No inciso 12 do mesmo artigo, a Carta torna invioláveis as comunicações de dados e telefônicas, salvo mediante ordem judicial, para fins de investigação criminal ou de instrução processual penal.⁵⁶ No entanto, não se deve restringir pura e simplesmente a liberdade de informação e comunicação, haja vista o direito à privacidade não é absoluto. E uma decisão judicial acaba por interferir na vida de milhões de usuários. Exemplo do caso Whats App (Facebook) que ficou ao menos 15 horas fora do ar.

A Abranet utilizou o Marco Civil da Internet para exigir o não favorecimento no acesso a nenhum aplicativo, muito menos bloqueio, o eu fere o princípio da neutralidade da rede, especialmente o critério isonômico⁵⁷.

Há, por outro viés, uma preocupação quanto à possível violação da privacidade de milhões de consumidores que poderiam ter seus dados pessoais apropriados indevidamente. Um mecanismo compensatório poderia ser a partilha de um valor, a título de compensação ao consumidor final. Surge, então, outra indagação sobre quais consumidores gerariam mais receitas para as empresas, e seus percentuais de retorno para essas empresas. Sendo assim, haveria um critério não quantitativo, mas qualitativo de requisitos a serem identificados por máquinas que calculariam o potencial de lucro gerado

54 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta De Inconstitucionalidade (ADI) 6387**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895165>>. Acesso em: 14 maio 2020

55 MENDES, Laura Schertel. **Transparência e privacidade: violação e proteção da informação pessoal na sociedade de consumo**. Dissertação de Mestrado em Direito (Universidade de Brasília). Brasília, 2008.

56 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 315 p.

57 ABRANET. **Bloqueio do WhatsApp: Abranet defende neutralidade de rede**. 2015. Disponível em: <<http://www.abranet.org.br/Noticias/Bloqueio-do-WhatsApp:-Abranet-defende-neutralidade-de-rede-929.html?UserActiveTemplate=site>>. Acesso em 18.10.2020.

a partir de determinado perfil de consumidor que foge à perspectiva do consumidor médio e que, portanto, agregaria um valor diferencial na perspectiva de lucros das empresas, que, certamente, passa pelo perfil de consumo, renda, hábitos, entre outros requisitos⁵⁸.

Conclusão

A proteção de dados necessita observar princípios e regras. Nesse sentido, cabe aos Estados criar mecanismos de salvaguarda de direitos e deveres de seus cidadãos. O próprio marco civil da internet (Lei 12.965/2014) é instrumento de aproximação de culturas na medida em que se normatiza direitos e deveres relativos à questão da web e, por conseguinte, do Direito Digital (onde dispositivos passam a ser interpretados à luz de uma sistemática interpretativa de princípios constitucionais), a exemplo da propriedade intelectual, do direito à intimidade, da tutela da dignidade da pessoa humana no meio digital, além do direito de exclusão de dados pessoais divulgados indevidamente por meio da web, e muitos outros.

A concepção de privacidade seria o momento de que cada um deve decidir o modo e a circunstância em que gostaria de ter ou não revelado seus dados pessoais (mediante consentimento expresso e inequívoco do titular).

No tocante ao aparente conflito entre privacidade associada à própria cidadania e à liberdade de informação à democracia, há que se atentar para a dignidade humana como valor fundamental e ao respeito aos direitos da personalidade como limite ao próprio Estado e às corporações ávidas por lucro a qualquer custo.

O Marco Civil da Internet é instrumento normativo valioso, faz-se mister, a responsabilização nas esferas civis, administrativas, judiciais, aliadas à sua aplicação. Há que se atentar para a ética empresarial como uma necessidade do mundo dos negócios, a gestão de risco, além de políticas de integridade, medidas de *accountability*, *compliance*, e gestão corporativa. Entre as diretrizes éticas, jurídicas para as políticas públicas nas cidades inteligentes temos o desafio de estabelecer limites entre o sigilo e o compartilhamento de dados essenciais ao convívio social, aplicadas às cidades inteligentes, bem como direitos coletivos do consumidor, em face do uso dos espaços públicos por empresas. A privacidade por um aspecto principiológico não é absoluta. O Marco Civil da Internet (LMCI) representa instrumento normativo de garantia dos direitos fundamentais do cidadão em sintonia com os direitos humanos e a baliza dignidade da pessoa humana. Porém, os direitos fundamentais devem ser sopesados à luz de princípios fundamentais assegurando-se

58 KOZLOWSKA, Hanna. **The price of a like**: How much is your data worth? 8 jul. 2019. Disponível em: <<https://qz.com/1655610/how-can-you-measure-the-worth-of-your-data/>>. Acesso em: 13 maio 2020.

liberdade de expressão, informação e proteção de dados pessoais numa sociedade em rede, de computação ubíqua. Assegurado, os pilares da LMCI: neutralidade da rede, privacidade dos usuários e liberdade de expressão aliada aos negócios.

Os mecanismos compensatórios de partilha de um valor, a título de compensação aos consumidores, poderiam ser um instrumento efetivo de Estado, mediante a reversão desses valores em políticas públicas como educação, saúde, segurança à população como um todo, haja vista que já existem os fundos estaduais de direitos difusos e coletivos.

Referências

ABRANET. **Bloqueio do WhatsApp: Abranet defende neutralidade de rede**. 2015.

Disponível em: <<http://www.abranet.org.br/Noticias/Bloqueio-do-WhatsApp:-Abranet-defende-neutralidade-de-rede-929.html?UserActiveTemplate=site>>. Acesso em 18.10.2020.

ARANTES, Camila Rioja; BLUM, Renato Opice. **A inteligência artificial e *machine learning***: o que a máquina é capaz de fazer por você. In: MALDONADO, Viviane; FEIGELSON, Bruno (coord.). **Advocacia 4.0**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 315 p.

_____. **Lei n. 12.965**, de 23 abr. 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília (DF): Presidência da República, 2014. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20112014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 25 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 1021987/RN**, Relator Ministro Fernando Gonçalves, 4ª. Turma, julgado em 7.10.2008, Dje 9.2.2009.

_____. REsp. 1.193.764-SP, 3ª. Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi. J. 14-12/2010

_____. REsp. 11.763-RO, 2ª. Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, DJU, 9-3-2010.

_____. REsp. 1168547/RJ, Relator Ministro Luis Felipe Salomão. 4ª. Turma, julgado em 11.05.2010, Dje 7.2.2011

CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. A Sociedade em Rede**. v. 1. 6ª. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CUGNASCA, Carlos Eduardo; CANOVAS, Sergio R. M. **Identidade, Autenticação e Privacidade** (aula 3). Disciplina Serviços de Tecnologia da Informação: conceitos, tecnologias e negócios. PECE/POLI. ago/out. São Paulo. 2020a.

_____. **Computação Ubíqua: Conceitos e Serviços** (aula 5). Disciplina Serviços de Tecnologia da Informação: conceitos, tecnologias e negócios. PECE/POLI. ago/out. São Paulo. 2020b.

_____. **Evolução dos Serviços de TI, Comunicações e Internet** (aula 1). Disciplina Serviços de Tecnologia da Informação: conceitos, tecnologias e negócios. PECE/POLI. ago/out. São Paulo. 2020c.

_____. **Computação em Nuvem** (aula 2). Disciplina Serviços de Tecnologia da Informação: conceitos, tecnologias e negócios. PECE/POLI. ago/out. São Paulo. 2020d.

_____. **Computação Ubíqua e Identificação Inteligente**. (aula 6). Disciplina Serviços de Tecnologia da Informação: conceitos, tecnologias e negócios. PECE/POLI. ago/out. São Paulo. 2020e

_____. **Internet das Coisas**. (aula 7). Disciplina Serviços de Tecnologia da Informação: conceitos, tecnologias e negócios. PECE/POLI. ago/out. São Paulo. 2020f

_____. **Cidades Inteligentes**. (aula 8). Disciplina Serviços de Tecnologia da Informação: conceitos, tecnologias e negócios. PECE/POLI. ago/out. São Paulo. 2020g

CONJUR. **Provedor deve guardar e fornecer dados de porta lógica de usuário, decide STJ**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-03/provedor-fornecer-dados-porta-logica-usuario-stj>>. 03/12/2019. Acesso em 18.10.2020

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais(fundamentos da lei geral de proteção de dados)**. 2^a. ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2019.

EVANS, Martin. **The data-informed marketing model and its social responsibility**. In: LACE, Susane. **The Glass Consumer: life in a surveillance society**. Bristol: Policy Press, 2005. Op. Cit., p. 103-104.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Princípios constitucionais do Direito da Sociedade da Informação: a tutela jurídica do meio ambiente digital**. Saraiva: São Paulo, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro (responsabilidade civil) 4**. 13 ed. Saraiva, São Paulo, 2018.

KOZLOWSKA, Hanna. **The price of a like: How much is your data worth?** 8 jul. 2019. Disponível em: <<https://qz.com/1655610/how-can-you-measure-the-worth-of-your-data/>>. Acesso em: 13 maio 2020.

LEVY, Fábio. **Banco de Dados**. Aula da disciplina Software conceitos, tecnologia e negócios do Curso de Especialização em Direito e Tecnologia da Informação. (Informação verbal). PECE/POLI/USP: São Paulo, SP. 02 abr. 2020.

LONGHI, João Victor Rozatti. **Marco Civil da Internet no Brasil: Breves considerações sobre seus fundamentos, princípios e análise crítica do regime de responsabilidade civil dos provedores**. In Direito Digital (Direito Privado e Internet). Coordenação Guilherme Magalhaes Martins e João Victor Rozatti Longhi. 3^a. Editora Foco. Indaiatuba, São Paulo, 2020.

MENDES, Laura Schertel. **Transparência e privacidade: violação e proteção da informação pessoal na sociedade de consumo**. Dissertação de Mestrado em Direito (Universidade de Brasília). Brasília, 2008.

ROSAS, Eduarda Chacon. **Alcance resultados, mas não esqueça dos propósitos: a dignidade, a ética e os elevados fins**. In Advocacia 4.0. Viviane Maldonado; Bruno Feigelson. (coordenação). Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2019.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 3ed. Saraiva, São Paulo, 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta De Inconstitucionalidade (ADI) 6387**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895165>>. Acesso em: 14 maio 2020.

TAVEIRA, JR. Fernando Tenório. **A Utilização da tecnologia rfid no mundo da computação ubíqua: algumas sugestões para a manutenção da privacidade, em um cenário futuro**. Conpedi. 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4ea01965a7b1b435>>. Acesso em 18.10.2020.

TEIXEIRA, Matheus. **Supremo anula medida do governo que obrigava teles a compartilhar dados com o IBGE**. Folha de São Paulo. 07 maio 2020. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/05/supremo-anula-medida-do-governo-que-obrigava-teles-a-compartilhar-dados-com-o-ibge.shtml>>. Acesso em: 11 maio 2020.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4 ed. Revista e Atualizada. Renovar: São Paulo, 2008.

UNIÃO EUROPEIA. **Proposta de Resolução do Parlamento Europeu**, que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica

(2015/2103(INL)). 27 jan. 2017. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_PT.html#title1>/ Acesso em 25 abr. 2020.

TREVIZAN, Thalita Campo. **A Tutela da Imagem da Pessoa Humana na Internet na Jurisprudência Brasileira**. In Direito Digital (Direito Privado e Internet). Coordenação Guilherme Magalhaes Martins e João Victor Rozatti Longhi. 3^aed. Editora Foco. Indaiatuba, São Paulo, 2020.

WIKIPÉDIA. *Opt-in*. Disponível em : < <https://pt.wikipedia.org/wiki/Opt-in>>. 2020a. Acesso em 15.10.2020

_____. **Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados**. Disponível em: < https://pt.wikipedia.org/wiki/Regulamento_Geral_sobre_a_Proteção_de_Dados

>. 2020b. Acesso em 15.10.2020

_____. **Telemática**. Disponível em: < <https://pt.wikipedia.org/wiki/Telem%C3%A1tica>>. 2020c. Acesso em 15.10.2020

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS AGENTES DE TRATAMENTO E O PRINCÍPIO DA AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA

James Silva Zagato¹; Jorge Shiguemitsu Fujita²

RESUMO: Este artigo propõe uma análise sobre os desafios jurídicos, técnicos e socioculturais para que o Brasil alcance eficiência na implementação de uma modelagem de cultura de privacidade por meio da Lei Geral de Proteção de Dados, que à época da escrita do presente encontra-se em período de *vacatio legis* e sob inúmeras tentativas de prorrogação de sua vigência, visto que, com todos os entraves desde o seu surgimento, a Lei Geral de Proteção de Dados retrata um imperativo irreversível e necessário à tutela dos denominados direitos e garantias fundamentais previstas no texto Constitucional. Se, por um lado, a Lei Geral de Proteção de Dados fornece aos titulares de dados pessoais mecanismos para o exercício das prerrogativas e defesas de seus interesses mediante o acionamento dos agentes de tratamentos, bem como pela própria Autoridade Nacional de Proteção de Dados, neste momento também em fase de formatação, a conclusão lógica e o ônus atribuído no texto normativo está atrelada à forma de atuação dos denominados agentes, ou seja, como os controladores e operadores de dados pessoais deverão seguir um programa de conformidade e observar as determinações legais. Mais que isto, busca-se a reflexão de como tais agentes de tratamento deverão estar em conformidade não apenas por decorrência legal mas sim por enraizar de forma ética em suas missões organizacionais a privacidade, enquanto um conceito a ser construído como verdadeiro pilar basilar atrelado à função social de tais organizações, sejam entes públicos ou privados, de maneira a consolidar os fundamentos elencados no texto legal. Indubitavelmente, o discorrer deste artigo levará à análise pragmática e à conclusão de que somente através do respeito pleno ao princípio da autodeterminação informativa, entre outros, é que os denominados direitos

1 Mestrando em Direito da Sociedade da Informação FMU-SP. Pós-Graduado em Direito Eletrônico pela EPD. Advogado. São Paulo – Brasil. james_zagato@hotmail.com. Fone: + 55 17 981487073 CV: <http://lattes.cnpq.br/2652745797532839>. <https://orcid.org/0000-0001-7947-1005>

2 Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Titular de Direito Civil dos Cursos de Graduação e de Pós-Graduação lato sensu do Curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU (São Paulo). Professor Doutor do Curso de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Coordenador do Curso de Pós-Graduação lato sensu em Direito de Família e das Sucessões do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Professor do Curso de Pós-Graduação lato sensu da Faculdade de Direito da Universidade Estadual de Londrina – UEL (PR). Professor do Curso de Pós-Graduação lato sensu da Escola Superior de Advocacia (ESA) da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo. Parecerista, consultor jurídico e advogado. E-mail: jorge.fujita@fmu.br. Fone: +55 11 99919.7115 CV: <http://lattes.cnpq.br/5202705522000286>. <https://orcid.org/0000-0002-0354-8974>

dos titulares de dados pessoais serão devidamente respeitados, e, para tanto, um dos caminhos a ser percorrido é, sem sombra de dúvida, a responsabilização dos agentes de tratamento de maneira a inculcar o respeito à privacidade como um valor indispensável e fundamental na Sociedade da Informação.

Palavras-chave: Sociedade da Informação. Lei Geral de Proteção de Dados. Dados Pessoais. Agentes de Tratamento. Responsabilidade Civil.

CIVIL RESPONSIBILITY OF TREATMENT AGENTS AND THE PRINCIPLE OF INFORMATIVE SELF-DETERMINATION

ABSTRACT: This article proposes an analysis about legal, technical and sociocultural challenges to Brazil reaches efficiency in the implementation of a model about privacy culture through the General Data Protection Regulation, which by the time of this article's writing, is in *vacatio legis* and under many attempts to extend its validity, whereas, with all the obstacles since its creation, General Data Protection Regulation means an irreversible order and necessary to the guard of the rights and fundamentals guarantees expected in the Constitution. If, on the one hand, the General Data Protection Regulation provides to the personal data subject tools for the exercise about prerogatives and defenses of their interests through the call of control agents, as well as, by the National Protection Authority itself, at this time in formation stage, the logical conclusion and the obligation projected in the regulatory text is related to the agents' acting ways, in other words, how the personal data controllers and processors must follow a compliance program and to observe legal determinations. More than that, it seeks the thought on how such treatment agents should be in compliance not only due to legal reasons but also because ethically rooting privacy in their organizational missions, as a concept to be built as a true fundamental pillar linked to social function of such organizations, whether public or private, in order to consolidate the foundations listed in the legal text. Undoubtedly, the discussion of this article will lead to a pragmatic analysis and the conclusion that it is only through the full respect for the principle of informative self-determination, among others, that the so-called rights of the holders of personal data will be properly respected, and, for that, one of the paths to be followed is, with no doubt, the responsibility of the treatment agents in order to instill respect for privacy as an indispensable and fundamental value in the Information Society.

KEYWORDS: Society Information. General Data Protection Regulation. Personal Information. Control agents. Civil Responsibility.

Introdução

Os inúmeros acontecimentos envolvendo o ser humano, enquanto sujeito de Direito, nas primeiras décadas do século XXI denotaram os inimagináveis contornos diante das questões apresentadas pelas constantes transformações tecnológicas na chamada Sociedade da Informação. A globalização iniciada na segunda metade do século XX

permitiu a transformação do mundo, outrora conhecido por suas fronteiras e diferenças culturais marcantes de cada povo, para a multifacetária vida social onde, numa única tribo, denominada aldeia global, tais sujeitos passaram não apenas a depender da *internet* para desenvolverem os aspectos mais básicos de suas vidas cotidianas, seja no âmbito pessoal, familiar ou profissional, mas passaram a viver de maneira indissociável com o fluxo das informações que, indiscutivelmente, e com exceção aos excluídos digitais, é possível afirmar que a vida *on-line* e o acesso à grande rede ganharam tamanha relevância de forma a atingir o patamar de verdadeiro direito fundamental atrelado ao ser humano.

Não apenas sob a ordem Constitucional Brasileira, onde, em seu artigo 5^o, inciso XIV, a Carta Magna já assegura ao cidadão brasileiro o denominado acesso à informação, também conhecido como o direito de informar e de ser informado, bem como o inciso XXXIII do mesmo texto, que atrela referido direito como verdadeira obrigação atribuída aos órgãos públicos, a própria legislação infraconstitucional, como é o caso do Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014), que disciplina o uso da *internet* com um “direito de todos” (art. 4^o) e “essencial ao exercício da cidadania” (art. 7^o).

Isto posto, passa a ser base intrínseca ao Estado Democrático de Direito a denominada Inclusão Digital, assim entendida como o direito à inserção na sociedade da informação para que, nela, os sujeitos de direitos passem a gozar de plenitude e livre desenvolvimento, enquanto pessoas naturais. Não obstante, e, como valor supremo, tal garantia também é consagrada pela Organização das Nações Unidas (ONU) que, em seu artigo 19, prevê:

Todos os seres humanos têm direito à liberdade de opinião e expressão; este 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.

Tais contornos indissociáveis à forma de vida humana no século XXI ampliam a margem trazida pelo progresso decorrente das novas tecnologias, a redução de custo dos novos modelos de negócios e se difundem também nos meios tecnológicos aplicados para a obtenção, processamento e disseminação das informações inerentes aos sujeitos de direito na vida virtual refletindo, conseqüentemente, no mundo analógico em que este ser humano se desenvolve. O fato é que a modificação do próprio contexto regulatório, visto que o Estado, enquanto ente soberano na busca de alternativa de controle dos fatos sociais frente à necessidade de reger o convívio social em busca da pacificação dos conflitos decorrentes da própria natureza humana, torna-se ineficaz quanto à eficiência da imperatividade das normas pela célere transformação que o mundo líquido impõe, tornando cada vez mais possível o desrespeito ao direito à intimidade e à inviolabilidade da vida privada, por meio

do acesso ou utilização indevida de informações de cunho pessoal, possibilitando abusos decorrentes da potencial violação à intimidade das pessoas.

O tema do direito à privacidade e da proteção de dados ganha especial impulso com o incremento da tecnologia, que, como consequência, trouxe para o mundo uma maior relevância no que diz respeito aos dados que trafegam nas redes e traduzem aspectos importantíssimos da personalidade, bem como preferências dos indivíduos por meio de cada pegada digital que estes deixam à cada clique em cada acesso diariamente realizado. Como há muito já foi dito, vivemos na era em que os dados retratam o novo petróleo na economia informacional.

Sabe-se que o avanço das novas tecnologias permitiu a coleta de dados pessoais em uma velocidade e quantidade nunca antes imaginada, assim como o seu armazenamento, cruzamento, compartilhamento e monitoramento em um inequívoco desafio à proteção do direito à privacidade. Diante destes exponenciais avanços surgem a preocupação e a necessidade de serem estabelecidas regras gerais para o tratamento de dados pessoais, garantindo-se a dignidade da pessoa humana como direito fundamental previsto na própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

As práticas abusivas recentemente aplicadas por inúmeros agentes de tratamentos no uso da grande rede e, que por alguma razão vieram a público, deixaram de forma translúcida o desrespeito e a agressão direta aos direitos à privacidade e proteção de dados pessoais das milhares de pessoas que dia após dia conectam-se por seus aplicativos às inúmeras redes sociais e bancos de dados das quais sequer são conhecedoras e, dentre tantos acontecimentos, é possível citar, a título de exemplo, o recente escândalo envolvendo o *Facebook* e a *Cambridge Analytica*, direcionando a escolha política partidária da maior potência mundial, bem como os hodiernos vazamentos de dados pessoais em razão dos crescentes crimes cibernéticos exponencialmente em ascensão nos últimos anos. No Brasil, a título de exemplo, cita-se o recente inquérito civil público promovido pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) para apurar suposto vazamento de dados da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP), onde, no bojo do respectivo inquérito iniciado em novembro de 2018, é possível averiguar que os dados que teriam sido vazados estavam disponíveis em um banco de dados aberto e não criptografado, com possibilidade de amplo acesso público, contendo informações de trinta milhões de brasileiros, incluindo-se dados pessoais como: nome, RG, CPF, sexo, data de nascimento, endereço completo, e-mail e telefone.

Desta forma, na era da economia movida a dados, e pela já existência em nível mundial de legislações específicas desde a década de 1980, citando-se a título de exemplo a recente Lei Geral da União Europeia (*General Data Protection Regulation*), vigente desde maio de 2018, necessário se fez a busca pela transparência no processo de tratamento dos dados,

da divulgação explícita da finalidade e a tutela, para que não exista desvio no fim proposto aos inúmeros usuários que hoje permeiam a grande rede em escala global ultrapassando os mais de 4 bilhões de usuários, conforme relatório recente da plataforma *We are Social*.

Neste sentido, após longos anos de espera e inúmeras legislações setoriais, a saber: o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Acesso à Informação, a Lei do Cadastro Positivo, e o Marco Civil da *Internet*, bem como Projetos de Lei para criação de uma Lei Geral, o Brasil, como um dos últimos países da América Latina a obter tal regramento de forma mais específica, teve sancionada a Lei 13.709, de 14 de Agosto de 2018, dispondo sobre a proteção de dados pessoais, assim entendida a informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável, conforme artigo 5º, I, da referida Lei. Em que pese respeito à promulgação do referido diploma legislativo, com previsão de vigência em seu texto original para agosto de 2020, no momento da escrita deste artigo, sua vigência encontra-se suspensa em razão dos vários projetos de lei e também da recente Medida Provisória editada pelo Chefe do Executivo (MP 959/2020) projetando a vigência da denominada LGPD para o ano de 2021, seja pelo cenário de Pandemia advindo do novo Coronavírus, seja pela ainda inexistência da denominada Agência Nacional de Proteção de Dados ou mesmo pelos incalculáveis *lobbies* políticos que pairam sobre os interesses difusos e egocêntricos dos agentes públicos e seus conchavos, que, em Brasília (DF) compõem o conhecido “Centro do Poder”, dificultando e procurando afastar uma realidade não reversível, qual seja, a da imperiosa necessidade de tutela dos denominados dados pessoais como forma de garantir os fundamentos atrelados ao livre desenvolvimento da pessoa natural no âmbito da sociedade informacional.

1. Privacidade e Proteção de Dados Pessoais

O direito à privacidade consagrado desde o século XVI nos ordenamentos jurídicos estrangeiros traduz-se como uma garantia essencial ao pleno desenvolvimento do indivíduo e ao exercício, com tranquilidade, da liberdade de consciência, de crença e de expressão (VIEIRA, 2007, p. 30).

Pode-se ainda dizer que o direito à privacidade consiste na faculdade atribuída a cada pessoa de impedir que terceiros intervenham na sua intimidade e vida privada, bem como na prerrogativa de gerenciar seus dados pessoais, objetivando impedir o acesso e a divulgação não autorizados (VIEIRA, 2007, p. 40-45).

Para José Afonso da Silva o direito à privacidade é a faculdade que se deve garantir à pessoa, forçosa expressão de sua autodeterminação e premissa para desenvolvimento de sua personalidade, de uma reserva sobre dados ou informações que deseje manter sobre seu

exclusivo controle, ou, enfim, que tencione manter longe da indiscrição alheia (SILVA, 2010).

Portanto, pode-se dizer que o direito à privacidade é uma condição social essencial para que o ser humano desenvolva e proteja a sua personalidade, sendo inclusive um dos fundamentos previstos no artigo 2º da Lei Geral de Proteção de Dados.

Na Constituição Federal do Brasil, o reconhecimento de um espaço inviolável na vida do indivíduo veio consagrado no inciso X, do art. 5º, o qual garante serem invioláveis a intimidade e a vida privada das pessoas. A distinção entre intimidade e vida privada para alguns doutrinadores traduz mera sinonímia, no entanto, para outros, como aqueles que redigiram a Constituição brasileira de 1988, inspirados na doutrina alemã, representa uma diferença conceitual rigorosamente definida.

De acordo com a doutrina alemã, a privacidade congrega três raios ou esferas, quais sejam: a esfera da vida privada, a esfera da intimidade ou confidencial e a esfera do secreto. A teoria que fraciona a privacidade em esferas ficou conhecida com teoria dos círculos concêntricos.

Segundo Edilson Pereira de Farias (2008, p. 126), a doutrina alemã vislumbra a existência de três esferas:

[...] (a) *Privatsphäre* (esfera da vida privada) – a mais ampla das esferas, abarcando todas as matérias relacionadas com as notícias e expressões que a pessoa deseja excluir do conhecimento de terceiros. Ex.: imagem física, comportamentos que mesmo situado fora do domicílio, só devem ser conhecidos por aqueles que travam regularmente contacto com a pessoa; (b) *Vertrauenssphäre* (esfera confidencial) – incluindo aquilo que o indivíduo leva ao conhecimento de outra pessoa de sua confiança, ficando excluído o público em geral e as pessoas pertencentes ao ciclo da vida privada e familiar. Ex.: correspondências, memoriais, etc; (c) *Geheimsphäre* (esfera do secreto) – compreendendo os assuntos que não devem chegar ao conhecimento dos outros devido à natureza externamente reservada dos mesmos.

Neste ponto, é importante frisar que a Constituição Federal entendeu por atribuir proteção separada à intimidade e à vida privada, sem deixar dúvidas de que são espécies de um único direito: o da privacidade. Há de se ressaltar, entretanto, que a Carta Magna foi promulgada em 1988 e em época que jamais se imaginavam os atuais contextos da denominada Sociedade em Rede, e, aqui se faz necessário breve reflexão ainda sobre a denominada vigilância líquida (BAUMAN, 2014, p. 10) que ganha maior fluidez com o atual modelo arquitetônico da própria internet por onde navegam bilhões de seres humanos em suas diferentes atividades sociais e culturais.

Nesta reflexão sobre a própria arquitetura da *internet*, imprescindível traçar o paralelo da grande rede como o denominado panóptico objeto de estudos e dissertações

alhures. Em seu livro intitulado *Vigiar e Punir*, Michel Foucault (1975, p. 190 - 191) discorre sobre o exercício da vigilância na sociedade da informação, e, no contexto do avanço das tecnologias narra a necessária criação de um novo modelo de vigilância pelo Estado, em que, com o pretexto de melhor desenvolver as atividades públicas e beneficiar a população, o poder deixa de ser exercido pela Igreja e é transferido ao Estado, o qual desenvolve um método único de vigiar constantemente o ser humano, fazendo surgir um novo conceito denominado de panoptismo.

Descreve o autor como sendo o Panóptico de Bentham a figura arquitetural do panoptismo, que segundo ele (FOUCAULT, 1975, p. 190 – 191):

O princípio é conhecido: na periferia uma construção em anel; no centro, uma torre: esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado. Basta então colocar um vigia na torre central, e em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar. Pelo efeito da contraluz, pode-se perceber da torre, recortando-se exatamente sobre a claridade, as pequenas silhuetas cativas nas celas da periferia. Tantas jaulas, tantos pequenos teatros, que cada ator está sozinho, perfeitamente individualizado e constantemente visível. O dispositivo panóptico organiza unidades espaciais que permitem ver sem para e reconhecer imediatamente. (...).

Para este “o Panóptico é uma máquina de associar o para ver-ser visto: no anel periférico, se é totalmente visto, sem nunca ver; na torre central, vê-se tudo, sem nunca ser visto.” Daí o efeito mais importante do Panóptico induzir na população a sensação permanente de vigilância, mesmo sem saber quem o vigia, e conseqüentemente de quem exerce o poder.

Por fim, importante ressaltar que o Panóptico não é apenas um instrumento de vigilância e exercício do controle, mas um excelente mecanismo invasivo de obtenção de informações sobre os indivíduos.

A grande questão é que à época de tais discussões, apesar das previsões futuroológicas quanto ao avanço da ciência, da robótica e do cenário tecnológico, como é o caso da escrita de George Orwell em sua obra literária “1984”, jamais houve a previsão de que o cenário do Século XXI colocaria em curso e por que não dizer em rota de colisão inúmeros direitos fundamentais que, de repente, pela facilidade e aumento das tecnologias da informação, são transformados em *bits e bytes* em fração de segundos por meio do alto poder computacional que os inúmeros *devices* pessoais passam a conferir aos usuários em rede. O ponto crucial é que, diferente de números e algoritmos lógicos para soluções de propostas apresentadas como problematização do fatídico mundo pós-contemporâneo, tais

bits e bytes carregam em si a transformação de pessoas, sujeitos de direitos, e compostas de personalidade jurídica cuja tutela não se pode desassociar na forma de dados pessoais, sendo possível afirmar que a fragmentação do indivíduo na sociedade informacional retrata o maior poder nas mãos daqueles que, de alguma forma, pretendem um impacto positivo ou negativo na esfera da vida individual e coletiva deste mesmo indivíduo.

Antes de tecer qualquer consideração aprofundada sobre os dados pessoais, faz-se necessário entender o conceito de dado, que na precisa definição de Aurélio Buarque de Holanda (2008, p. 284) é o “elemento de informação, em forma apropriada para armazenamento, processamento ou transmissão, por meios automáticos.”

Quanto aos dados pessoais são entendidos como toda a informação de identificação do indivíduo ou, como conceitua Ingo Wolfgang Sarlet (2007), “é uma informação que permite identificar uma pessoa de maneira direta.” Para o Decreto nº 8.771/2016, que regulamenta a lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), nos termos do inciso I, do artigo 14, é considerado dado pessoal o “dado relacionado à pessoa natural identificada ou identificável, inclusive números identificativos, dados locacionais ou identificadores eletrônicos, quando estes estiverem relacionados a uma pessoa”. Os dados pessoais podem ser classificados em três tipos: não sensíveis, sensíveis e de tratamento proibido.

Dados não sensíveis são aqueles que carregam as informações que o indivíduo não se importa em compartilhar com terceiros e que, portanto, estão diretamente ligados à esfera da vida privada; por outro lado, os dados sensíveis dizem respeito a informações mais especiais, as quais o seu titular preza pelo seu não compartilhamento, podendo referir-se a dados genéticos, a questões religiosas, filiação partidária, saúde, vida sexual, etc. e, portanto, estão associados à esfera da intimidade. Por fim, os dados de tratamento proibido são aqueles que pertencem à esfera do segredo e guardam um núcleo inatingível e não compartilhado pelo seu titular.

Ressalte-se que são exigidos cuidados especiais relativos aos dados sensíveis, pois o seu armazenamento, compartilhamento e cruzamento podem gerar irreversíveis quadros de discriminação e grave violação a direitos fundamentais dos indivíduos. Portanto, pode-se dizer que a proteção dos dados sensíveis visa também a assegurar danos aos direitos da personalidade.

Para o professor Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 218):

(...) o princípio da igualdade pode ser vinculado aos dados sensíveis, buscando-se uma maior proteção tanto na sua coleta como na guarda ou na utilização para os fins aos quais foram captados, evitando-se, assim, situações de desigualdade.

Por todo o exposto, pode-se concluir que independentemente do tipo de dado, em se tratando de dado de caráter pessoal, a sua má utilização pode gerar prejuízos

irreversíveis, razão pela qual qualquer atividade que envolva o seu tratamento carece de inquestionável regulamentação específica, com fulcro a se garantir a segurança e os direitos fundamentais do indivíduo.

2. A visão principiológica para tratamentos de dados pessoais e a autodeterminação informativa

Nos idos do século XIX, contemporaneamente com outras revoluções tecnológicas, nascia em meados dos anos 1950 o conceito de um sistema para descentralizar as informações e que anos mais tarde, décadas de 1970 e 1980, daria origem ao termo *internet* e seus protocolos que hoje conhecemos. É neste contexto, de rápido avanço tecnológico na *internet*, que ocorre um considerável aumento desautorizado da captação, armazenamento e cruzamento de dados pessoais, afrontando não só a privacidade, mas o direito à autodeterminação do indivíduo, uma vez que muitas das vezes o cidadão sequer sabe que seus dados estão sendo coletados.

O problema da coleta de dados reside no fato de ela ser feita sem transparência, para finalidade não especificada e de forma não autorizada pelo titular do dado. No entanto, os problemas com os dados pessoais não param na coleta, razão pela qual proteger juridicamente os dados pessoais é essencial. A doutrina relaciona os dados pessoais aos seguintes princípios: a) finalidade, b) necessidade, c) livre acesso, d) segurança, e) transparência e f) não discriminação, sendo claro que o artigo 6º da Lei Geral de Proteção de Dados conceitua e elege dez princípios que, conjuntamente aos demais que compõem o bojo normativo, como a própria boa-fé, delinearão o *modus operandi* das chamadas atividades de tratamento previstas no artigo 5º, X, do mesmo diploma legal.

O princípio da finalidade estabelece que a coleta de dados tenha um objetivo determinado e seu titular seja claramente informado da razão para a coleta dos seus dados. O princípio da necessidade estatui a diretriz de que o tratamento de dados deve reter a menor quantidade possível de dados pessoais e eliminá-lo quando atingida a finalidade para o qual foi coletado. Importante ressaltar que na legislação brasileira, antes mesmo da própria Lei Geral de Proteção de Dados, o princípio da necessidade já vem disposto no inciso II, do artigo 16, do Marco Civil da *Internet*

O princípio do livre acesso garante o acesso facilitado ao titular do dado tratado. O mencionado princípio tem guarida na legislação pátria no *caput*, do artigo 43, do Código de Defesa do Consumidor e inciso I, do artigo 6º, da Lei nº 12.527/2011 (Lei de acesso à informação). O princípio da segurança exige que os atores que explorarão o tratamento de dados pessoais garantam condições técnicas mínimas de segurança para operar com os dados pessoais. O decreto regulamentador do Marco Civil da *Internet*, nos seus incisos do

artigo 13, traça os padrões de segurança para a guarda, armazenamento e tratamento de dados pessoais.

O princípio da transparência estabelece que o indivíduo seja prévia e claramente informado sobre todo e qualquer tratamento que se pretenda realizar com seus dados. No ordenamento brasileiro, o princípio da transparência está insculpido no inciso VIII, do artigo 7º, do Marco Civil da *Internet*, § 1º, do artigo 43, do Código de defesa do Consumidor e inciso IV, do artigo 3º, da Lei nº 12.527/2011.

Por fim, o princípio da não discriminação proíbe o tratamento de dados pessoais para fins discriminatórios e se inspira no *caput*, do art. 5º, da Constituição Federal do Brasil, que enuncia a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, sendo também expressamente elencado no inciso IX, do artigo 6º, da LGPD.

Em linhas gerais, os princípios retro mencionados se ajustam para compor um dos fundamentos previstos na Lei Geral de Proteção de Dados (art. 2º), na qual passa-se a abordar a autodeterminação informativa.

De maneira pragmática, a Lei Geral de Proteção de Dados, em todo o seu contexto jurídico, eleva a técnica como verdadeiro instrumento na busca de um padrão coletivo de proteção e, desta forma, reflete-se sobre o que de fato viria a ser a autodeterminação informativa quando, nas palavras de Doneda (2020, p. 179):

Entre as técnicas utilizadas, estas leis procuraram fortalecer a posição da pessoa em relação às entidades que coletam e processam seus dados, reconhecendo o desequilíbrio nesta relação, que não era resolvido com medidas que simplesmente reconheçam o direito à autodeterminação informativa; outra, paradoxalmente, é a própria redução do papel da decisão individual de autodeterminação informativo. Isto ocorre, porque se parte do pressuposto de que determinadas modalidades de tratamento de dados pessoais necessitam de uma proteção no seu mais alto grau, à qual não pode ser conferida exclusivamente a uma decisão individual.

E, desta forma, não há como haver uma ampla visão do real significado da autodeterminação informativa se não evidenciar a assimetria e (hiper)vulnerabilidade do titular de dados pessoais. E o cidadão em meio ao mercado informacional, deve ser identificado como um sujeito vulnerável (BIONI, 2020, p. 109).

A legislação, portanto, traz fundamentos, bases principiológicas e inúmeras diretrizes no tocante à forma de tratamento dos dados pessoais e criação de responsabilidades por parte dos agentes de tratamentos e coloca, a bem da verdade, os titulares dos dados pessoais como verdadeiros protagonistas do fluxo informacional, no que BIONI (2020, p. 109) elenca como a quarta geração de leis de proteção de dados, permitindo aos mesmos não apenas a análise, mas criando mecanismos de enquadramento, para que efetivamente possam as organizações públicas e privadas ser, enquanto controladoras ou

mesmo operadoras de dados pessoais, enquadradas numa das bases legais permitidas para o tratamento dos dados dos usuários. O impacto, indubitavelmente, ensejará a criação de verdadeira cultura vinculada não apenas à segurança da informação, por parte das empresas que mantenham dados de seus usuários, associados, clientes, funcionários, mas também a tutela da privacidade propriamente dita, objeto este que, fundamentalmente, pretende a legislação alcançar.

Verdade é que o processo de adaptação de forma a permitir que as empresas, por exemplo, enquanto agentes de tratamento, estejam em *compliance* com a Lei Geral de Proteção de Dados, implicará significativamente na forma das tratativas (principalmente, mas não só no ambiente *on-line*) de seus próprios modelos de negócios. Dos formulários preenchidos pelos usuários à possibilidade de exercício do direito deste usuário em excluir um dado anteriormente consentido para a organização, a partir da vigência da Lei Geral de Proteção de Dados, para que as empresas, como verdadeiros *players* junto aos seus usuários, clientes e *stakeholders*, possam coletar e tratar informações pessoais, deverão observar à íntegra o previsto na legislação em comento, seja pelo simples fato de, entre os direitos do usuário, ter este ciência de quais dados que estão sob posse, guarda ou uso por parte de um determinado agente de tratamento até o complexo direito de revisão por parte do titular quando de tomadas autônomas de decisões pelos agentes de tratamento em seus múltiplos processos de governança de algoritmos.

Fato é que permitir que dentro dos complexos fluxos informacionais tenham os titulares de dados pessoais a real certeza e transparência dos inúmeras tomadas de decisões vinculadas, por exemplo, à cadeia de agentes econômicos no contexto informacional, permitindo a tais sujeitos o exercício pleno, célere e eficaz quanto aos direitos a estes conferidos, significará dizer que o princípio da autodeterminação informativa como fundamento da proteção de dados será alcançado como alicerce na construção ética do respeito à privacidade.

3. Os agentes de tratamentos sob o manto da Lei Geral de Proteção de Dados. *Accountability* e responsabilidade civil

Se, por um lado, a LGPD confere aos titulares de dados pessoais os respectivos direitos consubstanciados nos artigos 17 e seguintes do texto normativo, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor que, como legislação principiológica, trouxe na década de 1990 a criação de uma Política Nacional de Relações de Consumo (Capítulo II da Lei 8.078/1990), garantindo aos consumidores os direitos básicos elencados no artigo 6º do referido diploma legal, é possível afirmar que os agentes de tratamentos (controladores e operadores na forma do artigo 5º, VI e VII, da Lei 13.709/2018) arcarão com os ônus

elencados no bojo da lei, tão como os fornecedores, fabricantes, produtores, etc. passaram à arcar nas relações de consumo.

Antes de reforçar as definições quanto aos agentes de tratamento, não é demais lembrar que a Lei Geral de Proteção de Dados não se aplica apenas a dados digitais, mas a todo e qualquer dado de natureza pessoal, assim entendido em sua visão expansionista aquele que permite identificar um ser natural ou torná-lo identificado. Isto posto, de hospitais a portarias de condomínios, de agentes públicos, privados a profissionais liberais, o escopo de aplicação prática da lei é imenso, impactando direta e indiretamente os denominados agentes de tratamento em suas várias frentes de atuação. Basta imaginar uma organização privada que, dentro de um programa de governança, deverá se preocupar com sua visão organizacional, seus inúmeros departamentos que tratem dados pessoais fisicamente, tais como formulários, anotações em papéis, fotografias impressas e inúmeros dados consubstanciados em bases de dados diversas e na imensidão de pastas e subpastas de servidores e computadores que componham a organização.

É, portanto, inevitável que, com as exceções previstas no artigo 4º da LGPD, inúmeros serão os agentes de tratamento que deverão estar em conformidade com a lei, seja como controladores ou como operadores. Não é demais lembrar que o já mencionado artigo 5º define, em seus incisos, o controlador como a “pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais”, bem como operador a “pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador”.

Não é demais lembrar que qualquer atividade de tratamento, assim definida na forma do conjunto previsto no mesmo artigo 5º, X, da LGPD, deve ser devidamente definida pelos agentes de tratamento, sob pena de uma determinada tomada de decisão implicar diretamente no transpasse da tênue linha que separa uma tomada de decisão que possa tornar um operador diretamente como controlador conjunto. Basta, a título de exemplo, imaginar um escritório de contabilidade que, enquanto operador e, processando a folha de pagamento de uma determinada empresa cliente, venha a utilizar dos dados de colaboradores daquela empresa e repassá-los na forma de *mailing* para uma rede de academia, de maneira que esta possa fazer seu direcionamento de ofertas.

É fato que o próprio Marco Civil da *Internet* já previa, em seu artigo 10, que “A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de *internet* de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas”, estando os agentes de tratamento, que estivessem sob o manto da *internet*, já obrigados desde 2014 a observarem, em suas operações de tratamento, as salvaguardas necessárias de maneira a possibilitar o

atendimento expresse aos direitos de personalidade e dados pessoais de seus usuários, inclusive no que tange às denominadas medidas e procedimentos de segurança conforme §4º do mesmo artigo.

E em total coerência com as já elencadas previsões no Marco Civil da *Internet*, o artigo 50 da Lei Geral de Proteção de Dados assim dispõe em seu *caput, in verbis*:

Art. 50. Os controladores e operadores, no âmbito de suas competências, pelo tratamento de dados pessoais, individualmente ou por meio de associações, poderão formular regras de boas práticas e de governança que estabeleçam as condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, incluindo reclamações e petições de titulares, as normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento, as ações educativas, os mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos e outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais.

Assim, por meio dos inúmeros *frameworks* existentes e já conhecidos pela área de Tecnologia da Informação, tais como ITIL, COBIT, normas ISO/IEC da ABNT, deverão os agentes de tratamento permitir não apenas a implementação robusta de técnicas que venham a surtir efeitos nas camadas de proteção e licitude das operações de tratamento, mas também conferir uma trilha de auditoria em caso de apuração de responsabilidade por eventuais infrações às previsões normativas.

Frente à expressa disposição consubstanciada no artigo 42 e seguintes da LGPD, que dispõe sobre a responsabilidade e ressarcimento de danos, seja de ordem patrimonial, seja de caráter moral, individual ou coletivo com a responsabilidade solidária por parte do operador e, partindo-se do pressuposto que referida responsabilidade civil seja, frente aos titulares de dados, de ordem objetiva, cabendo entre os agentes de tratamento eventual direito regressivo mas sem que isto atingisse diretamente o titular de dados, em razão de sua assimetria informacional e hipossuficiência técnica. Denota-se a investidura conferida pela legislação aos agentes de tratamentos para que estes tenham, ainda que coercitivamente, o dever legal de fazer cumprir os fundamentos legislativos.

É notório que muitas organizações, primando não apenas pelo cumprimento da lei, mas também prestigiando o relacionamento ético com seus clientes e parceiros, a qualidade das informações, a regulamentação da privacidade dos dados, com um olhar de crescimento exponencial frente ao desenvolvimento de novas tecnologias, já iniciaram a aplicação das medidas necessárias à implementação das diretrizes constantes na Lei Geral de Proteção de Dados, de forma a zelar pelos direitos dos titulares. Todavia, num país onde a ética se faz por vezes e, infelizmente, em razão da ocasião, possa ser que somente uma atuação forte por parte da Autoridade Nacional de Proteção de Dados consista numa força motriz para que os agentes de tratamento façam valer o princípio da autodeterminação informativa e a

accountability esperada em suas operações de tratamento. Afinal, depender da judicialização de demandas para garantia dos direitos consagrados no texto normativo seria tornar ineficaz os fundamentos vinculados à ética atribuída aos agentes de tratamentos na forma da lei. Desde a promulgação do texto original da LGPD, após os vetos que afastaram, de imediato, a previsão legal da Autoridade Nacional de Proteção de Dados em sua forma primária e, com a edição no dia 27 de dezembro de 2018, a Medida Provisória nº 869/2018 que converteu-se na Lei 13.853, de 8 de julho de 2019, esta ganhou o papel como órgão da administração pública federal, integrante da Presidência da República, cujas atribuições e competências entre outras previstas no artigo 55 da Lei 13.709/2018, permitem afirmar que trará a atuação da autoridade diretamente quanto à observância e zelo pela proteção de dados pessoais, através de fiscalização, deliberações e edições de normas e procedimentos à aplicação vinculada aos múltiplos agentes de tratamento, além, é claro, da arrecadação por meio de sanções administrativas e pecuniárias com multas variadas entre 2% (dois por cento) do faturamento a R\$50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração cometida, ou ainda, até mesmo à suspensão das atividades dos referidos agentes de tratamentos que venha ferir diretamente o consubstanciado na legislação e, conseqüentemente, aos direitos dos titulares. Neste sentido, a ansiedade gerada pela expectativa da real concretização da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, ainda em fase de formatação, é justificada àqueles que esperam encontrar em referido órgão o mesmo papel atuante como as autoridades de proteção de dados da União Europeia, que possibilitam não apenas o *enforcement* da GDPR, mas o olhar ético que os agentes de tratamento vinculados à aplicação da referida lei devem, indiscutivelmente ater-se com respeito pleno aos fundamentos e princípios que, semelhantemente à LGPD são impostos como pilares de observância pragmática para valer a privacidade, enquanto direito fundamental da pessoa humana.

Conclusão

A proteção de dados pessoais tornou-se verdadeiro direito fundamental atrelado ao ser humano tão quanto já o é o próprio direito à inclusão digital e acesso à internet. Após os transcurso históricos que trouxe a humanidade ao século XXI e com o advento do avanço tecnológico não há qualquer sombra de dúvida de que a vida pós-moderna é indissociável à transformação dos direitos de personalidade, atributos do ser humano, na forma de *bits e bytes* num contínuo e interminável fluxo de transferência de dados que em fração de segundos ultrapassam as barreiras invisíveis do mundo globalizado.

Sob o manto histórico dos abusos decorrentes por marcos totalitários e imposições absolutistas por aqueles que em condição de “superioridade” e em poderio de riquezas materiais e poder econômico, a privacidade desvincula-se da equivocada visão do direito de propriedade para, com o romper do iluminismo e da declaração universal dos direitos

do homem, tornar-se um valor intrinsecamente ligado à pessoa humana. Infelizmente, ainda no mundo pós-industrial a massificação das operações de tratamento vinculada aos dados pessoais permitiu os inesquecíveis eventos atrelados ao controle social que, inclusive culminou com manchas inapagáveis na história humana, e, neste sentido, parte-se para uma construção jurisprudencial de uma gama de leis que pudessem visar a guarida e a consagração do direito de proteção de dados como valor ético intrinsecamente ligado aos propósitos dos agentes de tratamento na constância da vida social ainda nos séculos XIX e XX.

O avanço da tecnologia, entretanto, eleva os patamares de vigilância de tal forma à possibilitar o surgimento das gerações de leis de proteção de dados, buscando, acima de tudo o empoderamento do titular de dados pessoais para que, por meio do princípio da autodeterminação informativa possa ter a real ciência de quais fragmentos que indiquem ou representem seus direitos personalíssimos possam estar vinculados à determinadas circunstâncias e condições.

No Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados, ainda que advindo com imenso atraso quando da análise de vários outros países na própria América Latina, representa, indubitavelmente, o início de um marco regulatório que permitirá a disseminação e enraizamento de uma cultura de proteção de dados a ser implementada na realidade brasileira.

As imposições e diretivas feitas pelo texto normativo frente aos agentes de tratamentos e que, sob as atribuições da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, estarão vinculadas às penalidades previstas na lei, perpetuam a esperança de que, através da amarração das atividades de tratamento por estes agentes realizadas, possam os fundamentos e princípios ser colocados em prática e enraizado tanto quanto uma cultura organizacional de tais agentes, independentemente dos caminhos técnicos necessários para um programa de conformidade.

A responsabilidade dos agentes de tratamento sob o prisma da atual redação legal indica que, sob a ordem objetiva, seguirá o mesmo escopo do próprio Código de Defesa do Consumidor de maneira a garantir o respaldo jurídico frente à assimetria informacional que desiguala a condição subjetiva do liame que une os titulares de dados e os agentes de tratamento.

É desta forma que a imperatividade elencada na Lei Geral de Proteção de Dados gerará os caminhos necessários a serem percorridos para que, de fato, tenham os titulares de dados garantidos não apenas seus direitos mas sim a consagração do princípio da autodeterminação informativa, e, com isto, possam tais titulares se valerem do protagonismo esperado como pilar basilar para a garantia do livre desenvolvimento da

personalidade da pessoa natural, esta representada na forma de suas pegadas digitais diariamente vinculadas na Sociedade em Rede e capazes de delinear a condição de dignidade tão esperada nos aspectos da vida analógica e, agora, atreladas ao contexto da vida virtual.

Referências

BAUMAN, Zygmunt. *Vigilância Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do Consentimento* – 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. P. 109.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil* – 1988.

_____. *Declaração Universal dos Direitos Humanos ONU* - 1948.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais : elementos da formação da Lei geral de proteção de dados*. – 2. Ed. – São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019, pag. 179.

FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e comunicação*. 3^a ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 126.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio: o minidicionário da língua portuguesa*. 7. ed. Curitiba: Ed. Positivo, 2008. p. 284.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 39. ed. Petrópolis (RJ): Vozes, 2011. p.190 – 191.

Global Digital Report 2019 – We Are Social. Disponível em:
<https://wearesocial.com/global-digital-report-2019>. Acesso em: 09 jun. 2020.

INGO, Wolfgang Sarlet. *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 218.

_____. *Medida Provisória nº 959 de 29 de abril de 2020*.

_____. *Lei 12.965 de 23 de abril de 2014. Marco Civil da Internet*

SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. 7. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

VIEIRA, Tatiana Malta. O direito à privacidade na sociedade da informação. Efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 2007. p. 30. p. 40-45.

3^o Information Society and Law

FMU
CENTRO UNIVERSITÁRIO

GT - TEMAS DE PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NA LGPD

Beatriz Martins de Oliveira¹; Vinícius Garcia Ribeiro Sampaio²

RESUMO: O presente artigo analisa, em caráter inicial, as diretrizes traçadas pela Lei 13.709/2018 (LGPD) sobre a inversão do ônus da prova nos procedimentos que visem à tutela dos direitos por ela assegurados. O estudo é referenciado pela Sociedade da Informação e considera que o tratamento de dados pessoais concede grande poder às empresas, sobretudo às chamadas gigantes dos dados. Assim, analisamos a regra estabelecida no artigo 42, §2º, da referida Lei e apontamos a necessidade de novas previsões que a substituam, ou de adequações interpretativas que a comportem às situações fáticas sobre as quais será aplicada, por sua insuficiência para tutelar o direito material, considerado o atual estágio da Sociedade da Informação. Foi adotada a metodologia de pesquisa jurídico-sociológica.

Palavras-Chave: Proteção de dados pessoais; Direito probatório; Instrumentalidade do processo; Efetividade de direitos; Sociedade da Informação.

THE INVERSION OF THE BURDEN OF PROOF IN THE LGPD (BRAZILIAN DATA PROTECTION LAW)

ABSTRACT: This article analyzes, in initial character, the guidelines outlined by the Law 13.709/2019 (LGPD [Brazilian Data Protection Law]) about the inversion of the burden of proof in the procedures which aim to protect the rights assured by it. The study is referenced by the Information Society and considers that personal data processing gives great power to the companies, specially to the so-called data giants. Therefor, we analyze the rule established in the article 42, §2º, from the referred Law and point out the need for new legal predictions to replace it, or interpretative adjustments that bond it to the factual situations to which it will be applied, due to its insufficiency to protect material rights, considered the current stage of the Information Society. It was adopted the methodology of legal-sociological research.

1 Mestra em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Especialista em Direito Processual Civil e bacharel em Direito pela mesma instituição. Advogada.

2 Mestre em Direito da Sociedade da Informação e bacharel em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Advogado.

KEYWORDS: Personal data protection; Evidence law; Procedural instrumentality; Effectiveness of rights; Information Society.

Introdução

A disciplina específica sobre a proteção de dados pessoais é matéria que tem ganhado espaço no direito brasileiro. Apesar de não inaugurar a temática, a L. 13.709/2018, alcinhada como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD, trouxe previsões específicas e novas, tratando-se de marco regulatório na matéria.

Além de estabelecer regras de direito material, a Lei trouxe algumas previsões processuais a direcionar a atuação dos profissionais do Direito. O presente artigo analisará especificamente aquela prevista no artigo 42, §2º, ponderando acerca de sua efetividade para tutelar os direitos concedidos pela LGPD.

A pesquisa adota o prisma da instrumentalidade do processo³, ponderando a necessidade de que as regras procedimentais sejam adequadas ao direito material que se busca resguardar. A partir dele, consideramos que as previsões atuais, ainda em estágio extremamente inicial de aplicação, já dão indícios de que podem ser ineficazes para tanto.

Tal conclusão decorre da análise comparativa do sistema de inversão do ônus da prova do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), bem como do atual estágio da Sociedade da Informação, que encontra em suas bases as tecnologias da informação e comunicação. O tratamento de dados pessoais, altamente intensificado por esta razão, encontra níveis desconhecidos à pessoa comum, ao homem médio, o que pela análise comparativa tornaria a inversão do ônus da prova a regra – e não a exceção – nas ações relacionadas à proteção de dados pessoais, inclusive em decorrência do sistema de responsabilidade civil adotado pelo legislador para este particular.

Assim, o presente artigo se divide em três capítulos que se dedicarão a analisar, respectivamente, i. a inversão do ônus da prova, prevista no art. 42, §2º, LGPD; ii. a

3 “[...] processo instrumental e efetivo é, antes de tudo, aquele capaz de concretizar os princípios constitucionais; missão para cujo cumprimento se deve voltar a técnica processual (tanto no momento de sua elaboração legislativa, quanto no momento de sua interpretação/aplicação pelo juiz).” Fonte: OLIVEIRA, Bruno Silveira de. Os princípios constitucionais, a instrumentalidade do processo e a técnica processual. **Revista de Processo**, v. 146, p. 321-331, abr. 2007, p. 7. Ainda: “É a instrumentalidade o núcleo e a síntese dos movimentos pelo aprimoramento do sistema processual, sendo consciente ou inconscientemente tomada como premissa pelos que defendem o alargamento da via de acesso ao Judiciário e eliminação das diferenças de oportunidades em função da situação econômica dos sujeitos, nos estudos e nas propostas pela inafastabilidade do controle jurisdicional e efetividade do processo, nas preocupações pela garantia da ampla defesa no processo criminal ou pela igualdade em qualquer processo, no aumento da participação do juiz na instrução da causa e da sua liberdade na apreciação do resultado da instrução.” Fonte: DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 24-25.

Sociedade da Informação e sua influência nesta análise; e iii. a insuficiência da previsão legal para tutelar os direitos materiais. Para tanto, foi adotada a metodologia de pesquisa jurídico-sociológica, a partir de pesquisa bibliográfica.

1. A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NA LGPD

Assim como acontece em outras legislações específicas, a LGPD trouxe algumas questões processuais, as quais, apesar de não receberem apartado título, capítulo ou seção, sendo enxertadas em trechos que tratam de direito material, não passam despercebidas. No presente artigo nos dedicaremos à análise específica do art. 42, §2º, da Lei 13.709/2018, encontrado na seção que trata *da responsabilidade e do ressarcimento de danos*.

O *caput* do artigo 42 obriga o agente de tratamento a ressarcir o dano material ou moral perpetrado contra o titular de dados (individual ou coletivamente) em decorrência do tratamento, assegurando direito indenizatório às eventuais vítimas. Na sequência, com intuito de assegurar tal direito, seu §2º assim determina:

§ 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*.⁴

Referenciado artigo prevê a possibilidade de o juiz inverter o ônus da prova, em favor do titular de dados, em três diferentes ocasiões: i. se houver verossimilhança na alegação; ii. se constatada hipossuficiência para a produção de prova; e iii. se sua produção for excessivamente onerosa. Apesar de demonstrar boa intenção do legislador, contudo, a previsão se revela ineficaz no contexto da Sociedade da Informação, que melhor estudaremos no capítulo seguinte.

Diante deste inicial recorte, nos capítulos seguintes trataremos especificamente das questões processuais e sociológicas que tornam a norma ineficaz para alcançar seu fim. É importante considerar que o Processo deve pacificar as partes e fornecer meios para tutelar o direito em ameaça ou lesão e, “Se assim é, não se pode aceitar um sistema processual não sintonizado com seu objeto”⁵.

4 BRASIL, **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 18 out. 2020. – grifo nosso.

5 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**: influência do direito material sobre o processo. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.26.

1.1 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

O Código de Processo Civil (CPC), L. 13.105/2015, disciplina o procedimento em regra aplicável às ações civis e outras no Brasil. Ele prevê, em seu art. 373, que “O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”⁶. Em outras palavras:

Nesse sentido, a regra do ônus da prova é um indicativo para o juiz se livrar do estado de dúvida e, assim, definir o mérito. Tal dúvida deve ser paga pela parte que tem o ônus da prova. Se a dúvida paira sobre o fato constitutivo, essa deve ser suportada pelo autor, ocorrendo o contrário em relação aos demais fatos.⁷

Assim, a regra processual é que o autor comprove o fato do qual decorre seu direito postulado. Entretanto, há algumas disciplinas específicas que invertem o ônus em regra aplicável, transferindo ao réu a obrigação de fornecer ao juízo as provas necessárias ao deslinde da causa, sem eximir o autor do mínimo probatório.

É o caso, por exemplo, estabelecido para as relações de consumo. A Lei 8.078/1990, intitulada Código de Defesa do Consumidor (CDC), estabelece no art. 6º, VIII, ser direito do consumidor “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a *inversão do ônus da prova*, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for *verossímil* a alegação ou quando for ele *hipossuficiente*, segundo as regras ordinárias de experiências”⁸. Neste sentido:

Perceba-se que, ao se admitir que a regra do ônus da prova tem a ver com a formação do convencimento judicial, fica fácil explicar porque o juiz, ao considerar o direito material em litígio, pode atenuar ou inverter o ônus probatório na sentença ou mesmo invertê-lo na audiência preliminar.⁹

Marinoni¹⁰ destaca ainda que outras hipóteses não acobertadas expressamente pela Lei podem autorizar a inversão do ônus da prova, desde que assim peça o direito material.

6 BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 18 out. 2020.

7 MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. *Revista Opinião Jurídica*, p. 189. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2853/898>. Acesso em: 18 out. 2020.

8 BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 18 out. 2020. – grifo nosso.

9 MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. *Revista Opinião Jurídica*, n. 05, 2005, p. 190. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2853/898>. Acesso em: 18 out. 2020.

10 MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. *Revista Opinião Jurídica*, n. 05, 2005, p. 194-195. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2853/898>. Acesso em: 18 out. 2020.

Tal conclusão caminha paralelamente ao olhar instrumental do processo e nos permite melhor compreender a previsão legal.

Por encontrarmos correspondência nas hipóteses trazidas pelo CDC e pela LGPD, nos cumpre a análise mais detalhada. Ambas as leis permitem a inversão do ônus da prova se verificada qualquer das hipóteses de: i. verossimilhança da alegação; ii. hipossuficiência do consumidor ou titular de dados; iii. demasiado ônus na produção da prova.

Sobre a previsão consumerista, analisa Marinoni¹¹ as hipóteses legais afirmando, primeiro, que a *verossimilhança* requerida pela Lei não é a mesma da qual depende a antecipação de tutela. Isso porque não se funda apenas numa prova produzida, mas na relação material, que encaminha à compreensão de que o direito pertence ao consumidor. Segundo o autor, essa verossimilhança decorre da redução de exigências probatórias.

Andrade¹² afirma que a verossimilhança se refere à precisão do relato. Segundo o autor, somente será aplicável esta hipótese se existir indício de prova que possa demonstrar tal precisão, caso em que, a partir de prova indiciária que comprove um fato, se poderá deduzir a ocorrência de outro e constatar a verossimilhança da alegação para inverter o ônus probatório.

Sobre a *hipossuficiência*, Marinoni esclarece que esta deve ser entendida como a impossibilidade do consumidor de provar a alegação, situação que pode decorrer propriamente da relação entre as partes ou por se tratar de *prova demasiadamente onerosa*. Segundo o autor, neste último caso, não se busca simplesmente que o réu complete ou constitua uma prova, mas transferir a ele o ônus probatório original do autor¹³.

Para Andrade¹⁴, a hipossuficiência decorre de “uma situação de inferioridade ou desvantagem em geral do consumidor perante o fornecedor”, podendo ter razões de ordem econômica, social, cultural etc. Sua concepção mais ampla entende que a hipossuficiência independe das características do consumidor, decorrendo apenas da relação, entre ele e o fornecedor, em que se verifique sua desvantagem para demonstrar o direito alegado.

11 MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. **Revista Opinião Jurídica**, n. 05, 2005, p. 197. Disponível em:

<https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2853/898>. Acesso em: 18 out. 2020.

12 ANDRADE, André Gustavo C. de. A inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor – o momento em que se opera a inversão e outras questões. **Revista da EMERJ**, v. 5, n. 20, 2002, p. 144-145. Disponível em:

https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista20/revista20_141.pdf. Acesso em: 18 out. 2020.

13 MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. **Revista Opinião Jurídica**, n. 5, 2005, p. 198. Disponível em:

<https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2853/898>. Acesso em: 18 out. 2020.

14 ANDRADE, André Gustavo C. de. A inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor – o momento em que se opera a inversão e outras questões. **Revista da EMERJ**, v. 5, n. 20, 2002, p. 142. Disponível em:

https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista20/revista20_141.pdf. Acesso em: 18 out. 2020.

Segundo o autor¹⁵, a partir desta concepção, a hipossuficiência pode decorrer do desconhecimento do consumidor acerca da forma de realização do serviço. Em outras palavras, “O monopólio da informação por parte do fornecedor justifica a inversão da carga probatória”. É o desequilíbrio entre fornecedor e consumidor o que fundamenta a inversão do ônus probatório.

Estudado o instituto legal, no capítulo seguinte analisaremos o contexto socioeconômico atual, a fim de melhor compreender a aplicação da Lei. O estudo sobre a Sociedade da Informação nos demonstrará o constante e abismal desequilíbrio na relação entre titular de dados pessoais e agentes de tratamento.

2. SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E GIGANTES DE INFORMAÇÃO

Sociedade da Informação é o termo que designa o momento socioeconômico atual, em que a base econômica global é o capital imaterial. Em outras palavras, “À sociedade da informação corresponderia, assim, uma ‘economia do conhecimento’ ou ‘economia do saber’, que seria a sequência do ‘capitalismo industrial’”¹⁶.

Sobre essa transformação social, Mattelart explica que Sociedade da Informação não se confunde simplesmente com o conceito de sociedade pós-industrial. Este serviu a “vincular a ideia de uma sociedade pós-industrial do reencontro com a diversidade cultural ameaçada pela centralização e pela uniformização praticadas por um ‘sistema unitário mecânico’ [...]”¹⁷ e, num segundo momento, a salientar seu afastamento das sociedades de industrialização predecessoras¹⁸.

Esse novo arranjo global foi potencializado pelas tecnologias da informação¹⁹, que oportunizaram o tratamento massivo de dados e o rompimento das barreiras físicas e temporais antes impostas às relações sociais. As grandes empresas de tecnologia — também chamadas de *gigantes da informação* ou *gigantes de dados* — são os grandes atores deste momento.

Sobre elas, Harari adverte: “Nós não somos seus clientes – somos seu produto”²⁰. Através de inúmeros mecanismos desenvolvidos para capturar e prender nossa atenção, as

15 ANDRADE, André Gustavo C. de. A inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor – o momento em que se opera a inversão e outras questões. *Revista da EMERJ*, v. 5, n. 20, 2002, p. 142-143. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista20/revista20_141.pdf. Acesso em: 18 out. 2020.

16 LOVELUCK, Benjamin. *Redes, liberdades e controle*. Petrópolis: Vozes, 2018, p. 112.

17 MATTELART, Armand. *História da Sociedade da Informação*. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2006, p. 49.

18 MATTELART, Armand. *História da Sociedade da Informação*. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2006, p. 91.

19 CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. São Paulo: Paz&Terra, 2016, p.156.

20 HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o século 21*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p.107.

gigantes coletam dados pessoais e os utilizam como matéria prima para gerar mais informação, mais lucro. É um sistema extremamente eficaz e complexo:

Na Sociedade da Informação, os dados pessoais têm valor econômico elevado e ampliam a capacidade de convencimento de quem os detêm, melhorando o desempenho de ações de marketing para consumo ou mesmo influenciando escolhas dos indivíduos em sufrágios eleitorais, impactando a política e a democracia de forma determinante.

As informações a respeito dos indivíduos denotam perfis por meio de análises de probabilidade que, engendradas por algoritmos de inteligência artificial, fornecem conhecimento profundo a seu respeito, permitindo a emissores de publicidade, propaganda, desinformação etc. uma persuasão eficiente, que pode se valer de conteúdo sob medida para o perfil em que se enquadra(m) determinado(s) internauta(s).²¹

Entretanto, a maior parte da população desconhece essa realidade e de fato acredita que sejamos meros consumidores dessas empresas. Na verdade, até mesmo à comunidade acadêmica ainda não é totalmente claro o nível de poder que os dados concedem²² a quem os trata, pelo que é urgente aprimorar sua proteção.

2.1 A HIPOSSUFICIÊNCIA DO TITULAR DE DADOS PESSOAIS

Por definição legal (art. 5º, V, LGPD), o *titular* dos dados pessoais é a “*pessoa natural* a quem se referem os dados pessoais que são objeto do tratamento”, ao passo que o *tratamento* consiste em “toda operação realizada com dados pessoais [...]” (inc. X). A hipossuficiência do titular de dados pessoais é, sem dúvida, inata à própria concepção do Legislador — ou se estaria a criar o dever a toda pessoa natural de gerenciar, pormenorizadamente, quais dados seus são utilizados por quem, como, para quê, por quanto tempo, com que riscos etc.? Vejamos.

Como vimos, primeiro: o art. 42, §2º, da Lei estabelece que o juiz *poderá* inverter o ônus da prova se verificar a hipossuficiência do titular de dados. Trata-se, portanto, de faculdade do julgador, decorrente de análise subjetiva. Segundo: a hipossuficiência será verificada quando houver flagrante desequilíbrio entre as partes, se verificado o monopólio de informações por uma em detrimento da outra. Terceiro: as gigantes de informação possuem poder ininteligível decorrente do tratamento de dados pessoais, realidade ainda envolta de opacidade inclusive aos acadêmicos.

21 SAMPAIO, Vinícius. **Proteção de dados pessoais**: da privacidade ao interesse coletivo. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2020, p. 136.

22 HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o século 21**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 108.

Por decorrência das análises realizadas no presente artigo (e retomadas neste tópico), o titular de dados é hipossuficiente nas relações com os agentes de tratamento. Verificamos, claramente, i. flagrante desequilíbrio entre eles (seja econômico, social ou informacional); ii. monopólio informacional do agente de tratamento (por desconhecimento do homem médio acerca do atual contexto socioeconômico e das atividades das provedoras de aplicações); e iii. recorrente incapacidade do titular de dados de produzir prova.

Acerca deste último cabe destacar que, ressalvadas situações isoladas (até por se considerar o caráter geral da Lei), o titular de dados provavelmente não será capaz de produzir, sozinho, qualquer prova sobre os direitos que a LGPD lhe assegura. O atual contexto, em que a maior parte das atividades cotidianas é realizada por intermédio de aplicações, encaminha o titular ao total desconhecimento sobre o incontável número de agentes de tratamento que tratam seus dados, ou como o fazem. Aliás, o único documento que a Lei estabelece para oportunizar mínimo controle ao titular é emitido pelo próprio agente de tratamento (relatório de impacto).

A aproximação do regime legal de inversão do ônus probatório da LGPD àquele do CDC não é coincidência. O cerne da hipossuficiência de ambos os atores que essas normas pretendem proteger — consumidor e titular de dados pessoais — relaciona-se à *informação*, porque “a idéia de *assimetria de informação*, cunhada na doutrina econômica, acha-se à base da análise das relações de consumo, eis que o fornecedor, invariavelmente, detém muito mais informações do que o consumidor”²³.

Ocorre que a hipossuficiência informacional inerente à condição titular de dados pessoais parece superar amplamente aquela típica da qualidade de consumidor, porque o conhecimento sobre coleta e tratamento das próprias informações demanda esforço muito maior em relação ao que se verifica acerca de direitos em geral nas relações de consumo.

Podemos concluir, portanto, que a Sociedade da Informação implica, necessariamente, em que o titular de dados seja hipossuficiente em face do agente de tratamento. É a própria concepção deste arranjo o que assim determina, tornando a análise casuística e subjetiva — ora imbuída pela LGPD aos juízes — demasiadamente perigosa.

3. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NA LGPD: INADEQUAÇÃO NORMATIVA?

A perspectiva do processo enquanto instrumento nos encaminha ao entendimento de que o procedimento adotado deve ser adequado e eficiente para tutelar o direito material

²³ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, III). **Revista de Processo**, ano 32, v. 146, abr. 2007, p. 52.

lesado ou ameaçado. O art. 42 tem por finalidade garantir reparação ao titular de dados pessoais diante de eventual lesão aos seus direitos, de forma que a regra processual deve servir a igual fim.

Conforme vimos, em seu §2º, referido dispositivo prevê a possibilidade de inversão do ônus probatório, técnica processual vislumbrada pela doutrina como pertinente à “atividade instrutória de maior relevo e contato com o direito fundamental de acesso à Justiça”²⁴ — ressalte-se que não se pretende esmiuçar distinções entre carga dinâmica e inversão do ônus da prova neste estudo, tanto em razão das possíveis críticas²⁵ relacionadas a essa diferenciação, quanto pela necessária brevidade deste artigo.

Ônus da prova é instituto que “cria uma situação jurídica em que a pessoa a que se reconhece a faculdade de agir em benefício de um seu interesse, sem ser obrigada a agir, provavelmente o fará, para evitar prejuízo (certo ou meramente potencial) resultante da sua omissão”²⁶. Ainda que não consista em *obrigação* (por não ensejar sanção por descumprimento), trata-se obviamente de um *ônus*, encargo processual, “imperativo do próprio interesse”²⁷ que a parte suporta para obter o direito que almeja.

Podemos ir além. Se a prova tem a função de proporcionar ao Juízo o conhecimento sobre a verdade, por meio da verificação de verossimilhança e probabilidade, ela serve a subsidiar decisões justas, que resguardem a segurança jurídica. Nesse sentido, portanto, parecem inadequadas as abordagens que pretendem esquadriñar o ônus probatório como faculdade capaz de gerar prejuízo somente à parte incumbida de provar sua alegação, haja vista que seu descumprimento “não acarreta conseqüências desfavoráveis apenas para uma das partes, mas, em alguma medida, para o interesse público que está presente no processo”²⁸.

É importante notar que, para além das hipóteses previstas expressamente pelo CDC e pela LGPD, o CPC/2015 passou a adotar o ônus dinâmico da prova em situações excepcionais — o ônus estático, regra geral, está previsto no *caput* do art. 373, ao passo que

24 GAGNO, Luciano Picoli. O novo Código de Processo Civil e a inversão, ou distribuição dinâmica do ônus da prova. **Revista de Processo**, ano 40, v. 249, p. 117-139, nov. 2015, p. 118.

25 Nesse sentido, “a suposta limitação legislativa à técnica da inversão do ônus da prova inexistente, mesmo quando ainda não havia o §1º do art. 373 do CPC/2015, razão pela qual não havia que se falar em diferença de abrangência entre a técnica de inversão e de distribuição dinâmica”. Fonte: GAGNO, Luciano Picoli. O novo Código de Processo Civil e a inversão, ou distribuição dinâmica do ônus da prova. **Revista de Processo**, ano 40, v. 249, p. 117-139, nov. 2015, p. 119.

26 YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. **Revista de Processo**, ano 37, v. 205, p. 115-159, mar. 2012, p. 116.

27 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. vol. II. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 209.

28 YARSELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 149.

o respectivo §1º prevê o ônus dinâmico, complementado, no §2º, pela vedação à *probatio diabolica* reversa, situação em que a parte sobre qual passa a recair o ônus probatório também não tem condições de cumpri-lo²⁹.

Deve-se observar atentamente o fato de que as previsões do CDC e da LGPD imbuem seus destinatários de regime específico para a inversão do ônus probatório em razão de alterações típicas das relações sociais que elas visam a regular, notadamente pelo reconhecimento prévio do desequilíbrio entre os seus atores. Isso, naturalmente, não se confunde com o excepcional ônus dinâmico ora previsto no CPC, pelo que os alertas da doutrina feitos a esta situação geral não devem revolver o sistema específico da proteção de dados pessoais³⁰.

Embora os art. 42 a 45 da LGPD não prevejam responsabilidade civil objetiva, sua aproximação ao regime de culpa presumida (que admite a possibilidade de prova em sentido contrário) reforça a atenção à posição privilegiada dos agentes de tratamento de dados pessoais, a par da mencionada possibilidade, no que couber, de inversão do ônus probatório em favor do titular.

É inevitável recordar o processo histórico de objetivação da responsabilidade civil, por meio do qual se passou, a par da marcha da industrialização, da responsabilidade subjetiva em geral para a da culpa presumida e, então, à responsabilidade objetiva³¹. Embora haja quem milite a favor das tecnologias “a todo vapor”, como se a segurança jurídica dos titulares fosse um preço caro demais a pagar em detrimento dos “avanços tecnológicos”, não se pode perder de vista as ininterruptas alterações políticas e ideológicas por trás dessas práticas³².

29 “Ou seja, a ideia é que a prova possa ser produzida, de forma que não é o objetivo do legislador o de simplesmente alterar a parte que seria ‘vítimada’ pela decisão ‘contrária’ decorrente da impossibilidade de desincumbir-se do ônus.”
Fonte: PUOLI, José Carlos Baptista. O ônus da prova e sua distribuição dinâmica no novo Código de Processo Civil. In: CARMONA, Carlos Alberto et al. **O Novo Código de Processo Civil**: questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015, p. 231-251, p. 240.

30 “[...] na casuística dos Tribunais Brasileiros vinham sendo anotados precedentes de aplicação da teoria [do ônus probatório dinâmico], mas boa parte dos casos envolve demandas versando a respeito de relação de consumo (de serviços bancários, p. ex.) ou casos relativos a dano ambiental. Salvo melhor juízo, a invocação da distribuição dinâmica nestes casos parece ser meramente retórica, à vista das repercussões que, para o desfecho de processos com estes tipos de objeto, decorrem de expressas escolhas feitas pela lei material e influenciam o conjunto de eventos a serem provados posto que, com a previsão de responsabilidade objetiva, a demonstração (prova) de culpa passa a ser prescindível.”
Fonte: PUOLI, José Carlos Baptista. O ônus da prova e sua distribuição dinâmica no novo Código de Processo Civil. In: CARMONA, Carlos Alberto et al. **O Novo Código de Processo Civil**: questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015, p. 231-251, p. 242.

31 PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo. **Responsabilidade Civil**. 11 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016, capítulos II e XVIII.

32 SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. São Paulo: Record, 2012, p. 11.

Delineados esses necessários esclarecimentos, importa discutir sobre a forma pela qual o legislador pretende que se opere a inversão do ônus probatório em matéria de proteção de dados pessoais, a qual, conforme já demonstramos neste artigo, tem similitude com aquela da proteção ao consumidor.

Trata-se de regra excepcional à disposição do Juízo, destinada a aperfeiçoar o procedimento instrutório à sua discricionariedade. Essa *dinamização específica* encontra na subjetividade do julgador preocupante dificuldade prática: quando o titular de dados pessoais não será hipossuficiente? Qual a extensão da onerosidade de produção de provas a justificar redistribuição do ônus da prova? Diferentemente da previsão contida no art. 373, §1º, CPC, estamos a observar norma específica, a ser aplicada sobre questões em que a hipossuficiência da parte é previamente conhecida. Nesse sentido:

A possibilidade de inversão do ônus probatório em favor da vítima^[33], configurado no art. 42, §2 da LGPD, não representa favorecimento que resolveria o usual calvário probatório a que toda vítima (de dano provado) tem que se submeter. A regra presente na LGPD continua sendo a exigência da prova do descumprimento por parte do tratador dos dados e a exceção, mediante decisão fundamentada e após a instauração judicial da demanda, é apenas a sua inversão.³⁴

Há claramente, por essas razões, um obstáculo hermenêutico. O legislador não responsabilizou os agentes de tratamento objetivamente pelos fatos de suas atividades, chegando ao limite de lhes imputar responsabilidade subjetiva por culpa presumida, da qual podem se desincumbir nas hipóteses previstas no art. 43, LGPD:

Art. 43. Os agentes de tratamento só não serão responsabilizados quando provarem:
I - que não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído;
II - que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados; ou
III - que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro.

Por consectário lógico, chama atenção o inciso II, que exige, além de dano, a violação à Lei para que se responsabilize o agente. Portanto, embora seja ele quem aufera rendimentos com informações pessoais alheias, não é ele quem suporta, sozinho, o risco de sua atividade — bônus para poucos, ônus para todos. Isso, para os corolários do deslumbramento com o “progresso” tecnológico por si só, é o preço a pagar pelas “maravilhas” que a tecnologia pode trazer.

33 A autora estende a interpretação da norma para além dos titulares, incluindo nesse rol inclusive pessoas jurídicas que possam se sentir lesadas por determinado fato relacionado a tratamento de dados pessoais.

34 MORAES, Maria Celina Bodin de. LGPD: um novo regime de responsabilização civil dito proativo. *Civilistica.com*, v. 8, n. 3, p. 1-6, 15 dez. 2019, p. 3.

Entretanto, esse argumento, também presente na defesa dos interesses de quem detinha os meios de produção e transporte ao longo da objetivação histórica da responsabilidade civil, não subsiste diante de dois fatores: i. não é verdade que a responsabilidade objetiva — ou, em última instância, por ser esta a sua finalidade precípua, a facilitação da responsabilização diante da dificuldade de produção de provas — limita o avanço da tecnologia, o que se verifica historicamente; e ii. os interesses de quem trata dados pessoais — especialmente das *gigantes da informação* — não estão acima dos direitos dos titulares de dados pessoais³⁵.

Verifica-se que o legislador preferiu balizar a proteção dos direitos do titular por outra via, qual seja a de lhe impor o dever de *prestação de contas* (art. 6º, X, LGPD: “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”), sob pena de *sanções administrativas* que se podem considerar rigorosas, chegando a multas de 2% do faturamento global do agente por infração.

Embora se reconheça a tendência à adequação, mormente porque a responsabilidade solidária entre diferentes agentes de tratamento provavelmente os levará à exigência mútua da conformidade à legislação, o fato é que subsiste a responsabilidade subjetiva e, portanto, a necessidade de prova da culpa, violação da Lei etc. a ser realizada por quem pretenda obter judicialmente a tutela de seu direito, se se sentir lesado, ao que o juízo, à sua própria discricionariedade, poderá entender pela inversão do ônus probatório.

Remanesce um entrave à efetiva tutela da proteção de dados pessoais: como comportar a responsabilidade subjetiva (ainda que com possibilidades de culpa presumida) com os direitos dos titulares? A previsão de que o juiz “*poderá* inverter o ônus da prova”, a depender de determinados critérios, parece-nos insuficiente diante das características próprias das relações que envolvem referidos interesses. Mais prudente seria adotar a inversão do ônus da prova como regra, ou seja, estabelecer o ônus estático do agente de tratamento em face do titular.

Dizer que a responsabilidade objetiva ou a inversão constante do ônus da prova no sistema atual são elementos que poderiam inviabilizar atividades que envolvem tratamento de dados pessoais deve ser um estrondoso alerta. Isso é um reconhecimento muito claro de que essas atividades envolvem riscos graves e difíceis de controlar. Diante da concessão de

35 Nesse sentido, “[...] não se pode julgar decisivo o argumento do aumento dos custos para as empresas (e para a administração pública) ocasionado pelas normas de proteção de dados. As empresas já suportam custos por conta da tutela de interesses gerais, relacionados à segurança dos trabalhadores, tutela dos consumidores ou integridade do meio ambiente. Não se pode efetivamente estimar que os interesses ligados à proteção de dados sejam de ordem inferior”. Fonte: RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 53.

direito material, que deixou de imputar responsabilidade objetiva aos agentes de tratamento, a inversão do ônus probatório, mais do que razoável, parece ser quase condição *sine qua non* à utilidade do processo.

Entretanto, o legislador, imbuído de tamanha responsabilidade, optou por amenizar a responsabilização dos agentes de tratamento. Isso, por si só, já é uma enorme concessão em nome do dito “progresso tecnológico”, da “atratividade do mercado nacional”, entre outros jargões mais astrológicos que astronômicos. Excepcionar a inversão do ônus probatório, contudo, diante do contexto das relações envolvendo esses interesses, pode ser uma precipitação que simplesmente inviabilizará a obtenção da tutela justa aos titulares.

Conclusão

Neste artigo, nos propusemos a analisar a inversão do ônus probatório em favor do titular de dados pessoais, cuja previsão está contida no art. 42, §2º, da LGPD, tendo por escopo a reflexão acerca da instrumentalidade substantiva das demandas que envolvam os direitos resguardados por essa nova legislação, para o que adotamos a metodologia de pesquisa jurídico-sociológica, que considera o direito num espectro amplo.

Verificamos que os interesses resguardados pela Lei 13.709/2018 são influenciados pelo contexto socioeconômico da chamada Sociedade da Informação, em que os dados, notadamente aqueles que compreendem informações sobre pessoas naturais, têm valor elevado e inestimável, consistindo em um dos principais ativos das organizações hodiernamente, pelo que são irrefreavelmente coletados e tratados por diferentes agentes.

Nas relações que envolvem tratamento de dados pessoais, independentemente da hipótese legal que autoriza referida prática, verifica-se constantemente o elevado desequilíbrio entre o titular de dados pessoais e o agente de tratamento, especialmente em relação à disparidade de conhecimento sobre essas operações, sua técnica etc. Apesar disso, o legislador não adotou o sistema de responsabilidade civil objetiva para os agentes de tratamento, preferindo tentar equilibrar essas relações com obrigações imbuídas a estes, a par da possibilidade de inversão do ônus probatório em favor do titular.

Ocorre que, embora as obrigações coadunem o que se poderia esperar de cautela desses agentes, isso parece insuficiente a equilibrar suas relações com os titulares, especialmente em juízo. Isso porque, de um lado, o risco da atividade não é suportado exclusivamente pelo agente de tratamento, podendo ser compartilhado com o titular de dados pessoais, haja vista o regime de responsabilidade subjetiva com culpa presumida. De outro canto, a excepcionalidade prevista para a inversão do ônus probatório, apesar desse

regime, parece tender a torná-la inefetiva, insuficiente à finalidade da sua previsão expressa na Lei.

Ora, se se tem conhecimento prévio acerca do largo desequilíbrio entre agente de tratamento e titular de dados pessoais, parece incongruente sustentar a discricionariedade do juízo para que, no caso concreto, verifique a adequação de aplicar a técnica excepcional, prevista em parágrafo, de inversão do ônus da prova. Tende a ser inadequada uma previsão de excepcionalidade para uma situação constante.

Nesse sentido, o intérprete que se defronte com a LGPD em sede de conhecimento jurisdicional, obviamente, não poderá alterar a vontade do Legislador, qual seja, fortemente, a de fazer uma concessão, por escolha política, em favor dos agentes de tratamento: responsabilizá-los subjetivamente pelos riscos inerentes às suas atividades. Entretanto, ao analisar a possibilidade de inversão do ônus da prova, ainda que se trate de medida pretensamente excepcional, o sentido incutido na norma indubitavelmente almeja equilibrar as partes e garantir uma instrução processual a contento, que atenda à moralidade do processo.

Portanto, decerto poderá haver onerosidade excessiva ao titular (ou substituto processual, em caso de tutela coletiva, por exemplo) para a produção de provas, mas, por outro lado, as manifestações jurisdicionais que considerem as situações fáticas *sub judice* em sua real extensão poderão recorrer mais livre e constantemente à técnica da inversão do ônus probatório, a fim de garantir uma instrução justa e efetiva e, ao mesmo tempo, nivelar as partes e os respectivos interesses debatidos.

Referências

ANDRADE, André Gustavo C. de. A inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor – o momento em que se opera a inversão e outras questões. **Revista da EMERJ**, v. 5, n. 20, 2002, p. 142. Disponível em: - https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista20/revista20_141.pdf. Acesso em: 18 out. 2020.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**: influência do direito material sobre o processo. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 18 out. 2020.

BRASIL, **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 18 out. 2020.

BRASIL, **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 18 out. 2020.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. São Paulo: Paz & Terra, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. vol. II. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GAGNO, Luciano Picoli. O novo Código de Processo Civil e a inversão, ou distribuição dinâmica do ônus da prova. **Revista de Processo**, ano 40, v. 249, p. 117-139, nov. 2015.

HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o século 21**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

LOVELUCK, Benjamin. **Redes, liberdades e controle**. Petrópolis: Vozes, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. **Revista Opinião Jurídica**, n. 5, 2005, p. 188-201. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniojuridica/article/view/2853/898>. Acesso em: 18 out. 2020.

MORAES, Maria Celina Bodin de. LGPD: um novo regime de responsabilização civil dito proativo. **Civilistica.com**, v. 8, n. 3, p. 1-6, 15 dez. 2019. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/448>. Acesso em: 20 out. 2020.

OLIVEIRA, Bruno Silveira de. Os princípios constitucionais, a instrumentalidade do processo e a técnica processual. **Revista de Processo**, v. 146, p. 321-331, abr. 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo. **Responsabilidade Civil**. 11 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016, capítulos II e XVIII.

PUOLI, José Carlos Baptista. O ônus da prova e sua distribuição dinâmica no novo Código de Processo Civil. In: CARMONA, Carlos Alberto et al. **O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 231-251.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SAMPAIO, Vinícius. **Proteção de dados pessoais**: da privacidade ao interesse coletivo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. São Paulo: Record, 2012

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, III). **Revista de Processo**, ano 32, v. 146, abr. 2007.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. **Revista de Processo**, ano 37, v. 205, p. 115-159, mar. 2012.

AMICUS CURIAE- AMIGO DA CORTE, SUA INTERVENÇÃO NO PROCESSO, E SEU IMPACTO PROCESSUAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Ana Clara Schunck Lopes¹

Resumo: O novo e atual Código de Processo Civil, disciplinou na sua parte geral, no Título III, Capítulo V, art. 138, o instituto do *Amicus Curiae*, uma inovação no Processo Civil brasileiro, que anteriormente a Lei 13.105 de 16 de março de 2015 não possuía regulamentação adequada. A Constituição Federal de 1988, funda um paradigma do Estado Democrático de Direito por mecanismos que a tornam efetivamente democrática, e com esse ideal, e em consonância com a Magna Carta, o Código de Processo Civil de 2015 reconhece que a atividade jurisdicional necessita levar em consideração interesses dispersos na sociedade civil e no próprio Estado, razão pela qual passa a prever expressamente a intervenção do *Amicus Curiae*. O ingresso do *Amicus Curiae* se justifica quando há desconhecimento pelo julgador da matéria em exame, servindo para elucidar assuntos inusitados, inéditos, complexos ou controversos, ampliando a discussão antes da decisão dos juízes. Assim, o presente artigo tem por finalidade analisar essa modalidade de intervenção e o impacto processual que promove, partindo da premissa de que essa modalidade de intervenção é um legitimador democrático. O desenvolvimento do tema seguirá a forma descritiva e bibliográfica.

Palavras-Chave: *Amicus Curiae*. Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105 de 16 de março de 2015). Estado Democrático de Direito. Interesses.

AMICUS CURIAE - THE COURT'S FRIEND, HIS INTERVENTION IN THE CASE, AND ITS PROCEDURAL IMPACT ON THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE.

Abstract: The new and current Code of Civil Procedure, in its general part, in Title III, Chapter V, art. 138, the institute of *Amicus Curiae*, an innovation in Brazilian Civil Procedure, which previously Law 13.105 of March 16, 2015 did not have adequate regulation. The Federal Constitution of 1988 establishes a paradigm of the Democratic State of Law by mechanisms that make it effectively democratic, and with this ideal, and in line

¹ Aluna do 6º semestre da Graduação em Direito no Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas- FMU.

with the Magna Carta, the Code of Civil Procedure of 2015 recognizes that judicial activity needs to take into consideration dispersed interests in civil society and in the State itself, which is why it now expressly provides for the intervention of *Amicus Curiae*. The admission of *Amicus Curiae* is justified when there is ignorance by the judge of the matter under examination, serving to elucidate unusual, unpublished, complex or controversial issues, expanding the discussion before the judges' decision. Thus, the purpose of this article is to analyze this modality of intervention and the procedural impact it promotes, based on the premise that this modality of intervention is a democratic legitimizer. The development of the theme will follow the descriptive and bibliographic form.

Keywords: *Amicus Curiae*. Code of Civil Procedure 2015 (Brazilian Law 13.105 of March 16, 2015). Democratic State of Law. Interests.

Introdução

Após longos períodos ditatoriais na história político-social brasileira, a Constituição Federal de 1988 adotou um novo paradigma: o Estado Democrático de Direito, consolidando no corpo social o interesse pela efetiva participação popular no Poder Judiciário.

Imbuído pela ideia de democratização, e desejando sintonia com a Magna Carta, o Código de Processo Civil se afasta da ideia puramente individualista e excludente e se aproxima da concepção democrática e das bases coletivas instituídas pela Constituição Federal de 1988, reconhecendo que a atividade jurisdicional necessita levar em consideração interesses dispersos na sociedade civil e no próprio Estado, compondo as decisões judiciais em caráter democrático.

Advém, então, com o objetivo de dar voz à coletividade, o instituto do *Amicus Curiae*, compreendido como o terceiro que intervém no processo por iniciativa própria, por provocação de uma das partes, ou, até mesmo, por determinação do magistrado, procurando fornecer elementos que permitam o proferimento de uma decisão que inclua os diversos interesses distribuídos pelo corpo social, interesses que, de alguma forma, serão afetados pelo que vier a ser decidido no processo em que se dá a intervenção.²

A prévia oitiva do *Amicus Curiae* tem o objetivo de valoração dos fatos e das normas jurídicas a serem aplicadas, legitimando e democratizando as decisões judiciais.

A importância do *Amicus Curiae* como um instrumento que intercede o diálogo entre o Poder Judiciário e a sociedade, em vários países, como a Inglaterra, que é o seu país de origem, e os Estados Unidos, país em que se tem maior referência de sua atuação, o Brasil

2 BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil: volume único**. 4^o ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. 274 p.

foi aos poucos incorporando este instituto em seu ordenamento jurídico, por meio de leis esparsas, até alcançar a sua regulamentação no processo civil com o art. 138 do Código de Processo Civil de 2015.³

Diante disso, o presente artigo tratará sobre o instituto do *Amicus Curiae*, estruturado em três capítulos, sendo eles: Constituição e Processo Civil; *Amicus Curiae*; *Amicus Curiae* no Código de Processo Civil.

1. Constituição Federal e Processo Civil

A constitucionalização do Estado Social consubstanciou-se na importante intenção de converter em direito positivo várias aspirações sociais, elevadas à categoria de princípios constitucionais protegidos pelas garantias do Estado de Direito. O Estado Constitucional configura-se, portanto, como uma das grandes conquistas da humanidade, que, para ser um verdadeiro Estado de qualidades no constitucionalismo moderno, deve ser um Estado Democrático de Direito.⁴ Dessa forma, o Estado Constitucional é constituído por um Estado de Direito e um Estado Democrático, o Estado Constitucional, portanto, é mais do que o Estado de Direito, é também o Estado Democrático, introduzido no constitucionalismo.

A Declaração de Direitos é uma síntese do Estado Democrático, um resumo da ciência política autêntica e a razão de ser do próprio Estado. Assim, os direitos fundamentais, incorporaram a Constituição Federal de 1988, a fim de garantir a proteção aos direitos dos homens. Como doutrina Monnier: “*Uma Constituição só é legítima quando se baseia sobre os direitos do homem*”.⁵

O Estado de Direito, na verdade o Direito em si, corresponde à exigência essencial e indeclinável de uma convivência ordenada, pois nenhuma sociedade poderia subsistir sem um mínimo de ordem, de direção e solidariedade.

Como destaca Miguel Reale sobre um antigo brocardo jurídico: *ubi societas, ibi jus*, que significa “onde está a sociedade, está o Direito”. A recíproca também é verdadeira: *ubi jus, ibi societas*, não se podendo conceber qualquer atividade social desprovida de forma e garantia jurídicas, nem qualquer regra jurídica que não se refira à sociedade.⁶

³ MARCHETTI, Livia Estevão; DIAS, Bruno Smolarek; MARCHETTI FILHO, Gilberto Ferreira. O instituto do *Amicus Curiae* no Código de Processo Civil: Um instrumento de legitimação social das decisões judiciais no processo civil. 1^o. ed. Campo Grande: Contemplar, 2020. 11 p.

⁴ MALUF, Sahid, 1914-1975. Teoria geral do Estado. 25 ed. atual. / pelo Prof. Miguel Alfredo Malufe Neto. São Paulo: Saraiva, 1999. 213 p.

⁵ *Ibidem*, 213 p.

⁶ REALE, Miguel, 1910-2006. **Lições preliminares de direito**. 21 ed. rev. aum. São Paulo: Saraiva, 1994. 23 p.

Tendo em vista que a sociedade se encontra em uma evolução constante, e que a realidade em que vivemos é dinâmica e complexa, não mais se pode ser congruente com a concepção normativista de que o sistema jurídico é completo e autossuficiente no qual nada falta para o seu aperfeiçoamento. Nas palavras de Miguel Reale:

O culturalismo, integra-se no historicismo contemporâneo e aplica, no estudo do Estado e do Direito, os princípios fundamentais da axiologia, ou seja, da teoria dos valores em função dos *graus da evolução social* (grifo nosso). A realidade estatal, como o Direito, é uma síntese, ou integração do “ser” e do “deve ser”; é fato e é norma, pois é FATO integrado na NORMA exigida pelo VALOR a realizar. O Estado é uma realidade cultural constituída historicamente em virtude da própria natureza social do homem, que encontra integração no ordenamento jurídico, compreendendo o verdadeiro valor da lei e da função de governo. Os três elementos se conjugam e se completam na integração da realidade estatal, e nenhum deles, isoladamente, é bastante em si para explicá-la.⁷

O próprio Dante Alighieri, no século XIII, já se referia ao Direito através da expressão: “*Jus est realis ac personalis hominis ad hominem proportio, quae servata servat societatem; corrupt, corrumpit*”, pois o Direito é uma proporção real e pessoal, de homem para homem. É que para Dante, o Direito tutela as coisas somente em razão dos homens.⁸

Por esse caminho, o Código de Processo Civil de 2015, sob a óptica do Estado Democrático de Direito, se inspirou no modelo proposto pela Constituição, no dever de promover a adequada tutela dos direitos.

Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior:

A propósito do ideário do processo justo, prevalece na consciência da civilização de nosso tempo a concepção de que um Código Moderno, republicano e democrático, há de observar um “modelo social de processo”, que esteja atento às exigências da instrumentalidade, da efetividade e da presteza na promoção da tutela do direitos subjetivos em crise (...) Para o processo justo, aquele exigido pelo Estado Democrático de Direito, o mais importante é que o processo seja construído e manejado “para possibilitar a descoberta verdadeira dos fatos.”⁹

O Processo Civil Humanista, enquanto modelo interpretativo, guarda a incumbência de refletir a plataforma jurídica capaz de possibilitar a aplicação das normas processuais de maneira democrática, instrumental e efetiva¹⁰, como é proposto pelo modelo

7 REALE, Miguel, 1910- **Lições preliminares de direito**. 21. ed., rev. aum. São Paulo: Saraiva, 1994. 64 p.

8 Ibidem, 61 p.

9 THEODORO JÚNIOR, Humberto, 1938. **Curso de direito processual civil v.1**. 59 ed. rev, atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 26 p.

10 VIDIGAL, Erick. O novo CPC e a dignidade da pessoa humana: primeiros passos rumo à construção de uma doutrina humanista de direito processual civil. IN: FREIRE, Alexandre. et. al. (orgs.). *Novas tendências do processo civil*. Salvador: JusPodivm, 2013. 614-615 p.

da Constituição Federal de 1988, e que a sua essência se traduz em um Estado Constitucional de Direito Democrático.

Ele mantém estreitas relações com o direito constitucional, não apenas derivadas da hegemonia que cabe a esse ramo sobre todos os demais, mas principalmente porque, cuidando o processo de uma função soberana do Estado, será na Constituição que estarão localizados os atributos e limites dessa mesma função.¹¹

Além disso, a Constituição traça regras sobre os direitos individuais que falam de perto ao direito processual, como a do tratamento igualitário das partes do processo (art.5º, I); a que assegura a todos o direito de submeter toda e qualquer lesão de direitos à apreciação do Poder Judiciário (art.5º, XXXV); a que proclama intangibilidade da coisa julgada (art.5º, XXXVI); as que proíbem a prisão por dívidas (art.5º, LXVII), os juízos de exceção (art.5º, XXXVII) e as provas ilícitas (art.5º, LVI); as que garantem o devido processo legal (art.5º, LIV); o contraditório e ampla defesa (art.5º, LV), o juiz natural (art.5º, LIII), a razoável duração do processo e os meios para assegurar a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII).¹²

O que impôs uma nova visão do processo civil, com uma leitura constitucional do processo, como o próprio Código de Processo Civil dita logo em seu primeiro artigo: “O Processo Civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”¹³

Sabidamente, se referiu a aplicação dos princípios constitucionais ao código de processo civil, o professor João Miguel Garcia Medina em sua obra, quando escreveu: “O órgão jurisdicional passa atuar com o desiderato de proteger direitos fundamentais, não apenas através do processo, mas, também, no processo”¹⁴

O *Amicus Curiae*, no processo civil, tem por objetivo concretizar o bem maior que há na Constituição Federal, a democracia, é o elemento de democratização do processo civil, caracterizando-o como um agente social, legitimador das decisões judiciais, uma vez que permite a terceiros participar nos processos que possuem matéria relevante, tema complexo ou repercussão social.

11 THEODORO JÚNIOR, Humberto, 1938, 2018 op. cit. 5 p.

12 THEODORO JÚNIOR, Humberto, 1938. **Curso de direito processual civil v.1.** 59 ed. rev, atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 6 p

13 BRASIL, **Lei 13.105 de 16 de Março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm#:~:text=Art.%201%C2%BA%20O%20processo%20civil,se%20as%20disposi%C3%A7%C3%B5es%20deste%20C%C3%B3digo. Acesso em 07 agosto de 2020.

14 MEDINA, João Miguel Garcia. **Direito Processual Civil moderno.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 74 p.

Finalizado o capítulo sobre a Constituição Federal e o Processo Civil, adiante trataremos sobre o *Amicus Curiae*.

2. Amicus Curiae

2.1 Conceito e natureza jurídica

A expressão *Amicus* tem origem latina, que significa “amigo”. Já o vocábulo *Curiae*, também latina, pode ser entendido de várias formas, bem como “templo onde se reunia a cúria para celebrar o culto”, como “sala onde se reunia o Senado, assembleia do Senado, senado”, ou como “sala das sessões”.¹⁵

Por *Amicus Curiae*, temos, então, o significado literal de “amigo da Corte”, “amigo do Tribunal”. É também denominado *friend of court*, no direito norte-americano, e *Freund des Gerichts*, no direito alemão. Seu plural é indicado como *amici curiae*.¹⁶

Deste modo, o *Amicus Curiae*, ou melhor, o amigo da Corte, tem definição muito afim com o papel desempenhado pelo instituto, eis que ingressa no processo para fornecer informações e esclarecimentos ao magistrado sobre um tema imprescindível para a solução do litígio entre as partes.

Assim, a doutrina nacional conceitua o instituto como:

Humberto Theodoro Júnior define:

(...) um auxiliar do juízo em causas de relevância social, repercussão geral ou cujo objeto seja bastante específico, de modo que o magistrado necessite de apoio técnico. Não é ele propriamente parte no processo- pelo menos no sentido técnico de sujeito da lide objeto do processo-, mas, em razão de seu interesse jurídico (institucional) na solução do feito, ou por possuir conhecimento especial que contribuirá para o julgamento, é convocado a manifestar-se, ou se dispõe a atuar, como colaborador do juízo. Assim, sua participação é, em verdade, meramente opinativa a respeito da matéria objeto da demanda. *Sua intervenção, de tal sorte, justifica-se como forma de aprimoramento da tutela jurisdicional.*¹⁷ (grifo nosso)

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery definem:

15 BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: Um terceiro Enigmático*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 46 p.

16 CABRAL, Antonio do Passo. **Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares- O amicus e o vertreter des offentlichen interesses**. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 29, n°. 117. Set/out. pp. 09-41, 2004.

17 THEODORO JÚNIOR, Humberto, 1938. **Curso de direito processual civil v.1**. 59 ed. rev, atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.412 p

Amicus Curiae. Expressão latina que, vernáculo, significa amigo da corte, e dá nome ao instituto do direito interno anglo-americano que *tem por função atribuir a uma personalidade ou a um órgão, que não seja parte no processo judicial, a faculdade de nele intervir para manifestar-se dando informações e opiniões destinadas a esclarecer o juízo ou o tribunal a respeito de questões de fato e de direito discutidas no processo, tudo em prol da boa administração da justiça.*¹⁸ (grifo nosso)

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero definem:

O *amicus curiae*- literalmente, o amigo da cúria, amigo da corte- é um terceiro que pode participar do processo a fim de oferecer razões para a sua justa solução ou mesmo para formação de um precedente. O que o move é o interesse institucional: o interesse no adequado debate em juízo de determinada questão nele debatida. Esse, aliás, o parâmetro adequado para aferição da legitimidade da participação do *amicus curiae* no processo: é inclusive a partir desse critério que o requisito da representatividade adequada do *amicus curiae* deve ser dimensionado.¹⁹

Finalmente, a conceituação apresentada por Cássio Scarpinella Bueno:

(...) um especial terceiro interessado que, por iniciativa própria (intervenção espontânea) ou por determinação judicial (intervenção provocada), intervém em processo pendente com vistas a enriquecer o debate judicial sobre as mais diversas questões jurídicas, portanto, para o ambiente judiciário, valores dispersos na sociedade civil e no próprio Estado, que, de uma forma mais ou menos intensa, serão afetados pelo que vier a ser decidido, legitimando e pluralizando, com sua iniciativa, as decisões tomadas pelo Poder Judiciário.²⁰

Conclui-se, através dos conceitos apresentados, que o *Amicus Curiae* é um terceiro (ou seja, não é parte) que, de forma espontânea ou provocada, intervém em um processo para colaborar na elucidação das questões discutidas, enriquecendo e legitimando o debate judicial, pois permite que diferentes vozes da sociedade, que serão afetadas pela decisão, sejam ouvidas pelo Poder Judiciário. Desse modo, ele é movido por um interesse institucional na causa, respaldado pela representatividade do grupo que defende e pelo conhecimento especial da matéria em julgamento.

No que tange à natureza jurídica do *Amicus Curiae*, a maioria da doutrina nacional declara se tratar de uma modalidade interventiva atípica, sobre isso, Antonio do Passo Cabral afirma:

18 NERY JUNIOR, Nelson; NERY Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 1ª ed. São Paulo: RT, 2015. 625 p.

19 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2017. 52 p.

20 BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: Um terceiro Enigmático**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 606 p.

Entendemos que, diante do conceito de terceiro e da etimologia da palavra intervenção, deve ser considerada a manifestação do *amicus curiae* como intervenção de terceiros. Mas as semelhanças terminam por aí. Esta modalidade de intervenção guarda características próprias que a diferencia das formas clássicas de ingresso de sujeitos estranhos ao processo prevista no Código de Processo Civil (LGL 1973/5) e que ganham similiares em inúmeros ordenamentos estrangeiros. O amigo da Corte é um terceiro *sui generis* (ou terceiro especial, de natureza excepcional) e sua intervenção pode ser classificada como atípica.²¹

Verificados o conceito e a natureza jurídica do *Amicus Curiae*, agora será analisado sua origem e evolução histórica.

2.2 Origem e evolução histórica do instituto

Sua origem não é exata, há quem afirme que este instituto teve suas bases remotas no direito romano, e há quem diga que o mesmo, na verdade, é oriundo do direito penal inglês medieval.

No direito romano, o *Amicus Curiae* derivou-se do *consilliarivus* romano, o órgão consultivo sobre matéria jurídica, política, financeira, que complementava o conhecimento do juiz romano, e atuando com o intuito de evitar erros de julgamento.²²

No direito penal inglês, surgiu de uma forma mais sistemática, nas causas que não envolviam interesse governamental, o *Amicus Curiae*, que aparecia no processo na qualidade de advogado ou procurador-geral, na forma de um conselheiro, com a função de sistematizar e atualizar precedentes e leis desconhecidos para o juiz.²³

Reconhecia às partes o direito de litigar longe da participação ou interferência de terceiros, o que, embora paradoxal, incentiva o surgimento e desenvolvimento do *Amicus Curiae*, a partir da perspectiva que ele é um estranho à lide, mas que nela pode intervir com condições efetivas de auxiliar o órgão julgador na solução de demandas que transcendem ao seu conhecimento.²⁴

Mas foi nos Estados Unidos, desde a sua primeira aparição em 1812, no caso “*The Schooner Exchange vc McFadden*” onde se admitiu a intervenção do *attorney general* americano para que opinasse sobre a matéria em julgamento, que o *Amicus Curiae* tomou forma e maior impressão, assim, em 1938, a Corte Americana regulou a sua atuação exigindo prévio

21 CABRAL, Antonio do Passo. **Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similiares- O *amicus* e o *vertreter des offentlichen interesses*.** Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 29, n°. 117. Set/out. pp. 09-41, 2004.

22 BUENO, Cássio Scarpinella., 2012, op. cit. 112 p.

23 BUENO, Cássio Scarpinella. ***Amicus Curiae* no Processo Civil Brasileiro: Um terceiro Enigmático.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 114 p.

24 Ibidem, 115 p.

consentimento das partes para o ingresso do *Amicus Curiae* no processo, porém isso nunca impediu que o pedido fosse realizado diretamente à Corte, além de que tal consentimento era dispensado no caso do *amici* governamentais.²⁵

Agora analisaremos o *Amicus Curiae* no direito brasileiro.

2.3 O *Amicus Curiae* no direito brasileiro

No Brasil, a Lei n° 6.385, de 07 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários, foi a primeira legislação que permitiu a atuação de um terceiro como *Amicus Curiae*, no entanto não faz nenhuma referência expressa ao instituto.

O único ato normativo que previa explicitamente o instituto com essa denominação era o art. 23 § 1º, do Regimento Interno da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, aprovado pela Resolução n°. 390, de 17 de setembro de 2004.²⁶ Contudo essa legislação foi revogada pela Resolução n°. 22, de 04 de setembro de 2008²⁷, do Conselho da Justiça Federal, razão pela qual, atualmente, o Código de Processo Civil de 2015 é o único diploma legal que faz menção expressa ao *Amicus Curiae*.

O art. 31 da Lei 6.385/1976, incluído pela Lei 6.616/1978, regulamentou a primeira possibilidade de um terceiro atuar como *Amicus Curiae* em processos de competência da Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

Posteriormente, a Lei 8.197/1991, em seu art. 2º, admitiu a intervenção da União como *Amicus Curiae* nas causas que figuram como autoras ou rés as autarquias, as fundações as sociedades de economia mista e as empresas públicas federais. Esta Lei, depois de alterada por medida provisória, foi revogada pela Lei 9.469/1997, cujo art. 5º, CAPUT,

25 Ibidem, 116 p.

26 Art. 23. As partes poderão apresentar memoriais e fazer sustentação oral por dez minutos, prorrogáveis por até mais dez, a critério do presidente. § 1º O mesmo se permite a eventuais interessados, a entidades de classe, associações, organizações não-governamentais, etc., na função de “amicus curiae”, cabendo ao presidente decidir sobre o tempo de sustentação oral. § 2º Antes de iniciado o julgamento, ou depois, os juízes, por intermédio do presidente, poderão convocar, caso se encontrem presentes, os advogados, os peritos e as partes para prestarem à Turma esclarecimentos sobre matéria de fato relevante. BRASIL, **Regimento Interno da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais**. Disponível em:

<http://jef.trf5.jus.br/resolucoes/PDFsNormas/resolucoes/CJF/N%BA%20390%20-%202004.pdf>. Acesso em 09 de set. 2020.

27 Revogado pela Resolução n. 345, de 02/06/2015. Regimento Interno alterado pela Resolução n. 311, de 14/10/2014; Resolução n. 163, de 09/11/2011. Alterada pela Resolução n° 62 de 25/06/2009. Revoga a Resolução n° 390 de 17/09/2004. Revoga a Resolução n° 560 de 26/06/2007. Revoga a Resolução n° 586 de 27/11/2007. BRASIL, **Resolução n°22 de 04 de setembro de 2008, do Conselho da Justiça Federal**. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/jspui/handle/1234/3835>. Acesso em 09 de set. 2020.

dispõe, de forma semelhante, ser possível a intervenção a União nos processos em que seja parte algum ente da Administração indireta.²⁸

Outra hipótese de intervenção de *Amicus Curiae*, era aquela prevista no art. 85 da Lei 8.884/1994, que transformava o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia, dispunha sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dava outras providências.²⁹ O que foi revogado pela Lei 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), mas que instituiu em seu art. 118, texto praticamente idêntico, mantendo certas disposições.

A Lei 9.279/1996, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, estabelece em seus arts. 57, 118, 175, que o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), quando não for autor, deverá obrigatoriamente intervir nos processos em que se pleiteia a nulidade de patente, de registro de desenho industrial ou de registro de marca.

A Lei 9.784/1999, que regula o procedimento administrativo no âmbito da Administração Federal, traz outra hipótese de atuação do *Amicus Curiae*. A Lei 9.868/1999, dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade (ADI), da ação direta de constitucionalidade (ADC) perante o Supremo Tribunal Federal, prevê a possibilidade de atuação do *Amicus Curiae*, sem adotar, contudo, esta nomenclatura para a figura interventiva.

Por sua vez, a Lei 9.882/1999, que trata do processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) não prevê expressamente a possibilidade de intervenção do *Amicus Curiae* em seu procedimento, não existindo regra similar à do art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/1999. Entretanto, tal atuação pode ser compreendida a partir da “abertura procedimental”, consagrada no texto legal, que permite ao relator colher informações que reputar importantes para o julgamento por meio de designação de peritos para emissão de parecer sobre a questão, art. 6º, § 1º; da oitiva, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria, art. 6º, § 2º; entre outros.³⁰

A atuação do *Amicus Curiae* no Supremo Tribunal Federal, tem sido extremamente relevante, especialmente no julgamento de temas polêmicos, como as pesquisas com células-

28 CABRAL, Antonio do Passo. *Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares- O amicus e o vertreter des offentlichen interesses*. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 29, n.º. 117. Set/out. pp. 09-41, 2004.

29 FILHO, Hélio Donisete Cavallaro. *Amicus Curiae no Novo Código de Processo Civil*. São Paulo, JH Mizuno, 2020. 67 p.

30 BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: Um terceiro Enigmático*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 190-191 p.

tronco ADI 3510³¹, aborto de anencéfalos ADPF 54³², união homoafetiva ADPF 132³³ e ADI 4277³⁴, entre outros, o que minimiza o problema de legitimidade democrática da Suprema Corte.

Ainda há, a Lei 10.259/2001, que cria os Juizados Especiais Federais, admite a atuação do *Amicus Curiae* nos incidentes de uniformização de interpretação de lei federal, em função de divergência existentes entre decisões de Turmas Recursais. A Lei 11.417/2006, em seu art. 3º § 2º, admite a participação do *Amicus Curiae* nos procedimentos de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante, em que o relator, por decisão irrecorrível, poderá admitir, conforme os termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, a manifestação de terceiros na questão.³⁵

Por fim, a antiga Lei 11.418/2006, que promoveu grande reforma no antigo Código de Processo Civil (1973), já previa a intervenção do *Amicus Curiae*, em seu art. 543-A, na repercussão geral no recurso extraordinário.

Analisado o instituo no direito brasileiro, anteriormente à vigência do Novo Código de Processo Civil, será estudado o *Amicus Curiae* como ideia de um novo paradigma processual.

2.4 O Amicus Curiae como instrumento de um novo paradigma processual

O Novo Código de Processo Civil, possui bases e ideais concretos referentes a dignidade da pessoa humana, e a constitucionalização, logo a democratização do processo como um todo. O *Amicus Curiae* então, foi introduzido, a fim de ser um dos principais instrumentos para a consecução deste novo paradigma, a partir do momento que torna possível a oitiva da opinião de interessados na questão, constrói um processo aberto e dialógico, possibilitando que a decisão do juiz se torne mais democrática, quando outros expõe em juízo seus valores e sua interpretação da norma jurídica. Nesse sentido, afirma Cássio Scarpinella Bueno:

(...) justifica-se por uma necessária interação entre o órgão competente para aplicar a norma jurídica e os valores reinantes na sociedade civil e no próprio estado- até

31 Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510> Acesso: 09 set. 2020

32 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiarnoticiastf/anexo/adpf54.pdf> Acesso: 09 set 2020

33 Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627227/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-132-rj-stf> Acesso 09 set 2020.

34 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635> Acesso 09 set 2020.

35 CARVALHO JUNIOR, Aroldo Velozo de. **Amicus Curiae: instrumento de democratização do Poder Judiciário: por uma sistematização**. 91 p. Monografia- Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2010. 24 p.

mesmo pela complexidade, até mesmo técnica, que, cada vez mais, tem caracterizado o objeto do regramento jurídico(...) Assim, não há como se negar uma crescente importância ou, quando menos, maior dificuldade, no papel hermenêutico, do aplicador da norma jurídica. Também desse prisma de análise, o *Amicus Curiae* tem o condão de desempenhar adequadamente sua função instrumental.³⁶

Os pareceres, opiniões, visões que são apresentados ao magistrado, não o vinculam, apenas levam-no a refletir, mostrando novas faces de uma mesma questão. Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, em decisão proferida monocraticamente, nos autos da ADI 2548/PR, quando admitiu a intervenção da Federação de Indústrias do Estado do Paraná (FIEP) como *Amicus Curiae*:

(...) Peter Haberle defende a necessidade de que os instrumentos de informação dos juízes constitucionais sejam ampliados, especialmente no que se refere às audiências públicas e às “intervensões de eventuais interessados” assegurando-se novas formas de participação das potências públicas pluralistas, enquanto intérpretes em sentido amplo da constituição (...) Ao ter acesso a essa pluralidade de visões, este Supremo Tribunal Federal passa a contar com os benefícios decorrentes dos subsídios técnicos, implicações político-jurídicas e de elementos de repercussão econômica que possam vir a ser apresentados pelo “amigo da corte”. *Essa inovação institucional, além de contribuir para a qualidade da prestação jurisdicional, garante novas possibilidades de legitimação dos julgamentos do Tribunal no âmbito de sua tarefa precípua de guarda da constituição. É certo, também, ao cumprir as funções da corte constitucional, o Tribunal não pode deixar de exercer a sua competência, especialmente no que se refere à defesa, dos direitos fundamentais em face de uma decisão legislativa, sob a alegação de que não dispõe dos mecanismos probatórios adequados para examinar a matéria. Entendo, portanto, que a admissão do Amicus Curiae confere ao processo colorido diferenciado, emprestando-lhe caráter pluralista e aberto, fundamental para o reconhecimento de direito e a realização de garantias constitucionais em um Estado Democrático de Direito.* Assim, em face do artigo 7º § 2º da Lei 9.868/99, defiro o pedido da federação de indústrias do Estado do Paraná- FIEP, para que possa intervir no feito, na condição de *Amicus Curiae*. (grifo nosso)³⁷

Desse modo, como foi demonstrado na citação do Ministro Gilmar Mendes, que defende o *Amicus Curiae* como contribuidor da prestação jurisdicional, e garantidor da legitimação dos julgamentos, admitindo ter caráter probatório para cooperação da questão em exame.

Cássio Scarpinella Bueno ainda aponta, o fato da cooperação se moldar pelo diálogo, no sentido de troca de informações, de municiar o magistrado com todas as

36 BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: Um terceiro Enigmático*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 109 p.

37 BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 2548/PR. Decisão monocrática proferida pelo Relator Ministro Gilmar Mendes. 18/10/2005, Dj 24/10/2005.

informações possíveis e necessárias para melhor decidir, com isso fazendo-o realizar, em concreto, os valores dispersos pelo próprio Estado e pela sociedade.³⁸

A nova legislação processual civil busca condições para que o juiz possa decidir de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa, convertendo-se o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado, sendo a manifestação do *Amicus Curiae* apta a proporcionar ao magistrado condições de proferir decisão mais próxima às reais necessidades das partes e à realidade do país.³⁹

Por fim, no próximo capítulo será analisado em detalhes a figura do *Amicus Curiae* no Novo Código de Processo Civil Brasileiro.

3. *Amicus Curiae* no Código de Processo Civil de 2015

3.1 *Amicus Curiae* e as demais modalidades de Intervenção de Terceiros

Como explicita Cássio Scarpinella Bueno, o fenômeno processual chamado intervenção de terceiro, ocorre quando há o ingresso de alguém em processo alheio que esteja pendente, poderá decorrer de razões diversificadas, e os poderes que serão atribuídos a esses terceiros variarão conforme o tipo de intervenção que for deferida.⁴⁰

Às razões pelas quais um terceiro intervém em determinado processo, Cássio Scarpinella Bueno aduz:

São multifacetadas. Elas se relacionam com os efeitos das decisões judiciais, que afetam indistintamente as partes e os terceiros e, tendo presente o próprio CPC de 2015, até mesmo a possibilidade de atingimento do terceiro pela coisa julgada material, ainda que para seu benefício (art. 506). É justamente a intensidade desses efeitos que justifica a intervenção de terceiros nas mais variadas formas. Quanto mais intenso o grau de influência da decisão sobre a relação material da qual faz parte o terceiro, maior a importância da sua participação (tornando-se, consoante o caso, até mesmo parte) e, conseqüentemente, também maior o plexo de atividades que poderá desenvolver ao longo do processo. A recíproca é verdadeira: quando se tratar de atingimento meramente reflexo ou indireto dos efeitos das decisões judiciais (e, nessa hipótese, nem sequer é cogitável o problema da coisa julgada), mais tênue é a possibilidade de intervenção e também mais modestas as possibilidades de atuação do terceiro interveniente. Assim, é pertinente entender que a intervenção de terceiros pressupõe conflito ou confronto de relações jurídicas entre aqueles que são partes e aqueles que, como terceiros, poderão ou deverão

38 BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: Um terceiro Enigmático*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 87 p.

39 BRASIL, *Exposição dos Motivos do Anteprojeto de Código de Processo Civil*. Brasília, Senado Federal, 2010. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496296>. Acesso em: 12 set 2020.

40 BUENO, Cássio Scarpinella., 2012. op. cit. 368 p.

intervir. A depender das especificidades de cada situação, analisada sempre na perspectiva do direito material, variam as modalidades interventivas.⁴¹

O Código de Processo Civil reúne cinco institutos sob o rótulo “intervenção de terceiros”: assistência (arts. 119 a 124 CPC), denunciação da lide (arts. 125 a 129 CPC), chamamento ao processo (arts. 130 a 132 CPC), incidente de desconsideração da personalidade jurídica (arts. 133 a 138) e *Amicus Curiae* (art. 138 CPC).

Elpídio Donizetti sintetiza tais modalidades da seguinte forma:

Dá-se a intervenção de terceiro, nas modalidades assistência, denunciação e chamamento, quando uma pessoa (física ou jurídica), ingressa como parte ou coadjuvante (assistente) da parte em processo pendente. Na intervenção relacionada ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica, o terceiro será sócio ou a pessoa jurídica, que integrará o polo passivo da lide. Já na intervenção do *Amicus Curiae*, a assistência que se dá a parte leva em consideração a sua integração ao núcleo da sociedade o qual o *Amicus Curiae* representa, por exemplo: manifestação de associações civis em defesa dos direitos humanos ADIn n° 3.510, que objetivava declarar a inconstitucionalidade do artigo 5° da Lei 11.105/2005- Lei de Biossegurança. Nesse topo de intervenção, o *Amicus Curiae* atua não como parte no processo, mas como interessado na causa.⁴²

Clara se faz a distinção entre as outras modalidades e o *Amicus Curiae*, uma vez que este é altruísta. Primeiro, porque o *Amicus Curiae* não atua em prol de um interesse seu, próprio. Segundo, pois o interesse que move o *Amicus* é institucional, sem destinatário individualizado, pouco importando qual parte sairá vitoriosa da demanda. Logo se sua atuação eventualmente beneficia uma das partes, isso é consequência de sua intervenção, e não sua causa.⁴³

Desse modo, o *Amicus Curiae* busca o proferimento de uma decisão judicial que leve em conta certos elementos e valores dispersos pela sociedade, não apresentando um interesse “jurídico” depende de específica relação jurídica.⁴⁴ Ainda vale dizer que o *Amicus Curiae*, de forma diversa dos outros intervenientes, pode livremente rediscutir em outros processos a matérias que motivou sua intervenção, não se sujeitando à preclusão da coisa julgada (art. 123 CPC). E finalmente, pode-se apontar o fato de que o *Amicus Curiae* é o único terceiro cuja intervenção pode ser provocada pelo órgão julgador, pois, ainda quando a intervenção é forçada, é a parte quem provoca a inserção do terceiro no processo.

41 BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil: volume único**. 4° ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. 177-178 p.

42 DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 19° ed. São Paulo: Atlas, 2016. 332 p.

43 BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: Um terceiro Enigmático**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 409-410 p.

44 Ibidem, 410 p.

3.2 Análise do artigo 138 do Código de Processo Civil

Na ideia de que houve inúmeras mudanças na sociedade com o decorrer do tempo, e que isso repercutiu diretamente no Estado Democrático de Direito, em que percebeu-se a necessidade de maior participação social nos debates do Poder Judiciário para a concretização das garantias e direitos fundamentais, o Código de Processo Civil, foi então inteiramente reestruturado para manter sintonia fina com a Constituição Federal.

Nesse âmbito em que apareceu a necessidade de proporcionar maior constitucionalização ao processo civil, o legislador disciplinou expressamente o instituto do *Amicus Curiae* no art.138, *in verbis*:⁴⁵

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação. § 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º. § 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*. § 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Notadamente o *Amicus Curiae* é um instituto que permite que terceiros alheios à determinada lide intervenham na esfera processual quando discutidos temas complexos, de relevante interesse social ou com repercussão na sociedade, com o intuito de ampliar o debate sobre determinada matéria, contribuindo com novos elementos ainda não informados pelas partes e que não sejam de conhecimento do juiz.⁴⁶

O *Amicus Curiae* pode ser pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada. Cassio Scarpinella Bueno comenta:

...A regra bastante vasta e adequada para ampliar a possibilidade de atuação de terceiros sob aquelas vestes e que merece ser interpretada levando em conta as conquistas da doutrina e da jurisprudência sobre o mesmo tema no âmbito do “direito processual coletivo”. A regra, ao admitir a pessoa física para atuar na qualidade de *Amicus Curiae*, merece aplausos. É providência que encontra eco em diversas “audiências públicas” que o Supremo Tribunal Federal vem realizando em

45 BRASIL Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/13105.htm Acesso em: 15 de set de 2020.

46 MARCHETTI, Livia Estevão; DIAS, Bruno Smolarek; MARCHETTI FILHO, Gilberto Ferreira. **O instituto do *Amicus Curiae* no Código de Processo Civil: Um instrumento de legitimação social das decisões judiciais no processo civil.** 1º. ed. Campo Grande: Contemplar, 2020. 75-76 p.

sede de controle concentrado de constitucionalidade e que, rigorosamente, devem ser entendidas como *Amicus Curiae*.⁴⁷

O *Amicus Curiae* possui um interesse institucional, agora será elucidado o que seria tal interesse. Segundo Cássio Scarpinella Bueno, interesse institucional seria “aquele interesse que ultrapassa a esfera jurídica de um indivíduo e que, por isso mesmo, é um interesse metaindividual, típico de uma sociedade pluralista e democrática, que é titularizado por grupos ou por segmentos sociais mais ou menos bem definidos”.⁴⁸

Em linhas gerais, em contínuo pensamento do autor citado acima, o *Amicus Curiae* “não atua, assim, em prol de um indivíduo ou uma pessoa... ele atua em prol de um interesse, que pode, até mesmo, não ser titularizado por ninguém, embora seja compartilhado difusa ou coletivamente por um grupo de pessoas e que tende a ser afetado pelo que vier a ser decidido no processo.”⁴⁹

E este interesse permite a intervenção do *Amicus Curiae* em um processo “para que a decisão a ser proferida leve em consideração as informações disponíveis sobre os impactos do que será decidido perante aqueles grupos, que estão fora do processo e que, pela intervenção aqui discutida, conseguem dele participar.”⁵⁰

Segundo o Código de Processo Civil, a participação do *Amicus Curiae* passou a ser admitida em qualquer grau de jurisdição e nos mais diversos tipos de procedimentos. Não fixou, porém, nenhum limite temporal para a atuação do instituto na demanda. É concluído, então, que a sua atuação no processo depende da sua aptidão para contribuir, ou seja, não será mais necessário se em certo momento já não houver mais relevância ou contribuição a oferecer.⁵¹

A intervenção do terceiro poderá se dar de ofício (a requerimento do juiz, ou seja, provocada), a requerimento das partes (ou seja, provocada), ou por vontade do próprio interveniente (ou seja, espontânea). A decisão que defere a sua intervenção deve ser sempre motivada, conforme o princípio processualista do livre convencimento motivado.

47 BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: Um terceiro Enigmático*. 3^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 611 p

48 Ibidem, 607 p.

49 Ibidem, 607 p.

50 Ibidem, 607 p.

51 MARCHETTI, Livia Estevão; DIAS, Bruno Smolarek; MARCHETTI FILHO, Gilberto Ferreira. *O instituto do Amicus Curiae no Código de Processo Civil: Um instrumento de legitimação social das decisões judiciais no processo civil*. 1^o. ed. Campo Grande: Contemplar, 2020. 77 p.

Após sua admissão, ele será intimado para se manifestar no prazo de 15 dias, sendo que esta intimação é obrigatória (art. 138, CAPUT, CPC). O juiz definirá os poderes de atuação, e o objeto de contribuição do *Amicus Curiae*, segundo previsão do § 2º do art. 138.

O *Amicus Curiae* não poderá formular pedido, contudo poderá fazer sustentações orais, apresentar memoriais, propor requisição de informações adicionais, requerer a designação de peritos ou a convocação de audiências públicas. O mesmo parágrafo ainda veda a possibilidade de interposição de recurso pelo *Amicus Curiae*, com exceção da possibilidade de opor embargos de declaração e em recurso da decisão que julgar o incidente de demandas repetitivas, conforme o § 3º do mesmo art.

Sua função é estampada e tornará o processo democrático, permitindo que um terceiro possa intervir no processo quando perceber sua relevância social, sendo o portador das vozes da sociedade.⁵²

3.3 O *Amicus Curiae* como instrumento de legitimação social das decisões judiciais no Processo Civil

A introdução do *Amicus Curiae* no Código de Processo Civil, é uma clara evidência da abertura do sistema jurídico brasileiro, já que possibilita a participação de diversos segmentos da sociedade no Poder Judiciário, demonstrando a preocupação do Estado com as atuais sociedades.

O *Amicus Curiae* é o meio mais democrático que a sociedade possui para participar do processo, auxiliando o juiz com informações úteis, relevantes e ligadas ao objeto processual, as quais ajudarão o magistrado a proferir uma decisão com mais qualidade, mais democrática e legítima na sociedade, eis que precedida de amplo debate processual. Nas palavras de Cássio Scarpinella Bueno:

O *Amicus Curiae*, assim, permite um diálogo constante e indispensável, entre a sociedade civil, o Estado e o Poder Judiciário. O juiz tem que ouvir a sociedade civil e os outros setores do Estado para bem decidir a norma jurídica hoje produzida, inclusive por causa de sua predisposição a fixar precedentes. Talvez ele precise ouvir a sociedade civil e variadas parcelas do Estado até para ter não só maior conhecimento (no sentido técnico da palavra), mas também conforto (no sentido comum do termo) para decidir.⁵³

52 MARCHETTI, Livia Estevão; DIAS, Bruno Smolarek; MARCHETTI FILHO, Gilberto Ferreira. **O instituto do *Amicus Curiae* no Código de Processo Civil: Um instrumento de legitimação social das decisões judiciais no processo civil.** 1º. ed. Campo Grande: Contemplar, 2020. 78 p.

53 BUENO, Cássio Scarpinella. ***Amicus Curiae* no Processo Civil Brasileiro: Um terceiro Enigmático.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 129 p

É de se ter em mente, que o magistrado é o conhecedor das leis, mas não o conhecedor de todos os assuntos. Ademais, o Poder Judiciário é composto por juízes sem qualquer características de representatividade democrática, no entanto, são estes que vão decidir os processos envolvendo fatos reais da vida dos cidadãos e que poderão atingir à população em geral, ou determinados grupos sociais, por isso é importante a intervenção do *Amicus Curiae*.

Percebe-se, que o *Amicus Curiae* atuando como agente legitimador das decisões judiciais e como instrumento em prol da democratização do Poder Judiciário desempenha um importante papel na construção de um direito integrativo, como o intuito de atingir o Estado Democrático de Direito e o bem-estar social, não apenas em função de uma elite, mas que atenda a toda sociedade, nas suas mais variadas complexidades. Afinal, o Estado existe para atender a toda e qualquer pessoa, enquanto indivíduo e como ser social, e não o inverso.⁵⁴

Conclusão

A partir do que foi exposto nos últimos três capítulos, pudemos compreender, mais claramente o instituto do *Amicus Curiae*.

Observa-se, que perante a complexidade da sociedade, é necessário ouvi-la, e que o fato do nosso Estado de Direito ser democrático, traz fatores que possam contribuir com sua efetividade.

Logo, a adequada percepção do *Amicus Curiae* e sua compreensão mais ampla no direito processual civil brasileiro só tem a contribuir com qualidade das decisões judiciais e sua aproximação com a sociedade civil organizada e com o próprio Estado, no exercício de suas variadas funções.

Desta forma, o sistema jurídico brasileiro, que antes era caracterizado por uma sociedade fechada de intérpretes das normas jurídicas, passou gradativamente para uma sociedade aberta, na qual a participação popular é vista, não apenas como um auxílio aos juízes, mas também é tida como necessária, eis que o povo, como destinatário direto das leis, deve participar de seu processo interpretativo.

O *Amicus Curiae* então, participa do litígio como objetivo de auxiliar o magistrado com informações úteis, técnicas e alheias ao conhecimento dos juízes sobre o objeto da

54 MARCHETTI, Livia Estevão; DIAS, Bruno Smolarek; MARCHETTI FILHO, Gilberto Ferreira. **O instituto do *Amicus Curiae* no Código de Processo Civil: Um instrumento de legitimação social das decisões judiciais no processo civil**. 1^o. ed. Campo Grande: Contemplar, 2020. 155 p.

demanda, mas também possui a importante função de dar voz à sociedade, às suas aspirações e aos seus direitos, caracterizando-se como um fator de empoderamento da comunidade, a qual pode, por meio, deste instituto, intervir nos processos que possuem matéria relevante, tema complexo ou repercussão social.

Referências bibliográficas

BRASIL, **Lei 13.105 de 16 de Março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm#:~:text=Art.%201%C2%BA%20O%20processo%20civil,se%20as%20disposi%C3%A7%C3%B5es%20deste%20C%C3%B3digo. Acesso em 07 agosto de 2020.

BRASIL. **Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código de Processo Civil**. 23 p. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/anteprojeto-cpc-parte1.pdf> Acesso em: 25 ago. 2020.

BRASIL, **Regimento Interno da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais**. Disponível em: <http://jef.trf5.jus.br/resolucoes/PDFsNormas/resolucoes/CJF/N%BA%20390%20-%202004.pdf> . Acesso em 09 de set. 2020.

BRASIL, **Resolução nº22 de 04 de setembro de 2008, do Conselho da Justiça Federal**. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/jspui/handle/1234/3835> . Acesso em 09 de set. 2020.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal, ADI 2548/PR**. Decisão monocrática proferida pelo Relator Ministro Gilmar Mendes. 18/10/2005, Dj 24/10/2005. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil: volume único**. 4^o ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: Um terceiro Enigmático**. 3^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CABRAL, Antonio do Passo. **Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares- O amicus e o vertreter des offentlichen interesses**. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 29, nº. 117. Set/out. pp. 2004.

CARVALHO JUNIOR, Aroldo Velozo de. **Amicus Curiae: instrumento de democratização do Poder Judiciário: por uma sistematização**. 91 p. Monografia- Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2010.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 19^o ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FILHO, Hélio Donisete Cavallaro. **Amicus Curiae no Novo Código de Processo Civil**. São Paulo, JH Mizuno, 2020.

MALUF, Sahid, 1914-1975. **Teoria geral do Estado**. 25 ed. atual. / pelo Prof. Miguel Alfredo Malufe Neto. São Paulo: Saraiva, 1999.

MARCHETTI, Livia Estevão; DIAS, Bruno Smolarek; MARCHETTI FILHO, Gilberto Ferreira. **O instituto do Amicus Curiae no Código de Processo Civil: Um instrumento de legitimação social das decisões judiciais no processo civil**. 1^o ed. Campo Grande: Contemplar, 2020.

MEDINA, João Miguel Garcia. **Direito Processual Civil moderno**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 1^a ed. São Paulo: RT, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. 3^a ed. São Paulo: RT, 2017.

REALE, Miguel, 1910-2006. **Lições preliminares de direito**. 21 ed. rev. aum. São Paulo: Saraiva, 1994.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, 1938. **Curso de direito processual civil v.1**. 59 ed. rev, atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VIDIGAL, Erick. **O novo CPC e a dignidade da pessoa humana: primeiros passos rumo à construção de uma doutrina humanista de direito processual civil**. IN: FREIRE, Alexandre. et. al. (orgs.). **Novas tendências do processo civil**. Salvador: JusPodivm, 2013.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO E O ARTIGO 489 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Pedro Monfort Oliveira Batista¹

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo analisar a importância da decisão fundamentada como garantia do Estado Democrático de Direito. No exercício da jurisdição, o magistrado, buscando a solução aos conflitos, as promove por meio de decisões, que expressam a ordem jurídica nacional. A previsão legal do dever de fundamentação é extraída do artigo 93, IX, da Constituição Federal. O Código de Processo Civil de 2015 trouxe ao seu diploma, no artigo 489, o mencionado dever incumbido ao juízo, implicando sua observância na fundamentação das decisões. Não basta ao juiz o livre convencimento para fundamentação, sendo necessária a observância da racionalidade e devido controle, para que as decisões tenham legitimação. Assim, a pesquisa possibilita a reflexão sobre o controle das decisões judiciais existentes.

PALAVRAS-CHAVE: Fundamentação das decisões judiciais; Dever de observância das consequências práticas das decisões; Estado Democrático de Direito.

CONSIDERATIONS ABOUT THE DUTY TO JUSTIFICATE AND THE ARTICLE 489 OF THE CIVIL PROCEDURE LAW

ABSTRACT: This study aims to analyze the importance of a reasoned decision as a guarantee of the Democratic Rule of Law. In the exercise of jurisdiction, the magistrate, seeking the solution to conflicts, promotes them by means of decisions, which express the national legal order. The legal provision for the duty to state reasons is taken from Article 93, IX, of the Federal Constitution. The Code of Civil Procedure of 2015 brought to its diploma, in article 489, the aforementioned duty incumbent on the court, implying its observance in the reasoning of the decisions. It is not enough for the judge to have free conviction for justification, and it is necessary to observe rationality and due control, so that decisions have legitimacy. Thus, the research allows reflection on the control of existing judicial decisions.

KEYWORDS: Justification of judicial decisions; Duty to observe the practical consequences of decisions; Democratic State of Law.

¹ Graduando no curso de direito nas Faculdades Metropolitanas Unidas. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4445435287249892>.

Introdução

A principal função da fundamentação das decisões judiciais é a garantia de inoportunidade de arbitrariedade do Poder Judiciário. O Estado, por força do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional², é o único legitimado a reparar e proteger os direitos dos cidadãos, exercendo este poder através das decisões. A fundamentação que leva o magistrado a formar sua convicção deve ser clara, sob pena de violação aos princípios constitucionais do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF) e do contraditório (art. 5º, LV, CF).

O controle dos pronunciamentos judiciais com conteúdo decisório é realizado na análise da fundamentação das decisões, sendo este, a conferência da garantia ao Estado Democrático de Direito, implicando, a decisão sem fundamentação, na nulidade do ato processual.

Com a Constituição de 1988, o dever de motivação foi expresso no artigo 93, IX, externando a preocupação em garantir que as decisões, judiciais e administrativas, a devida fundamentação. No Código de Processo Penal, este dever está presente no artigo 381, na CLT, encontra-se pelo artigo 832, e no âmbito civil, se faz presente desde o revogado Código de Processo Civil de 1973, que estabelecia pelos artigos 131, 165 e 458, II, estendendo-se ao atual diploma processual, pelos artigos 11, 131, e 489, a obrigatoriedade de todas as decisões judiciais serem adequadamente fundamentadas.

A promulgação da lei 13.105, de 16 de março de 2015, que nasce o Novo Código de Processo Civil, evidencia, com clareza, a importância de assegurar a devida fundamentação das decisões.

Sendo assim, cabe questionar se seriam eficazes os meios de controle de fundamentação das decisões judiciais.

Para tanto, o artigo busca refletir sobre os efeitos dos mecanismos adotados para confiabilidade das decisões, e então apurar a eficácia ou ineficácia deste controle realizado sobre as decisões judiciais. Com objetivo de atingir o resultado desejado, formar-se-á uma estrutura teórica dos elementos objeto de análise, sendo estes, preliminarmente, a fundamentação no Código de Processo Civil, o artigo 489, deste diploma processual, além das consequências decorrentes das decisões não fundamentadas.

2 DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do processo**. 32. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 81.

1. A FUNDAMENTAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Reflexo dos ideais do Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal, no artigo 93, IX, dispôs que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões (...)”, refletindo a preocupação do legislador constituinte em preservar a sociedade da arbitrariedade decorrente do abuso de direito daqueles que exercem o poder. Cumpre informar que antes da carta de 88, não havia disciplinado no texto constitucional a obrigatoriedade de fundamentação, ficando a cargo das leis infraconstitucionais, a inserção em seus textos a respeito de tal necessidade.

No Código de Processo Civil de 1973, por exemplo, no artigo 131, era relatada a liberdade do juiz em apreciar a prova, com ressalva da obrigação de indicar na sentença os motivos que formaram seu convencimento. No art. 165, atribuía-se a necessidade de observância dos requisitos essenciais das sentenças, impondo, ainda, a fundamentação das demais decisões além das sentenças, ainda que de modo conciso. Dispondo sobre os critérios a serem observados para as sentenças, o artigo 458, II, trazia o requisito de incumbência ao juiz de analisar as questões de fato e de direito para formação de sua fundamentação.

Apesar da previsão constitucional, na Lei do Juizado Especial Cível e Criminal (Lei n.º 9.099 de 26 de setembro de 1995), a disposição foi diversa. O artigo 46, expressa que as turmas recursais ao julgarem recursos inominados, e mantiverem a sentença, não necessitam detalhar no acórdão as razões que formaram o convencimento para manutenção da sentença, sendo necessário apenas a indicação dos termos da decisão.

Com a promulgação do vigente Código de Processo Civil, importantes inovações podem ser encontradas. O artigo 11, assemelha-se ao encontrado no dispositivo constitucional, e o art. 489, pouco altera o anterior. A inovação se deu por meio do artigo 489, §1º, ao trazer as hipóteses onde não se consideram fundamentadas as decisões e acórdãos, consolidando a importância da fundamentação das decisões judiciais.

Esclarece Alexandre Câmara, a respeito de fundamentação: “A fundamentação da decisão judicial é o elemento consistente na indicação dos motivos que justificam, juridicamente, a conclusão a que se tenha chegado. Este é um ponto essencial: *fundamentar é justificar*”³. Pode-se dizer que se trata de uma espécie de prestação de contas que a pessoa investida no cargo de juiz presta aos jurisdicionados no exercício de sua função de agente político do Estado.

Esclarece, Tereza Wambier, sobre motivação:

3 CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 281.

Quando se estuda a motivação da decisão, na verdade, o que se estuda é o que aparece na decisão, que seria um espécie de ‘fachada’, mas mesmo assim, é interessante estudar este fenômeno, que representa, pelo menos o que é compreendido como satisfatório para figurar como fundamento da decisão, em face das exigências do dado sistema⁴.

Flávio Cheim Jorge e Vinícius de Souza SantAnna, ressaltam a importância da fundamentação das decisões: “Além de conferir legitimidade às decisões judiciais, a fundamentação também permite que elas sejam passíveis de controle (endoprocessual e extraprocessual), o que é indispensável em um Estado de Direito”⁵.

No controle endoprocessual, os próprios litigantes exercem o papel de fiscalização das decisões, interpondo recursos contra as decisões deficientes de fundamentação, visando a correção de equívocos do julgador ao analisar o caso. O CPC/15, insurge no tema ao prever, por via de embargos de declaração (art. 1.022, CPC), a correção da decisão eivada vícios de obscuridade, contradição, omissão e erro material. Explicita-se, dessa forma, a necessidade de as decisões observarem os requisitos da clareza, coerência, completude e concretude.

Já o controle extraprocessual, é realizado por meio da opinião pública, considerando que o magistrado, membro do Poder Judiciário, diferente dos que atuam perante o Poder Executivo e Legislativo, não possui legitimação decorrente do voto popular. A legitimidade de suas ações é conferida posteriormente aos seus atos. Indispensável, portanto, uma fundamentação verdadeira, suficiente para justificar a decisão, detalhadamente, que ela é constitucionalmente legítima⁶.

Afirmações vagas, que não detalhem o caminho percorrido pelo juiz até a formação do convencimento, não são fundamentações. Entende-se por decisão fundamentada aquela que não se restringe a mera repetição do dispositivo legal ou jurisprudência, devendo, o magistrado, quando prolatar a decisão, detalhar o caminho percorrido até a formação do convencimento da matéria decidida.

4 WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 874.

5 JORGE, Flávio Cheim; SANTANNA, Vinícius de Souza. Fundamentação das decisões judiciais: razões, interações com outras garantias, requisitos mínimos e controle. **Revista de Processo**. vol. 302/2020. p. 89 – 110. Thomson Reuters: Abril, 2020. p. 90.

6 CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 282.

2. O ARTIGO 489 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Conforme exposto, o dever de fundamentação é originário da Constituição Federal (art. 93, IX), e impõe aos julgadores a obrigatoriedade de assim agir com os seus atos decisórios. Com o artigo 489, o dever de fundamentação fica explícito ao processo civil, abraçando esse dever as sentenças, acórdãos e decisões interlocutórias. O objetivo deste dispositivo, de acordo com grande parte da doutrina, é criar um roteiro a ser seguido pelo juiz, e assim evitar decisões absurdamente desfundamentadas, tal como os advogados possuem o delineamento traçado pelo artigo 319, também do CPC, que indica os requisitos mínimos de validade da petição inicial.

A análise da matéria demonstra que o Código de Processo Civil de 2015 passou a se preocupar que a fundamentação do juiz sempre faça menção ao caso analisado. Não cabe a mera referência geral, devendo o julgador demonstrar sentido a fundamentação e se ela se adequa à prática, enfrentando todos os argumentos trazidos pelas partes. Elpídio Donizetti, ao expor as razões da criação deste dispositivo, destaca:

Essas disposições foram inseridas pelo legislador como forma de obstar a prolação de sentenças demasiadamente concisas, que muitas vezes ignoram os argumentos apresentados pelas partes e até mesmo o entendimento jurisprudencial predominante sobre a questão em litígio⁷.

O *caput* do artigo, e os três incisos que o seguem, mantem o texto empregado no código anterior:

“Art. 489. São elementos essenciais da sentença: i) o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; ii) os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; iii) o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem”.

A inovação surge com a apresentação do §1º, que aborda em seis incisos, rol exemplificativo de hipóteses que caracterizam a ausência de fundamentação das decisões. Tereza Wambier, sobre o §1º, retrata a indispensabilidade da inclusão deste parágrafo: “O §1º com certeza é inovação digna de nota, pois diz que a garantia da fundamentação das decisões judiciais, de índole constitucional, não se tem por satisfeita, se a fundamentação

7 DONIZETTI, Elpídio. *Curso de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 538.

não atender a certos parâmetros de qualidade. Ou seja, não é qualquer fundamentação que satisfaz”⁸.

O inciso I, se refere às decisões que se limitam à mera indicação, reprodução ou paráfrase do ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida. O juiz, ao proferir suas decisões, não pode ficar restrito a apontar o texto legal que entende ser adequado a resolução do processo, sem expressar o motivo da escolha. É preciso conectar o dispositivo legal aplicado ao caso prático, fazendo correlação entre ambos.

No inciso II, trata do emprego de conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso. Em nova oportunidade incide o dever de correlacionar o decidido com os fatos pertinentes do caso. Determinar conceitos jurídicos indiscriminadamente nas decisões, acaba por trazer subjetividade excessiva ao processo. Tem por objetivo afastar do juiz o poder de quais argumentos apreciar, evitando decisões genéricas, sem correspondência efetiva com aquilo que consta nos autos do processo, o que encerra o cometimento de arbitrariedade⁹.

O inciso III, por sua vez, cuida da decisão que invoca motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão. Não se admite decisões judiciais plastificadas, genéricas e superficiais. O caso concreto deve ser enfrentado pelo juízo de acordo com suas peculiaridades, contendo a decisão a resolução específica à demanda.

O inciso IV, refere-se a decisão que não enfrenta todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador. Como medida de proteção ao devido processo legal (art. 5º, LIV, CF) e ao contraditório (art. 5º, LV, CF), princípios constitucionais que regem o ordenamento jurídico brasileiro, o juiz deve enfrentar todos os argumentos trazidos pelas partes, como forma de preservação dos seus direitos. Em síntese, deve o magistrado demonstrar que de fato abordou a argumentação das partes para formação de sua cognição. A decisão que enfrenta apenas os argumentos da parte vencedora deixa de proporcionar o direito de resposta da parte sucumbente, carecendo, portanto, de fundamentação. Ao desacolher os argumentos da parte derrotada, o magistrado deve demonstrar os motivos que o fizeram optar pela argumentação da parte vencedora.

Os incisos V e VI, abordam as decisões que se limitam a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes que às adequem ao caso em julgamento, e as decisões que deixam de seguir enunciado de súmula,

8 WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 873.

9 JORGE, Flávio Cheim; SANTANNA, Vinícius de Souza. Op. Cit. Abril, 2020. p. 93.

jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. Comumente se encontra nas decisões judiciais, ao analisar os precedentes, a mera transcrição da ementa ou conteúdo do julgado, sem que se faça a devida correlação com o caso em apreço¹⁰. Não é suficiente que o julgador simplesmente indique o precedente, ou o enunciado da súmula pertinente, sem que seja demonstrada a razão do cabimento. A observância da adequação dos precedentes ao caso concreto mostra-se fundamental também para a uniformização, estabilização e coerência da jurisprudência dos tribunais (art. 926, CPC). Aponta, Didier Jr.:

É preciso entender que, assim como o juiz precisa interpretar o texto legal para verificar se os fatos concretos se conformam com a sua hipótese normativa, cumpre-lhe também interpretar o precedente para verificar a adequação da situação concreta à sua *ratio decidendi*. Ao método de contraposição entre o caso concreto e o caso que ensejou o precedente dá-se o nome de distinção, *distinguishing* (ou *distinguish*), que deve ser realizado expressamente na fundamentação¹¹.

No tocante ao inciso VI, utiliza-se de continuação dos preceitos anteriores. Da mesma maneira que deve o juiz detalhar a fundamentação que o leve a acolher o precedente ou súmula ao caso em debate, estende-se tal incumbência para quando deixar de aplicar o enunciado de súmula, jurisprudência ou precedência invocada pela parte.

Completa-se o artigo pelos §2º, que determina os critérios a serem observados pelo juiz no caso de colisão entre normas, e no §3º, que institui a incumbência do magistrado de interpretar os elementos das decisões judiciais de acordo com o princípio da boa-fé.

Expor de forma expressa, no texto legal, as hipóteses de não fundamentação das decisões, colabora, e muito, com o cumprimento do dever de motivação. A ausência de referência da origem da convicção do juiz ao fundamentar as decisões, implica na descrença da atividade jurisdicional.

3. O DEVER DE OBSERVAR AS CONSEQUÊNCIAS DA DECISÃO NÃO FUNDAMENTADA

Importante reflexo da ausência de fundamentação das decisões judiciais, são as consequências que podem ser impostas aos jurisdicionados. O artigo 20 do Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB), acrescentado pela lei n.º 13.655, de 25 de abril de 2018, expressa que “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos

10 DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória**. 15. ed. Salvador: Jus Podivm, 2020. p. 439.

11 DIDIER JR., Fredie. *Op. Cit.* Salvador: Jus Podivm, 2020. p. 440.

abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. Grande relevância tem para a fundamentação o parágrafo único, do artigo 20, da LINDB: “Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”.

Acertadamente, indispensável é a observância do julgador da consequência prática que a decisão proferida pode alcançar. Fredie Didier Jr., chega a entender o art. 20, da LINDB, como complemento do artigo 489, do CPC, sendo mais uma situação em que a fundamentação deficiente deve ser observada¹².

O magistrado deve considerar as consequências que a decisão pode causar aos jurisdicionados, além de expor o caminho percorrido até a formação de sua cognição do caso, e assim demonstrar os motivos que lhe levaram a escolher, dentro das soluções possíveis, a mais adequada.

Conclusão

A adequada fundamentação da decisão judicial constitui irrefutável base da tutela jurisdicional eficaz. A resposta do Judiciário, de maneira fundamentadamente satisfativa, é premissa do Estado Democrático de Direito.

Inegavelmente o artigo 489, do Código de Processo Civil, em especial, parágrafo primeiro, contribuiu para efetivação do dever constitucional de fundamentar as decisões. Através deste dispositivo, por mais que a título exemplificativo, é possível definir o que não se enquadra como decisão judicial fundamentada, criando uma espécie de roteiro a ser seguido pelo magistrado na elaboração da decisão.

Consequentemente, se respeitadas as diretrizes estabelecidas, certamente as decisões judiciais trarão maior qualidade e garantia aos princípios processuais, refletindo, diretamente, no número de recursos interpostos aos Tribunais, que buscam a reforma de vícios que inexistiriam pela observância desses preceitos.

Sendo assim, as decisões judiciais, mesmo as de caráter administrativo, devem conter adequada motivação. Além dos critérios processuais, reputa-se de fundamental importância a obrigação dos magistrados em fundamentar as decisões, por outros dois fatores: i) a legitimação do exercício do poder jurisdicional; ii) promoção da garantia da segurança jurídica.

12 DIDIER JR., Fredie. Op. Cit. Salvador: Jus Podivm, 2020. p. 417.

Mostra-se, portanto, em teoria, eficaz o modo de controle das decisões judiciais empregado pelo Código de Processo Civil, restando a realidade prática, o combate as decisões não fundamentadas como meio de preservação e manutenção do Estado de Direito e garantias fundamentais do processo.

BIBLIOGRAFIA

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória**. 15. ed. Salvador: Jus Podivm, 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do processo**. 32. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2020.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso de direito processual civil**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

JORGE, Flávio Cheim; SANTANNA, Vinícius de Souza. Fundamentação das decisões judiciais: razões, interações com outras garantias, requisitos mínimos e controle. **Revista de Processo**. vol. 302/2020. p. 89 – 110. Thomson Reuters: Abril, 2020.

SCALABRIN, Felipe; SANTANNA, Gustavo. A legitimação pela fundamentação: anotação ao art. 489, § 1.º e §2.º, do novo Código De Processo Civil. **Revista de Processo**. vol. 255/2016. p. 17 – 40. São Paulo: Thomson Reuters: Maio, 2016.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DICOTOMIA NA ANÁLISE DE JUSTIÇA GRATUITA NO AMBIENTE DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Douglas Belanda¹; Viviane Maria da Silva Martins Peres²

RESUMO: Incontrovertido que o mundo, ao longo de sua existência, foi se desenvolvendo nos mais variados aspectos e, por tal turno, ora a sociedade foi moldando o direito e, em muitos momentos o direito em si foi alterando o cerne social. Essa roda cíclica é interessante, pois ocasiona evolução geral. Dentre aspectos diversos de anseios sociais e aprimoramento do direito e lei, temos o famoso instituto da justiça gratuita (tratando sobre direito pátrio), o qual concede livre acesso do consulente à justiça, ao não possuir meios de litigar (fato positivo). Ocorre que, ante um Estado falido e, ainda, Poder Judiciário sobrecarregado, o livre acesso à justiça gratuita, doravante, carece de novos entendimentos ou relativizações, no intuito de criarmos aspectos objetivos para deferimento pelos magistrados ou, o livre e irrestrito acesso se faz plausível de ser mantido, já na observância dos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente? Trataremos da referida dicotomia hermenêutica e jurídica, focando na melhor instrumentalização do tema e, um judiciário mais efetivo e célere, com respeito aos direitos previstos em Constituição Federal.

Palavras-chave: constitucional - digital – efetividade - processo civil - regulatório

DICHOTOMY OF FREE JUSTICE ANALYSIS IN THE INFORMATION SOCIETY ENVIRONMENT

ABSTRACT: Undoubtedly, the world, throughout its existence, was developing in various aspects and, in this way, now society was shaping the law and, in many moments, the law itself was changing the social core. This cyclic wheel is interesting because it causes general evolution. Among various aspects of social aspirations and improvement of law and law, we have the famous institute of free justice (dealing with homeland law), which grants free access to the consultant, by not having means of litigation (positive fact). It happens that, in the face of a bankrupt state and even an overloaded Judiciary, the free access to free justice, henceforth, needs new understandings or relativizations, in order to create objective aspects for the judges to grant or free and unrestricted access, plausible to be maintained, while respecting constitutionally guaranteed fundamental rights? We will deal with this hermeneutic and legal dichotomy, focusing on the best instrumentalization of the subject and a more effective and expeditious judiciary, with respect to the rights provided for in the Federal Constitution.

1 Advogado. Graduado e Mestre em Direito da Sociedade da Informação pela FMU/SP.

2 Advogada. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Católica de São Paulo - PUC/SP, na área de Direito Processual Civil. Mestre pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP.

Keywords: constitutional - digital - effectiveness - civil process – regulatory.

Introdução

Quando observamos a evolução do mundo em si (em soma ao direito, por óbvio), avaliamos cenários distintos, ora envolvendo a forte atuação do Estado na civilização e, em certos momentos, relativo afastamento do poder estatal ante cidadãos em geral, por própria preservação. O transcorrer da vida em sociedade e direito, desde Grécia antiga, passando pelos povos romanos, germânicos e até atualidade - pós-modernidade, nos ensina que um Estado forte e consolidado é necessário (que respalda seu povo), inclusive, para manter a paz social e segurança jurídica, fato incontroverso. (Prevalecendo a forte defesa da democracia, inclusive).

Partindo de tal premissa, avaliamos que um dos preceitos mais famosos em nosso direito pátrio, que existe desde a consolidação da democracia e alternância de monarquia para república (livre acesso à justiça ou famosa justiça gratuita), devidamente e positivamente prevista em nossa carta magna, cito Constituição Federal (em seus direitos fundamentais), passou de algo intocável nas últimas gerações para, doravante, algo relativo e tangenciável por partes processuais e magistrados, em geral. Muito se deve, inclusive, pela atual sociedade da informação que vivemos com ênfase, a qual escancara cenários imprevisíveis até referida modernidade (por exemplo, algum ente requisitar formalmente justiça gratuita em determinado processo, mas ostentar vida de luxo em redes sociais e demais, em claro padrão inconcebível).

Essas exposições excessivas da sociedade em conjunto a dados conectados do governo (Receita Federal e outros) podem, na atualidade e de modo estruturado e factível, alterar entendimentos consolidados quanto benefício e concessão da justiça gratuita, ao justamente obter e receber subsídios mais fáceis para tal deferimento (ou não) e, em tal cerne, oportuno elencar as palavras de Manuel Castells³:

O setor público é atualmente o ator decisivo para desenvolver e moldar a sociedade em rede. Indivíduos inovadores, comunidades contraculturais e empresas de negócios, já fizeram o seu trabalho ao inventar uma nova sociedade e ao difundir-la por todo o mundo. A moldagem e a condução desta sociedade está, como esteve sempre no caso das outras, nas mãos do setor público, apesar do discurso ideológico que pretende esconder esta realidade. Contudo, o setor público é a esfera da sociedade em que as novas tecnologias de comunicação estão menos difundidas e os obstáculos à inovação e ao funcionamento em rede são mais pronunciados. Assim, a reforma do setor público comanda todo o resto, no processo de moldagem

3 CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Política**. Conferência Promovida pelo Presidente da República. Belém/PA, 2005. pg. 27.

produtiva da sociedade em rede. Isto inclui a difusão da e-governança (um conceito mais vasto do que o governo eletrônico — porque inclui a participação dos cidadãos e a tomada de decisões políticas); e-saúde, e-formação, e-segurança, etc.; e um sistema de regulação dinâmica da indústria de comunicação, adaptando-se aos valores e necessidades da sociedade. Todas estas transformações requerem a difusão da interatividade, multiplicando as redes em função da forma organizacional do setor público. Isto é equivalente a uma reforma do Estado. De fato, o modelo burocrático racional do Estado da Era Industrial está em completa contradição com as exigências e os processos da sociedade em rede.

Ante considerações supracitadas e por analogia, é interessante avaliar que a sociedade globalizada possivelmente irá, aos poucos, requerer do ente público alterações significativas quanto a tal instituto de gratuidade e, não obstante e já pensando no binômio da melhora dos serviços públicos com majoração de arrecadação / diminuição de custos, possivelmente a ideia de alterar o conceito de justiça gratuita também será priorizada pelo Poder Judiciário, na figura do Estado comandante do cerne. Esse entendimento de alteração da visão do governo *versus* sociedade, no ambiente digital e tecnológico, fará diversas mudanças em conceitos pré-determinados da sociedade. Assim, podemos entender que o mecanismo judicial que vigorou e funcionou até o momento (com certos apontamentos ante eficácia e volumetria), talvez, não terá vida longa na sociedade digital que ora presenciamos.

Em linhas gerais, o ponto de debate será justamente relativizar determinado conceito constitucional para que, o ente que possa efetivamente arcar com custos processuais sem qualquer prejuízo, o faça (em respeito e auxílio ao Estado e demais membros da nação). Entretanto, esse entendimento é aceito como justo perante a sociedade atual, isto é, pós-moderna? Muitas vezes não e, por isso, cabal reforçar tal discussão, justamente por inexistir única resposta que equalize o entendimento social e jurídico sobre tal temática, todavia, oportuno apontar novamente o assunto para maiores debates e diálogos, sempre pensando na melhoria contínua do país.

Note que, outros institutos foram aos poucos sendo moldados, isto é, educação, saúde, segurança privada e demais, ou seja, outras “garantias” Estatais que, com a evolução do mundo, foram suprimindo o Estado. De antemão, o conceito de tal artigo não é cravar algo como certo (relativizar ou não a justiça gratuita), mas sim, abordar esse tema com ênfase e maior reflexão, ante relevância e impacto atual no Poder Judiciário (até mesmo, ante volume de recursos e reflexões sobre tal tema, desviando o foco do litígio em si).

Retomando o contexto histórico da justiça gratuita (versando um melhor entendimento dos leitores), salutar elencar as palavras de Anselmo Alvarez⁴, que descreve:

4 ALVAREZ, Anselmo Prieto. **Uma Moderna Concepção de Assistência Jurídica Gratuita**. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Volume 53, Edição: 06/2000, pg. 153.

Com a proclamação da República e adoção pela Constituição Federal de 1891 do sistema federativo, no Distrito Federal, graças a insistentes reclamos do Instituto da Ordem dos Advogados do Brasil, surge o Decreto n. 2.457, de 8 de fevereiro de 1897, dando à assistência jurídica gratuita aos necessitados contornos mais abrangentes e precisos, inclusive com a definição do que consistiria tal assistência, assim como a de seu destinatário. O mencionado decreto foi editado com vistas a dar cumprimento ao Decreto n. 1.030, de 14.11.1890, o qual, por sua vez, organizava a Justiça no Distrito Federal. Mas, é também neste século que o instituto da assistência jurídica gratuita, aqui no Brasil, acaba chegando a seu ápice, sendo inicialmente posto em prática em vários outros Estados da Federação. Com a criação da OAB em 18.11.1930, pelo Decreto n. 19.408, a assistência jurídica gratuita, em nível nacional, passou para a sua incumbência, transformando-se em *munus* para o advogado, que se obrigava a prestá-la sob pena de multa, conforme dispunham os artigos 91 a 93 do Decreto n. 20.784, de 14.12.1931, regulamentador da Ordem. Com a Constituição Federal de 16.7.1934, o instituto da assistência jurídica gratuita chega ao status de garantia magna do cidadão, conforme determinava seu artigo 113, inciso XXXII, que impunha à União e aos Estados concederem aos necessitados a assistência judiciária, criando órgãos especiais para tanto e total isenção de custas processuais. Somente em 5.2.1950, com a edição da Lei de Assistência Judiciária (Lei n. 1.060/1950), que até a presente data encontra-se em vigor, é que foram uniformizadas, infra constitucionalmente, regras gerais para a concessão e revogação do benefício da Justiça Gratuita no âmbito jurisdicional; extensão das isenções processuais; prerrogativas aos prestadores do serviço etc. Finalmente, com a Constituição Federal em vigor, promulgada em 5.10.1988, temos, no que concerne à realidade vivida pela sociedade brasileira, o surgimento de um sistema de normas quase ideal, a reger o instituto.

Observe que, com a sociedade da informação forte e robusta (século XXI), já em adendo a tecnologia apurada, se torna fácil constatar a real situação econômica de um ente (pessoa jurídica ou física), majorando a persuasão racional e livre convencimento do magistrado – para concessão de tal “garantia Estatal”, otimizando o disposto no artigo 98 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015):

Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios têm direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

Fato que, a subjetividade do deferimento ou não da justiça gratuita em alguns casos, mais do que nunca, está no ápice dos questionamentos e, inclusive, merece ser novamente avaliada sobre a ótica de critérios mais objetivos (quando o caso), sendo esse o constatado e abordado pelo projeto de lei nº 5.900/2016 (autoria de Paes Landim) que, dentre outros pontos importantes para debate, demonstra requisitos assertivos para o Poder Judiciário se portar quanto aceitação ou não de tal benefício ora debatido, principalmente em proposta de alteração / adendo no artigo 99 da lei federal nº 13.105 de 2015, popularmente conhecido como Código de Processo Civil, que nos elenca no momento:

Art. 99. O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso.

§ 1º Se superveniente à primeira manifestação da parte na instância, o pedido poderá ser formulado por petição simples, nos autos do próprio processo, e não suspenderá seu curso.

§ 2º O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos.

§ 3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.

§ 4º A assistência do requerente por advogado particular não impede a concessão de gratuidade da justiça.

§ 5º Na hipótese do § 4º, o recurso que verse exclusivamente sobre valor de honorários de sucumbência fixados em favor do advogado de beneficiário estará sujeito a preparo, salvo se o próprio advogado demonstrar que tem direito à gratuidade.

§ 6º O direito à gratuidade da justiça é pessoal, não se estendendo a litisconsorte ou a sucessor do beneficiário, salvo requerimento e deferimento expressos.

§ 7º Requerida a concessão de gratuidade da justiça em recurso, o recorrente estará dispensado de comprovar o recolhimento do preparo, incumbindo ao relator, neste caso, apreciar o requerimento e, se indeferi-lo, fixar prazo para realização do recolhimento.

Note que, o projeto de lei nº 5.900/2016 demonstra interesse em majorar a qualidade do serviço judiciário e atendimento aos consulentes e sociedade (alterando substancialmente o Artigo 99 do CPC, acima exposto), justamente ao impor critérios objetivos para análise do magistrado quanto deferimento ou não. (Essa atitude aumenta consideravelmente a segurança jurídica dos consulentes da justiça). Em tal sentido, importante elencar as mudanças tratadas em tal texto de lei, vide:

“Art. 99.

§ 2º O juiz somente poderá deferir o pedido se houver a comprovação pelo requerente de pelo menos um dos seguintes pressupostos:

I – Condição de isento da declaração do Imposto de Renda;

II – Beneficiário de programa social do Governo Federal;

III – ganho de renda mensal de até três salários mínimos, comprovado por contracheque, carteira de trabalho e previdência social, devidamente legalizada, ou outro comprovante de rendimentos.

§ 3º (Revogado).

.....
§ 8º Terá direito à gratuidade de justiça a mulher em situação de violência doméstica e familiar, nos termos do art. 28 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (NR) ”.

Tal pensamento acima é interessante e merece estudo aprofundando na ótica processual e constitucional (em visão análogo a projetos de lei esparsos que reportaremos),

mas como garantir critérios mínimos de justiça em sociedade com níveis discrepantes e situações distintas, até mesmo com relativização de ambiente tecnológico?

Assim, buscaremos nesse estudo abordar referida temática muito salutar no atual momento estatal e judicial que vivemos (com papel do Estado sendo repensando, até mesmo, ante crise monetária e de ética que vivemos), em que não raro, muitos recursos judiciais são intentados em variados processos justamente para discutir em novas instâncias pleito aceito ou não quanto acesso ao judiciário, salientando que hoje existe certa subjetividade e discricionariedade na referida análise, ou seja, fica a critério do magistrado tal ratificação (em muitos casos), o que pode, de certo modo, ocasionar insegurança jurídica e mais custos ao Poder Judiciário, o que não é aceito no século XXI.

I – JUSTIÇA GRATUITA NA SOCIEDADE TECNOLÓGICA versus DEFESA DE GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Quando falamos em decisões judiciais diversas (em sentido lato), podemos relatar quanto a um ente ganhador em detrimento de outro perdedor (em geral e no aspecto da vitória parcial / total, também), sendo essa a regra estabelecida para o jogo (batalha judicial), ou seja, o Estado (por intermédio do Poder Judiciário), tem o poder de avaliar o embate trazido ao seu cerne e, por óbvio, direcionar a espada da justiça, equalizando a referida balança e equilibrando o jogo, mediante as normas pré-estabelecidas e já constantes em referida sociedade – defendendo liberdade de atuação do magistrado, em observância a norma posta.

Ao abordar o tema de justiça gratuita, primordialmente devemos descrever que o Brasil adota, via Constituição Federal, o livre acesso à justiça para seus cidadãos, isto é, de modo macro concedendo livre e total resguardo do Poder Judiciário para seu povo. Essa questão é importante e saudável para qualquer democracia (muito importante), desde que ela esteja sólida e com sobra de caixa financeiro, o que não ocorre na atualidade. Veja que, o país é deficitário em muitos contextos de atuação e, relativizar o texto constitucional para concessão do livre acesso ao judiciário, para prestigiar justamente e efetivamente quem precisa, pode majorar a qualidade e rapidez de atendimento aos consulentes, evitando que aventureiros ou litigantes agressores usem de referido poder constituído para, tão somente, tentar obter vantagens, dado que se perder qualquer processo, não arcará com seu ônus ou custo da máquina Estatal.

Tal artigo não visa, em nenhuma hipótese, dificultar o acesso ao Judiciário, mas sim, procura propor um diálogo novo sobre o atual cenário social e Estatal na sociedade da informação (vinculado ao custo do Poder Judiciário), buscando alternativas de prestação jurisdicional mais célere e efetiva (com custo baixo), o que é interessante.

Referida discricionariedade vem sendo debatida por respeitáveis juristas ao longo da história e primordialmente com a Constituição Federal de 1988 e, nesse ponto, abordamos os ensinamentos de José Marcelo Vigliar⁵:

Promulgada, resta que se faça uma análise do conteúdo de todo o Capítulo dos Direito e Garantias Individuais, através de uma interpretação sistemática, a fim de que se avalie a efetividade de tais direitos e garantias, vale dizer, se são passíveis de serem exercitados desde já, ou se se tratam de meras declarações de intenção. Considerando o tema objeto do presente estudo, interessa-nos, exclusivamente, embora seja impossível se prescindir da análise superficial de outros institutos, a disciplina reservada à Assistência Jurídica Integral e gratuita, que integra o mencionado Capítulo, e cuja garantia vem expressa no inciso LXXIV, do art. 5º. Ou seja, interessa-nos qual a tutela constitucional vigente e, como consequência, como deve ser a forma da concessão do benefício (ao menos, como se verá, de parte dele), apontando o caminho correto para tanto, analisando, ainda que superficialmente, a importante atuação do Ministério Público para a efetivação de tal garantia, considerando o que dispõem os artigos 127 e 129, I, da Constituição da República, sobre todos.

O Constituinte ao estabelecer que a Assistência Jurídica integral e gratuita será prestada "aos que comprovarem insuficiência de recursos" e considerando que não estabeleceu como se daria a comprovação da referida insuficiência de recursos, deixou, ainda que não o mencione expressamente, ao talante do legislador ordinário estabelecer os parâmetros que julgar necessários para a concessão do benefício.

Ora, viver em sociedade imputa deveres e direitos conexos, entretanto, os direitos devem pertencer a todos, mediante apuração de cada condição, sendo essa a parte positiva quanto ao texto de lei projetado e descrito supra. A nossa carta magna, dentre outros importantes princípios, elenca no Artigo 05º referido livre acesso ao judiciário e embate judicial, vide:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

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:

5 VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Assistência Jurídica Integral e Gratuita – Tutela Constitucional e Concessão do Benefício**. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, n. 14, abr./jul. 1996. Pg. 88 – 97.

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

Em que medida, com advento da tecnologia, pode (Judiciário) usar a hermenêutica da vida digital para apurar melhor os critérios para concessão ou não da justiça gratuita, já demonstrando nova ótica em tal benefício que, talvez, já não é tão abrangente quanto imaginamos? O mundo mudou, a sociedade alterou seu modo de agir e, as pessoas buscam facilidades e inovações diárias. Assim, por qual razão demonstrar novos critérios para concessão de tal benefício (e adicionando uso de tecnologia) não vai na mesma linha dos demais anseios sociais, principalmente quanto melhor abordagem da dicotomia do público e privado? Tema interessante, sem dúvidas.

Ante ótica de Rodrigo Rebouças⁶, temos no viés da hermenêutica e Século XXI:

É a análise hermenêutica que resulta na adequação da norma jurídica à compreensão pelo operador do direito, que necessariamente deverá considerar as circunstâncias do negócio e a sua harmônica coexistência com o interesse coletivo. São previstas, em suas hipóteses, por assim dizer, de “indeterminação do preceito”, cuja aplicação *in concreto* caberá ao juiz decidir, em cada caso, à luz das circunstâncias ocorrentes [...] Como se vê, o que se objetiva alcançar é o Direito em sua concreção, ou seja, em razão dos elementos de fato e de valor que devem ser sempre levados em conta na enunciação e na aplicação da norma.

Não estamos mais frente a um direito posto e individualista, mas a um direito adaptável à cada caso concreto. “As regras jurídicas são enunciados gerais, a partir dos quais deve o intérprete construir uma norma-de-cisão *concretas e específica* para o caso em tela, considerando-se o ser humano *in concreto*, circunstanciado, não o sujeito de direito *in abstracto*, o que era próprio do direito anterior.

De qualquer forma, deve o intérprete do direito, mesmo para os novos ordenamentos jurídicos, valer-se de história e da própria jurisprudência pretérita. Vale aqui trazer a reflexão de Maria Helena Diniz⁷, para quem: “o magistrado, a todo instante, ao aplicar a norma ao caso *sub judice*, a interpreta, pesquisando o seu significado. Isto é assim porque a letra da norma permanece, mas seu sentido se adapta a mudanças que a evolução e o progresso operam na vida social. Interpretar é, portanto, explicar, esclarecer; dar o verdadeiro significado do vocábulo; extrair, da norma, tudo o que nela se contém, revelando seu sentido apropriado para a vida real e conducente a uma decisão.

Salutar, portanto, constatar que a interpretação quanto ao direito intrínseco do brasileiro, em livre acesso ao Poder Judiciário, carece de aplicação de boa interpretação perante os magistrados capazes para tanto, em linha a persuasão racional e livre

6 REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Contratos Eletrônicos. Formação e Validade – Aplicações Práticas**. Editora Almedina. 2ª Edição, pg. 67.

7 DINIZ, Maria Helena. **Lei da Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**. 02ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 142-155.

convencimento, em conjunto a critérios objetivos para tanto ou, ainda, que diminuam certa subjetividade existente no texto legal.

Por certo que, não sendo o direito em si ciência exata, estaremos lidando com possíveis discussões doutrinárias embasada em cunhos filosóficos distintos e diversas decisões conflitantes, todavia, é possível sim diminuir contexto de interpretação ante texto livre de lei, o que nos demonstra o projeto de lei nº 5.900/2016. Novamente, a ideia é facilitar a vida dos juízes (o qual terá total liberdade para ação) e da sociedade em geral (incluindo os operadores do direito) que, ao terem norma posta mais coerente e assertiva, podem com maior agilidade adequar o caso fático ao concreto e, não menos importante, evitar embates desnecessários e recursos diversos, até mesmo, focando na resolução do problema prático.

O Judiciário deve sim se utilizar das novas vertentes tecnológicas para auxílio na definição de acesso à justiça gratuita, guardada certas proporções e singularidades (jamais ferindo direitos pessoais) e, ainda, ressaltando peculiaridades e pontualidades.

Tal estudo ou avaliação se torna mais fácil quando visualizamos a sociedade da informação e transparência das vidas no cotidiano social, ante a famosa sociedade do espetáculo. Consoante explanado por Norberto Bobbio⁸ e também abordado na didática obra do Prof. Dr. Guilherme Magalhães Martins⁹, temos que:

Vivemos o paradoxo de uma sociedade globalizada, após o ocaso do Estado liberal e do Estado social de direito, momentos históricos esses que, a partir da afirmação da teoria individualista da sociedade, acompanharam a evolução dos direitos do cidadão em suas diversas etapas.

No mesmo cenário supra, se faz interessante apontar as lições do Prof. Saldanha, relata¹⁰:

Nesse debate, do pluralismo saudável dos posicionamentos, vem se articulando uma corrente a nosso ver equivocada e - como veremos a seguir - desbordante do Estado democrático de Direito. Referimo-nos à opinião que propaga, sem devidas cautelas e necessárias ressalvas, a "constitucionalização (direta e imediata) do direito ordinário", inclusive, do direito privado. Nessa visão, entre direito constitucional e direito ordinário não haveria distinções de funções, nem, pois, de âmbitos de legítima autonomia. Para esse "novo constitucionalismo" não caberiam limites à intervenção das normas constantes do texto constitucional (máxime as que contemplam princípios) relativamente aos demais subsistemas de normas existentes no ordenamento.

Essa corrente bem poderia ser denominada de totalitarismo jurídico, ou de colonialismo do direito constitucional sobre os demais ramos do direito.

8 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

9 MARTINS, Guilherme Magalhães. **Contratos Eletrônicos de Consumo**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2016.

10 SOUZA JUNIOR, C. S. **A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos**. Porto Alegre: UFRGS, 2002.

Falta totalmente a essa corrente uma visão integrada do ordenamento jurídico, capaz de contemplar a unidade superior que conjuga pelo menos três instâncias (direito constitucional, direito ordinário e direito judiciário), com funções lógicas e teleológicas distintas e complementares, dignas do devido respeito, num tecido de relações recíprocas ascendentes e descendentes. Falta totalmente a essa corrente a compreensão de que o fundamento do direito (a dignidade da pessoa humana, com todos os seus valores) não foi pendurado por uma vontade política constituinte no ápice da pirâmide jurídica, para de lá ditar seus comandos. O fundamento do direito está, isso sim, nos alicerces do ordenamento, ou seja, na realidade ontológica da pessoa, da família e da vida social ordinária.

Resta incontroverso que o Estado e suas garantias fundamentais devem estar bem antenados sobre evolução social e critério de requisitos ou anseios sociais. Ante lições supra, é notório presenciar dicotomia quanto aos critérios constitucionais outrora previstos na carta magna de 1988 com a atualização social e vida pública que quase todos entes sociais levam, na sociedade em rede. Assim, referido texto de lei (5.900/16) projetado trará, fatalmente, melhoria quanto segurança jurídica ao ser cravado o deferimento ou não de referida justiça gratuita, inclusive, eliminando aventureiros jurídicos ou litigantes profissionais.

Em sentido idêntico, o louvável projeto de lei nº 770/2020 do Senado Federal (autoria do Senador Jorginho Mello (PL/SC), que dispõe: "...Acrescenta o § 9º ao art. 98 da Lei no 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para prever o direito à gratuidade da justiça aos portadores de doenças graves...". Tal cunho social e manutenção de direitos básicos, reforçando o entendimento, é necessário para evitar injustiças em qualquer grau.

Ainda, muito importante abordar demais projetos necessários e interessantes (para debate) também em trâmite sobre temas correlatos, vide PL nº 6160/2019:¹¹

O PL 6160/19 modifica a regra que permite a gratuidade de custas em qualquer processo do Juizado Especial Federal (JEF), restringe a concessão de assistência judiciária gratuita e propõe que todas as demandas dentro da justiça federal contra o INSS terão pagamento de custas.

Segundo a presidente do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário (IBDP), o sistema dos JEFs - que basicamente atende o INSS - foi criado desta forma para ser rápido, célere e principalmente garantir o acesso da justiça a todos, por meio de uma justiça mais acessível, sem custas.

Estas mudanças, que alteram basicamente todos os benefícios de gratuidade de justiça dentro dos JEFs, delimitam ainda que só terão acesso à ela pessoas de baixa renda (com renda familiar mensal per capita de até meio salário mínimo ou com renda familiar mensal de até três salários mínimos).

11 IBDP. INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO. **Projeto de Lei pretende alterar a gratuidade da justiça**. Disponível em: <https://www.ibdp.org.br/noticia.php?n=5007>. Acesso em 15 de out. 2020.

Doravante e na sociedade e Estado tecnológico, importante que ocorra sinergia e conexão entre as propostas e projetos – com muito debate no cerne social, visando melhorar o equilíbrio da balança da justiça (e justiça gratuita).

Essa seara de dúvida permeia o nosso respeitado judiciário e, colacionando a tal entendimento (já nas cortes superiores que, deveriam ter entendimentos finalizados sobre temas comuns), elencamos três importantes e assertivos julgamentos de acórdão no Superior Tribunal de Justiça – STJ, os quais apontam claramente a atual existência de pequena subjetividade na análise da concessão ou não do benefício e demonstrando o risco de pensamentos distintos sobre temas análogos, iniciando pelo acórdão em Resp. nº 1.787.491¹²:

RECURSO ESPECIAL. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. PEDIDO FORMULADO EM RECURSO. INDEFERIMENTO DE PLANO. IMPOSSIBILIDADE. INTIMAÇÃO DO REQUERENTE. ART. 99, § 2º, DO CPC/2015. RECOLHIMENTO EM DOBRO. NÃO CABIMENTO. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. Cinge-se a controvérsia a definir se é possível ao magistrado indeferir, de plano, o pedido de gratuidade de justiça, sem a abertura de prazo para a comprovação da hipossuficiência, e, por consequência, determinar o recolhimento em dobro do preparo do recurso de apelação. 3. Hipossuficiente, na definição legal, é a pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com escassez de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios (art. 98, caput, do CPC/2015). 4. O pedido de gratuidade de justiça somente poderá ser negado se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão do benefício. Antes do indeferimento, o juiz deve determinar que a parte comprove a alegada hipossuficiência (art. 99, § 2º, do CPC/2015). 5. Indeferido o pedido de gratuidade de justiça, observando-se o procedimento legal, o requerente deve ser intimado para realizar o preparo na forma simples. Mantendo-se inerte, o recurso não será conhecido em virtude da deserção. 6. Somente no caso em que o requerente não recolhe o preparo no ato da interposição do recurso, sem que tenha havido o pedido de gratuidade de justiça, o juiz determinará o recolhimento em dobro, sob pena de deserção (art. 1.007, 4º, do CPC/2015). 7. Na situação dos autos, a Corte local, antes de indeferir o pedido de gratuidade de justiça, deveria ter intimado a recorrente para comprovar a incapacidade de arcar com os custos da apelação. 8. Recurso especial provido.

Na mesma vertente, acórdão de AgInt no AREsp 1.458.322 / SP:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA. PESSOA FÍSICA E JURÍDICA. INDEFERIMENTO. REEXAME DE PROVA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

12 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ. **Acórdão de Recurso Especial nº 1.787.491**. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Brasília/DF, datado de 20.09.2018. Disponível em: [Http://www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br).

1. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a concessão do benefício de gratuidade da justiça a pessoa jurídica somente é possível quando comprovada a precariedade de sua situação financeira, inexistindo, em seu favor, presunção de insuficiência de recursos (CPC/2015, art. 99, § 3º).
2. Tratando-se de pessoa física, há presunção juris tantum de que quem pleiteia o benefício não possui condições de arcar com as despesas do processo sem comprometer seu próprio sustento ou de sua família. Tal presunção, contudo, é relativa, podendo o magistrado indeferir o pedido de justiça gratuita se encontrar elementos que infirmem a hipossuficiência do requerente. Precedentes.
3. No caso, as instâncias ordinárias, examinando a situação patrimonial e financeira dos recorrentes, concluíram haver elementos suficientes para afastar a declaração de hipossuficiência, indeferindo, por isso, o benefício da justiça gratuita. Nesse contexto, a alteração das premissas fáticas adotadas no acórdão recorrido demandaria o reexame do contexto fático-probatório dos autos, o que é defeso na via estreita do recurso especial (Súmula 7/STJ).
4. Agravo interno a que se nega provimento.

Em tal toada, acórdão de AgInt no AREsp 1.425.828 / SP:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS à EXECUÇÃO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. NÃO COMPROVAÇÃO DA DIFICULDADE FINANCEIRA PARA PAGAMENTO DAS CUSTAS JUDICIAIS. INDEFERIMENTO. SÚMULA 83 DO STJ. ALTERAÇÃO DAS PREMISSAS. SÚMULA 7 DO STJ. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A concessão do benefício da gratuidade de justiça à pessoa jurídica está condicionada à prova da hipossuficiência, conforme o preceito da Súmula 481 deste Superior Tribunal.

2. No caso, o col. Tribunal a quo, à luz dos princípios da livre apreciação da prova e do livre convencimento motivado, bem como mediante análise soberana do contexto fático-probatório dos autos, asseverou que a empresa ora recorrente não comprovou não ter condições de arcar com as despesas do processo.

3. A alteração das premissas fáticas firmadas pelo col. Tribunal a quo, quanto à comprovação ou não da dificuldade financeira de a pessoa jurídica arcar com o pagamento das custas judiciais deste processo, tal como propugnada, demandaria, necessariamente o reexame de matéria fática e probatória dos autos, providência vedada

No recurso especial pela Súmula 7 do STJ.

4 Agravo interno provido para, reconsiderando a decisão agravada, conhecer do agravo a fim de negar provimento ao recurso especial.

Pelos coerentes acórdãos supra elencados, temos que voga a discricionariedade e subjetividade nas decisões judiciais, ante moldar o direito constitucional ao caso prático em si. O que é comprovar ser hipossuficiente no século XXI e sociedade da informação (seja

pessoa jurídica ou física)? O enunciado 206 FONAJE trabalha com tais premissas de modo interessante:¹³

Para fins de gratuidade da justiça, a presença de elementos (local de domicílio, comprovante de rendimentos, profissão, extrato de informações sociais, contas de energia elétrica, dentre outros) que enfraqueçam a presunção da declaração de hipossuficiência justifica o indeferimento ou a imposição de ônus à parte requerente de comprovação da condição alegada.

Importante sacramentar que o Poder Judiciário, em adotando esse ou outros critérios práticos no cotidiano para auxílio na concessão ou não de justiça gratuita, poderá se utilizar (e muito) de artefatos tecnológicos, blindando o respeitado órgão judicial e garantindo a lisura do embate judicial.

Avalie que, as empresas e pessoas possuem padrões distintos (incluindo volume e risco processual) e, portanto, não devemos desconsiderar a titularidade do magistrado em decidir o caso baseado nos fatos e provas ali presentes (dando autonomia ao mesmo, representante do Estado), entretanto, criar mecanismos básicos de concessão ou não de tal “benefício” se faz importante, para melhorar o Poder Judiciário como um todo, já na rápida e assertiva prestação jurisdicional – sempre perquirida.

Conclusão

Ao acompanhar a história da sociedade, percebemos a função da estrutura hierárquica do Estado quase sempre presente no bojo das diversas civilizações, algo positivo no sentido de organização social, fato que culminou no crescimento humano que ora visualizamos. Após diversos eventos trágicos (cito, por exemplo, Segunda Guerra Mundial), presenciamos uma alternância na função do poder público, já no viés de proteção do povo e nação, com foco nas garantias fundamentais (muito importante). Isso aconteceu ao longo dos tempos e, não raro, ocasionou o surgimento de diversos institutos pró defesa social, algo salutar.

O ponto de conflito na atualidade perfaz o enfraquecimento de diversos Estados, seja por cunho financeiro ou ante forte crescimento de instituições privadas que, por vezes, independem da figura pública. Por diversos exemplos, se torna fácil constatar países na economia pós-moderna com PIB's menores do que o lucro auferido anualmente por algumas corporações, vide rapidamente:

13 AJUFE. ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL. **Sugestões ao GT do CNJ**. Disponível em: <https://www.ajufer.org.br/fonajef/enunciados-fonajef>. Acesso em 26 de out. 2020.

A rede de supermercados Wal-Mart é o maior exemplo do poder das multinacionais. Com um lucro de R\$ 1,78 trilhões (US\$ 486 bilhões) por ano, a empresa supera o PIB da Áustria, que é de R\$ 1,47 trilhões (US\$ 403,8 bilhões), da Noruega — cujo valor chega a R\$ 1,29 trilhões (US\$ 352,8 bi) e do Chile — que arrecada anualmente 1,5 trilhões (US\$ 424 bi).^{14...}”

Polêmico no Brasil, o serviço de transporte Uber não tem apenas revolucionado o mundo ao cair no gosto da população, mas também entrou para a lista de empresas poderosas. O lucro anual da companhia, que é de cerca de R\$ 229 bilhões (US\$ 62,5) por ano, supera até mesmo a riqueza do país sul americano Uruguai, cujo PIB gira em torno de R\$ 208,6 bilhões (US\$ 56,8 bi).

É notório que não podemos entender a figura do Estado, na atualidade, com os mesmos olhos e pensamentos do período pós-guerra, mas por outro turno, visualizar um Estado forte e preservando a democracia e garantias fundamentais se faz necessário, entretanto, com ótica de relativizar alguns preceitos fundamentais, deixando a sociedade vivenciar alguns pontos novos, cito a famosa e muito debatida justiça gratuita. (ora tratando somente desse assunto pontual).

Pelo exposto, o estudo ora tratado não reflete a diminuir qualquer direito constitucionalmente previsto, tampouco relativizar em grande escala garantias fundamentais, conceitos ou direito pré-estabelecido, mas sim, buscamos com o presente pensamento fundamentado chamar a atenção de todos os operadores do direito para justamente abalar o que é legítimo ou justo do que é obrigatório, já na vertente de criar mecanismos legais objetivos, fortalecendo o Estado e melhorando o atendimento dos consulentes junto ao Poder Judiciário, na ótica de que alguns entes podem e devem pagar pelo acesso ao judiciário, caso não consigam provar a hipossuficiência. (Por critérios mais objetivos, por certo). A tecnologia certamente poderá auxiliar em tal viés.

A subjetividade no direito é algo que existe desde os primórdios e, é impossível de ser eliminada, por outro lado, alguns mecanismos podem e devem ser implementados para, sem dúvidas, diminuir as hipóteses incidentes, tal qual o tema da concessão de benefícios por subjetividade de entendimento, de modo exponencial.

BIBLIOGRAFIA

AJUFE. ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL. **Sugestões ao GT do CNJ.** Disponível em: <https://www.ajufe.org.br/fonajef/enunciados-fonajef>. Acesso em 26 de out. 2020.

14 Conheça 8 empresas poderosas que tem faturamento maior do que o pib. PortalR7. São Paulo/SP, 27.03.2016. Disponível em: <https://noticias.r7.com/internacional>. Acesso em: 15.02.2019.

ALVAREZ, Anselmo Prieto. **Uma Moderna Concepção de Assistência Jurídica Gratuita.** Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Volume 53, Edição: 06/2000, pg. 153.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Política.** Conferência Promovida pelo Presidente da República. Belém/PA, 2005. pg. 27.

Conheça 8 empresas poderosas que tem faturamento maior do que o PIB. PortalR7. São Paulo/SP, 27.03.2016. Disponível em: <https://noticias.r7.com/internacional>. Acesso em: 15.02.2019.

DINIZ, Maria Helena. Lei da Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada. 02^a ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 142-155.

IBDP. INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO. **Projeto de Lei pretende alterar a gratuidade da justiça.** Disponível em: <https://www.ibdp.org.br/noticia.php?n=5007>. Acesso em 15 de out. 2020.

MARTINS, Guilherme Magalhães. **Contratos Eletrônicos de Consumo.** 3.ed. São Paulo: Atlas, 2016.

REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Contratos Eletrônicos. Formação e Validade – Aplicações Práticas.** Editora Almedina. 2^a Edição, pg. 67.

SOUZA JUNIOR, C. S. **A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos.** Porto Alegre: UFRGS, 2002.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ. **Acórdão de Recurso Especial nº 1.787.491.** Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Brasília/DF, datado de 20.09.2018. Disponível em: <Http://www.stj.jus.br>.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Assistência Jurídica Integral e Gratuita – Tutela Constitucional e Concessão do Benefício.** Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, n. 14, abr./jul. 1996. Pg. 88 – 97.

3^o Information
Society and Law
FMU
CENTRO UNIVERSITÁRIO

GT - Crimes, dignidade da pessoa humana e sociedade da informação

**CHILD GROOMING E PORNOGRAFIA INFANTO-JUVENIL NA
INTERNET: UMA ABORDAGEM CRÍTICA ACERCA DA
CRIMINALIZAÇÃO DA “PEDOFILIA” PELO ESTATUTO DA
CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

**CHILD GROOMING AND CHILDREN'S PORNOGRAPHY ON THE
INTERNET: A CRITICAL APPROACH ABOUT THE
CRIMINALIZATION OF “PEDOPHILY” BY THE STATUS OF
CHILDREN AND ADOLESCENTS**

Christiany Pegorari Conte¹; Lygia Duarte Fernandes²

Palavras-chave: ECA, internet e Child Grooming.

Keywords: ECA, internet and Child Grooming.

A Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990, trouxeram o reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos, guiados pela Doutrina da Proteção Integral (ECA, artigo 1º)³ e em consonância com a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (1989)⁴. Nesse sentido, e guiado pela condição especial de pessoa em desenvolvimento, que considera crianças e adolescentes sujeitos de direitos e garantias fundamentais, o ECA estabeleceu crimes em espécie⁵, cujos sujeitos passivos são crianças, até 12 anos de idade incompletos, e adolescentes, entre 12 e 18 anos (art. 2º, ECA, 1990). Dentre os tipos penais referidos, destacam-se àqueles relacionados à “pedofilia” e à pornografia infanto-juvenil (previstos nos artigos 240, 241-A à E, ampliados pela Lei nº 11.829/08), notadamente, praticados através da *internet*. Trata-se de tema recorrente e contemporâneo, especialmente, a partir da utilização mais intensa das tecnologias de informação e comunicação e do acesso

1 Professora de Direito Penal e Processual Penal da graduação, pós-graduação e extensão da Pontifícia Universidade Católica de Campinas - PUC Campinas. Professora de Direito Penal e Processual Penal da Federal Concursos/SP. Mestre em Direito pela FMU. Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Educação da PUC Campinas, na linha de pesquisa Políticas Públicas em Educação, membro do grupo de pesquisa Política e Fundamentos da Educação. Atua principalmente nos seguintes temas: áreas de Direito Penal e Processual Penal, Direito Digital, Crimes Ambientais, Políticas Públicas em Educação e Filosofia da Educação.

² Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas e Estudante. Integrante do Núcleo de Ensino Clínico em Direitos Humanos da PUC Campinas, especificamente da frente Migração. Estagiária da Defensoria Pública.

³ Previsão estabelecida pelo artigo 227, da Constituição/88. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 01.10.20

⁴ Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em 01.10.20

⁵ Seção II - artigos 228 ao 244-B, do ECA. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em 01.10.20

à outras camadas da *internet*, como a *Deep Web*⁶, que permitem o anonimato, busca e compartilhamento de materiais ilícitos e que não são indexados⁷ pelos *sites* de busca (LOTUFO, 2017). Segundo estudo da União Internacional de Telecomunicações (UIT)⁸, em 2019, existiam, aproximadamente, 4.1 bilhões de usuários de internet. No Brasil, cerca de 24,3 milhões de crianças e adolescentes, com idade entre 9 e 17 anos, são usuários de internet, o que corresponde a cerca de 86% do total de pessoas dessa faixa etária no país⁹. Vale lembrar, no entanto, que crianças e adolescentes figuram como vítimas mais vulneráveis no ambiente digital, tendo em vista a intensa utilização da tecnologia, não necessariamente sob a supervisão de um responsável e, principalmente, a menor capacidade de avaliação das situações de risco, em virtude de sua condição de pessoa em desenvolvimento. Assim, ante esse cenário, uma das maiores preocupações pontuadas é a cooptação desses usuários, menores de 18 anos, para sua inclusão no mercado da pornografia infanto-juvenil. Nesse sentido, entre 2006 a 2019, a *SaferNet*¹⁰ recebeu e processou 1.457.304 denúncias anônimas sobre pornografia infantil, conforme comunicações notificadas ao *site*. Em 2019, esse número foi de 46.580. Nesse mesmo ano, o Brasil ocupava o 6^o dentre os países que hospeda conteúdo pornográfico, totalizando 827 páginas¹¹.

É nesse contexto que surge o *child grooming* como sinônimo de aliciamento, voltado à atrair crianças e adolescentes para produção de pornografia, conforme o art. 23 da Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais (LANZAROTE, 2007). A expressão *grooming* significa, portanto, “o ato de deliberadamente estabelecer uma ligação emocional com uma criança de forma a prepará-la para o abuso, sendo normalmente empregado como forma de praticar abusos sexuais ou outras formas de exploração, tais como tráfico de crianças, prostituição infantil e produção de pornografia”¹². Trata-se de um meio de persuasão que ocorre, principalmente,

6 *Deep Web* (a tradução literal fica como *internet* profunda) é uma parte do mundo cibernético cujos usuários atuam por meio do anonimato e que possui diversos sites não detectados por tradicionais mecanismos de buscas, como o Google (SIMÃO, 2017, p. 300). A *Deep Web* lida com um público que busca materiais/bens que não são disponíveis convencionalmente, pois tratam-se de materiais ilícitos. Dentre os conteúdos que contém na *Deep Web*, podem ser encontrados tráfico de drogas, armas, pessoas, vídeos de homicídio e, principalmente, pornografia infantojuvenil.

7 Na informática, indexar significa inserir um ou vários sites na base de dados de motores de pesquisa, como o Google. Disponível em

<https://www.dicio.com.br/indexado/#:~:text=Significado%20de%20indexar,j%C3%A1%20estabelecidos%20pelo%20marcado%20financeiro>. Acesso em 01.10.20

8 International Telecommunication Union é agência da ONU especializada em tecnologias de informação e comunicação.

9 Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-09/brasil-tem-243-milhoes-de-criancas-e-adolescentes-utilizando-internet>. Acesso em: 25.10.20

10 Disponível em: <https://indicadores.safernet.org.br/indicadores.html>. Acesso em 28.09.20

11 Disponível em: <https://indicadores.safernet.org.br/index.html>. Acesso em: 06.10.20

12 Definição baseada na que é disponibilizada em <http://definitions.uslegal.com/c/child-grooming/>. Acesso em: 09.10.20.

pelo emprego das TICs, “o qual se vale de técnicas de manipulação psicológica com o fito de reduzir a ténue expressão da vontade infantil, uma vez que a criança é induzida gradualmente a vencer as resistências, até admitir como normais relações sexuais entre adultos e menores” (RIOS; LINHARES, 2014).

O artigo 241-D do ECA criminaliza as condutas: aliciar, assediar, instigar ou constranger criança com o fim de com ela praticar ato libidinoso. O parágrafo único deste artigo também pune os facilitadores de induzir o acesso da criança a material pornográfico, com a finalidade de com ela praticar ato libidinoso e também quem induz a criança a se exibir de forma pornográfica ou sexualmente explícita (CONDACK, 2010). O artigo 241-D, menciona o aliciamento, mas exige uma finalidade especial de agir por parte do agente, qual seja: a prática do ato libidinoso, sem a qual o delito não se configura. Assim, não abrange as situações de *Child Grooming* em que não há essa intenção. Ademais, o referido dispositivo menciona como vítima criança, excluindo a figura do adolescente. Em relação aos demais dispositivos do ECA, o agente não seria punido pelo aliciamento, mas pelo resultado deste, qual seja venda, troca, disponibilização, posse, armazenamento e etc de pornografia envolvendo criança e adolescente.

Acreditamos que o parágrafo único do artigo 241-D, quando prevê que a prática das condutas descritas no *caput*, dentre as quais aliciar, com o fim de induzir criança a se exibir de forma pornográfica ou sexualmente explícita, poderia, eventualmente, abarcar a situação de *Child Grooming*, mas, ainda assim, limita-se à vítima de até 12 anos incompletos (artigo 2, ECA).

A psicóloga Suélen Kristhyne explica que um dos fatores que facilita o aliciamento de crianças, e até mesmo dos adolescentes, pela *internet* é a solidão, timidez e necessidade de autoafirmação que estes vivenciam. Assim, eles encontram na *internet* atenção que não recebem na vida real. Ela ressalta que outra circunstância prejudicial às vítimas é a falta de comunicação com seus familiares, pois isso impede que sejam fornecidas orientação no sentido de evitar o contato com pessoas desconhecidas (ROSA *et al.*, 2020). Desta forma, há uma expectativa da criança e do adolescente usuário de *internet* em efetivar a sua busca pela autoafirmação. O agente, portanto, se vale deste ímpeto de suas vítimas para construir um vínculo de confiança entre ambos.

No entanto, quando falamos sobre crimes cibernéticos, há sempre a problemática sobre a identificação dos criminosos. A dificuldade existe em razão da facilidade que se tem em omitir informações pessoais, além de utilizar-se de ferramentas que possibilitam

esconder ou alterar os números IPs¹³ e também pelo constante uso de camadas da *internet* que permitem o anonimato, como a *Deep Web*. Desta forma, amparados pelas tecnologias que prometem privacidade (SHIMABUKURO, 2017), os criminosos sexuais se valem de um espaço de segurança para compartilhar um grande volume de material abusivo de crianças e adolescentes, bem como aliciar e assediar as suas vítimas, sem a preocupação de que sejam identificados e responsabilizados.

O segundo ponto de análise diz respeito ao conceito de pornografia, definido pelo artigo 241-E como “qualquer situação que envolva a criança ou o adolescente em atividades sexuais explícitas, sejam elas reais ou simuladas (ECA). No entanto, tal definição não é suficiente, tanto que o STJ exarou entendimento sinalizando o que se deve entender por “pornografia” infanto-juvenil: “a imagem de crianças ou adolescentes em posições sensuais, ainda que sem mostrar seus órgãos sexuais, sendo desnecessária a cena de nudez para a configuração dos delitos estabelecidos no ECA”¹⁴.

O ECA, ao tratar da pornografia infanto-juvenil, a associa, de modo impróprio, ao termo pedofilia. Por pedofilia entende-se a “perversão que leva um indivíduo adulto a se sentir sexualmente atraído por crianças; prática efetiva de atos sexuais com crianças” (HOUAISS; FRANCO, 2004). Na realidade, pedofilia e pornografia não são termos sinônimos. A pedofilia é uma parafilia, em que há atração sexual de um adulto para com crianças pré-púberes ou não (SANTOS; SCARPIN, 2015)¹⁵. Portanto, “a prática sexualizada do adulto sobre a criança ou adolescente é considerada pedofilia, e segundo a psicanálise está relacionada com o caráter fetichista do perverso, no qual elege um único objeto (no caso a criança) como subalterno ao seu desejo”¹⁶. Pela Classificação Internacional de Doenças (CID-10) da Organização Mundial da Saúde (OMS)¹⁷, a pedofilia é definida como “preferência sexual por crianças, quer se trate de meninos, meninas ou de crianças de um ou do outro sexo, geralmente pré-púberes ou não”¹⁸.

13 O IP é uma expressão bastante popular, embora nem todo mundo saiba exatamente o seu significado. O termo é a sigla para Protocolo da Internet, ou *Internet Protocol*, em inglês. Disponível em: <https://canaltech.com.br/software/o-que-e-ip/>. Acesso em: 25.10.20

14 REsp 1543267/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/12/2015, DJe 16/02/2016.

15 Disponível em: <file:///D:/Users/User/Downloads/1650-13-4752-1-10-20180117.pdf>. Acesso em: 09.10.20

16 Idem, p. 2.

17 O CID para as pessoas que possuem transtornos da preferência sexual é o CID 10 F65. Disponível em: https://www.medicinanet.com.br/cid10/1555/f65_transtornos_da_preferencia_sexual.htm. Acesso em 06.10.20

18 Pedophilic disorder is characterised by a sustained, focused, and intense pattern of sexual arousal—as manifested by persistent sexual thoughts, fantasies, urges, or behaviours—involving pre-pubertal children. In addition, in order for Pedophilic Disorder to be diagnosed, the individual must have acted on these thoughts, fantasies or urges or be markedly distressed by them. This diagnosis does not apply to sexual behaviours among pre- or post-pubertal children with peers who are close in age. 6D32 Pedophilic disorder. Disponível em: <https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http%3a%2f%2fid.who.int%2f6d32%2f6d32%2f517058174>. Acesso em: 09.10.20.

Assim, a pedofilia é uma psicopatologia, que se configura a partir de um desvio da sexualidade do indivíduo, enquanto que a pornografia, de acordo com o ECA, se configura pelo compartilhamento, venda, troca, dentre outros núcleos, de exposição de cena de nudez que envolva criança ou adolescente, ainda que ocorra uma única vez. Desse modo, nem todo pedófilo é criminoso, pois a configuração do delito demanda a exteriorização de uma conduta ilícita, assim como nem todas as situações que envolvem pornografia infanto-juvenil são perpetradas por pedófilos (CONTI, 2008). Temos, portanto, que o modo pelo qual a legislação aborda o tema da “pedofilia” versus “pornografia” é equivocado: “pedofilia não é um termo jurídico, e sim um termo médico que se refere a um distúrbio de comportamento a ser diagnosticado no caso concreto” (CASTRO; BULAWSKI, 2011)¹⁹.

O trabalho apresenta como problema de pesquisa: O ECA disciplinou de forma adequada o *Child Grooming* e outras condutas relacionadas à pornografia infanto-juvenil, especialmente praticadas por meio da *internet*? Como metodologia de pesquisa utilizou-se da revisão bibliográfica com análise de materiais que discorrem sobre o tema, legislação e também dados quantitativos. Como problematização temos que a tipificação das condutas sobre pornografia infantojuvenil não é adequada e suficiente para atender às situações que envolvem *Child Grooming* e disseminação de pornografia infanto-juvenil por meio das TICs. Como conclusões temos que, apesar da boa intenção legislativa em garantir uma maior proteção de crianças e adolescentes, visando garantir a sua dignidade humana, especialmente no contexto de pornografia e tecnologias que permitem o aliciamento de vítimas mais vulneráveis e disseminação de conteúdo ilícito, o tratamento dado ao tema ainda é insuficiente. Ademais, o ECA não abrange todas as situações que podem configurar o instituto do *Child Grooming* relacionado à pornografia infanto-juvenil.

Referências

_____. Lei nº 8.069 de 13 de Julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 29 de setembro de 2020.

BRASIL. Constituição (1988). Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 out. 2020.

¹⁹ Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/upload/pdf/7/artigo3.pdf>. Acesso em: 09.10.20.

BRASIL. Decreto nº 99.710, de 1990. Brasília, Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 09 out. 2020

CONDACK, Cláudia Canto. Dos Crimes. In: MACIEL, Kátia R. F. L. A. (Org.). Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspéctos Teóricos e Práticos. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. Cap. 6. p. 1093-1147.

CONTI, Matilde Carone Slaibi. Da pedofilia: aspectos psicanalíticos, jurídicos e sociais do perverso sexual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 2

CRUZ, Elaine Patricia. **Brasil tem 24,3 milhões de crianças e adolescentes que usam internet**. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-09/brasil-tem-243-milhoes-de-criancas-e-adolescentes-utilizando-internet>. Acesso em: 25 out. 2020.

DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGÊS. SIGNIFICADO de Indexado. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/indexado/#:~:text=Significado%20de%20indexar,j%C3%A1%20estabelecidos%20pelo%20mercado%20financeiro>. Acesso em: 7 out. 2020.

FERNANDES, Gustavo Henrique Galon. **Axiomas do Garantismo Penal**. Disponível em: <https://gustavogalonfernandes.jusbrasil.com.br/artigos/789763525/axiomas-do-garantismo-penal?ref=serp>. Acesso em: 09 out. 2020.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Sales; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. Dicionário Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2004, p. 2164.

ICD-11 for Mortality and Morbidity Statistics. Disponível em:

<https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http%3a%2f%2fid.who.int%2fid%2fentity%2f517058174>. Acesso em: 09 out. 2020.

Joelíria Vey de Castro; Cláudio Maldaner Bulawski; O PERFIL DO PEDÓFILO: UMA ABORDAGEM DA REALIDADE BRASILEIRA. Revista Liberdades - nº 6 - janeiro-abril de 2011, p. 8. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/7/artigo3.pdf. Acesso em: 09.10.20.

LOTUFO, Renata Andrade. Crimes cometidos contra a vulnerabilidade sexual de crianças e adolescentes no ECA e no Código Penal: a Internet como forma de cometimento e aproximação do sujeito ativo e vítima. **Tribunal Regional da 3ª Região. Escola de Magistratura. Investigação e Prova nos Crimes Cibernéticos. Caderno de Estudos 1**, São Paulo, v. 1, n. 978-85-98004-04-4, p. 256-299, dez. 2017.

LANZAROTE. Convenção do Conselho da Europa para a Protecção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais. **Council Of Europe: Convenção do Conselho da Europa Para A Prevenção e O Combate À Violência Contra As Mulheres e A Violência**

Doméstica, Espanha, v. 201, n. , p. 1-40, out. 2007. Disponível em:
<https://rm.coe.int/168046e1d8>. Acesso em: 09 out. 2020.

MEDICINANET: Biblioteca Livre. CID 10 F65. Disponível em:
https://www.medicinanet.com.br/cid10/1555/f65_transtornos_da_preferencia_sexual.htm.
Acesso em: 7 out. 2020.

MEURY DARLLING DOS SANTOS, ANDRÉ LUÍS SCAPIN. ASSOCIAÇÃO ENTRE
PERVERSÃO E PEDOFILIA SEGUNDO A PSICANÁLISE FREUD – LACANIANA.
Revista UNINGÁ Review. Vol.23,n.3,pp.70-74 (Jul - Set 2015), p.1. Disponível em:
<file:///D:/Users/User/Downloads/1650-13-4752-1-10-20180117.pdf>. Acesso em: 09.10.20, p. 1.

OPERAÇÃO DARKNET. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/rs/sala-de-imprensa/docs/outros-documentos/operacao-darknet>>. Acesso em: 23 out. 2020.

REsp 1543267/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA,
julgado em 03/12/2015, DJe 16/02/2016.

RIOS, Rodrigo Sánchez e LINHARES, Sólton Cícero – A Dimensão Transnacional do
Fenômeno Child Grooming e sua Receptividade no Ordenamento Jurídico-Penal Pátrio in
Revista Brasileira de Ciências Criminais nº107, 2014, pág. 245.

ROSA, Cláudia Maria Sardanha da *et al.* ALICIAMENTO DE MENORES NA INTERNET:
CRIMES SEXUAIS. **Inova+ Cadernos da Graduação da Faculdade da Indústria**, São José
dos Pinhais, v. 1, n. 1, p. 107-119, fev. 2020.

SAFERNET. **Indicadores**. Disponível em:
<<https://indicadores.safernet.org.br/indicadores.html>> Acesso em: 29 set. 2020.

SALUTES, Bruno. **O que é IP**. Disponível em: <https://canaltech.com.br/software/o-que-e-ip/>. Acesso em: 25 out. 2020.

SANTOS, Paulo Ernani Bergamo dos. Direito internacional e o combate à
cibercriminalidade contra crianças. **Crimes Cibernéticos: Coletânea de Artigos**, Brasília,
v. 3, p. 156-196, maio 2018.

SHIMABUKURO, Adriana. Cibercrime: quando a tecnologia é aliada da lei **Tribunal
Regional da 3ª Região. Escola de Magistratura. Investigação e Prova nos Crimes
Cibernéticos. Caderno de Estudos 1**, São Paulo, v. 1, n. 978-85-98004-04-4, p. 18-31, dez.
2017.

SIMÃO, Guilherme Barby. O perigo por trás dos compartilhadores e detentores de
arquivos de pornografia infantil. **Tribunal Regional da 3ª Região. Escola de Magistratura.
Investigação e Prova nos Crimes Cibernéticos. Caderno de Estudos 1**, São Paulo, v. 1, n.
978-85-98004-04-4, p. 300-313, dez. 2017.

USLEGAL.COM: Child Grooming Law and Legal Definition. Disponível em: USLegal
Home Definitions Home Information Services Products Find Attorney For Attorneys
Login Help About Privacy Policy USLegal Child Grooming Law and Legal Definition.
Acesso em: 09 out. 2020.

DISCURSO DE ÓDIO NA ERA DIGITAL

HATE SPEECH IN THE DIGITAL AGE

Milena Alves Teixeira¹; Milena Viana Felix da Costa Silva²

Palavras-chave: Intolerância; Lei; Liberdade de expressão; Rede Social; Internet.

Keywords: Intolerance; Law; Freedom of expression; Social Network; Internet.

A internet trouxe muitos benefícios para a sociedade, junto com as redes sociais simplificou a comunicação entre os internautas e a distância já não é mais um problema para se comunicar com a pessoa desejada. Essa tecnologia permitiu a possibilidade de novos relacionamentos, a busca de oportunidades e claro, nos expressar. Mas, se não usada com cautela, poderá trazer malefícios para a vida de alguém. Apesar de seus benefícios, a internet pode ser a “arma” de diversos crimes, como por exemplo, o discurso de ódio.

Salienta Gonçalves que

... A Internet é um meio de comunicação sem mediador, onde: [...] ao mesmo tempo em que abrem exponencialmente as possibilidades de exercício das liberdades públicas e de participação democrática, acentua o risco de abuso dessas liberdades sob a forma de difusão de conteúdos ilícitos, difamação e ofensa ao bom nome e reputação, e outras práticas de caráter fraudulento.³

O discurso de ódio, também conhecido como incitação de ódio, pode ocorrer por meio de qualquer forma de comunicação, ou seja, pode estar presente em qualquer discurso, gesto ou conduta que incite o ódio ou violência em relação às diferenças pessoais (como cor, etnia, religião, orientação sexual, deficiências, classe, etc.). As redes sociais contribuem com a propagação desse crime por meio de divulgação de dados associados e postagens de conteúdos ilegais que promovem a violência de diversas formas, e que muitas vezes, é feito de forma anônima.

¹ Graduanda no curso de Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU. Membro do grupo de pesquisa Crimes, dignidade da pessoa humana e sociedade da informação vinculado ao Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU. E-mail – milenaalves.teixeira@outlook.com

² Graduanda no curso de Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU. Membro do grupo de pesquisa Crimes, dignidade da pessoa humana e sociedade da informação vinculado ao Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU. E-mail – milenavianaf@gmail.com

³ GONÇALVES, Maria Eduarda. **Informação e Direito na era digital: um novo paradigma jurídico?**. Dez. 2012, p. 12.

Para alguns internautas, o discurso de ódio pode ser facilmente confundido com a liberdade de expressão. Apesar do direito da liberdade de expressão ser a livre manifestação de qualquer um, sobre ideias e opiniões, sem a interferência estatal, essa difere-se da incitação de ódio quando o indivíduo abusa desse direito, manifestando-se de forma agressiva para com outra pessoa.

Desta forma, com o mundo aderindo cada vez mais essa tecnologia, os crimes digitais ganharam um lugar na nossa sociedade e claro, no nosso ordenamento jurídico. Pois, diferente do que muitos pensam, existem leis específicas para cuidar da segurança de cada indivíduo conectado. Assim, qualquer internauta poderá recorrer à justiça para descobrir quem está por trás das ofensas e reparar o dano causado.

Através da metodologia da revisão bibliográfica especializada, a abordagem tem por objetivos a conscientização do poder da incitação de ódio na era digital, focando nos impactos e consequências que esse crime pode causar. O discurso de ódio ganhou força quando surgiram as redes sociais e alimenta a violência contra certos grupos da nossa sociedade. Samanta Ribeiro Meyer-Pflug define que o discurso de ódio expressa “ideias que incitem a discriminação racial, social ou religiosa em determinados grupos, na maioria das vezes, as minorias”.⁴ Em sua constatação Samanta delimita que esse tipo de ação pode acontecer com questões raciais, sociais ou religiosas, mas isso vai muito além.

Para nos aprofundarmos no assunto e entendermos mais sobre a expansão desse problema podemos utilizar a definição do doutrinador Winfried Brugger que estabelece que ao realizar um discurso de ódio o autor usa palavras “que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião” e possuem a “capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas”.⁵

A base para toda essa situação é o preconceito, que ocorre quando há o julgamento de algo ou alguém sem ao menos conhecer. O preconceito pode acontecer em qualquer situação e por qualquer motivo, seja ele racial, social, baseado no gênero ou sexualidade de alguém. O preconceito é construído socialmente e quem o comete tenta inferiorizar algo ou alguém somente por se considerar maior e melhor que o outro. Infelizmente ao invés dessa prática diminuir, pois a sociedade esta cada vez mais desenvolvida e bem informada, só aumenta.

Também podemos ligar o discurso de ódio à intolerância, que é o comportamento determinado pela falta de respeito, de tolerância e de aceitação das diferenças, opiniões e

⁴ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 97.

⁵ BRUGGER, Winfried. **Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano**. Direito Público, Porto Alegre, 2009, p. 118.

escolhas do próximo. Ao tratar outro com intolerância gera-se a segregação de determinados grupos ou pessoas, tornando suas realidades cada vez mais difíceis, levando em consideração que geralmente os grupos atacados são minorias, sendo assim, além de terem que lidar com a desigualdade e exclusão social têm que enfrentar mais esse dilema.

Portanto, o discurso de ódio é caracterizado pelo preconceito, violência e intolerância ao próximo por conta da orientação sexual, religião, cor/etnia entre outros, a fim de inferiorizar grupos, geralmente minoritários, por conta de opiniões e crenças divergentes da do ofensor e ofendido.

O discurso de ódio fere a dignidade da pessoa humana, princípio protegido pela Constituição Federal em seu artigo 1^o, inciso III, pois, quando o agressor passa a perseguir a vítima para ofendê-la, gera um constrangimento público a ela, ferindo até sua autoestima.

Na mesma linha Sarlet (2001), dispõe que todos os seres humanos têm sua dignidade defendida de forma igual pela Constituição Federal. A carta magna defende cada membro da sociedade de qualquer ato que seja considerado cruel, ofensivo ou desumano, e ainda garante que será assegurado ao ser humano uma vida digna, protegendo suas necessidades básicas e fundamentais.⁶

A era digital nos possibilitou muitos benefícios, com ela podemos nos comunicar com alguém que esteja do outro lado do mundo, realizar pesquisas, compras e trocas de experiências de maneira rápida e fácil. No entanto, algumas pessoas usam desse benefício para destilar ódio e desrespeito apenas por possuírem crenças ou opiniões diversas dos outros.

Da mesma maneira que uma mensagem com conteúdo valioso se propaga rapidamente as com conteúdo ofensivo e discriminatório também e, muitas vezes até mais rápido do que as primeiras. Antigamente esse tipo de situação se restringia a um grupo pequeno de pessoas ou lugares, já hoje em dia isso se espalha para o mundo inteiro em um piscar de olhos e o pior, “uma vez na internet, para sempre na internet”.

Desde de 2006 a ONG SaferNet realiza um levantamento que aponta o aumento de denúncias de conteúdos de ódio na internet. Durante o período de 2006 a 2019 foram recebidas 2.263.060 denúncias relacionadas a esse tema. Dentre elas, 28% refere-se ao racismo e 68% das vítimas que procuram o Helpline são mulheres. Em dezembro de 2019 foram recebidas 40.304 denúncias sobre violência ou discriminação contra mulheres, 149.946 sobre homofobia, 162.291 sobre xenofobia, 242.122 sobre neonazismo, 271.814 sobre

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 2001. p. 60.

intolerância religiosa, 625.404 sobre racismo e 771.013 denúncias sobre apologia e incitação a crimes contra vida.⁷

Esses dados só reforçam o que foi dito anteriormente, na grande maioria das vezes os alvos fazem parte de grupos minoritários, que ao navegarem nas redes acabam se deparando com mensagens com o conteúdo violento direcionado para os grupos aos quais fazem parte.

O efeito do discurso de ódio na internet pode ser maior do que na vida fora das telas, pois as publicações nas redes sociais viralizam mais e acabam atingindo um maior número de pessoas. Dessa forma um único incitador pode receber quatro, cinco ou mil incentivos de seguidores que apoiem seu discurso. Assim, a incitação ao ódio sai das telas e vai para as ruas, onde ocorre o constrangimento das vítimas, que horas antes apenas foi citada em uma rede social.

Em entrevista com a BBC News, em 2017, o psicanalista Contardo Calligaris, fala sobre a sua avaliação em disseminação de discurso de ódio nas redes sociais, ele acredita que o ódio expresso na internet deve ganhar uma atenção a mais e que por conta do apoio dos seguidores aqueles que destilam o ódio sentem-se validados.⁸

Com o avanço da tecnologia, surgiu a facilidade de comunicação e expressão. Mas e em relação a diversidade nas redes sociais? Cada um tem o direito de liberdade de expressão, mas e quanto aqueles que pensam de uma forma diferente do outro? Devemos sempre lembrar que apesar dos benefícios dessa tecnologia, há também infrações que podem resultar em graves prejuízos na vida de um internauta.

Com a falsa sensação de anonimato que a rede social transmite, muitas pessoas acreditam que estão escondidas e que assim podem cometer nesse meio de informação atos infracionais, que podem prejudicar de diversas formas a vida de um cidadão. E eis que o dilema: a internet, é uma terra sem lei?

A resposta é simples, não, a internet não é uma terra sem lei. Ao contrário do que muitos acreditam, há no ordenamento jurídico um espaço específico para cuidar de crimes cometidos através da internet, tais crimes são chamados de *cybercrimes*.

Há crimes que vivenciamos o tempo todo na sociedade, mas que agora circulam pelas telas dos celulares e notebooks, facilitando que a informação chegue a terceiros muito mais rápido. Os crimes mais comuns que são propagados e publicados pelas redes sociais

⁷ **O que é discurso de ódio.** Disponível em: <<http://saferlab.org.br/o-que-e-discurso-de-odio/index.html>>. Acesso em: 20 de outubro de 2020.

⁸ PEREIRA, Néli. **Redes sociais validam o ódio das pessoas, diz psicanalista.** BBC News Brasil, São Paulo, 10 de janeiro de 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-38563773>>. Acesso em: 20 de Outubro de 2020.

geralmente são crimes contra a honra objetiva e subjetiva, como a calúnia, difamação e a injúria, crimes previstos nos artigos 138, 139 e 140 do Código Penal e suas penas variam de detenção de 3 (três) meses a 2 (dois) anos e em alguns casos, culminado com multa.

E claro, o discurso de ódio, que se consuma quando o indivíduo abusa do seu direito de expressão de liberdade, agindo de forma agressiva sobre a diversidade de outrem. O discurso de ódio esta presente tanto em sites como nas próprias redes sociais e até no meio jornalístico. É tipificado na lei 7.716/89, que trata sobre preconceitos e dispõe que: **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.

As redes sociais contribuem com a incitação de ódio quando permitem divulgação de dados associados a conteúdos que promovem a violência e a disseminação do discurso ocorre por meio de postagens. Os responsáveis de algumas redes, como *Facebook*, *Google*, *Microsoft* e o *Twitter*, em 2016 chegaram a um acordo com a União Europeia para avaliarem a maioria das notificações e removerem os discursos de ódio que circulavam nas redes.

O secretário da ONU ainda se pronunciou sobre acabar com o discurso de ódio e manter, de forma adequada, a liberdade de expressão:

Enfrentar o discurso de ódio não significa limitar ou proibir a liberdade de expressão. Significa evitar que este discurso se transforme em algo mais perigoso, particularmente que incite discriminação, hostilidade e violência, o que é proibido pela legislação internacional. Precisamos tratar do discurso de ódio como tratamos qualquer ato mal-intencionado: condenando, recusando que seja ampliado, confrontando-o com a verdade, encorajando que os autores mudem seu comportamento. Chegou a hora de avançar para erradicar antissemitismo, ódio contra muçulmanos, perseguição a cristãos e todas as formas de racismo, xenofobia ou intolerância - Secretário-geral da ONU (Organização das Nações Unidas) António Guterres.⁹

Apesar de tipificado em lei comum, como o Código Penal e a lei sobre preconceitos, a partir de 2012, o Brasil passou a ter legislação específica que trata dos crimes ocorridos por meio da internet.

A lei 12.737/2012, Lei dos Crimes Cibernéticos, conhecida também por Lei Carolina Dieckmann, discorre sobre atos como invadir computadores, roubar senhas, violar dados de usuários e divulgar dados de informações privadas.

⁹ GUTERRES, António. "As chamadas do discurso de ódio". **UNAIDS**, 01 de julho de 2019. Disponível em: <<https://unaids.org.br/2019/07/as-chamas-do-discurso-do-odio-por-antonio-guterres/>>. Acesso em: 20 de Outubro de 2020.

Houve também a inclusão do artigo 154-A no Código Penal: **Art. 154-A** - Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa”.

Em 2014, foi sancionada a lei 12.965/2014, chamada de Marco Civil. A lei dispõe sobre os direitos e deveres dos internautas e também protege seus dados pessoais e sua privacidade. Essa tem sido uma lei muito utilizada como medida de combate ao discurso de ódio.

Logo, apesar de a internet ser um local que nos traga certo anonimato, gerando sensação de impunidade, devemos saber que existem leis que protegem os cidadãos contra esse tipo de ataque. Cada dia mais a internet traz à tona o universo de diversidade que possuímos, e isso deve ser respeitado, mesmo que não faça parte da realidade do outro.

A liberdade de expressão é um direito assegurado pela Constituição Federal de 1988 em seus artigos 5º e 220. O art. 5º, inciso IV, da Constituição Federal define que: **Art. 5º, inciso IV** - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.

Logo, qualquer um pode manifestar seu ponto de vista acerca de determinada pessoa ou assunto, mas para isso deve identificar-se. Ou seja, um dos maiores enganos que as pessoas cometem na internet é considerarem que só porque estão em um site ou rede social podem dizer o que querem anonimamente. Assim como um tem o direito de se manifestar o outro também tem o direito de se defender e para isso ocorrer de maneira justa é necessário que ele saiba contra quem esta se defendendo e se achar necessário poderá até ingressar com uma ação de reparação.

O artigo 5º, inciso IX, da Constituição Federal de 1988 dispõe que: **Art. 5º, inciso IX** - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. Mais uma vez o direito à liberdade de expressão é assegurado, agora no âmbito das atividades, mas essa liberdade não é absoluta, sendo assim ela deve respeitar os outros direitos assegurados pela Constituição, dentre eles os citados no próximo inciso do mesmo artigo, como o direito a intimidade, privacidade, honra e imagem. Sendo assim, os usuários da internet devem sempre ter em mente que o seu direito termina quando o do outro começa.

Já o artigo 220, da Constituição Federal define que: **Art. 220** - A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

Este artigo visa garantir a liberdade de comunicação social, entre elas a jornalística. Novamente, essa liberdade não é absoluta, sendo assim a imprensa também pode ter seu direito restringido. No caso de ser publicada uma matéria que não preserve os direitos de personalidade e resposta do cidadão ou reportagem a qual possua injúria, calúnia ou difamação contra pessoa poderão sofrer limitações e consequências jurídicas.

Como já dito anteriormente a internet não é uma terra sem lei, as pessoas devem entender que existe uma linha tênue entre liberdade de expressão e discurso de ódio. Chega um momento em que essa linha é ultrapassada, os direitos assegurados pela Magna Carta são feridos e a partir daí começa a existir o abuso de direito.

Logo, a liberdade de expressão é assegurada pela Constituição Federal e por isso deve ser respeitada, mas essa garantia não é ilimitada, a partir do momento em que ela fere algum outro direito constitucional poderá vir a ser limitada e até penalizada. Ao realizar uma publicação na internet os internautas devem sempre atentar-se em manter o respeito ao próximo para que não ultrapassem os limites da liberdade de expressão e acabem realizando um discurso de ódio.

Assim sendo, conclui-se que, após os dados apresentados é fato que a internet nos trouxe muitas vantagens, entre elas a simplificação da comunicação e a diminuição da distância entre as pessoas. Apesar disso, existem internautas que usam desse benefício para destilar ódio e desrespeito ao próximo.

O discurso de ódio pode acontecer em qualquer meio de comunicação e incita a intolerância e violência por conta da diversidade humana (como a orientação sexual, religião, cor, etnia, nacionalidade, entre outros). Podemos relacionar esse tipo de discurso ao preconceito enraizado na nossa sociedade, que gera cada vez mais a segregação de determinados grupos.

Com o avanço da tecnologia, as redes sociais ganharam força e agora fazem parte do cotidiano dos indivíduos. Com isso, mensagens com conteúdo ofensivo propagam-se rapidamente e os internautas possuem a falsa sensação de que o anonimato os autoriza a exporem sua opinião de maneira intolerante e desrespeitosa, muitos chegam até a cometer crimes, como calúnia, difamação, injúria e discurso de ódio.

A fim de combater esse tipo de ato foram criadas leis específicas para proteger os cidadãos dos *cybercrimes*. A Lei dos Crimes Cibernéticos, lei nº 12.737/2012, dispõe sobre a invasão de computadores, o roubo de senhas, violação de dados e divulgação de informações privadas. Além dela, uma lei comumente utilizada para combater esse tipo de discurso é a lei do Marco Civil, lei nº 12.965/2014, que dispõe sobre os direitos e deveres dos internautas e sobre suas proteções.

É importante que os internautas saibam que existe uma grande diferença entre liberdade de expressão e discurso de ódio, em que a primeira é garantida pela Constituição em seus artigos 5º, incisos IV e IX e 220, porém, essa liberdade não é absoluta e o usuário deve respeitar os outros direitos assegurados pela Constituição (como o de intimidade, privacidade, honra, imagem e os direitos humanos).

Por fim, o avanço da internet veio para nos beneficiar e seus usuários devem usá-la com sabedoria e responsabilidade. A liberdade e o anonimato não legitimam a prática de discurso de ódio e antes de alegarem que estão fazendo uso da liberdade de expressão devem lembrar que existem outros princípios na nossa Constituição que protegem os cidadãos contra ataques que firam sua honra e imagem.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 20/10/2020.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em 20/10/2020.

BRASIL. Lei nº 7.716, de 5 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 20/10/2020.

BRASIL. Lei nº 12.237, de 30 de novembro de 2012. **Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm> Acesso em 20/10/2020.

BRUGGER, Winfried. **Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano**. Direito Público, Porto Alegre, 2009.

GONÇALVES, Maria Eduarda. **Informação e Direito na era digital: um novo paradigma jurídico?**. Dez. 2012.

GUTERRES, António **“As chamadas do discurso de ódio”**. UNAIDS, 01 de julho de 2019. Disponível em: <<https://unaid.org.br/2019/07/as-chamas-do-discurso-do-odio-por-antonio-guterres/>>. Acesso em 20/10/2020.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

Ódio o que é discurso de. Disponível em: <<http://saferlab.org.br/o-que-e-discurso-de-odio/index.html>>. Acesso em 20/10/2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 2001.

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DISCURSO DE ÓDIO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

THE HUMAN DIGNITY PRINCIPLE AND HATE SPEECH IN THE INFORMATION SOCIETY

Rafael Khalil Coltro¹

O presente estudo, após realizar uma abordagem teórica acerca das origens dos Direitos Humanos e do Princípio da Dignidade Humana, passa a analisar os conflitos existentes entre direitos fundamentais, em especial, se o direito à liberdade de expressão, quando exercido de maneira indiscriminada e sem limitações por parte do ordenamento jurídico, pode acarretar em situações que afrontam os princípios regentes do Direito Internacional dos Direitos Humanos, em especial, o princípio da dignidade da pessoa humana. Ademais, busca-se analisar se o estudo e a consolidação do princípio da dignidade da pessoa humana pode ser utilizado de forma a identificar onde se pretende exercer a garantia fundamental da liberdade de expressão e onde pretende-se utilizar-se dessa garantia para atender interesses de determinados grupos ou indivíduos, e que afracam os preceitos fundamentais e os direitos humanos.

1. Os Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade Humana.

Há bastante tempo, os seres humanos já detém a consciência de que são naturalmente possuidores de direitos e liberdades fundamentais. Nesse sentido, é possível identificar, desde a antiguidade, as sociedades humanas buscando das mais diversas maneiras resguardar direitos e garantias dos indivíduos em geral, como nota-se, por exemplo, ao analisar-se a chamada “Lei das Doze Tábuas”, um conjunto de normas promulgadas no Império Romano por volta de 450 A.C, onde os romanos visaram estabelecer maior igualdade de direitos entre as diversas classes sociais que faziam parta da sociedade à época, buscando vedar, ou ao menos diminuir a beligerância privada (CARRILHO, 2008, p.17), muito comum àquela época

Ocorre que, mesmo que tais pensamentos relacionados com o que conhecemos hoje por Direitos Humanos se mostrem perceptíveis há bastante tempo, é cediço que os valores das sociedades antigas eram profundamente diferentes dos atuais, portanto, o cuidado com

¹ Mestre em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas FMU- SP (em andamento). Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC-RS. Graduado em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU- SP. Advogado e membro da Comissão de Direito Penal da OAB/SP.

os direitos humanos àquela época era totalmente diferente do que hodiernamente se observa. Nesse sentido explica Bilder (1992, p.3), dizendo que embora a ideia de que seres humanos seriam detentores de direitos e liberdades fundamentais que lhes são inerentes já exista há bastante tempo, a concepção atual acerca de Direitos Humanos, como objeto próprio de uma regulação internacional é bastante recente para os padrões históricos. A concepção de Direitos Humanos que se têm hoje, decorre de uma longa construção histórica, onde, gradualmente, foram sendo acrescentados direitos que hoje são consagrados como fundamentais.

Foi somente após as atrocidades vivenciadas pela humanidade após a deflagração da 2ª Guerra Mundial, época na qual imperava a lógica geral de destruição de seres humanos, tidos como descartáveis pelas forças beligerantes, que emergiu a necessidade de realmente alicerçar os valores dos Direitos Humanos na forma do paradigma ético capaz de orientar toda a ordem internacional.

Assim, a partir de então, a maior parte das nações do mundo vêm se mostrando nitidamente tendentes à ratificação sistemática da maioria dos principais tratados internacionais que versam sobre direitos humanos. Por exemplo, até janeiro de 2020, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos contava com 173 Estados-Partes, a Convenção Internacional para Eliminação de Todas as formas de discriminação racial contava com 182 e a Convenção para Eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, com 189².

Ao lado deste sistema normativo global, surgiram também (em especial na Europa, América e África) os sistemas normativos regionais de proteção aos direitos humanos, que buscam internalizar os direitos consagrados no plano internacional em seus ordenamentos jurídicos próprios, funcionando de forma complementar aos sistemas globais, fortificando e majorando a proteção dos direitos humanos nos países em que os mesmos passam a vigorar (CANÇADO TRINDADE, 1993, p.53).

No Brasil, especialmente a partir da redemocratização e da promulgação da Constituição Federal de 88, a ordem normativa detém notório caráter protetivo aos direitos humanos, tanto pela adesão do país à maior parte dos tratados e convenções internacionais de proteção aos direitos humanos, quanto pelo sistema normativo implantado no país, que, após a promulgação da referida carta magna, consagrou o primado do respeito aos direitos humanos como paradigma propugnado para a ordem internacional, sendo a atenção dispendida à temática tamanha, que à luz desse regime normativo, diferentemente dos demais tratados internacionais que se sujeitam a uma determinada sistemática para

² Status of Ratifications of the Principal International Human Rights Treaties. Disponível em: <https://indicators.ohchr.org/>. Acesso em: 20 de out. 2020.

aprovação e incorporação legislativa em nível infraconstitucional, os tratados internacionais ratificados que versem sobre direitos humanos passaram a ser incorporados automaticamente pelo ordenamento jurídico brasileiro, com o *status* de norma constitucional.

Esses direitos foram positivados no ordenamento pátrio na forma de Direitos Fundamentais³, encontrando-se explicitados na Constituição Federal, em sua maioria, no Título II da carta magna “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, em especial, no art. 5º pode-se vislumbrar a maioria dos Direitos Individuais e Coletivos, e no art. 6º os Direitos Sociais, os quais, ao menos em tese, possuem prioridade no que se refere ao reconhecimento e aplicação na sociedade. De toda forma, além de positivizar os direitos fundamentais no texto normativo, a Constituição Federal impõe a observância de um princípio geral adotado com o intuito de fortalecer e reconhecer os direitos humanos: o princípio da dignidade humana.

Como explica Ferrajoli (2011, p. 104), a dignidade da pessoa humana, considerada como qualidade ou valor interior absoluto de cada ser humano, é o que fundamenta os direitos à liberdade, à afirmação, à tutela e à valorização de todas as diferenças de identidade; os direitos sociais à sobrevivência (direitos à saúde e à instrução aos direitos à subsistência e à previdência) e os direitos à redução das desigualdades nas condições da vida (discriminações referentes ao caráter econômico ou social).

Neste mesmo sentido, Sarlet (2001, p. 60) estabelece, com muita propriedade que:

A dignidade é a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que garantem a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano.

O Brasil, como país signatário destas e outras convenções, adotou a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana como um dos princípios regentes de seu ordenamento jurídico pátrio, e não somente nas questões mais flagrantemente carentes de sua aplicação, como as descritas no art. 5º e 6º da constituição brasileira. Na verdade, como explica Ana Paula de Barcellos (2002, p.103), o princípio da dignidade da pessoa humana passa a ser analisada de forma a ser considerado o mais importante fundamento da República Brasileira Federativa do Brasil e para o funcionamento do Estado Democrático de Direito, e necessita, desta forma, ser considerado como valor-fonte axiológica do Direito.

³ Conforme explica Malheiro (2016, p.3), os Direitos Fundamentais são, de uma maneira bastante resumida, direitos humanos positivados em tratados internacionais que restaram por serem incorporados ao ordenamento jurídico de um determinado Estado.

Prova disto é o que se extrai de diversos artigos constitucionais que dispõe acerca dos princípios constitucionais que devem reger a sociedade, como no art. 1º, III da Constituição, que consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, o art. 3º, IV, que coloca como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor e quaisquer outras formas de discriminação, e o art. 170, que menciona que a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e ter por fim assegurar a todos existência digna.

2. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como um paradigma norteante para a identificação do *Hate Speech*.

Atualmente, existe uma ideia bastante difundida nos meios acadêmicos, acerca do fato de que a maioria das sociedades humanas encontram-se inseridas em frequentes e impactantes mudanças estruturais e movimentos de mudanças culturais políticas, econômicas e jurídicas, ocasionados por um novo ciclo histórico atravessado pela humanidade e pelas recentes inovações tecnológicas trazidas por este ciclo, que estão se mostrando capazes de dissolver as fronteiras entre telecomunicações e os meios de comunicação até então existentes de uma forma inimaginavelmente veloz e revolucionária.

Como explica Barreto Jr. (2007), convencionou-se nomear esse novo ciclo histórico de “Sociedade da Informação”, cuja principal marca é o surgimento de complexas redes profissionais e tecnológicas voltadas à produção e ao uso da informação, que alcançam ainda sua distribuição através do mercado, bem como as formas de utilização desse bem para gerar conhecimento e riqueza.

Diante de tamanha velocidade de mudança nas formas das relações sociais, indubitavelmente, o legislador permanece sempre um passo atrás na tutela das novas modalidades de relações sociais que surgem diariamente, em velocidade antes inimaginável. Mudanças sociais que antes levariam décadas para se efetivarem, e assim dariam tempo ao Estado para realizar uma tutela jurídica de maneira mais efetiva em relação as mesmas, agora se dão em questão de meses, semanas, dias e até horas.

Ao analisar-se o art. 5º, IX da Constituição Federal, é possível depreender que a Carta Magna garante o direito à livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. Tal garantia fundamental, conhecida como direito à liberdade de expressão, pode ser considerada como um dos mais importantes direitos presentes na constituição, uma vez que sua garantia pressupõe a concretização da dignidade do indivíduo, além de possibilitar a plena efetivação do Estado democrático de Direito.

Pela perspectiva da democracia, é crucial que se exista a liberdade de expressão, para que assim o cidadão possua voz, e, a partir dessa garantia, é assegurada a possibilidade de manifestação do seu pensamento, seja ele político ou ideológico, além da oportunidade, conjugado com outros direitos, da participação no debate político, exercendo, assim, a sua cidadania.

Entretanto, nem sempre o exercício desta garantia é algo abnóxico. Observa-se que, com o advindo da Sociedade da Informação e da massificação dos meios de comunicação, principalmente com o surgimento da internet e das redes sociais, o poder de comunicação implementou-se ainda mais do que nas épocas passadas, tornando-se cada vez mais rápido, efetivo e abrangente. Contudo, como explica de forma categórica Fuller (2014, p. 136), essa liberdade de comunicação exacerbada gerou uma inequívoca diminuição da qualidade da informação disponível, bem como, operou a redução do sentido comunicacional no que tange a interação intersubjetiva pessoal.

Sobre o assunto, explica Gilberto Barbosa Salgado (2007, p. 219), observando acerca uma mudança na forma de produção de informação:

Na busca incessante e neurastênica da novidade, e no medo de levar ‘furos’ ou ‘barrigada’, estão algumas comprovações do *fenômeno da convergência*: as redações passam a trocar informações ou repetir notícias através daquelas geradas instantaneamente nos blogs, sites, agências, ou mesmo em outras mídias, iguais ou correlatas, mas também nas diferenciadas quanto à forma de veiculação, causando reforços exagerados de temas(..)

Dessa forma, em face da grande quantidade de informação disponível, e que em grande parte possui um baixíssimo valor qualitativo, acabam por ser frequentemente deflagradas condutas de comunicações midiáticas, sem a avaliação valorativa e consentânea com a realidade, caracterizando-se como condutas que refletem simples reproduções sem benefícios à sociedade e até mesmo, abusivas e direcionadas ao discurso da intolerância (FULLER, 2014, p. 136).

Tais discursos, quando revestidos de excepcional intolerância e de um fator dissociativo em face de indivíduos ou grupos, pode ser considerado o que se denomina por *Hate Speech*, ou “Discurso de Ódio”. Esse tipo de discurso, consoante definição de Brugger (2007, p. 180), é aquele que se compõe de “palavras que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião”, entre outros atributos, tendo “a capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação contra tais indivíduos ou grupos, muitas vezes rebaixando-os à um *status* de coisa, desumanizando-os.

Nessas situações, conforme já mencionado em outro trabalho o indivíduo, ao exercer seu direito fundamental à livre expressão para justificar seu *animus* de proferir falas

ou discursos que se enquadrem com o conceito de discurso de ódio, extrapola o bem jurídico tutelado pela norma garantidora da liberdade de expressão. Isso porque, como já mencionado, o princípio regente de todos os direitos humanos e fundamentais, incluindo o da liberdade de expressão, é o princípio da dignidade da pessoa humana.

Exercer um discurso que atente contra a dignidade de um ser humano, portanto, majoritariamente parece ser completamente avesso ao princípio da dignidade, norteante do Estado Democrático de Direito, sendo amplamente aceito, portanto, que se mostra necessário estabelecer um conceito de discurso do ódio, para que fique claro quando se trata apenas da manifestação do pensamento, e que pode ser expressado com base no direito à liberdade de expressão, e quando ela ultrapassa o seu limite, configurando então, o discurso do ódio, que atenta contra a dignidade.

Claro que na realidade a dicotomia se revela bem mais complexa do que parece. É cediço que o Estado não se pode, e nem deve, exercer sua tutela de forma a reduzir a discussão a uma situação onde o discurso de ódio é “sempre tutelado” ou “nunca tutelado”. Como explica Fuller (2014, p.163), as antinomias devem ser “resolvidas casuisticamente” e “pelo princípio da proporcionalidade também denominado razoabilidade em face dos interesses/direitos em questão.”.

A autora cita, inclusive, Barbara Svalov (2011, p.70) que afirma que a solução encontrada nas situações que ocorrer o embate entre o direito à informação e os direitos de personalidade, entre os quais destacamos o direito à vida, o direito à honra, o direito à intimidade, o direito à vida privada e o direito à imagem, será conferida ao legislador a atribuição para realizar a ponderação dos bens envolvidos, com o fim de sacrificar o mínimo possível os direitos em foco⁴.

Conclusão

Os Direitos Humanos, na acepção atual, adquirida após a segunda guerra mundial, encontram-se bastante enraizados na maioria dos ordenamentos jurídicos mundo afora. Com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o reconhecimento das garantias trazidas por esta (e outras) convenção, se tornou um requisito praticamente obrigatório para o funcionamento pleno de um Estado Democrático de Direito. Tais direitos e garantias passaram a ser incorporados pelas nações, e vêm sendo postulados mediante a referência de um princípio utilizado como norte para a estruturação dessas garantias fundamentais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Ou seja, a observância desse

⁴ Fuller ainda complementa, fazendo a seguinte ressalva: “Apenas, faz-se uma ressalva, data vênica, no que tange às considerações da autora, que a ponderação dos direitos também poderá ser realizada pela própria autoridade jurisdicional que estiver diante do caso em concreto” (2014, p.163).

princípio é crucial para o cumprimento do que propõem os tratados internacionais voltados para a defesa dos direitos humanos, assim como, para a manutenção dos direitos fundamentais positivados nas constituições. Mais recentemente, com o advindo da chamada Era da Informação (ou Sociedade da Informação), passou-se a observar uma série de mudanças no padrão de vida da humanidade, ocasionadas, especialmente, por uma série de inovações tecnológicas (como por exemplo a internet), que causaram drásticas mudanças sociais, econômicas e culturais na maioria das sociedades humanas.

Assim, diante da situação vivenciada hoje em dia, onde a capacidade de produção de informação é praticamente generalizada, sem quaisquer tipos de limitação qualitativa acerca da informação que será difundida, mostra-se imperiosa a necessidade dos Estados Democráticos de legislarem acerca de quais são os limites que um cidadão poderá expressar sua opinião, sem que viole outros preceitos fundamentais garantidos pelas constituições democráticas e pelos tratados internacionais, ponderando sempre para que o direito fundamental da liberdade de expressão possa ser exercido sem afrontar o que preceitua o princípio da dignidade de pessoa.

E tal situação deve ser debatida e aprofundada no Brasil o quanto antes. Não convém aguardar inerte e testar o potencial de dissimulação da verdade que detém o discurso de ódio, ainda mais nos tempos atuais, onde a tecnologia e a internet propiciam um potencial de disseminação inimaginável aos indivíduos e seus discursos, sejam eles construtivos ou destrutivos. Se nas décadas de 30 e 40, os instrumentos de propagação de discurso de ódio já se mostraram suficientemente capazes de deixar máculas eternas na história da humanidade, certamente, com as tecnologias de propagação de informações atuais, o discurso de ódio, se não devidamente tutelado, pode se mostrar ainda mais perigoso.

Referências.

Artigos e Livros.

BARCELOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

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

- BILDER, Richard B. A Overview of international human rights law. In: HANNUM, Hurst. **Guide to international human rights practice**. 2 ed. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1992.
- BROWN, James Alexander Campbell. **Técnicas de persuasão – Da propaganda à lavagem cerebral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1971.
- BRUGGER, Winfried. **Constitutional Treatment of Hate Speech**. In: Eibe Riedel. *Stocktaking in German Public Law*. 2002.
- BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso de ódio? Uma controvérsia entre Alemanha e os EUA. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. In: Arquivos do Ministério da Justiça. In: PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CARRILHO, Cristino. **Manual de História dos Sistemas Jurídicos**. 1 ed. São Paulo: Elsevier, 2008.
- CASTANHO DE CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti. **Processo Penal e Constituição. Princípios Constitucionais**. 5^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- DUNKER, Cristian Ingo Lenz. **O ódio como afeto político**. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2015/05/06/o-odio-como-afeto-politico/>. Acesso em: 04 de mai. de 2020
- ESPIEL, Hector Gross. **Estudios sobre derechos humanos**. Madrid: Civitas, 1988.
- FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos Direitos e dos bens fundamentais**. Tradução Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior e Sérgio Cademortori, 2011, Livraria do Advogado: Porto Alegre.
- FULLER, Greice Patrícia. **O Direito Criminal Difuso, a dignidade da pessoa humana e a mídia na Sociedade da Informação**. In: Anais do VII Congresso Brasileiro da Sociedade da Informação – Regulação da Mídia na Sociedade da Informação: São Paulo, 2014, p. 131-141.
- MALHEIRO, Emerson. **Curso de Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- SALGADO, Gilberto Barbosa. Esfera midiática na América Latina: uma interpretação com as categorias habermasianas. In: SOUZA, Jessé; MATTOS, Patrícia (org). **Teoria crítica no século XXI**. São Paulo: Annablume, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SLAVOV, Bárbara. Direito à informação e a proteção dos direitos da personalidade. In: GOZZO, Debora (Coord). **Informação e direitos fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2011.

Artigos Eletrônicos.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 de mar. de 2020.

Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em

https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 11 de mar. de 2020.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em:

<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: 08 de mar. de 2020.

Status of Ratifications of the Principal International Human Rights Treaties. Disponível em: <https://indicators.ohchr.org/>. Acesso em 14 de mar. de 2020.

SEXTORSÃO: UM ESTUDO SOBRE OS CRIMES VIRTUAIS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

SEXTORSION: A STUDY ON VIRTUAL CRIMES IN THE INFORMATION SOCIETY

Mirela Dos Santos Martins¹

Palavras- Chave: Sextorsão; Crimes sexuais; Crimes virtuais; sociedade da informação.

Keywords: *Sextorsion; Sexual Crimes; Virtual crimes; information society.*

Com o advento da tecnologia e internet ambas sendo mais acessíveis a todos e podendo assim trazer tantos benefícios com também malefícios, surgirão conjuntamente novas tipologias de crimes digitais, condutas perpetradas através da internet, as quais o direito e a doutrina tentam acompanhar e tipificar a dinâmica ilícita praticada. Será que o direito é capaz de acompanhar o dinamismo da sociedade? Quando o mesmo não é pertinente e efetivo a doutrina é incumbida de tal responsabilidade, todavia a aplicabilidade da legislação penal acerca dos crimes virtuais ainda se encontra passível de dúvidas, a problemática é referente a interpretação extensiva para que se seja abarcado os delitos provenientes das relações virtuais, já que ainda não possui-se a tipificação da conduta penal de fato em nossa respectiva legislação. Porém a internet não pode ser vista como um ambiente ao qual não é suscetível a lei, então será necessário o enquadramento da conduta a uma norma já existente, pois cada dia torna-se mais necessário que exista um mínimo de controle legal sobre o tráfego de informações aliado à tecnologia, para que a mesma seja segura. Para referir-se aos crimes virtuais foi-se utilizada a definição trazida por Irineu Francisco Barreto Junior²: Com a prospecção da Sociedade da Informação, surgiu uma nova modalidade de crimes cometidos no espaço virtual da rede através de e-mails (correio eletrônico), web sites (sítios pessoais, institucionais ou apócrifos) ou mesmo ocorridos em comunidades de relacionamento na Internet, propriedade do provedor de conteúdo americano Google. As transações comerciais eletrônicas, envolvendo compras que exigem a identificação do número de cartão de crédito, as transações bancárias, que solicitam registro de dados referentes às contas correntes bancárias, além do uso de senhas e demais

¹ Graduanda pela Universidade Metodista de São Paulo. Membro do Grupo de Pesquisa: Crime, Dignidade da Pessoa Humana e Sociedade da Informação vinculado ao programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas UNIFMU.

² BARRETO Júnior, Irineu. Atualidade do Conceito de Sociedade da Informação para a Pesquisa Jurídica. In: PAESANI, Liliana Minardi (Coord.). **O direito na sociedade da informação**. São Paulo: Atlas, 2007.p.71.

mecanismos de segurança, assim como a profusão de novas modalidades relacionais mantidas em sociedade, através da Internet, propiciaram o surgimento de novas modalidades de crimes na web, batizados de crimes virtuais. ³Porém a legislação Brasileira não há se modernizado para acompanhar os avanços da tecnologia, provocando assim um déficit em nosso ordenamento jurídico, tendo como abrangência a necessidade da interpretação extensiva para tipificação do ato delitivo, para que a conduta do respectivo agente não transcorra em albis, e o mesmo receba a sanção cabível ao ato praticado, buscando o enquadramento da conduta tida como “novidade” jurídica, há algum crime já existente em nosso Código Penal. O respectivo resumo expandido apresenta uma metodologia de revisão bibliográfica especializada, a problemática proposta consiste na reflexão do tema apresentado, sendo o mesmo divergente sob a ótica doutrinária e de certo modo uma novidade jurídica ao nosso atual Código Penal, sendo este estudo o objetivo principal da pesquisa.. A lei 12.015/09 deu nova redação ao tipo penal em relação ao crime de estupro no Brasil, possuindo como núcleo do tipo principal o constrangimento (ao qual significa obrigar, forçar, subjugando assim a vítima ao ato sexual), unificando o crime de estupro ao de atentado violento ao pudor, tendo o legislador como principal objetivo a proteção a liberdade sexual, o direito à disposição ao próprio corpo, e propriamente a liberdade de escolha sob seu parceiro sexual, seguindo assim sob o mesmo entendimento Rogério Greco: Em virtude da nova redação constante do Título VI do Código Penal, podemos apontar como bens juridicamente protegidos pelo art.213 tanto a liberdade quanto a dignidade sexual. A lei, portanto, tutela o direito de liberdade que qualquer pessoa tem de dispor sobre o próprio corpo, no que diz respeito aos atos sexuais. O estupro, atingindo a liberdade sexual, agride, simultaneamente, a dignidade do ser humano, que se vê humilhado com o ato sexual.⁴ Mediante a este pressuposto para que reste configurado o crime de estupro caracteriza-se necessário que o agente atue sob o ato de violência ou grave ameaça. Conforme está premissa, o referido autor nos ensina que “Violência, diz respeito à *vis corporalis, vis absolutas*, ou seja, a utilização de força física, no sentido de subjugar a vítima.”⁵ A palavra é derivada da junção sexo + extorsão, o termo Sextorção ou estupro virtual foi utilizado pela primeira vez nos Estados Unidos em meados de 2010, pelo FBI (Federal Bureau of Investigation) após a análise de um caso concreto onde a vítima estava sendo constrangida sexualmente, a realizar atos contra sua vontade mediante grave ameaça, e a pressão psicológica de suas fotos íntimas serem expostas no meio virtual. Recentemente ocorreu-se um caso similar no Brasil, mas precisamente em 2017 no Estado

³ Os crimes cometidos através do meio digital, são tradicionalmente denominados de diversos modos tais como: crime cibernético, crimes virtuais, cibercrimes, crimes digitais, crimes eletrônicos e crimes online.

⁴ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal:** parte especial. 8a ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.p.459-460.

⁵ GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado.** 5ª ed. Niterói, RJ: impetus,2011. p.614.

do Piauí, ao qual ganhou respectiva notoriedade por sua repercussão, sendo propriamente uma novidade legislativa ao nosso ordenamento jurídico, ao qual o magistrado Luiz de Moura Correia, da Central de Inquéritos de Teresina/PI definiu a conduta como “**Sextorsão**” Em um artigo divulgado na Revista dos Tribunais, escrito por Ana Lara Camargo de Castro, a mesma define a conduta como: A expressão sextorsão trata de figura em que uma relação de poder é utilizada como instrumento para obter vantagens sexuais. É uma modalidade de conduta não adequadamente definida na legislação nacional por conjugar uma corrupção individual com um abuso de poder no intuito de obter sexo em troca de benefícios. Com a propagação da informática, novos modos de extorsão a partir da ameaça de divulgação de fotos e filmes tem se difundido com grande força, trazendo o debate de tal modelo de antijuridicidade para o cenário penal informático e de gênero.⁶ O crime denominado de Estupro Virtual e/ou Sextorção ocorre quando o agente, já possuindo algum material íntimo da vítima, a ameaça sob estes preceitos, para que a mesma venha a lhe enviar mais materiais também de cunho sexual, como por exemplo, fotos nuas, filmar ou fotografar a prática de atos libidinosos em seu próprio corpo, para que o mesmo satisfaça sua lascívia, tudo isto de forma virtual. Para que reste configurado o delito, não há em si a necessidade da prática da conjunção carnal entre vítima e agressor, pois já foi-se evidenciado o constrangimento, ao qual obrigou a vítima a praticar os atos em si mesma, diversos da conjunção carnal, podendo a mesma estar sob supervisão do agressor em frente a uma webcam, ou outro meio. Sob o mesmo entendimento encontra-se Cezar Roberto Bitencourt: Constranger, tem o mesmo sentido do analisado em relação à conjunção carnal. A finalidade, no entanto, nesta segunda figura, é a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, como refere o atual texto legal, “ou outro ato libidinoso” (para diferencia-lo da conjunção carnal). Esta segunda modalidade pode ser praticada de duas formas (praticar ou permitir). Na forma praticar é a própria vítima obrigada a realizar o ato, isto é, deve adotar uma posição ativa; na forma permitir, aquela é submetida à violência de forma passiva.⁷ Sob este preceito, o respectivo delito se configura também, mediante o constrangimento, sob violência ou grave ameaça, conforme precede Rogério Greco: Assim, no momento em que o agente, por exemplo, valendo-se do emprego de ameaça, faz com que vítima toque em si mesma, com o fim de masturbar-se, ou no próprio agente ou em terceira pessoa, nesse instante estará consumado o delito.⁸ Conclui-se que a expressão Sextorsão trata-se propriamente de figura em que se evidencia uma relação de poder, a qual se é

⁶ CASTRO, Ana Lara Camargo de. SEXTORSÃO Sextortion Revista dos Tribunais vol. 959/2015 p. 167 - 182 |Set/2015|DTR\2015\12620. Disponível

em <<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=i0ad6adc60...>>; acesso em 26/04/2020.

⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.p.49.

⁸ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte especial. 8a ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.p.459-460.

utilizada como instrumento para se obter vantagens ilícitas sexuais, por intermédio do constrangimento e/ou ameaça. É uma modalidade de conduta a qual ainda não possui tipificação específica definida em nossa legislação penal, e está sendo enquadrada no crime de estupro (art. 213 Código Penal) por conjugar um constrangimento individual com um abuso de poder sob o psicológico da vítima, no intuito de obter sexo em troca da não divulgação de suas imagens ou vídeos íntimos. Há uma propagação difundida dos crimes virtuais na atual sociedade, na era digital e informacional, com grande força, trazendo o debate de tal modelo de antijuridicidade para o cenário penal informático e de gênero, ao qual o direito tenta acompanhar. Resta notório que nossa atual legislação Penal ainda se encontra retrógrada em relação as tipificações de crimes virtuais em nosso ordenamento, porém como não se pode deixar de punir as condutas adversas acometidas sob o meio virtual, abarca-se a interpretação destas a legislação já existente, como no caso do delito de sequestro e /ou estupro virtual, ao qual foi se tipificado sob o artigo 213 de nosso código Penal, ainda que traga resquícios de divergências doutrinárias sob sua tipificação, em relação ao mesmo ser enquadrado nesta conduta sem o ato da conjunção carnal, pois tal é realizado de modo virtual. Mas mesmo no estupro físico, para que este se concretize, basta a pratica de atos libidinosos, contra o consentimento da vítima, sendo assim por que por modo virtual haveria de ser diferente? Se esta é forçada a praticar tais atos em si mesma sob violência eminente, grave ameaça e pressão psicológica de seu respectivo agressor, isso quando o ato também não se confirma por meio presencial, deixando evidente sua tipologia, e seu enquadramento realizado de modo efetivo ao artigo 213, e possuindo como testemunhas do fato celulares ou computadores.

Referências

BARRETO Júnior, Irineu. Atualidade do Conceito de Sociedade da Informação para a Pesquisa Jurídica. In: PAESANI, Liliana Minardi (Coord.). O direito na sociedade da informação. São Paulo: Atlas, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 20/10/2020.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em 20/10/2020.

BRASIL. Lei Nº 12.015, de 7 de Agosto de 2009. **Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1o da Lei no**

8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5o da Constituição Federal e revoga a Lei no 2.252, de 1o de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm Acesso em 20/10/2020.

BRASIL. Lei n° 12.237, de 30 de novembro de 2012. **Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112737.htm> Acesso em 20/10/2020.

CASTRO, Ana Lara Camargo de SEXTORSÃO Sextortion Revista dos Tribunais. vol. 959/2015 | p. 167 - 182 | Set/2015 | DTR \2015 \12620. Disponível em <<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60...>>; acesso em 26/04/2020.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal:** parte especial. 8ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado.** 5ª ed. Niterói, RJ: impetus, 2011..

**TUTELA PENAL DO DIREITO DE AUTOR NO BRASIL
PLÁGIO E PIRATARIA NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO**

**CRIMINAL PROTECTION OF COPYRIGHT IN BRAZIL
PLAGIARISM AND PIRACY IN INFORMATION SOCIETY**

Beatriz Batista Freire¹; Larissa de Carvalho Salviano²

Palavras-chave: Direitos de Autor; Tutela Penal; Plágio; Pirataria.

Keywords: Copyright; Copyright Criminal Protection; Plagiarism; Piracy.

Este trabalho visa trazer um panorama histórico dos direitos autorais no Brasil e seus desdobramentos até o presente momento. Analisou-se, assim, o artigo 184 do Código Penal, verificando no que consiste o crime de violação desse direito. Ao tratar sobre o tema, foi dado enfoque no estudo do plágio e da pirataria, bem como as consequências jurídicas que possuem na Sociedade da Informação, com o objetivo de verificar se há proteção integral a esses direitos. Podemos, utilizando-se da citação de Carlos Bittar, definir assim o direito autoral: “Em breve noção, pode-se assentar que o Direito de Autor ou Direito Autoral é o ramo do Direito Privado que regula as relações jurídicas advindas da criação e da utilização de obras intelectuais estéticas e compreendidas na literatura, nas artes e nas ciências.”³ Em relação ao tema, tem-se como antecedente a data de 10 de abril de 1710, quando foi promulgado o Estatuto da Rainha Ana que constituiu um ato de grande importância no âmbito dos direitos de propriedade intelectual em que os autores puderam ser consagrados como proprietários de suas obras intelectuais. Consequentemente, o fato encorajou e incentivou a promulgação de leis que protegem os artistas e suas obras, promovendo uma maior propagação desse ramo. Sabe-se, portanto, que o direito autoral possui importância desde os primórdios das civilizações, contudo, no âmbito mundial, é a partir da Revolução Francesa que ele ganha mais destaque e preocupação no tocante à sua preservação. No direito brasileiro, aqui tratado com enfoque principal, o direito autoral tem início com o advento da Lei de 11 de Agosto de 1827 que possuía um alcance muito restrito, pois servia apenas para os cursos jurídicos de São Paulo e de Olinda criados à época.

¹ Cursando o Segundo Semestre de Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU. Membro do Grupo de Pesquisa “Crimes, dignidade da pessoa humana e sociedade da informação” e do Grupo de Pesquisa “Direito de Autor, Família, Grupos Sociais e Informação” pelo Centro Universitário Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU. Endereço Eletrônico: beatriz.batista1@hotmail.com

² Cursando o Sétimo Semestre de Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU. Membro do Grupo de Pesquisa “Crimes, dignidade da pessoa humana e sociedade da informação” pelo Centro Universitário Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU. Endereço Eletrônico: larissacsalviano@gmail.com

³ BITTAR, Carlos. A. **Direito de Autor**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

Posteriormente, foi tratado pelo Código Penal de 1890 que regulava os crimes contra a propriedade literária, artística e comercial, ganhando importância constitucional em 1891 na Constituição da República. Após a promulgação da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 o tema passou a ser tratado no artigo 5º, inciso XXVII, ganhado, assim, relevância junto aos direitos e garantias fundamentais, haja vista serem direitos personalíssimos, ou seja, inerentes à própria condição de autor, nas palavras de Elisângela Menezes.⁴ É concedido, portanto, a todo criador de uma obra artística, literária ou intelectual a posse exclusiva de suas obras. Desse modo, se da obra criada existir a possibilidade de utilização, publicação e reprodução, caberá ao autor fazê-los. Apesar de não constar expressamente no dispositivo acima descrito, o autor da obra possui ainda a faculdade de até mesmo ceder integralmente os seus direitos, eis que são inerentes ao direito de propriedade o uso, gozo, disposição e reivindicação da coisa. Note-se que, ainda em análise ao disposto na Constituição Federal de 1988, por fazer parte do patrimônio do seu autor, aos herdeiros é assegurado o direito de transmissibilidade da obra, por tempo a ser determinado em lei, conforme preceitua Antonio Chaves: “Podemos defini-lo como conjuntos de prerrogativas que a lei reconhece a todo criador intelectual sobre suas produções literárias, artísticas ou científicas, de alguma originalidade: de ordem extra pecuniária, em princípio, sem limitação de tempo; e de ordem patrimonial, ao autor, durante toda sua vida, com o acréscimo, para os sucessores indicados na lei, do prazo por ela fixado.”⁵

No ano de 1998 foi sancionada a Lei de número 9.610 que trata dos direitos autorais, tendo por finalidade a proteção das obras intelectuais. Possui, por sua vez, uma proteção tanto moral, referindo-se ao ímpeto do autor, como patrimonial, pois muitas das vezes as obras criadas possuem não apenas valor sentimental, mas também econômico. De acordo com o artigo 24 da Lei mencionada, os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis. O mesmo tem direitos morais de reivindicar, a qualquer tempo a autoria da obra, conservar a obra inédita, de assegurar a integridade da obra, de retirá-la de circulação ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem, competindo, portanto, ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra que eventualmente esteja em domínio público. Acerca do tema em questão, existem algumas divergências de opinião. Há quem defenda que a liberdade de expressão e o compartilhamento das obras devem ser garantidos, mas há quem pense no absoluto direito do autor e o quanto ele é imprescindível para que em uma sociedade cada vez mais digital, estes sejam devidamente preservados. Sabe-se que hoje, segundo estudos realizados no ano de 2019 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e

⁴ MENEZES, ElisângelaD. **Curso de Direito Autoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 67.

⁵ CHAVES, Antônio. **Criador da obra intelectual**. São Paulo: LTr, 1995.

Estatística (IBGE), 79,9% da população brasileira possui acesso à internet, sendo que esta chega a oito em cada dez domicílios no país. Além dessas informações, estudou-se que, a principal finalidade da população ao utilizar a internet é a troca de mensagens, ou seja, a difusão das informações.⁶ Com o mundo imerso no meio digital, surge o problema da proteção de obras que são rapidamente veiculadas, sendo este um dos ramos que foi bastante afetado pela Sociedade da Informação. Isso porque, quanto mais cresce o mercado tecnológico, mais rápido as ideias e obras são difundidas, dificultando, portanto, a preservação de dados e de autoria. A internet desconstituiu o fluxo de distribuição dos produtos, tendo em vista que antes deveria primeiro passar pela indústria ou pelo mercado e somente depois chegaria ao usuário. Hoje, após a obra ser criada, é possível levá-la diretamente ao público, em apenas alguns minutos. Com o uso das tecnologias também, a facilidade de reprodução e modificação de obras é imensa. Além do que, o próprio valor atribuído à elas é alterado. É preciso estar atento ao que consta na Lei 10.695/2003 como não constituição de ofensa aos direitos autorais. É disposto que a reprodução, em um só exemplar, sem intenção de lucro, bem como a reprodução de pequenos trechos não ofendem seus direitos. Surge, contudo, dúvidas quanto a efetiva proteção atribuída aos direitos do autor com o avanço gradual da Sociedade da Informação, tendo em vista que a lei não define exatamente o que seriam “pequenos trechos”. Assim, aquele que pretende fazer a citação de algum texto ou obra precisa respeitar a sua integridade e atribuí-la ao seu respectivo autor. Segundo Eduardo Leite, o plágio é definido como: “O plágio pode ser definido como a cópia, dissimulada ou disfarçada, do todo ou de parte da forma pela qual um determinado criador exprimiu as suas ideias, ou seja, da obra alheia, com a finalidade de atribuir-se a autoria da criação intelectual e, a partir daí, usufruir o plagiador das vantagens advindas da autoria de uma obra.”⁷ Escrever sobre esse tema na sociedade da informação é complexo e desafiador, pois o plágio é mais comum do que imaginamos, estando presentes em trabalhos acadêmicos e também em questões envolvendo o meio artístico. Há casos de obras de autores consagrados como Olavo Bilac, Malba Tahan e Eça de Queiroz. Na música e no cinema podemos citar dois casos atuais que repercutiram bastante na mídia e envolviam artistas como Angelina Jolie e a banda Coldplay. É válido lembrar que, conforme entendimento de Elisângela Menezes, não é necessário que o plagiador reproduza uma cópia fiel da obra, bastando apenas que este se aproprie de seus elementos criativos, ou seja, desde a linguagem até o estilo do autor que a criou.⁸ O plágio acadêmico acontece muito, alguns estudantes ingressam na graduação sem se dar conta da responsabilidade e importância que suas pesquisas representam. Deve-se tomar cuidado com o famoso “copiar

⁶ <https://educa.ibge.gov.br/jovens/materias-especiais/20787-uso-de-internet-televisao-e-celular-no-brasil.html>

⁷ LEITE, Eduardo L. **Plágio e Outros Estudos em Direito de Autor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 21.

⁸ MENEZES, ElisângelaD. **Curso de Direito Autoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 132.

e colar”, tendo em vista que a não identificação da obra, bem como a não referência ao seu autor pode trazer consequências no âmbito penal, entre elas medidas restritivas e pagamento de multas que em muitos casos são mais comuns. Recentemente, também, tivemos o caso de uma professora da Universidade Estadual de Feira de Santana (Uefs) que levou a Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas (FFLCH) da Universidade de São Paulo (USP) a identificar plágio em uma dissertação de mestrado na área de geografia. A denúncia feita pela professora levou a USP a identificar o plágio.⁹ Na música brasileira, um processo famoso foi o do cantor Roberto Carlos em que ele foi condenado por plágio no ano de 2004. A ação foi proposta pelo compositor Sebastião Braga que tinha composto a canção “Loucuras de Amor” anos antes. Roberto Carlos, então, foi condenado a pagar uma multa de R\$ 2,6 milhões e teve a música retirada do seu catálogo. É de suma importância a responsabilização de todos aqueles que cometem plágio. No âmbito do ramo artístico, principalmente, pois o criador tem sua obra copiada e tem que lidar muitas vezes com a alta visibilidade desta, porém consagrando outro artista. Por isso, a necessidade da responsabilização penal e da conscientização artística é necessária. Os casos de plágio não existem somente no meio artístico e literário, mas também estão presentes nos negócios, na apropriação indevida de obra alheia, no uso de marcas registradas, patentes, inovações tecnológicas, etc. Nota-se, portanto, que o plágio está presente nas mais diversas áreas. O plágio é ilícito e em uma sociedade cada vez mais digital, sabemos que há uma maior dificuldade em controlar esse tipo de ato. É preciso pensar em formas e soluções para que os direitos do autor sejam melhor assegurados, mantendo-se a preservação de sua obra intelectual ou artística, pois o a cópia sem a devida menção e referência corrompe o controle do artista com sua obra em si. Resta claro que na Sociedade da Informação seja cada vez mais comum o ato de plagiar devido às facilidades trazidas, mas com as leis sendo aplicadas corretamente e a sociedade sendo conscientizada, existe a possibilidade de seu combate, isto porque é considerado uma ofensa aos direitos autorais. Em relação à pirataria, na lição de Henrique Gandelman, entende-se que: “Chama-se vulgarmente de pirataria a atividade de copiar ou reproduzir, bem como utilizar indevidamente – isto é, sem a expressa autorização dos respectivos titulares – livros ou outros impressos em geral, gravações de sons e/ou imagens, software de computadores ou, ainda qualquer outro suporte físico que contenha obras intelectuais legalmente protegidas.”¹⁰ Em decorrência da iniciativa de um Deputado, no ano de 2003 instaurou-se a Comissão Parlamentar de Inquérito para investigação da pirataria e da sonegação fiscal que ela acarreta.¹¹ Concluiu-se nas investigações que seria

⁹ <http://g1.globo.com/educacao/noticia/2010/10/denuncia-leva-usp-identificar-plagio-em-dissertacao-de-mestrado.html>

¹⁰ GANDELMAN, Henrique. **De Gutenberg à internet: direitos autorais na era digital**. Rio de Janeiro: Record, 2007, p.66

¹¹ <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc0206200408.htm>

necessária uma maior rigorosidade, interferência e fiscalização, tanto da Receita Federal como da Polícia Federal no combate a este crime, tendo em vista que grande parte dos produtos entram no país através dos aeroportos, portos e fronteiras. No ano de 2004, o Decreto 5.244 dispôs sobre a composição e funcionamento do Conselho Nacional de Combate à Pirataria e Delitos contra a Propriedade Intelectual. Em seu artigo primeiro é definido o que se entende por pirataria, *in verbis*: “Entende-se por pirataria, para os fins deste Decreto, a violação aos direitos autorais de que tratam as Leis no. 9.609 e 9.610, ambas de 19 de fevereiro de 1998.” Algumas das principais estratégias e metas a serem alcançadas por este Conselho são: Cidade Livre de Pirataria, cujo objetivo é o incentivo às prefeituras para que criem mecanismos de prevenção e repressão à pirataria; Portal de Combate à Pirataria, onde desenvolve-se um portal de comunicação interativo; o Prêmio Nacional de Combate à Pirataria, em que são premiados as entidades públicas e privadas que se destacam nessa combate; entre outros.¹² Em relação à pirataria no Brasil, de acordo com um relatório da MUSO, uma consultoria britânica que rastreia o desenvolvimento da pirataria na web, o Brasil é o quarto país que mais consome conteúdo ilegal no mundo.¹³ Isso compreende material televisivo, cinematográfico, musical e editorial (livros, revistas e notícias). De acordo com uma pesquisa realizada no ano de 2016 pela Federação do Comércio do Rio de Janeiro, três a cada dez brasileiros costumam adquirir produtos ilegais, piratas. Há uma falsa ideia de que a pirataria gera empregos, contudo o que não se pode esquecer é que esses empregos muitas das vezes são precários e quem se submete a eles são muito explorados e não possui sequer um registro. A pirataria é um crime amplo que envolve desde produtos para consumo, como bebidas, cigarros, bolsas, óculos, até produtos farmacêuticos e industriais. O que há de comum em todos é a violação do direito de quem os produziu, de quem detém a marca ou o modo de fabricação. Analistas apontam que o crime de pirataria quase nunca está sozinho, sendo associado à outros, como a lavagem de dinheiro e o furto de dados, mas que com uma campanha de conscientização, assim como no plágio, seria possível combatê-los. Um importante esclarecimento a ser feito é que somente se protege o direito do autor naquilo que for exteriorizado. Isso quer dizer que não há que se falar em proteção de ideias ou obras que fiquem apenas no pensamento e não sejam trazidas ao conhecimento dos demais. Nesse sentido, define Deise Lange: “Para que a obra mereça proteção, é necessária sua exteriorização, isto é, que seja expressada de alguma forma, pois a simples idéia, conjectura ou pensamento que não chega a ser exposto, apresentado de algum modo, está fora do âmbito de proteção desse direito.”¹⁴ Cabe

¹² SILVA FILHO, Acacio Miranda da .Código[et al.]; coordenadores Mauricio SchaunJalil, Vicente Greco Filho Penal comentado: doutrina e jurisprudência /- 3. ed. – Barueri [SP]: Manole, 2020.

¹³ <https://www.tecmundo.com.br/mercado/128532-brasil-4-pais-consome-pirataria-mundo-diz-estudo.htm>

¹⁴ LANGE, Deise F. **O Impacto da Tecnologia Digital sobre o Direito de Autor e Conexos**. São Leopoldo: Unisinos, 1996, p. 21.

ressaltar, ainda, que é disposto na Lei dos Direitos Autorais que os direitos patrimoniais do Autor possuem a duração de 70 anos a contar do dia 1º de janeiro do ano subsequente ao seu falecimento, o qual deve ser devidamente respeitado. No ano de 2003, a Lei 10.695 alterou o Código Penal e o Código de Processo Penal no tocante aos crimes de violação de direito de autor. Isso ocorreu em decorrência da expansão da chamada pirataria de produtos, como CD's e DVD's, que consiste no plágio e reprodução não autorizada das obras. A lei em questão abrange não somente os crimes de violação aos direitos do autor, mas também os crimes conexos àquele, quais sejam, aos artistas intérpretes, aos produtores e às empresas de radiodifusão, assim denominados na Lei 9.610/98. Uma importante contribuição trazida pela Lei 10.695 foi a inclusão da conduta da distribuição das obras sem autorização e no âmbito do processo penal foi entregar a iniciativa da ação ao Ministério Público. Para fins de incriminação na era digital, no § 3º do artigo 184 do Código Penal, o legislador buscou ampliar a proteção do autor e reprimir o comércio de obras ilegais na internet, sendo congruente, portanto, com a Lei dos Direitos Autorais. Cumpre esclarecer que o artigo 184 do Código Penal incrimina as condutas que violam os direitos autorais não protegendo, por exemplo, a patente e punindo o sujeito ativo do crime com pena de três meses a um ano, ou multa. Uma das possíveis mudanças a serem trazidas e adaptadas a nova realidade, seria dar uma maior importância a esse bem jurídico tutelado sem evidenciar tanto o caráter econômico, mas também a integridade moral do autor, pois o tipo penal exige a intenção de lucro. Conforme visto, o direito de autor e a preservação das obras tratam-se, pois, de uma garantia fundamental prevista no artigo 5º, inciso XXVII da Constituição Federal, sendo um direito intrínseco à personalidade de quem a criou. Ao longo da presente pesquisa, concluiu-se que ao proteger o direito do autor, resguarda-se não somente a moral e o possível proveito econômico do criador da obra, mas também o acervo cultural do Brasil, no âmbito acadêmico e também no âmbito artístico. Em uma sociedade cada vez mais avançada tecnologicamente, no qual o compartilhamento é feito de maneira rápida e que resulta em grande visibilidade é de suma importância assegurar os direitos autorais, preservando assim tanto as obras como seus artistas. Faltam ainda algumas previsões legislativas acerca do presente tema e de seus futuros desdobramentos jurídicos, restando evidente que somente outras normas não seriam suficientes para a proteção efetiva deste bem jurídico, sendo o direito penal um aliado ao combate à violação do direito de autor. É imprescindível que haja segurança, respeito, transparência, e, principalmente, quando necessário, que sejam tomadas as medidas cabíveis a toda e qualquer violação realizada que possa prejudicar a difusão dos direitos de autor na Sociedade da Informação.

Referências Bibliográficas

CHAVES, Antônio. **Criador da obra intelectual**. São Paulo: LTr, 1995.

LANGE, Deise F. **O Impacto da Tecnologia Digital sobre o Direito de Autor e Conexos**. São Leopoldo: Unisinos, 1996, p. 21.

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

MENEZES, Elisângela D. **Curso de Direito Autoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 67.

GANDELMAN, Henrique. De Gutemberg à internet: direitos autorais na era digital. Rio de Janeiro: Record, 2007, p.66

BITTAR, Carlos. A. **Direito de Autor**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

LEITE, Eduardo L. **Plágio e Outros Estudos em Direito de Autor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 21

KROKOSZCZ Marcelo. **Outras Palavras para Autoria e Plágio**. Editora: Atlas, 2015.

NASCIMENTO, Elisa Grattás Fernandes do. **A tutela penal dos direitos autorais**. Dissertação de Mestrado – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 19. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PANZOLINI, Carolina; DEMARTINI, Silvana. **Manual de direitos autorais**. Brasília: Tribunal de Contas da União, Secretaria-Geral de Administração, 2017.

SILVA FILHO, Acacio Miranda da .Código[et al.]; coordenadores Mauricio SchaunJalil, Vicente Greco Filho **Penal comentado: doutrina e jurisprudência** /– 3. ed. – Barueri [SP]: Manole, 2020.

VIEIRA, Alexandre Pires. **Direito Autoral na Sociedade Digital** 2ª Ed. São Paulo, SP: Montecristo Editora, 2018

Links de pesquisa:

<https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/o-que-sao-direitos-autorais,9acecdbc74834410VgnVCM1000003b74010aRCRD>

<https://www.politize.com.br/artigo-5/direito-autoral/>

<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,ibge-35-7-dos-brasileiros-vive-sem-esgoto-mas-79-9-da-populacao-ja-tem-acesso-a-internet,70003077941>

<https://educa.ibge.gov.br/jovens/materias-especiais/20787-uso-de-internet-televisao-e-celular-no-brasil.html>

<https://migalhas.uol.com.br/depeso/2275/a-nova-arma-no-combate-a-pirataria---a-lei--n---10-695---de-2-7-2003>

<http://g1.globo.com/educacao/noticia/2010/10/denuncia-leva-usp-identificar-plagio-em-dissertacao-de-mestrado.html>

https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/08/140822_dezplagios_ebc

<https://www.igac.gov.pt/historia>

<https://www.justica.gov.br/sua-protecao/combate-a-pirataria>

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122678>

<https://www.tecmundo.com.br/mercado/128532-brasil-4-pais-consome-pirataria-mundo-diz-estudo.htm>

<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc0206200408.htm>

3^o Information
Society and Law
FMU
CENTRO UNIVERSITÁRIO

GT - Direito Constitucional na Sociedade da Informação

A RELEVÂNCIA DAS QUESTÕES ÉTNICO-RACIAIS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

THE RELEVANCE OF ETHNIC-RACIAL ISSUES IN THE INFORMATION SOCIETY

Marilene Afonso Carneiro¹; Emerson Penha Malheiro²

Palavras-chave: Efeitos; Étnicos-raciais; Sociedade da Informação.

Keywords: Issues; Ethnic-racial; Information Society.

Este resumo propõe uma reflexão sobre as questões ético-raciais na sociedade da informação. Especialmente em relação aos problemas enfrentados pelos negros na sociedade brasileira sem no entanto, deixar de mencionar as dificuldades vividas por pessoas que não pertencendo aos ideais de padrões impostos por grupos sociais dominantes veem suas vidas marcadas pela discriminação e o preconceito ao longo da existência, resultando em uma exclusão dos direitos básicos e fundamentais em plena sociedade da informação. A partir de uma análise metodológica em artigos, obras de autores que tratam do tema, além da Constituição Federal de 1988, procuro ainda reforçar a importância dos resultados positivos na era atual quando relacionado à épocas passadas, onde questões secularmente conhecidas como o trabalho análogo a escravidão e a segregação não oficializada de negros aos postos de trabalho e diversos setores da sociedade marcam a história do país, de forma muitas vezes velada. Mas, sociedade da informação teria realmente o poder de transformar o passado de torturas e restrições de toda sorte, inclusive de saúde, moradia e principalmente educação em um presente repleto de possibilidades, bem-estar e dignidade? Seriam as ferramentas tecnológicas capazes de transformar o destino das novas gerações que sofrendo os efeitos da discriminação resistem sobrevivendo em comunidades carentes, sem o mínimo de dignidade humana? De acordo com Silvio Almeida (2020, p. 61) "pessoas negras, por fatores históricos, têm menos acesso à educação, e por isso, estão alocadas em trabalhos menos qualificados, consequentemente mal

¹ Bacharel em Direito e Mestranda em Direito da Sociedade da Informação pelas Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU/SP

² Pós-Doutor em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca (USAL) – Espanha. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Metropolitana de Santos (UNIMES). Pós-Graduado com título de Especialista em Direito Penal e em Direito da Comunicação Digital pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU) e em Direitos Humanos pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Graduado em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU), em Marketing pela Universidade Paulista (UNIP) e Graduando em Filosofia pela Universidade de São Paulo (USP). Professor e Advogado. Email: emersonmalheiro@gmail.com

remunerados”. A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, prevê 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” (...). O artigo 205, CF/88, ordena que a educação é um direito de todos e dever do Estado e da família devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua aplicação para o trabalho. Assim, restam dúvidas que os mandamentos constitucionais são para todos, indistintamente. No entanto, a história está aí para mostrar que nem sempre a igualdade esteve ou está ao alcance de todos. Com a sociedade da informação grandes avanços foram realizados. Neste caso, mesmo que tímidas, as transformações relacionadas aos efeitos ético-raciais surgem despontando como uma nova fase da história. Trazendo o resultado da resistência, da resiliência e da coragem de uma raça que em sua ancestralidade teve suas mãos amordaçadas, seus pés acorrentados, sua voz abafada. Os meios de comunicação assim como as redes sociais, *smarthphones*, aplicativos, e plataformas virtuais tem ajudado muito na disseminação de informações e cooperando na sensibilização das pessoas e conscientização de assuntos pertinentes à vida em sociedade. Inclusive aqueles ligados a questão étnico-racial, que por sua vez não se restringe a uma cor ou raça de uma pessoa, mas pertence a todos. Importa dizer ainda que a Internet hoje como uma nova tecnologia expande a informação, o conhecimento e por consequência aumenta os potenciais positivos para transformar a vida de muitas pessoas. Uma transformação que ainda encontra como barreira o discurso do ódio, o preconceito e o racismo, que por sua vez estão através nas redes sociais, na ausência de acesso às tecnologias e sobretudo nos resultados da falta de uma educação de qualidade com acesso garantido a todos. Estes fatores ainda devem ser transpostos na atual sociedade. Restando ainda um longo caminho a ser realizado para que os direitos básicos com a educação finalmente possa produzir juntamente com as novas tecnologias efeitos positivos sobre as questões étnico-raciais na sociedade informacional. Corroborando por fim com a construção de uma nova sociedade onde a dignidade da vida humana permeia a vida de todos, indistintamente. A rede tecnológica tem uma força enorme, que pode ser direcionada para o bem ou para o mal (MALHEIRO, 2016, p. 219). Assim, se esta força for utilizada para transformar vidas, os desdobramentos dos relatos relativos aos efeitos ético-raciais serão de grandes histórias de superação, sucesso e principalmente dignidade. Diante do panorama apresentado qual seria a posição do direito em relação aos efeitos das questões étnico raciais em nossa sociedade? Miguel Reale (2014, p. 5) explica que o “Direito é, sob certo prisma, um manto protetor de organização e de direção dos comportamentos sociais”. Sendo fundamental sua atuação junto à sociedade para eliminar situações que dividem a sociedade em função da raça, cor, etnia ou crença. Auxiliando na construção de uma sociedade mais digna e justa para todos. Concluindo-se por fim, que apesar das tristes marcas da historia provenientes dos efeitos

étnico-raciais, as mudanças oriundas das ferramentas tecnológicas na sociedade da informação reforçam um futuro diferente do passado. Desta vez, quem sabe, com mais esperança, inclusão e sobretudo, dignidade humana.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo Estrutural**. Coordenação Sueli Carneiro; Editora Jandaira, São Paulo, 2020.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 29 out. 2020.

MALHEIRO, Émerson Penha. **Direitos humanos na sociedade da informação**. Revista Paradigma, Ribeirão Preto - SP, a. XXI, v. 25, n. 1, p. 218-230 Jan./jun. 2016 ISSN 2318.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27 ed, Saraiva. São Paulo, 2014.

3^o Information
Society and Law
FMU
CENTRO UNIVERSITÁRIO

GT - Direitos Humanos na Sociedade da Informação

DIREITO À ANCESTRALIDADE: DO DIREITO À VERDADE SOBRE A PRÓPRIA ORIGEM E DA PROTEÇÃO DE DADOS

ANCESTRY RIGHT: RIGHT TO TRUTH ON OWN ORIGIN AND DATA PROTECTION

Maíra Feltrin Alves¹; Christiane de Fátima Aparecida Souza Passos²

Palavras-chave: direito à ancestralidade. proteção de dados.

Key words: ancestry right. data protection.

O direito à ancestralidade pressupõe direito subjetivo da personalidade, indisponível, portanto, uma vez que seu titular deseje invocá-lo. O acesso a dados da ancestralidade aponta para a descoberta e conhecimento de dados sensíveis dos indivíduos envolvidos e, por isto, envolve aspectos relativos à proteção constitucional da privacidade, intimidade e dignidade e, ainda, sob o espectro infraconstitucional, da proteção de dados pela legislação especial de proteção de dados. Não se pode desconsiderar, também, observando-se pelo enfoque processual, que o processo transcorra sob as regras de segredo de justiça, justificado pelos mesmos argumentos. Sob o ponto de vista material, como objeto mediato processual, o acesso aos dados de ancestral indicam a prerrogativa de invocar direitos ligados à bioética e ao Biodireito e, ainda, a Direito de Família e Sucessões e seus desdobramentos. Como se verifica, a questão é complexa por sua própria natureza e envolve transversalmente diversas áreas do Direito. Sob este enfoque de problematização, adotou-se como metodologia científica, buscou-se quanto à sua natureza promover uma pesquisa aplicada, a fim de promover conhecimento sobre o tema invocado e a reflexão sobre a sua incidência. Com a mesma finalidade, acerca do objeto de pesquisa, o método aplicado foi o descritivo, promovendo-se, ainda, uma abordagem qualitativa sobre o tema, utilizando-se de método indutivo histórico e comparativo, mediante estudo de doutrina e jurisprudência – ainda muito incipiente em alguns pontos de reflexão deste trabalho. Diante da metodologia adotada, identificou-se a necessidade de inicialmente conceituar ancestralidade, parentesco e filiação, a seguir de demais elementos de desdobramento do direito à ancestralidade. Nasce o direito à ancestralidade de uma relação de parentesco em

¹ Advogada. Professora Universitária. Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora de graduação e pós graduação na Escola de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU) e Professora convidada de pós graduação na Universidade Presbiteriana Mackenzie.

² Advogada. Professora Universitária. Mestre em Direito na Sociedade da Informação pelas Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Professora de graduação nas Faculdades Metropolitanas Unidas e na Fundação Santo André. Professora convidada pós graduação na Universidade Presbiteriana Mackenzie.

linha reta e, mais especificamente, da filiação. O estado jurídico de filiação comporta uma natureza relacional de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, sendo uma delas constituída como filha e outra, o genitor, constituída como pai ou mãe. Estabelece, portanto, a qualificação jurídica dessa relação de parentesco, que tem sujeitos próprios, e em pertinência aos quais instaura-se e se determina uma complexidade de direitos subjetivos reciprocamente existentes. O estado de filiação é de titularidade do filho (relativamente ao genitor: pai ou mãe) e compreende, em si, uma série de direitos próprios, de origem *ope legis* (art. 227 da Constituição Federal e arts. 1.593, 1.596 e 1.597 do Código Civil) ou *a fortiori*, decorrentes, *v.g.*, da convivência familiar. Tal é o que acontece em circunstâncias de adoção com substituição dos pais biológicos ou da adoção com pluralidade de paternidade apontada em assento de registro civil do filho (já com decisões judiciais dos Tribunais Superiores a respeito). Pode ser, então, biológica ou não biológica. Neste sentido, se uma pessoa conhece seu estado de filiação não biológica e desconhece sua origem biológica, nasce, então, mediante a si, a perspectiva do exercício do direito subjetivo ao direito da personalidade, concedendo a prerrogativa do filho em conhecer e se conectar com sua ancestralidade biológica. Observe-se que não se trata de indicar o direito subjetivo à afetividade ou ao amor. Não se trata de discutir a posição jurídica de uma eventual prerrogativa do indivíduo de buscar afetividade como obrigação e como tutela jurisdicional. Trata-se, isto sim, de um direito objetivamente considerado que concede a faculdade individual à busca da possibilidade de conectar-se à sua ancestralidade biológica diante de certa gama de possibilidade jurídicas objetivas. Sob a égide da bioética e do Biodireito, o conhecimento da origem pode implicar nas decisões que podem interferir em condições individuais e peculiares de desenvolvimento (ou não) de patologias ou mesmo de mapeamento genético para ciência do impacto e prevenção em sua e em futuras gerações, se for a circunstância do caso. Ademais, o direito à ancestralidade traz uma outra faceta, igualmente de direitos personalíssimos que se delineiam internacionalmente, constitucionalmente e infraconstitucionalmente relativamente ao Direito Pátrio e que consiste em permitir ao indivíduo a informação, ao acesso à sua história de vida e que, juridicamente, constitui-se o direito à verdade sobre a própria origem e o direito à ancestralidade, verdadeiros direitos humanos e fundamentais. A Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas, adotada pela Assembleia Geral nas Nações Unidas (1989) já denotava preocupação em proporcionar e garantir o direito de conhecimento de um indivíduo às suas origens, à medida que o art. 7º, 1, institui já à criança a prerrogativa de conhecer seus pais, suas origens. Ainda sob o prisma da proteção extraterritorial, a Convenção sobre Direitos da Criança das Nações Unidas – em especial a Convenção relativa à Proteção das Crianças e a Cooperação em Matéria de Adoção Internacional - em seu art. 30º, 1 determina que: *“as autoridades competentes de um Estado devem assegurar a proteção das informações que detenham sobre a origem da criança, em particular informações relativas à identidade*

dos seus pais, assim como a história clínica da criança e da sua família". Neste ponto é preciso indicar uma interpretação extensiva: muito embora a norma em comento refira-se aos Direitos das Crianças, em exegese indica a tutela para que a criança, sujeito de direitos, como representação de um indivíduo, possa ter acesso à sua origem, à sua história. Considerando tratar-se do direito personalíssimo da identidade do indivíduo e também direito personalíssimo psíquico, calcados na dignidade da pessoa humana, o direito ao conhecimento das origens é verdadeiro direito de identidade pessoal, como proteção e tutela do Estado buscada por aqueles que querem ter acesso à sua completa história de existência, à sua ancestralidade, sem que se deixe de incidir e fazer aplicar a proteção de dados pessoais. Neste sentido, a regra de direitos humanos extrapatrimonial indica a possibilidade de acesso da pessoa à verdade sobre sua própria origem, permitindo conhecer dados de seus genitores, desde que, o Estado em que se utilize tal paradigma permita, com sua legislação interna, o acesso a tais informações. Tais dados, alçam a condição de dados sensíveis e sua proteção, bem como a da privacidade, consoante norma constitucional e também legislação específica, quais sejam a Lei nº 12.965/2014 e a Lei nº 13.079/2018. Delineando-se neste aspecto, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já se pronunciou em diversas decisões, tendo, a maioria, a indicação de entendimentos que estabelecem paradigma importante acerca do tema, com base em decisões direcionadoras desde 2007: DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE. VÍNCULO BIOLÓGICO. VÍNCULO SOCIOAFETIVO. PECULIARIDADES. - A adoção à brasileira, inserida no contexto de filiação socioafetiva, caracteriza-se pelo reconhecimento voluntário da maternidade/paternidade, na qual, fugindo das exigências legais pertinentes ao procedimento de adoção, o casal (ou apenas um dos cônjuges/companheiros) simplesmente registra a criança como sua filha, sem as cautelas judiciais impostas pelo Estado, necessárias à proteção especial que deve recair sobre os interesses do menor. - O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros.- **O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1º, inc. III, da CF/88, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, traz em seu bojo o direito à identidade biológica e pessoal.- Caracteriza violação ao princípio da dignidade da pessoa humana cercar o direito de conhecimento da origem genética, respeitando-se, por conseguinte, a necessidade psicológica de se conhecer a verdade biológica.- A investigante não pode ser penalizada pela conduta irrefletida dos pais biológicos, tampouco pela omissão dos pais registrai, apenas sanada, na hipótese, quando aquela já contava com 50 anos de idade. Não se pode, portanto, corroborar a ilicitude perpetrada, tanto pelos pais que registraram a investigante, como pelos pais que a conceberam e não quiseram ou não puderam dar-lhe o alento e o amparo decorrentes dos laços de sangue conjugados aos de**

afeto.- Dessa forma, conquanto tenha a investigante sido acolhida em lar adotivo e usufruído de uma relação socioafetiva, nada lhe retira o direito, em havendo sua insurgência ao tomar conhecimento de sua real história, de ter acesso à sua verdade biológica que lhe foi usurpada, desde o nascimento até a idade madura. Presente o dissenso, portanto, prevalecerá o direito ao reconhecimento do vínculo biológico.- Nas questões em que presente a dissociação entre os vínculos familiares biológico e socioafetivo, nas quais seja o Poder Judiciário chamado a se posicionar, deve o julgador, ao decidir, atentar de forma acurada para as peculiaridades do processo, cujos desdobramentos devem pautar as decisões. Recurso especial provido. (REsp 833712/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA URMA, julgado em 17/05/2007, DJ 04/06/2007, p. 347). E ainda em julgado mais recente: AGRAVO INTERNO. CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE AJUIZADA PELA FILHA. [omissis](AgInt nos EDcl no REsp 1784726/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 15/05/2019)“[...]O direito da pessoa ao reconhecimento de sua ancestralidade e origem genética - o qual, aliás, é conferido também aos filhos legalmente adotados - insere-se nos atributos da própria personalidade; é segura manifestação da predileção do ordenamento constitucional pela dignidade humana em detrimento de todos os óbices que eventualmente possam ser opostos à realização da pessoa em sua plenitude.[...]”[ambos os julgados se destaques no original]Não apenas o STJ tem entendimento sobre o tema, como também já se pronunciou o E. Supremo Tribunal Federal sobre a questão, asseverando o direito do filho poder reconhecer sua origem, ao ser instado acerca da relativização da coisa julgada: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE DECLARADA EXTINTA, COM FUNDAMENTO EM COISA JULGADA, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE ANTERIOR DEMANDA EM QUE NÃO FOI POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA, POR SER O AUTOR BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA E POR NÃO TER O ESTADO PROVIDENCIADO A SUA REALIZAÇÃO. REPROPOSITURA DA AÇÃO. POSSIBILIDADE, EM RESPEITO À PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA DO SER, COMO EMANAÇÃO DE SEU DIREITO DE PERSONALIDADE. 1. É dotada de repercussão geral a matéria atinente à possibilidade da repositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão de a parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova. 2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da

não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo. **3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável.** 4. Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se o reconhecimento de paternidade com relação a pessoa identificada. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos. (RE 363889, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 02/06/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-238 DIVULG 15-12-2011 PUBLIC 16-12-2011). [destacou-se] Portanto, com base em direitos personalíssimos, fundamentais, o Estado brasileiro permite a preservação do direito à identidade e à dignidade, no que concerne à verdade sobre a origem genética e, igualmente, sobre sua raiz de biológica. Aliás, também é regra normativa instituída pela Lei nº 12.010/2009, que alterou o art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o direito do adotado em conhecer sua origem biológica. É certo que a adoção – regulamentar ou de fato - cria o vínculo familiar afetivo, aquele que faz com que o indivíduo, de forma afetiva, reconheça qual é sua família, seus parentes, seus pais: o próprio estado de filiação. Diferente direito, no entanto, é aquele que traduz a prerrogativa personalíssima, fundamental e psíquica, que um indivíduo tem em obter as suas informações históricas, a sua origem genética. E esta prerrogativa, de *per si*, não importa em alteração da relação do estado de filiação instituído pela adoção, através do vínculo socioafetivo, o que significa dizer que a adoção é irreversível e que o conhecimento de filiação biológica não enseja imediatamente, como presunção, a assunção de demais vínculos jurídicos com o genitor. Trata-se, apenas, do direito de conhecer, de ancestralidade genética ou ascendência biológica. No entanto, se se passa a estabelecer o vínculo e o estado de filiação com o genitor a que se busca conhecer com o direito à ancestralidade se instauram, com o reconhecimento formal e solene da parentalidade e da filiação, todas as consequências jurídicas e inerentes a esta relação jurídica no campo do Direito das Famílias e das Sucessões, como o direito à alimentos e à vocação hereditária na qualidade de herdeiro necessário, *v.g.* A busca pelo conhecimento de sua raiz familiar e conseqüentemente genética também incita a proteção de dados pessoais, sensíveis e da privacidade, bem por isto, as normas constitucionais aplicam-se, bem como o Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Sob o viés processual, a proteção de dados pessoais e da intimidade aparece sob o manto da condução do processo, desde seu início pelo segredo de Justiça. Todas as possibilidades de direito à ancestralidade a ser invocado podem constituir-se de maneira direta, a depender da intenção do Autor, o objeto mediato da ação judicial. Por objeto imediato, a tutela jurisdicional pretendida pode buscar tanto uma obrigação de fazer (obtenção de registros de nascimento ou dos dados do

processo de adoção, p.ex.), como também de tutela declaratória (de filiação). Muitas são as vertentes que o direito à ancestralidade atinge e seu estudo revela-se relevante sobretudo quando se vislumbra o direito à privacidade e intimidade dos indivíduos envolvidos, o que enseja a reflexão, inclusive se o Réu (genitor), teria o direito de preservar seus dados pessoais *versus* ao direito subjetivo – ao menos em tese – de conhecimento pelo Autor (filho ou suposto filho). Sob o enfoque das regras de adoção, a norma é clara acerca do direito do adotado de conhecer sobre sua raiz biológica. Mas questiona-se e se pondera se este conhecimento do filho sobre seus pais biológicos autorizaria igualmente o acesso a seus dados genéticos por uma ordem judicial ou se tal poderia ser preservado e negado, mediante a involuntariedade do genitor em prover tal informação, posto que dado sensível pessoal, lícitamente protegido. Postas essas hipóteses e premissas iniciais de reflexão e em decorrência da pesquisa realizada, identificou-se que o direito à ancestralidade é instituto jurídico que atinge diversas áreas do Direito. Trata-se de tema transversal, que há muito vem sendo reconhecido, como apresentado nas decisões judiciais demonstradas neste texto, sob o viés do direito ao reconhecimento à parentalidade. À identificação da origem biológica. A revelação da raiz biológica de um indivíduo pode conduzi-lo ao exercício de demais direitos subjetivos que envolvam o reconhecimento da paternidade e suas consequências legais; o mapeamento genético e as eventuais medidas preventivas que possa adotar para anomalias ou patologias provenientes de origem genética e que envolvem elevada e complexa discussão na seara do Biodireito. Pode-se refletir, então, que o direito à ancestralidade, constitui-se um direito subjetivo originário a outros direitos subjetivos, a depender, exclusivamente, do que objetiva o Autor da ação judicial como objeto ao buscar por sua origem familiar e ou genética. No entanto, qualquer seja o viés de direito material buscado com o direito à ancestralidade pelo indivíduo, como consectário lógico, diante da evolução legislativa, invocada das novas relações sociais, sobretudo da Sociedade da Informação, tem-se preocupação mais presente com a preservação da privacidade e dos dados sensíveis dos envolvidos: Autor (filho) e Réu (genitor). E, bem por isto, as fontes normativas atuais acerca da proteção de dados são direta e objetivamente incidentes a este direito subjetivo e ao seu pleito em sede jurisdicional, podendo-se, asseverar, desta maneira, que a concessão da preservação do direito à privacidade de dados sensíveis enseja a reflexão, discussão e possivelmente enfrentamento jurisdicional da preservação do direito sob os dois polos a depender do objeto invocado. A direito do adotado a saber sobre sua origem biológica já é consagrado. Mas pondera-se se consagra de maneira tão pacífica o direito do mesmo filho em obter informações genéticas de seus genitores, ainda que adotado. Questão complexa e polêmica, debruçando-se, sobretudo, a bioética e o Biodireito no estudo do tema neste particular. Certo é que o direito à ancestralidade sofrerá também influência direta de regras e normativos pertinentes à proteção de dados em qualquer das

vertentes em que venha a ser requerido e que tais questões serão objeto, ainda, de pesquisa, desenvolvimento argumentativo e novos decisões judiciais.

REFERÊNCIAS

ARIÉS, Philippe. História Social da Criança e da Família. Traduzido por Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1978. 141 p. Disponível em <http://biblioteca.sophia.com.br/terminal/6681/Busca/Download?codigoArquivo=112&nomeArquivo=ARI%C3%88S.%20Hist%C3%B3ria%20social%20da%20crian%C3%A7a%20e%20da%20fam%C3%ADlia_text.pdf> Acessado em: 26 out. 2020.

AULER, Juliana de Alencar. **Adoção e direito à verdade sobre a própria origem.**

Disponível em

<<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/8467/1/Ado%C3%A7%C3%A3o%20e%20direito%20%C3%A0%20verdade%20sobre%20a%20pr%C3%B3pria%20origem.pdf>>. Acessado em: 26 out. 2020

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 26 out. 2020.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acessado em: 26 out. 2020.

_____. **Lei nº 10.406, de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acessado em: 26 out. 2020.

_____. Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943; e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm>. Acessado em: 26 out. 2020. Acesso em: 26 out. 2020.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acessado em 26 out. 2020.

_____. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acessado em 26 out. 2020.

_____. Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional.1993. Disponível em:
<<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/convencao-relativa-a-protecao-das-criancas-e-a-cooperacao-em-materia-de-adocao-internacional.html>>.
Acessado em 27 out. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 363889, Relator: MINISTRO DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno. Repercussão geral. Data de julgamento: 02/06/2011. Data de Publicação: 16/12/2011. Acesso em: 26 out. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 833712/RS, Relatora: MINISTRA NANCY ANDRIGHI. Órgão Julgador: Tereira Turma. Data do julgamento: 17/05/2007. Data de publicação: 04/06/2007. Acesso em: 26 out. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1352529/SP, Relator: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO. Órgão Julgador: QUARTA TURMA. Data de julgamento: 24/02/2015. Data de publicação: 13/04/2015. Acesso em: 26 out. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1784726/SP, Relator: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO. Órgão Julgador: Quarta Turma. Data do julgamento: 07/05/2019. Data da publicação: 15/05/2019.

BRAUNER, Maria Cláudia; ALDROVANDI, Andrea. **Adoção no brasil:** aspectos evolutivos do instituto no direito de família. JURIS, Rio Grande, v. 15, p. 7-35, 2010. Disponível em: <<https://periodicos.furg.br/juris/article/viewFile/3214/1872>>. Acessado em: 26 out. 2020.

CARVALHO, Bruna Pereira Fernandes de. O conhecimento da origem genética como Direito da *Personalidade in* Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco. Pernambuco: n. 11, 2018. Disponível em:
<<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/187>>. Acessado em: 26 out. 2020.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Convenção americana sobre direitos humanos: assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. CIDH, 1969. Disponível em: ,
https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acessado em: 26 out. 2020.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 13ª ed. Salvador: Jus Podium, 2020.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 15^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LÔBO, Pablo Luiz Neto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. IBDFAM. Data de publicação: 23/03/2004. Disponível em <<https://ibdfam.org.br/artigos/126/Direito+ao+estado+de+filia%C3%A7%C3%A3o+e+direito+%C3%A0+origem+gen%C3%A9tica:+uma+distin%C3%A7%C3%A3o+necess%C3%A1ria>> Acessado em: 26 out. 2020.

MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 9^a ed. São Paulo: Forense, 2019.

MARTÍNEZ, Catalina Merino. *El derecho a conocer el propio origen biológico: el la procreación asistida heteróloga*. Bogotá: Editorial Leyer, 2005

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 18^a ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 7^a ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 7^a ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

REALE, Miguel. **Os Direitos da Personalidade**. Disponível em <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/8467/1/Ado%C3%A7%C3%A3o%20e%20direit%C3%A0%20verdade%20sobre%20a%20pr%C3%B3pria%20origem.pdf>>. Acessado em: 26 out. 2020.

SANTOS, Rafael Seixas; VARELLA, Marcelo Dias. **Uma análise conceitual da dignidade como fundamento dos direitos humanos e sua invocação em decisões do STF e da CIDH**. *Revista Opinião Jurídica, Fortaleza*, v. 14, n. 19, p. 171-194, jul./dez. 2016. Disponível em: <<http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/view/996/391>>. Acessado em: 26 out. 2020.

SILVA, Luzia Gomes da. *A evolução dos direitos humanos*. Egov, 2013. Disponível Em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/evolu%C3%A7%C3%A3o-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 26 out. 2020.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil Família**. 18^a ed. São Paulo: Atlas, v.5, 2018.

**OS MOVIMENTOS FEMINISTAS NA LUTA PELA LEGALIZAÇÃO
DO ABORTO NA AMÉRICA LATINA: UM ESTUDO SOBRE
BRASIL E ARGENTINA**

**FEMINIST MOVEMENTS IN THE STRUGGLE FOR LEGALIZATION OF
ABORTION IN LATIN AMERICA: A STUDY ON BRAZIL AND
ARGENTINA**

Bibiana Terra¹; Cícero Krupp da Luz²

Palavras-chave: Aborto. Feminismo. Maré Verde. América Latina. Feministas.

Keywords: Abortion. Feminism. Green Tide. Latin America. Feminists.

Essa pesquisa tem como objetivo central fazer uma análise teórica acerca da atuação dos movimentos feministas na luta pela legalização do aborto na América Latina. Para tanto, desenvolve um estudo sobre dois países, Argentina e Brasil, onde os direitos reprodutivos e sexuais das mulheres têm sido colocados na agenda pública graças aos movimentos feministas. Uma das maiores reivindicações desses movimentos é sobre o direito da mulher de decidir sobre o próprio corpo, e embora desde a recuperação da democracia nos países latino-americanos vários projetos de lei tenham sido apresentados, a sua descriminalização e legalização ainda não foram conquistadas. Assim, a interrupção voluntária da gravidez ainda é proibida na maioria dos países da América Latina, incluindo Brasil e Argentina. Na América Latina e no Caribe, cerca de 90% das mulheres vivem sob leis que proíbem ou que restringem a interrupção voluntária da gravidez. Assim, o aborto é proibido na maioria dos países latino-americanos, impondo um procedimento ilegal e inseguro. Conforme dados da Organização Mundial da Saúde (OMS) a maioria dos abortos realizados anualmente ocorrem nessas regiões (e também em países em desenvolvimento na África e na Ásia). Globalmente, são realizados mais de 25 milhões de abortos inseguros (o que corresponde a 45% de todos os abortos realizados) anualmente, de acordo com os dados da OMS, sendo que em sua maioria ocorreram em países em desenvolvimento da África, Ásia e América Latina. Ainda de acordo com os dados da Organização das Nações Unidas (ONU), a América Latina é a região que apresenta o maior índice de gestações indesejadas do mundo – cerca de 56%. Atualmente as mulheres latino-americanas enfrentam uma contraofensiva

¹ Mestranda em Direito, com ênfase em Constitucionalismo e Democracia, pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade.

² Doutor em Relações Internacionais pela Universidade de São Paulo –USP (Bolsa FAPESP). Mestre em Direito Público e Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS (Bolsa CNPq). Professor de Direito Internacional e do Mestrado em Constitucionalismo e Democracia da Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM. E-mail: ciceroluz@gmail.com

conservadora que tem tentado tornar suas vidas mais difícil, propondo reformas e acirrando o discurso reacionário, racista e patriarcal que estrutura essas sociedades. Esses ataques conservadores são perceptíveis desde o fechamento de clínicas e criminalização de mulheres que realizam o aborto até projetos de lei que pretendem ampliar as restrições do acesso a esse direito ou mesmo extinguir qualquer possibilidade de sua realização. No entanto, atualmente, apesar dos avanços das forças mais conservadoras e religiosas, as questões relativas ao direito ao aborto tem se tornado um dos tópicos mais defendidos dentro do movimento feminista e tema em meio a sociedade argentina e brasileira. Assim, constituem um campo político específico nas questões relacionadas à sexualidade e a reprodução, isso graças à continua mobilização dos movimentos feministas nesses dois países. Assim, apesar das ameaças das forças políticas mais conservadoras, tanto pelo poder executivo como pelos grandes setores do poder legislativo, os movimentos feministas estão longe de desistirem da conquista desse direito. As organizações feministas, os coletivos de jovens, grupos acadêmicos, entre outros mais, por meio de suas mobilizações, passeatas e pelas redes sociais, continuam a lutar pelo direito à autonomia e defesa da vida das mulheres que necessitam recorrer ao aborto. Além disso, nas últimas décadas, a participação dos movimentos feministas na configuração das sociedades latino-americanas tem se destacado. Assim, assuntos relacionados a desigualdade de gênero nas agendas políticas dessas regiões estão impulsionando a aprovação de novas leis e também o desenvolvimento de políticas públicas, havendo então uma transformação institucional do Estado e de seus sistemas legais. As pautas abordadas pelos movimentos feministas foram decisivas para a incorporação da perspectiva de gênero no campo das políticas públicas do Brasil e da Argentina. Diante disso, é possível compreender que os movimentos feministas latino-americanos possibilitaram uma mudança dos espaços institucionais de políticas públicas a partir de uma agenda que abordava as questões de gênero. Mobilizada por grupos e coletivos feministas, permitiram a construção de diálogos fundamentais sobre a construção de políticas públicas de igualdade de gênero. Se não fosse pelas demandas levadas por esses movimentos, somadas à sua atuação em instituições e agências de políticas para mulheres, as conquistas obtidas na legislação e nas políticas públicas seriam muito menores. Sendo assim, nesse contexto, apesar dos avanços das ofensivas conservadoras, os movimentos feministas continuam tentando conquistar o direito ao aborto. No que diz respeito ao contexto das argentinas, a Campanha Nacional pelo Direito ao Aborto Legal, Seguro e Gratuito, através de iniciativa popular, propôs o projeto de lei 4161-D-2016 (*Ley de Interrupción Voluntaria Del Embarazo*), sendo que esta chegou à câmara dos deputados da Argentina. Este é um projeto original de 2007 e já foi apresentado várias vezes ao parlamento, sendo que em 2016 conseguiu, pela primeira vez, apoio parlamentar para que fosse tratado pelas comissões. Esse texto prevê a descriminalização do aborto até a 14ª semana de gestação e também estende esse prazo para casos relativos a estupro, risco de

vida da mãe ou má formação do feto. As feministas acreditam que essa mudança de cenário se deve ao movimento “*Ni Una Menos*”, que no ano de 2015 conseguiu levar milhares de mulheres às ruas após o estupro e assassinato de Lucía Perez, uma jovem de 16 anos da cidade de Mar del Plata, sendo este considerado um dos feminicídios mais brutais já registrado na Argentina. Esse projeto de lei teve uma aprovação histórica em 13 de junho de 2018 pela Câmara dos Deputados. O dia ficou marcado também pela intensa movimentação das feministas da Maré Verde (referência à cor verde dos lenços usados pelas defensoras da descriminalização do aborto na Argentina a partir de 2018), sendo que do lado de fora da Câmara quase um milhão de manifestantes se juntaram para exigir que o projeto fosse aprovado. O projeto, que seguiu sua votação para o Senado, continuou reunindo mulheres em Buenos Aires e diversas outras cidades, acompanhadas de seus lenços verdes, elas demonstravam o seu apoio a aprovação do projeto. A praça do Congresso de Buenos Aires estava tomada pelos manifestantes pró-aborto, sendo que esta pode ser considerada a primeira vez que as mulheres argentinas conseguiram levar até o Senado um projeto que visava encarar a questão do aborto como um problema de saúde pública. No entanto, no dia 08 de agosto de 2018, após muitas horas de pronunciamentos, com 38 votos contra, 31 a favor e 2 abstenções, o Senado Argentino decidiu por vetar o projeto de lei que previa a interrupção voluntária da gravidez. Esse dia ficou marcado como “8A”, podendo ser considerada uma data histórica para as mulheres argentinas. Mesmo diante dessa rejeição, os legisladores e as ativistas feministas destacam a importância desse momento, sendo que esta foi a primeira vez que uma iniciativa pela legalização do aborto chegou tão longe. Desde o fim da ditadura militar argentina, em 1983, muitos projetos de lei que tentavam legalizar a situação do aborto no país foram apresentados ao Congresso Argentino, no entanto, este foi o primeiro que conseguiu ser votado. Atualmente a interrupção voluntária da gravidez ainda é crime na Argentina, com exceção dos casos de gravidez decorrente de estupro ou em situações que ofereçam risco à vida da mãe. Em outras situações, a sua prática é penalizada com até quatro anos de prisão para a mulher e para o médico que realizar o aborto. Conforme o Ministério da Saúde Argentino, na Argentina são realizados entre 370 mil e 522 mil abortos clandestinos por ano, entre os números oficiais. A Maré Verde se espalhou pela América Latina e chegou a diversos outros países, como o Brasil. No contexto brasileiro o tema também é bastante polêmico, com ofensivas conservadoras por parte dos governos e religiosas. No entanto, atualmente, o tema está sendo debatido pelo Supremo Tribunal Federal através da ADPF 442, apresentada ao STF pela ANIS, Instituto de Bioética e o PSOL, em 08 de março de 2017, em que questionam a criminalização de mulheres, pelo Código Penal, que recorrem ao aborto. A ADPF apresenta como justificativa que são direitos das mulheres à liberdade, à dignidade, o planejamento familiar, à cidadania, entre outros mais, presentes no texto constitucional de 1988 e que estes estão sendo negados pela criminalização do aborto imposta pelo Código

Penal (que é uma lei de 1940). Essa ADPF prevê a descriminalização do aborto até a 12^a semana de gestação, sendo que ela seria possível em qualquer situação. Atualmente se encontra parada e aguardando para pauta no plenário. Desse modo, pode-se concluir que as propostas de revisão das legislações argentina e brasileira, visando a ampliação da possibilidade de realização legal do aborto, tramitam com dificuldade no Congresso desses dois países e convivem com tensões entre os movimentos políticos e os movimentos feministas. Órgãos de monitoramento e supervisão do cumprimento dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos têm desenvolvido uma crescente interpretação que reconhece os direitos humanos relacionados a autonomia sexual e reprodutiva das mulheres. Vários comitês, em diferentes ocasiões, recomendam que os Estados revisem as suas leis penais restritivas que afetam desproporcionalmente o direito à vida e o direito à saúde para os grupos de mulheres mais vulneráveis. Apesar disso, o caminho para a conquista dos direitos reprodutivos para todas as mulheres é difícil. Diante do exposto, essa pesquisa se propôs a analisar de que forma se dá a articulação entre o movimento feminista e o Estado no tocante ao direito ao aborto das mulheres brasileiras e argentinas e de que maneira esse assunto se insere nas agendas políticas desses dois países. Assim, o trabalho objetivou demonstrar a influência dos movimentos feministas latino-americanos nas reivindicações pelo direito ao aborto legal, se dispendo a investigar sobre as suas possibilidades e proibições nesses contextos e também sobre os debates legislativos e os seus avanços e retrocessos no Brasil e na Argentina. A sua realização justifica-se pela importância que é inerente aos estudos que versem quanto a temática da igualdade de gênero, bem como pela necessidade de trabalhos que discutam este direito frente as questões específicas que lhe são concernentes. Assim, a relevância do tema é notável, considerando-se essa trajetória de lutas das mulheres até os dias atuais na busca para conquistar o status de sujeito de direitos, estabelecer a sua igualdade em relação aos homens, bem como para garantir leis relativas à emancipação do gênero feminino. Ademais, esclarece que foi utilizada como metodologia pesquisa de natureza exploratória, por meio de adoção do método bibliográfico, vez que este diz respeito à parte dedicada à contextualização teórica do problema e a sua relação com o que já tem sido investigado a seu respeito. Utilizando como base materiais elaborados, constituídos principalmente por livros e artigos científicos que versam quanto à temática da igualdade de gênero e do direito ao aborto.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Fernanda. *A situação do aborto inseguro na América Latina com ênfase no Brasil: uma afirmação de direitos humanos*. Revista de Estudos de Gênero, Feminismo, sexualidades e Multiculturalismo, Vol. 8, Jun 2008.

AVELAR, Lucia. [Et al]. *50 anos de feminismo: Argentina Brasil e Chile: A construção das mulheres como atores políticos e democráticos*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, Fapesp, 2019.

BARSTED, Leila Linhares. Legalização e descriminalização: dez anos de luta feminista. In: *Pensamento feminista brasileiro: formação e contexto*. Org. Heloisa Buarque de Hollanda. Rio de Janeiro: Bazar do tempo, 2019.

BLAY, Eva Alterman. Como as mulheres se construíram como agentes políticas e democráticas: o caso brasileiro. In: BLAY, Eva Alterman e AVELAR, Lúcia [orgs.]. *50 anos de feminismo: Argentina Brasil e Chile: A construção das mulheres como atores políticos e democráticos*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, Fapesp, 2019.

BIROLI, Flávia. MIGUEL, Luis Felipe. *Feminismo e política*. São Paulo: Boitempo, 2014.

BIROLI, Flavia. VAGGIONE, Juan Marco. MACHADO, Maria das Dores Campos. *Gênero, neoconservadorismo e democracia: disputas e retrocessos na América Latina*. São Paulo: Boitempo, 2020.

BOUERI, Aline. *Debate inédito no Congresso argentino mostra força de ativismo pela legalização do aborto*. Disponível em: <http://www.generonumero.media/os-dados-que-baseiam-o-debate-sobre-legalizacao-do-aborto-na-argentina/>. Acesso em 17 de out. 2020.

DINIZ, Debora. MEDEIROS, Marcelo. MADEIRO, Alberto. *Pesquisa Nacional de Aborto 2016*. Rio de Janeiro: Ciência e saúde coletiva, V. 22, nº 2, P. 653-660. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232017000200653&script=sci_abstract&tlng=pt Acesso em 22 out. 2020.

GAGO, Verónica. *A potência feminista, ou o desejo de transformar tudo*. Trad. Igor Peres. São Paulo: Elefante, 2020.

POLLIT, Katha. *Pró: reivindicando o direito ao aborto*. Trad. Mariana Rezende. São Paulo: Autonomia Literária, 2018.

3^o Information
Society and Law
FMU
CENTRO UNIVERSITÁRIO

GT - Ética e Democracia na Sociedade da Informação

**DO ASFALTO AO RESPIRADOR: SEGMENTARIEDADE,
DEVIRES, TRANSPARÊNCIA E IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA**

**FOR ASPHALT TO RESPIRATOR: SEGMENTARY, BECOMES,
TRANSPARENCY AND ADMINISTRATIVE IMPROBITY**

Luis Delcides Rodrigues da Silva¹; Devanildo de Souza Amorim²

Palavras-chave: Público. Lei. Devir. Segmentariedade

Ao optar em manter um conjunto de procedimentos para fomentar os mecanismos de poder, os gestores, através desses agenciamentos, não se fundam em si mesmo e não se dá a partir de si mesmo (FOUCAULT, 2008, p. 4). Em pleno período de pandemia, diante de uma campanha eleitoral, o agente público, no exercício desenfreado do desempenho, ao fazer uma analogia com os escritos de Byung Chul-Han, tocam obras a todo o vapor, inauguram pontes, viadutos, hospitais, asfalto de ruas, reformas de calçadas, guias, sarjetas, fazem a jardinagem e plantio de espécies em canteiros centrais e praças da cidade. Importante mencionarmos um caso de gastos desenfreados é o recapeamento superfaturado da Avenida Almirante Barroso, em Belém, capital do Estado do Pará. Nesta referida via, houve um investimento de R\$ 13 milhões para apenas aplicar uma camada de asfalto novo e, de acordo com a reportagem do site G1³, o investimento da prefeitura na principal avenida da capital paraense foi muito maior do que as obras de tapa buraco feita por toda a cidade. Outro caso, extremamente importante a ser mencionado é a gestão da Prefeitura do

¹ Graduado em Comunicação Social - Jornalismo pelo Centro Universitário das Faculdades Integradas Alcântara Machado (2011). Pós graduação "lato sensu" em Marketing e Comunicação Integrada na Universidade Presbiteriana Mackenzie (2014); graduando em Direito, pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Membro do Grupo de Pesquisa Globalização das Relações Privadas na Sociedade da Informação. Jornalista. Curriculum Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5456750358720852> - E-mail: luisdelcides@gmail.com

² Graduando em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU-SP. Pesquisador no grupo de pesquisa Ética e Fundamentos Jurídico-Políticos da Sociedade da Informação – FMU-SP. Bolsista do programa de iniciação científica na modalidade PIBIC/FMU-SP. Curriculum Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3461110540185889> - E-mail: devanildosouza@outlook.com.br

³ GLOBO.COM. Recapeamento da av. Almirante Barroso, de R\$13 milhões, deixa questionamentos. 2020. Disponível em: <http://g1.globo.com/pa/para/videos/t/todos-os-videos/v/recapemaneto-da-av-almirante-barroso-de-r13-milhoes-deixa-questionamentos/8370445/>. Acesso em: 22 out. 2020.

município de São Paulo, onde em 2018 lançou um programa chamado Asfalto Novo e este foi um chamariz para a promoção pessoal do então gestor que, atualmente, ocupa o governo do Estado homônimo e recentemente teve o bloqueio de bens por improbidade administrativa e mal uso do erário público. A prática estende-se também com a compra de respiradores para a covid-19. Outra situação a ser exemplificada e cabe especialmente neste excerto, é a micropolítica fomentada pela atual gestão da prefeitura paulistana, onde desenfreadamente, tomado por um **devir-asfaltante**. De acordo com Berwig (2019, p.191) a concepção de interesse público tem a pretensão de compreender que a razão do Estado de Direito é fazer prevalecer o interesse da sociedade para fazer justiça social. Caso haja discrepância no meio social, poderá o Estado agir, em obediência aos ditames constitucionais e legais para possibilitar a vida social. Diferentemente, do que acontece, há ações marketeiras e não com o intuito de promover interesse da coletividade, especialmente quanto ao agente público, por ser pessoa física e este faz acontecer as ações e por muitas vezes ao asfaltar ruas, avenidas, usar máquinas para reformar sarjetas, guias, bocas de lobo, e esse desempenho alucinado, não é condizente conforme as determinações legais e devem ser responsabilizados pelos seus atos (BERWIG,2019,191). Outro exemplo é a entrega de pouco mais de dois quilômetros de um corredor de ônibus na Zona Leste, com mais ou menos oito anos de construção e o canteiro de obras ficou abandonado por muitos anos e só agora, a pouco mais de 30 dias antes do primeiro turno das eleições, a representatividade Enquanto pesquisadores de uma Universidade brasileira desenvolviam aparelhos a custo irrisório, bem menor em relação a um maquinário importado, há a opção, por pura vontade humana, para Berwig (2019, p.191) e diante de uma aquisição a valores vultosos o agente público precisa atentar-se as diretrizes do regime jurídico e sempre procurar utilizar os meios proporcionados pela máquina estatal para atender prudentemente o interesse público (BERWIG,2019 p.191-192). Além de colidir com o teto de gastos, os investimentos precipitados em hospitais de campanha no intuito de demonstrar para os eleitores que “algo está sendo feito” e as tantas ações atabalhoadas dos entes municipais e estaduais, a União, através de seu chefe de governo, liberou recursos, mas manifestou seus devires, paradoxos e ao mesmo tempo usou a força do discurso populista, negacionista para a prática da sua micropolítica Recentemente, a epopeia das vacinas, especialmente da figura do chefe de governo regional, ao cumprir a sua micropolítica e conforme os escritos de Deleuze e Guatarri (1995, p.78) ao tratar sobre a segmentariedade ao dar conta das sociedades primitivas, sem o aparelho de Estado central, sem poder global e nem instituições públicas especializadas. Os segmentos sociais têm certa flexibilidade de acordo com a tarefa e as situações entre os polos da cisão e da fusão; uma grande comunicabilidade entre heterogêneos, de modo que o ajustamento de um segmento a outro pode se fazer de múltiplas maneiras. A segmentariedade primitiva é, ao mesmo tempo, é de um código polivoco, fundado nas linhagens, suas situações e relações variáveis e de uma

territorialidade itinerante, fundada em divisões locais emaranhadas. Logo, conforme preleciona Deleuze e Guatarri (1995), aplica-se para a prática feita pelo chefe paulista, ao preocupar-se com o seu segmento, com a sua população e este, ao fazer um recorte com a sua flexibilidade de acordo com a tarefa - vacina e a sua aplicabilidade – há uma grande comunicabilidade onde este vai até o poder central – Brasília – para que o Ministro de Estado autorize o investimento para ter o apoio financeiro e além de beneficiar um grupo de 47 milhões diante de um macro de 220 milhões tem a questão da obrigatoriedade da aplicação da vacina, algo a ser longamente discutido, pois de acordo com a complexidade semiótica da Carta Magna, ao combinar as interpretações dos dispositivos das competências comuns elencadas no art. 23 e da saúde nos artigos 196 e 197 do respectivo diploma. Mas, em vez do agente público atentar-se ao regramento, jogam mais fogo em meio ao pandemônio de linguagens, códigos e atos. A chamada Lei de Emergência (Lei nº 13.979 de 6 de fevereiro de 2020), em seu artigo 3º ao tratar sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública, o legislador utiliza o verbo **poderão no âmbito de suas competências** como encontra-se na Carta Magna. Logo, o redator legislativo dá plena liberdade para os chefes dos poderes segmentários de suas microrregiões, para aplicar a obrigatoriedade da administração da vacina, diante de uma situação de emergência e não cabe aos negacionistas o *jus esperniandi* – termo apócrifo e bastante conhecido dos profissionais do direito, docentes e discentes do Direito – ou o tal **meu corpo, minhas regras** e agora alguns internautas, ativistas de redes sociais ao reforçar sobre a não obrigatoriedade da vacina, e jamais estes permitem que um governante o obrigue a tomar algo sem seu consentimento e usam o dispositivo do art. 15 da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 e no texto de lei trata sobre o não constrangimento a tratamento médico ou a procedimento operatório, não sobre a aplicabilidade obrigatória de uma vacina. No tocante ao exposto fora ajuizado no Supremo Tribunal Federal a ADI 6587 pelo PTD, requerendo “que a regra da Lei 13.979/2020 (artigo 3º, inciso III, alínea “d”) que confere ao Estado (União, estados, Distrito Federal e municípios) a competência para determinar a realização compulsória de vacinação e adotar outras medidas profiláticas no combate à pandemia seja declarada inconstitucional”. Com temática muito semelhante foi ajuizada pelo PDT ADI 6586 “requerendo que o Supremo Tribunal Federal (STF) fixe a orientação de que compete aos estados e aos municípios determinarem a realização compulsória de vacinação e outras medidas profiláticas no combate à pandemia da Covid-19, “desde que as medidas adotadas, amparadas em evidências científicas, acarretem maior proteção ao bem jurídico transindividual”. Já o partido REDE Sustentabilidade ajuizou a ADPF 754, sustentando que “privar a população de acesso pleno, amplo e rápido à vacinação em massa viola os direitos fundamentais à saúde e à vida. O partido pede que o governo federal assine o protocolo de intenções de compra da 46 milhões de doses inicialmente previstas da *Corona Vac* e que apresente, em 48 horas, planos de aquisição de vacinas conforme a viabilidade de cada uma, sem relação com

a nacionalidade de origem, mas com base em critérios científicos de segurança, de perspectiva de disponibilidade e de eficácia". Portanto, é como preleciona Foucault (2008, p.4) os mecanismos de poder são parte intrínseca de todas essas relações e estas são a causa e o efeito dessas. Ao analisar esses mecanismos, há uma articulação também com a história das transformações econômicas. Logo, a questão da obrigatoriedade da aplicação da vacina, por mais que algumas questões não estão claras para a população, pela falta de transparência do Poder Público, é uma preocupação com a questão econômica e, especialmente, com a movimentação do consumo e circulação segura das pessoas. Por outro lado, uma das questões mais polêmicas e absurdas no uso do dinheiro público foi o Rio de Janeiro, com as compras superfaturadas de respiradores, investimentos duvidosos em hospitais de campanha, especialmente em regiões carentes e com altos índices de contágio. O superfaturamento implicou no enquadramento típico de improbidade administrativa e a falta de prevenção de riscos e transparência conforme estabelece o artigo 1º, § 1º, da Lei Complementar nº 100. E, ademais, ao tratar sobre todos os exemplos descritos neste libelo, a Lei de Responsabilidade Fiscal, conforme seu artigo 4º, atende o disposto no art. 165 da Constituição da República Federativa do Brasil, sobre as diretrizes orçamentárias e a sua aplicabilidade. Logo, para Bobbio (1997, p.4), há um jogo de palavras, pois, **público**, tem significados diversos e pode ser tanto um espetáculo público ou um negócio privado. Por isso que os escritos de Bobbio (1997) se entrelaçam com a segmentariedade e a micropolítica descrita por Deleuze e Guatarri (1995), pois não é apenas o Estado que exerce sobre os segmentos que mantem ou deixa subsistir, mas este possui a sua própria segmentariedade. Logo, a teoria do governo democrático para Bobbio (1997, p.6) desenvolve o tema da descentralização e esta entende-se como revalorização da relevância política da periferia com respeito ao centro. Esta posição do referido autor, aplica-se as competências comuns dos entes municipais e estaduais e as suas ações e medidas de prevenção contra a pandemia e as possíveis ações para o controle endêmico. Logo, há um excesso de estímulos, positividade, informações. Essas situações modificam a tal da economia da atenção (CHULHAN, 2015, p.18). Com isso, mediante a tanta positividade, tantos feitos, devires, ações segmentárias dos gestores e o excesso de informação, tornam-se ameaças de defesa para os cidadãos. Ao apresentar a problemática desta situação sobre a responsabilidade, onde esta cabe e a aplicabilidade do dever de informar de cada agente público. Por ser dinheiro público é preciso prestar contas, apresentar isso aos contribuintes por meio dos canais chamados Portais de Transparência. E como esse dinheiro é provido? É por meio de Empréstimos de bancos estrangeiros, recursos públicos, financiamentos de Bancos Estaduais? Os recursos vindos da União através dos Bancos de Financiamento ou de recursos vindos de financiamentos de bancos internacionais serviram para os investimentos em saúde. Porém, a ausência de transparência com a divulgação fez boa parte da população desacreditar nas informações e na eficácia das medidas. Na elaboração deste libelo fizemos

a consulta e fichamento das obras dos autores do quilate de Gilles Deleuze (1925-1995), Michel Foucault (1926-1984), Byung-Chul Han (1959) Norberto Bobbio (1909-2004), Fernando Capez, Aldemir Berwig e Araken de Assis. Além dessas leituras e fichamentos, as consultas a legislação, tanto a Constituição da República Federativa do Brasil, especialmente no capítulo sobre a administração pública, as competências dos municípios e complementar o estudo legislativo e a sua aplicabilidade dentro da perspectiva e do entendimento da Lei de Acesso a Informação (Lei nº 12.527 de 18 de novembro de 2011), especialmente ao entender e compreender a importância da informação clara e transparente diante do devir-louco do “gasta, mas faz!” e na infração da chamada Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101) ao ferir o teto de gastos ao resultar em um déficit orçamentário para o ano subsequente e conseqüentemente um rombo nos cofres públicos. Logo, é importante mencionar sobre a importância da transparência e da prática do *accountability*, ao governo ter a responsabilidade de prestar contas a sociedade, especialmente no uso responsável do erário público para as obras necessárias do território e sem a necessidade de **mostrar serviço**, de uma forma desenfreada, ao perturbar o sossego de idosos, Pessoas Com Deficiência. Para Berwig (2019, p.197) a pessoa que se relaciona com o Estado, ao exercer função pública ou na prestação de serviços considera-se agente público. Contudo, o poder punitivo estatal é mais drástico, repressor e antidemocrático que o próprio direito penal, ao encontrar-se o cidadão, arbitrariamente, fora do círculo de proteção, tanto de garantias e princípios do direito penal. Logo, verifica-se a existência de penas muito mais severas em diplomas extrapenais e, por muitas vezes, estas estão travestidas de sanções administrativas, civis e políticas ao assegurar o caráter inquebrável do ordenamento jurídico por meio da coação estatal (CAPEZ, 2015, p.188). Ao praticar ações de Marketing Pessoal, especialmente no uso do nome do município, tanto em vias públicas quanto em meios eletrônicos para divulgar as ações, numa tentativa de convencer a população de ações e favorecimento de agências de publicidade e proprietários de meios de comunicação é uma afronta a Lei 8.429/1992 que entre seus efeitos constitutivos, conforme destaca Assis (2016, p.47) a perda de função pública e a suspensão dos direitos políticos. Logo, conclui-se a incumbência do agente público a responsabilidade com o uso do erário com a devida responsabilidade e transparência, especialmente ao demonstrar em acesso fácil e claro para o contribuinte por meio dos portais de transparência da internet e utilizar os canais de imprensa para divulgar os gastos e como foi utilizado o dinheiro do contribuinte.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERWIG, Aldemir. **Direito Administrativo**. _Ed. Editora Unijuí da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Ijuí, 2019.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Paz e Terra. Rio de Janeiro, 1997.

CAPEZ, Fernando. **Improbidade administrativa – limites constitucionais**. 2. Ed. Editora Saraiva. São Paulo, 2015.

CHUL-HAN, Byung. **Sociedade do Cansaço**. Editora Vozes. Petrópolis. Rio de Janeiro, 2015.

DELEUZE, Gilles; GUATARRI, Félix. **Mil Platôs – Capitalismo e Esquizofrenia**. Vol. 3. Ed. 1. Editora 34. São Paulo, 1995.

FOUCAULT, Michel. **Segurança, Território, População: Curso Dado no College de France (1977-1978)**. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2008.

MARQUES, Mauro Campbell (org); et.al. **Improbidade administrativa: temas atuais e controvertidos**._ed. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2016.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 out. 2020.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 22 out. 2020.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 22 out. 2020.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 22 out. 2020.